



Grupo Temático 4

***Mecanismos alternativos de
solução de controvérsias nos
contratos de infraestrutura
celebrados com o Poder Público***

8 de setembro de 2020

*Participaram da reunião os conselheiros **Murillo de Aragão** e **Jackson Schneider**. O encontro foi mediado pelo coordenador geral de Infraestrutura (Coinfra) Nicola Khoury.*

A Coinfra elencou os seguintes riscos para discussão:

- Indisponibilidade do Interesse Público x Direitos Patrimoniais Disponíveis;
- Riscos e impactos do sigilo dos processos arbitrais;
- Riscos de judicialização posterior; motivos para judicialização posterior;
- Alcance do controle externo exercido pelo TCU, responsabilização de árbitros e mediadores;
- Risco de assimetria de informações entre partes;
- Risco de assimetria de informações técnicas de árbitros e mediadores;
- Risco de captura de agentes arbitrais e mediadores;
- Risco de paralisia das decisões administrativas das agências.

Muitas vezes o país fica com as obras paralisadas por conta de disputas que poderiam ser resolvidas por arbitragem. Estas, se acordadas pelas partes, podem manter as obras em curso. Uma característica cruel no Brasil é o apego da burocracia por suas competências e pelas disputas com outros órgãos, o que não é do interesse do cidadão. A arbitragem se apresenta como uma boa solução das demandas e não vejo a questão da judicialização como problema.

A assimetria faz parte de qualquer negociação e as grandes arbitragens do mundo sempre tiveram esse tom. Precisamos de um processo deliberativo que tenha fim. A arbitragem não é um fim, mas um atalho para fins.

Na defesa de uma reserva de poder e em razão de uma mentalidade corporativista, a burocracia no Brasil sempre trabalhou com “muros altos”. O próprio TCU e outros órgãos de controle são muito opacos no acesso processual; talvez essa resistência advinha de o órgão achar que a abertura da instrução possa atrapalhar o cumprimento de sua função institucional. Isso naturalmente acaba levando à judicialização, que muitas vezes reverte a decisão burocrática.

A boa comunicação é um elemento fundamental e que também evita a judicialização. Outro ponto importante é a questão filosófica de o TCU não abrir mão de sua competência. Essa divisão de poder vai de encontro ao interesse público. Ela pode se dar, sob algum formato qualquer de conselho, em decisões incidentais. Se houver a possibilidade de criação de algum mecanismo de aferição de decisões a priori, riscos posteriores e desnecessários poderiam ser evitados.

No caso de grandes questões, de questões polêmicas, partir-se-ia então para a arbitragem. Seja na modalidade mediação ou arbitragem, essa prática, além de conferir maior segurança e celeridade, traz à discussão a voz de um especialista na área. Por melhor preparados que sejam os servidores do TCU, é impossível que possuam tal expertise sem que vivenciem cotidianamente a execução de obras.

Muitas vezes o exercício do mau pune o bom. A tendência é a de se enxergar a todos através das mesmas lentes. Existe de fato a lógica do caminho fácil para o dinheiro, mas isso é, ou pode ser, a exceção. O ser humano é melhor do que o indiciado da Lava-Jato.

O TCU deve apurar antecipadamente os pontos mais comuns de controvérsia, e tentar definir um posicionamento a ser seguido pelos executores. Seu papel deve ser o de facilitar a conclusão correta, eficiente e rápida das obras pelo menor custo.

Com relação ao risco de captura (cooptação), é um risco permanente inclusive para os funcionários públicos. E para que a ilegalidade não compense, o Brasil precisa reduzir o custo da legalidade. Nossa Constituição é muito detalhista mas é boa, e pode, sim, dar segurança à tomada de decisão do agente público. Com ou sem arbitragem, a judicialização é inevitável, e um processo transparente e que assegure o direito de defesa será pacificado pelos órgãos superiores da Justiça.

São propostos, portanto, três pontos focais:

- ➔ A adoção de uma comunicação transparente, eficiente e desmistificadora, que objetive ajudar;
- ➔ A identificação de mecanismos alternativos de arbitragem e mediação (p. ex. Painéis), ainda que conduzida de forma pragmática e mesmo que isso represente uma fragilização do processo e/ou uma renúncia de seu poder institucional;
- ➔ Em um aspecto mais cultural, procurar atuar filosoficamente, com um olhar de eficiência e de auxílio, evitando se nortear pela busca de falhas e desvios.

São propostas também as seguintes metas para o TCU:

- ➔ Redução do custo da legalidade, com o Tribunal buscando facilitar a legalidade das contratações;
- ➔ Estabilidade das decisões: O TCU deve propiciar um ambiente de estabilidade, mitigando o custo da instabilidade e da imprevisibilidade, fatores que afastam investidores (ou lhes estimulam a assegurar um retorno exorbitante para cobrir seu custo). Quando atingida, essa condição também ampliará a concorrência saudável;
- ➔ Estabilidade de critérios: criação de algo análogo a um manual de procedimentos, a ser seguido de forma preventiva e educativa. O TCU precisa assumir o papel educativo, ensinar as pessoas a consumir e contratar os serviços públicos;
- ➔ A proteção do processo decisório dos funcionários, mitigando a mencionada atemorização do órgão; o processo decisório deve ser institucional, mormente em observância ao princípio da impessoalidade;
- ➔ Reconhecer e premiar o bom processo, com divulgação daquilo que deve se tornar exemplo e modelo (opostamente à tradição nacional de se noticiar apenas o que ocorre de pior); precisamos de bons exemplos e de bons serviços.