

Arbitragem nos contratos administrativos

Por **Marco Deluiggi e Tiago Adão Borges**

As



[\(/sites/default/files/images/arte23leg-100-artigo-e2_0.jpg\)]((/sites/default/files/images/arte23leg-100-artigo-e2_0.jpg))

discussões em torno dos investimentos para a Copa do Mundo de 2014 e a Olimpíada de 2016 estão em alta. E não é para menos: fala-se que o país, nos próximos cinco anos, receberá em torno de US\$ 30 bilhões em investimento com obras e contratos públicos, grande parte proveniente de investimentos estrangeiros.

Investimentos de tal monta exigem solução rápida e técnica sobre conflitos que possam surgir no âmbito desses contratos. É esse, ao menos, o anseio do investidor particular. De fato, é difícil acreditar que uma parte privada que está investindo boa quantidade de dinheiro em contratos públicos queira ver seus interesses submetidos a uma disputa que pode levar, em alguns casos, mais de dez anos para ser resolvida.

Contudo, ainda paira uma forte insegurança do particular em contratar com a administração pública, notadamente no que se refere ao respeito por parte da administração à cláusula arbitral inserida em contrato administrativo. Tal receio se intensifica quando se trata de um investidor estrangeiro, que teme ainda - mesmo que muitas vezes injustificadamente - uma possível abordagem protecionista do Judiciário em favor do poder público brasileiro.

O Judiciário é, de fato, essencial para garantir a execução de sentença arbitral

Apesar da disposição clara da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº 9.307, de 1996) - no sentido de que as "pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"-, e mesmo de previsões expressas nas leis de parceria público-privada (Lei nº 11.079, de 2004), concessão de serviços públicos (Lei nº 8797, de 1995) e política energética nacional (Lei nº 9.478, de 1997), houve intenso debate sobre a efetiva possibilidade da submissão do poder público à arbitragem. Foram diversos os artigos escritos e congressos organizados com profissionais do mais alto calibre dedicados a discutir esse tema. A conclusão, em uníssono, foi a de que a administração pode submeter-se à arbitragem quando a controvérsia em questão disser respeito a direitos patrimoniais disponíveis.

Até então o que se tinha era uma posição forte dos doutrinadores em favor da arbitragem envolvendo a administração e algumas poucas decisões judiciais suportando tal entendimento, tais como as proferidas nos casos CEEE - Companhia Estadual de Energia Elétrica versus AES Uruguaiana (REsp 612.439/RS e

REsp 606.345/RS). Recentemente, porém, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, deu um largo passo em favor da validade da arbitragem com a administração pública, autorizando expressamente a sua instituição mesmo quando o edital de licitação não a preveja.

A Companhia Paranaense de Gás Natural (Compagas), no âmbito de contrato administrativo firmado com o Consórcio Carioca Passarelli, ajuizou ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral, sob o argumento principal de que a arbitragem não estava prevista no edital de licitação - ao qual as partes estariam vinculadas por força do disposto no artigo 41 da Lei nº 8.666, de 1993 -, de modo que o compromisso arbitral posteriormente firmado entre as partes seria nulo. A ação foi julgada improcedente em primeira instância, por meio de sentença posteriormente confirmada pelo Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR), dando ensejo ao recurso especial ao STJ.

No julgamento do recurso, a ministra relatora Nancy Andrichi afastou o argumento da Compagas de que as partes não poderiam firmar compromisso arbitral porque a arbitragem não vinha prevista no edital de licitação, afirmando que o princípio da vinculação das partes ao edital tem por finalidade precípua assegurar a todos os participantes o prévio conhecimento sobre o objeto em disputa, possibilitando-lhes assim iguais condições no oferecimento de suas propostas. A ministra considerou, ademais, que a cláusula de eleição de foro não é considerada essencial nos contratos administrativos.

Adicionalmente, a ministra pontuou que a previsão da arbitragem não colidiria com a norma do artigo 55, XIII, parágrafo 2º da Lei nº 8.666, de 1993 - que prevê a obrigatoriedade de cláusula elegendo o foro judicial da administração -, na medida em que a cláusula de foro não é incompatível com o juízo arbitral. O Poder Judiciário é, de fato, essencial para garantir a execução da sentença arbitral, para instituir forçadamente a arbitragem, bem como para solucionar as disputas que de fato envolvam direitos indisponíveis da administração.

O STJ, assim, considerando que o conflito submetido à arbitragem entre Compagas e o Consórcio Carioca Passarelli envolvia direitos patrimoniais disponíveis, afastou as alegações da Compagas e negou provimento ao recurso especial, mantendo as decisões de primeira e segunda instância que reconheciam a validade da arbitragem. Por fim, a ministra advertiu "que a conduta posterior da recorrente, de impugnar seu próprio ato, beira às raias da má-fé, além de ser evidentemente prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere".

A decisão do STJ, enfim, garante a segurança jurídica que o investidor particular esperava e precisava para ter suas disputas com a administração pública resolvidas por arbitragem. A confiança aumenta, os custos de transação diminuem e o desenvolvimento nacional, sedento por investimento em obras de infraestrutura, agradece.

Marco Deluiggi e Tiago Adão Borges são, respectivamente, sócio e associado ao Escritório Castro, Barros, Sobral, Gomes Advogados

Este artigo reflete as opiniões do autor, e não do jornal Valor Econômico. O jornal não se responsabiliza e nem pode ser responsabilizado pelas informações acima ou por prejuízos de qualquer natureza em decorrência do uso dessas informações