

A ARBITRAGEM COMO SOLUÇÃO PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS GLOBAIS.

LA ARBITRAJE COMO SOLUCIÓN A LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS GLOBALES.

Ricardo Russell Brandão Cavalcanti¹(PG), Isabel Celeste Monteiro Fonseca (PQ).

1Doutorando em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho, Braga, Portugal. e-mail: ricardorecife@yahoo.com.br

2Professora Doutora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas-Públicas pela Universidade do Minho ifonseca@direito.uminho.pt

Resumo

O presente trabalho decorre do seguinte ponto de partida: existe um Direito da Contratação Pública Global, porém não existe um mecanismo oficial de resolução de conflitos para o mesmo. A partir desse ponto de partida, procuraremos analisar a dificuldade decorrente da inexistência de um tribunal mundial para julgar as causas envolvendo os contratos administrativos globais.

EL presente trabajo deriva del siguiente punto de partida: existe un Derecho de la contratación pública global, pero no existe un mecanismo oficial de resolución de conflictos para lo mismo. A partir de ese punto de partida, vamos analizar la dificultad derivada de la inexistencia de un tribunal mundial para juzgar las causas que implican los contratos administrativos globales.

Palavras-Chaves: Contratos. Global. Julgamento. Tribunal. Arbitragem.

Introdução

É indiscutível a existência de um Direito Administrativo Global e também de um Direito da Contratação Pública Global, uma vez que a contratação pública representava, já em 2008, em torno de 15% do PIB mundial (VIANA, 2008, p.23).

Nesse sentido, Nuno Cunha Rodrigues afirma que os contratos administrativos “passaram a fazer parte do movimento de globalização econômica” (RODRIGUES, 2013, p.13), de modo que os mesmos já estão efetivamente inseridos dentro da realidade contratual mundial, inclusive, como afirma Claudia Viana, eles já possuem o reconhecimento das autoridades comunitárias como essenciais para a concretização do objetivo do mercado comum. (VIANA, 2007, p.26).

Desse modo, ao que parece, o grande problema então existente é a falta de um tribunal para resolver os litígios existentes quando se está diante de uma questão envolvendo contratos administrativos globais.

Metodologia

A metodologia adotada será exploratória, por meio de pesquisa bibliográfica, principalmente no âmbito da doutrina brasileira e portuguesa, tendo em vista a nacionalidade dos autores.

Resultados e Discussão

Ao que parece, diante da inexistência de um tribunal global para a solução das causas administrativas, a única alternativa viável para o julgamento dos contratos administrativos globais seria a utilização da arbitragem.

O grande questionamento no que diz respeito à adoção da arbitragem no âmbito da contratação pública global seria justamente a presença do Poder Público e o princípio basilar da indisponibilidade do interesse público, existindo vários autores contrários à realização da arbitragem pela fazenda pública. (FIGUEIRA JUNIOR, 199, p.176).

Acontece que, de antemão, urge frisar que, na atualidade, já se supera a antiga conceitualização de que os contratos administrativos, inclusive os de âmbito global, são regidos por uma relação vertical, de modo que na atualidade já se prioriza os elementos da bilateralidade e do caráter sinalagmático do contrato. (NUNES, 2017, p.199)

Além disso, interesse público não pode ser confundido com o interesse dos governantes e sim com o interesse da nação. (NUNES, 2017, p.206), dos quais se inclui a o interesse pela resolução dos conflitos.

Ademais, o interesse público a ser considerado indisponível deve ser o primário e não o meramente secundário, pois àquele deve “desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático” (BARROSO, 2009, p.71). De modo que mesmo quando o interesse público secundário exija a tentativa de buscar a qualquer custo evitar prejuízos para os cofres públicos, o que deve ser perseguido pela Administração Pública é a satisfação e o bem estar de toda a sociedade, por meio do interesse público primário, que é o verdadeiro “interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)” (MAZZILLI, 2002, p.43).

