

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO DOS NEGÓCIOS – TURMA 4 (2016)

CLÁUSULAS ARBITRAIS NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ricardo Yamamoto

Projeto de dissertação de mestrado apresentado
ao Mestrado Profissional da FGV Direito SP
Orientadora: **Daniela Gabbay**

SÃO PAULO
2016

1. Delimitação do tema e tratamento pretendido

É notório o fato de que a arbitragem desenvolveu-se intensamente no Brasil nos últimos vinte anos, a partir da promulgação da Lei nº 9.307/1996, consolidando-se como um relevante mecanismo de solução privada de controvérsias, bem como trazendo vantagens significativas aos litigantes em termos de ganhos de eficiência, redução dos custos de transação, entre outros.

Tais vantagens vêm sendo auferidas em grande medida pelos agentes econômicos da iniciativa privada, que passaram a incluir cláusulas compromissórias arbitrais em seus contratos ou a firmar compromissos arbitrais após o surgimento dos litígios, reduzindo substancialmente o tempo e os recursos investidos na solução das controvérsias oriundas dos seus negócios.

Muito embora já prevista em determinadas legislações, como a Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões) e a Lei nº 11.079/04 (Lei das PPPs), apenas com a recente entrada em vigência da Lei nº 13.129 em 26.05.2015 restou pacificada no ordenamento jurídico brasileiro a questão da possibilidade da utilização da arbitragem também nos contratos da administração pública direta ou indireta¹, a qual antes estava sujeita a alguma controvérsia, notadamente no âmbito da interpretação dos órgãos de controle, como o Tribunal de Contas da União (TCU).

Conquanto seja esperado um gradativo aumento da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos envolvendo a administração pública – devido ao incentivo advindo da recente modificação legislativa – restam ainda algumas dúvidas e incertezas que ensejam um estudo mais aprofundado quanto às características que podem distinguir os procedimentos arbitrais em que é parte um órgão da administração pública direta ou indireta.

Surgem neste contexto, por exemplo, questões relacionadas a: (i) arbitrabilidade objetiva dos litígios por razões de disponibilidade ou não do direito envolvido²; (ii)

1 “Art 1º...§ 1º A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

2 Vide caso recente envolvendo concessão de direito de exploração petrolífera do chamado “Campo de Lula” no qual, a despeito de haver cláusula arbitral expressa no contrato de concessão, o prosseguimento da arbitragem instaurada contra a ANP foi

(des)necessidade de inclusão prévia de cláusulas compromissórias arbitrais nos editais de licitação; (iii) a exigência legal da observância ao princípio da publicidade, ínsito aos atos da administração pública³⁴, em contraponto à confidencialidade nos procedimentos⁵; (iv) os critérios de escolha de instituições arbitrais e de árbitros, bem como a admissibilidade (ou não) de arbitragens “*ad hoc*”; (v) a obrigatoriedade do julgamento arbitral de direito e a vedação do julgamento por equidade; dentre outras.

Através da investigação de tais questões, a pesquisa pretende, em um primeiro momento, identificar as características que distinguem os procedimentos arbitrais em que é parte um órgão da administração pública direta ou indireta. Em um segundo momento, pretende-se analisar algumas cláusulas compromissórias arbitrais inseridas em contratos administrativos (concessões patrocinadas e administrativas, por exemplo), de modo a verificar, na prática corrente, de que forma os entes públicos estão lidando com esses assuntos e delineando as suas futuras arbitragens.

Uma análise preliminar de algumas cláusulas arbitrais utilizadas em contratos no setor de infraestrutura (nos quais há um grande volume de recursos investidos, por vezes, através de parcerias entre entes públicos e privados), sugere certa diversidade de modos pelos quais se convencionam e pactua a arbitragem em contratos com a Administração Pública. Há distinções, por exemplo, seja quanto ao modo de eleição da instituição arbitral responsável pela condução administrativa do procedimento, seja

obstado pelo Poder Judiciário sob o argumento de que o objeto do litígio versava sobre decisão de caráter técnico-administrativo (poder de polícia) da agência reguladora estatal, não envolvendo direitos disponíveis das partes e, portanto, matéria não arbitrável.

3 “Art. 2º...§ 3º As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade.”

4 Vale mencionar que o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM/CCBC) recentemente publicou a Resolução Administrativa nº 02/2016, que versa sobre a interpretação e aplicação do princípio da publicidade em arbitragens que envolvem a administração pública direta, em procedimentos administrados pela câmara.

5 Vide artigo “*Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade*”, de Gustavo Justino de Oliveira e Caio Cesar Figueroa, publicado no site eletrônico Consultor Jurídico em 09.12.2015.

quanto aos critérios estipulados para a escolha dos árbitros que formarão o Tribunal Arbitral, seja quanto à parte que será responsável pelos custos da arbitragem.

