

A arbitragem e os contratos administrativos

ARNOLDO WALD (*)

Com o advento da Lei n.º 9307, de 23.9.1996, que regulamenta a arbitragem, uma nova fase se abre para o nosso Direito Comercial, ficando sedimentada uma forma alternativa de resolução dos conflitos de interesses, que se poderá caracterizar pela rapidez do julgamento, pelo conhecimento especializado dos árbitros e pelo sigilo em relação aos problemas suscitados e às soluções que lhes foram dadas.

Uma ampla bibliografia vê, assim, na arbitragem, como concebida pela nova lei, não uma substituição do Poder Judiciário, mas uma ampla abertura para um novo sistema flexível de resolução dos conflitos, que se torna mais relevante no momento em que os tribunais se encontram sobrecarregados, fazendo com que os litigantes só consigam uma decisão definitiva após longos anos de luta processual.

No campo internacional, a utilização da arbitragem adquire maior intensidade com a globalização da economia, ensejando, cada vez mais, a aplicação do direito estrangeiro – pouco conhecido pelos nossos magistrados – dos tratados bilaterais e multilaterais e da *lex mercatoria*, considerada uma espécie de Direito Comercial comum das nações civilizadas.

Em relação à área administrativa, foram suscitadas dúvidas quanto à possibilidade de utilizar a arbitragem diante do texto da Lei n.º 8666, que a ela não se refere, e que entende ser essencial do contrato a que considera competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressaltando o caso das licitações internacionais (art. 55 § 2º). As dúvidas surgiram não somente em virtude da posição do legislador, mas também da interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, que entendeu ser inadmissível o juízo arbitral nos contratos administrativos por ser, na sua visão, contrário aos princípios de Direito Público.

É, todavia, preciso salientar que tem havido uma evolução do Direito Administrativo diante das novas funções que o Estado assume, deixando de ser o comandante exclusivo da economia para se tornar, simultaneamente, o fiscal da iniciativa privada e o seu parceiro. A doutrina tem salientado essa evolução do Direito Administrativo moderno que, no mundo da incerteza e da descontinuidade, ao qual se referem GALBRAITH e PETER DRUCKER, adquiriu maior flexibilidade para adaptar-se às novas circunstâncias e compatibilizar-se com a

generalização do aleatório, como já tivemos o ensejo de salientar em estudos anteriores.¹

Por outro lado, na medida em que o Estado teve que intervir na economia, seja como fiscal, seja como operador, e passou a ser um dos agentes das grandes transformações, realizadas, muitas vezes, com a colaboração de capitais privados e sob gestão particular, embora no interesse público, ocorreu, em certo sentido, a comercialização do Direito Administrativo. O Direito Econômico realiza a simbiose dos elementos do Direito Privado e do Direito Público, fazendo com que, na época das nacionalizações do após-guerra, a doutrina européia reconhecesse que o Estado não só expropriou as grandes empresas dos capitalistas, mas também adotou as suas técnicas de *management*.²

Surgiram, assim, situações híbridas, como a sociedade de economia mista, a concessão e, mais recentemente, as múltiplas formas de associação e *joint-venture*. Poderíamos até dizer que há, atualmente, um Direito novo, que é o da parceria com princípios próprios, caracterizado por contratos dinâmicos de longo prazo, inspirados na boa-fé e nos quais as partes não só devem cumprir as obrigações por elas assumidas, mas incumbem-lhes, ainda, manter o espírito do contrato, adaptando-o diante de novas circunstâncias. Houve, pois, uma generalização da teoria da imprevisão e de uma ampliação da aplicação do conceito de boa-fé na execução do contrato.³

Tratando-se especialmente de contratos administrativos de longo prazo, a arbitragem é uma garantia necessária para que o contrato possa sobreviver às várias transformações que a sua economia pode sofrer. Por este motivo, o art. 23, XV, da Lei n.º 8987, de 13.2.1995, referente às concessões em geral, previu a possibilidade de se convencionar, nas mesmas, uma forma de composição amigável das divergências contratuais. Do mesmo modo, a recente Lei n.º 9478, de 6.8.1997, referente à política energética nacional, admitiu a conciliação mas, sendo mais específica, consagrou, no seu art. 43, X, a possibilidade de recurso à arbitragem.

Revedo o processo evolutivo ao qual estamos assistindo, com a promulgação da Lei n.º 9307 e as disposições especiais já referidas das várias leis referentes às concessões, já podemos admitir que desapareceu a vedação em virtude da qual, no passado, não permitia o uso da arbitragem nos contratos administrativos, regulamentados pela Lei n.º 8666.

Aliás, como foi lembrado pelo eminente Vice-Presidente Marco Maciel, autor do projeto que se converteu na atual lei de arbitragem, existe antiga tradição de arbitragem no Direito Público brasileiro, abrangendo, inclusive, a área internacional, desde a atuação gloriosa do Barão de Rio Branco.

¹ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES E ALEXANDRE DE M. WALD, *O Direito de Parceria*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 35 e seguintes.

²GEORGES VEDEL, "La technique des nationalisations". *Droit Social*, 1946, p. 96.

³YVES PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, 1989.

Mas, recentemente, os tribunais reconheceram, em ação movida pela Ordem dos Advogados do Brasil para anular a arbitragem nos acordos internacionais da recomposição da dívida externa, que se trata de forma de solução com amparo constitucional e legal, enquadrando-se nas práticas financeiras internacionais.

Mas, se podemos deduzir que, também no Direito Administrativo, a arbitragem é necessária e legítima, por se tratar de verdadeiro princípio geral de direito, deduzido das várias normas recentes que a autorizam, sem restrições, mais adequado seria termos regra específica a respeito, evitando-se a insegurança jurídica.

Assim, pensamos que o ideal seria, numa das Medidas Provisórias nas quais se modifica a Lei n.º 8666, incluir nova redação do art. 55, § 2º, que poderia ser a seguinte:

“§ 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas ou sediadas no exterior, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração ou estabeleça o regime do juízo arbitral, para dirimir qualquer questão contratual, podendo a arbitragem ser nacional ou internacional.”

Por outro lado, descabe aprovar emenda constitucional, que foi proposta no projeto de Reforma do Poder Judiciário (art. 11) incluindo no art. 98 da Constituição Federal o seguinte texto que impediria a utilização da arbitragem nos contratos internacionais:

“Art. 11. O art. 98 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 98

§ 1º

§ 4º. Ressalvadas as entidades de direito público, os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei. “

Esta inclusão contraria contratos de concessão e tratados já firmados pelo Brasil para garantir os investimentos no país de investimentos estrangeiros.

Trata-se, pois, de emenda inútil e prejudicial ao desenvolvimento da arbitragem no país.

(*) ARNOLDO WALD é advogado, sócio fundador da Wald e Associados Advogados, Professor Catedrático de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).