Assim, evitar a judicialização dos conflitos por meio da arbitragem não é uma forma de dispor do interesse público, mas de alcançar o mesmo, até mesmo porque na arbitragem, diferentemente do que pode acontecer, por exemplo, na mediação e na conciliação, não há qualquer disposição de direitos, mas apenas a opção por uma forma de pacificação diferente do Poder Judiciário ou das Cortes Internacionais.

Há quem se preocupe com a arbitragem nos contratos administrativos globais em virtude de um possível choque entre dois interesses: o econômico e o político. (FACHIN, 2005, p.123), inclusive, alguns estados, como a França (FACHIN, 2005, p.128), proibiram durante anos a participação do Estado na arbitragem.

Acontece que a própria Corte Francesa já tinha entendimento consolidado de que a dita proibição não atingia os contratos internacionais (FACHIN, 2005, p.129), tanto é que recentemente, quando da feitura da nova Lei de Parcerias Público-Privadas francesas, a França passou prever novamente a possibilidade de participação do Estado na Arbitragem. (WALD, 2005, p.28)

Desse modo, como a participação do Poder Público nos contratos globais é uma realidade, parece-nos que a preocupação com o conflito entre o público e o privado se resolve com um olhar diferenciado para a arbitragem com a presença do Estado, de modo a se buscar o

respeito aos princípios da Administração, como já vem acontecendo com sucesso na Câmara de Comércio Internacional. (FACHIN, 2005, p.133)

Assim, entendemos que a arbitragem seria a solução ideal para a resolução dos litígios no âmbito do Direito da Contratação Pública Global, desde que a mesma seja feita em consonância com os princípios que regem a Administração Pública, como o da transparência (CARVALHO FILHO, 2009, p.24), o da eficiência e também o da preservação do interesse público.

Desse modo, os Estados poderiam começar a pensar na criação de tribunais arbitrais para a resolução dos conflitos envolvendo especificamente os contratos públicos globais.

Trazendo para a nossa realidade, Brasil e Portugal poderiam, juntamente com outros países de língua portuguesa, trabalhar a questão da arbitragem nas suas relações internacionais.

Já há um acordo de cooperação jurídica entre os países integrante da Comissão dos Países de Língua Portuguesa-CPLP na área penal, civil e comercial. Com o aumento dos contratos internacionais realizados pelo Poder Público, faz-se importante também uma cooperação visando resolver os litígios que tenham a presença dos estados membros. (AROSO, 2017, p.248).

Especificamente em relação ao Brasil, frise-se que a sua importância no âmbito da contratação pública global foi reforçada com a sua aceitação na condição de observador pelo Comitê do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio (OMC), o que pode facilitar sua participação nas discussões da solução aqui aventada. ¹

O fato é que no âmbito internacional a arbitragem também já é uma realidade, tendo como pioneira a Corte Internacional de Arbitragem, que resolve litígios na área dos contratos comerciais, propriedade individual e correlatos e que foi constituída em 1923.²

A Ordem Mundial do Comércio – OMC, dentro do seu Sistema de Solução de Controvérsias, também prevê a possibilidade da Arbitragem, desde que existente um compromisso prévio entre as partes. (LEMES, p.16)

Por outro lado, a convenção de Haia para Solução Pacífica dos conflitos Internacionais³ prevê a possibilidade de solução de litígios entre Estados.

Desse modo, caso haja um contrato global público entre Estados, os mesmos poderão resolver qualquer litígio utilizando os ditames da convenção acima.

Havendo a presença de um ente privado e em se tratando de um comércio internacional, as desavenças poderão vir a ser resolvidas nos termos previstos nas regulamentações da OMC.

Desse modo, os sujeitos internacionais podem prever a arbitragem por meio de tratados ou outras espécies de acordos internacionais como é o caso dos contratos públicos globais e o não cumprimento do que foi pactuado será considerado um ilícito internacional. (LEMES, p.17), com as sanções decorrentes da ordem internacional caso não haja o cumprimento do que foi pactuado, como, por exemplo, embargos econômicos.

