



PUBLICISTAS

Retrocesso no avanço da arbitragem administrativa

Decreto tenta reeditar obrigação de esgotar recursos administrativos para recorrer à arbitragem

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

17/12/2019 08:08



Crédito: Pixabay

Decreto federal recente regulamentou a arbitragem envolvendo a Administração Pública. Foi um avanço sobre as resistências dos administrativistas de raiz, que ainda consideram a jurisdição arbitral uma disposição ilícita do “interesse público”.

Seguindo a lei, o texto deixa clara a possibilidade de submeter à arbitragem controvérsias sobre equilíbrio econômico financeiro, indenizações contratuais e descumprimento de contratos.

+JOTA: Assine o JOTA e não deixe de ler nenhum destaque!

Contudo, no direito administrativo, quando tudo parece avançar, descobre-se escondido um portal para o passado. O Estado concede avanços, mas cobra por isso.

É o que ocorreu com o decreto. Ele consagrou “cláusulas exorbitantes arbitrais”: arbitragem institucional sob câmara credenciada pela Administração, prazo alargado de resposta para ela, antecipação obrigatória de custas pelo particular.

Mais espanta, porém, a previsão de que só poderão ser submetidas à arbitragem questões cuja discussão na esfera administrativa já estiver esgotada, com julgamento terminativo do último recurso.

Tenta-se reeditar regra vigente na Constituição anterior, mas rejeitada pela atual – e não sem razão. A nova exigência é inconstitucional. E é também contrária à lei e aos objetivos da arbitragem. Se a Constituição consagra a inafastabilidade da jurisdição estatal, a mesma regra tem de valer para a jurisdição arbitral que a substitui.

Do contrário, a Administração pode protelar indefinidamente suas decisões, tolhendo a submissão da controvérsia à via jurisdicional, eleita pelas partes. O decreto viola a lei de arbitragem, pois ato infralegal não pode afastar a deferência legal à opção das partes pela arbitragem.

Além disso, a restrição é contraditória. Se, como afirma o próprio decreto, a arbitragem será adotada quando a demora da solução do litígio puder causar prejuízo à utilidade contratada ou afastar investimentos, não há sentido algum em criar mecanismos de postergação da solução.

Se mantida essa exigência de arbitrabilidade objetiva (não haver mais recurso administrativo possível), o tempo do processo ficará à mercê de uma das partes. Ao privado restará ou aguardar, ou ir ao Judiciário para ver declarados os efeitos do silêncio administrativo.

Opção possível talvez venha a ser, em existindo cláusula ou compromisso arbitral, o particular provocar a instauração da arbitragem e submeter aos árbitros (que são competentes para decidir sobre seu cabimento) definir se, passado prazo legal ou

razoável para a decisão administrativa, já está presente a possibilidade de acionar a jurisdição.

O decreto merece ser revisitado neste ponto. Se não for, a exigência de esgotamento da via administrativa deverá ser afastada por inconstitucional e ilegal.

É um avanço lento, cheio de passos atrás, mas aos poucos a Administração se dará conta que não há mais lugar para o absolutismo.

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO – Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor da Faculdade de Direito da USP.