¹[https://zenite.com.br/noticias/min-planejamento-brasil-assume-papel-de-observador-no-acordo-de-compras-publicas-\(gpa\)-da-omc](https://zenite.com.br/noticias/min-planejamento-brasil-assume-papel-de-observador-no-acordo-de-compras-publicas-(gpa)-da-omc)

² fonte: <http://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/arbitragem/>

³ <http://www.gddc.pt/siii/docs/Haia1899.pdf>

Além disso, caso não haja uma previsão convencional ou contratual, uma desavença decorrente de um contrato de âmbito global pode vir a ser resolvida por meio da chamada arbitragem “ad hoc”, onde as regras da arbitragem são definidas em cada caso concreto. (LEMES, p.18).

Conclusão

Não há como negar: a contratação pública global já é uma realidade no âmbito internacional. De qualquer forma, é natural a existência de dificuldades a serem superadas, dentre elas a inexistência de um tribunal global para a resolução de conflitos decorrentes dos contratos globais públicos.

A inexistência do referido tribunal pode decorrer de uma série de fatores, em especial a dificuldade em criar um tribunal apto para dirimir os conflitos existentes entre Estados com características e necessidades extremamente diferentes.

Assim, como opção para a referida problemática está a Arbitragem, instituto de resolução de conflitos heterônomo e que já é uma realidade nos âmbitos interno em diversos Estados, como Brasil e Portugal, e também no âmbito internacional.

A arbitragem surge como opção mais célere e menos onerosa do que o Poder Judiciário e as Cortes Internacionais, com a possibilidade de um julgamento mais de acordo com as realidades específicas das partes envolvidas, com uma maior confiabilidade e, conseqüentemente, com uma maior possibilidade de cumprimento espontâneo.

Na própria feitura dos contratos públicos de âmbito global já é possível existir a previsão de uma cláusula compromissória prevendo que eventuais conflitos virão a ser resolvidos pela arbitragem.

Mesmo que não haja a previsão nos contratos globais, é possível que, diante de uma lide, as partes optem por resolver os conflitos por meio da arbitragem, utilizando-se, inclusive, de tribunais arbitrais já existentes.

O fato é que a proposta aqui sugerida depende de uma mudança de cultura, o que só pode vir com o tempo, mas que se faz extremamente necessária para se garantir a viabilidade do que já é real: a efetiva existência de um Direito da Contratação Pública Global.

Referências

AROSO, Joana Silva. **A arbitragem na contratação pública (O caminho Português e algumas ideias para a lusofonia)**. In Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas. Braga: NEDIP, 2017. [p.237-249.]

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

FACHIN, Melina Girardi. **Problemas e Perspectivas da Participação de Estados e Entidades Públicas Enquanto partes no juízo arbitral**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, 2005.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da lei 9307 de 23.09.1996**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LEMES, Selma Maria. **Estudo Comparativo entre o grupo Especial da OMC e um Tribunal Arbitral**. Disponível em http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri27.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

NUNES, Elisa Rangel. **A contratação pública vista à lupa do instituto da arbitragem e do Tribunal de Contas de Angola**. In Atas do II Congresso Internacional de Compras Públicas. Braga: NEDIP, 2017. [p.187-215].

RODRIGUES, Nuno Cunha. **A contratação pública como instrumento de política econômica**. Coimbra: Almedina, 2013.

VIANA, Cláudia. **Estudos de Contratação pública**. In A Globalização na Contratação Pública e o quadro jurídico internacional. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. [p.23-49].

VIANA, Cláudia. **Os Princípios Comunitários na Contratação Pública**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

WALD, Arnaldo. **A Infra-Estrutura, as PPPs e a Arbitragem**. Revista de Direito Público. Nº 10 – Out-Nov-Dez/2005

Agradecimentos

A Universidade do Minho pela estrutura oferecida para a investigação e à Defensoria Pública da União do Brasil por fomentar os estudos do doutoramento do primeiro coautor.