Com efeito, existem cláusulas arbitrais em alguns contratos da Administração Pública que definem previamente qual será a instituição ou câmara de arbitragem que será responsável pela administração do procedimento arbitral, geralmente sediada no local da sede (ou capital) do ente público. Por outro lado, há cláusulas que não trazem tal definição prévia e estipulam que o ente público terá, no momento em que surgir a controvérsia ou litígio, a *prerrogativa de escolher a instituição* que administrará o procedimento. Outras exigem, ainda, que a câmara de arbitragem disponha de regulamento adaptado especificamente às arbitragens estatais. Eventualmente poderá haver questionamentos sobre a validade de algumas destas cláusulas, sob o prisma da igualdade de tratamento das partes no procedimento arbitral⁶.

No que tange aos critérios de escolha dos árbitros que formarão o Tribunal Arbitral, existem cláusulas arbitrais que exigem determinada experiência (por exemplo, certo tempo de atuação na área específica do litígio) ou *expertise* comprovada dos indicados para atuarem como árbitros.

Outra questão controversa presente em certas cláusulas arbitrais de contratos administrativos é a atribuição do ônus do pagamento prévio das custas da arbitragem, que ora são divididas igualmente entre as partes contratantes, ora são imputadas exclusivamente ao ente privado, sem prejuízo de eventualmente serem ressarcidas ao final do processo segundo o critério de repartição dos ônus de sucumbência a ser fixado em sentença pelo Tribunal Arbitral. Tal ônus, incidente sobre a parte privada, de arcar integralmente com a antecipação das custas do procedimento, independentemente de qual foi a parte que iniciou o litígio⁷, também pode gerar uma situação de flagrante iniquidade, bem como de potencial onerosidade excessiva, a impedir ou ao menos dificultar o acesso desta parte à utilização do mecanismo privado de solução de controvérsias.

⁶ Vide matéria intitulada “São Paulo padroniza cláusula arbitral em contratos de PPPs e gera polêmica”, de Fernando Martines, publicada no site eletrônico Consultor Jurídico em 11.08.2015.

⁷ Como ocorre, por exemplo, no contrato administrativo relativo à obra no Estádio Mineirão em Belo Horizonte (MG) para a Copa do Mundo de Futebol de 2014.

2. Formato do trabalho de conclusão

Como já delineado acima, o trabalho propõe uma reflexão sobre prática jurídica, consistente principalmente no exame da redação de cláusulas arbitrais inseridas em diversos contratos firmados pela administração pública direta ou indireta, para, em um primeiro momento, efetuar uma análise crítica da atual prática, segundo os ditames da Lei nº 9.307/1996 (com suas recentes alterações incorporadas pela Lei nº 13.129/2015), bem como, em um segundo momento, elaborar reflexões de cunho propositivo e sugestões acerca do conteúdo e abrangência de tais cláusulas, esperando-se contribuir com a melhoria da prática.

3. Principais questões ou problemas (hipótese)

As questões (ou quesitos) que podem ser formuladas(os) a respeito do tema da cláusula arbitral em contratos envolvendo a Administração Pública, e que se espera poder responder através da pesquisa, seriam:

- (i) Como as cláusulas arbitrais disciplinam (ou deveriam disciplinar) a questão da arbitrabilidade objetiva dos litígios? Elas elencam previamente as matérias que estarão sujeitas ou não à arbitragem, excluindo a apreciação de algumas questões por razões de indisponibilidade do direito envolvido?
- (ii) Há necessidade (ou não) da inclusão prévia de cláusulas arbitrais nos editais de licitação que antecedem a celebração dos contratos administrativos?
- (iii) Como as cláusulas arbitrais estão dispendo acerca do respeito ao princípio da publicidade inerente aos atos da administração pública? Há previsão de obrigação, por parte do ente da Administração Pública, de franquear o acesso geral do público a todos os atos do procedimento arbitral ou apenas de noticiar a existência da arbitragem e o seu respectivo resultado final?
- (iv) De qual forma as cláusulas arbitrais dispõem acerca dos critérios de escolha de instituições arbitrais e dos árbitros que formarão o Tribunal Arbitral? A concessão de eventuais prerrogativas em tais escolhas ao

órgão da Administração Pública poderá gerar problemas de possíveis nulidades quanto à igualdade de tratamento das partes na arbitragem? As cláusulas arbitrais permitem a opção de arbitragens não institucionais ou “*ad hoc*”?

- (v) Como as cláusulas arbitrais dispõem a respeito do ônus de arcar com o pagamento das custas prévias exigidas pelas câmaras, relativas ao procedimento arbitral? Seria ilegal atribuir tal ônus ao contratante privado em qualquer hipótese, ainda que a arbitragem seja iniciada pela entidade da Administração Pública?
- (vi) As cláusulas arbitrais preveem que o julgamento arbitral seja exclusivamente de direito (como agora exige o novo art. 2º, §3º da Lei de Arbitragem), vedando expressamente que a decisão do Tribunal Arbitral ocorra por equidade?

A hipótese a ser testada, por sua vez, consiste em saber se o Poder Público - ao estipular e formatar cláusulas compromissórias arbitrais em seus contatos administrativos – tem elaborado cláusulas válidas e operacionais, utilizando-se de modo equilibrado de suas prerrogativas, ou se, ao contrário, estipula convenções contendo patologias que as tornem nulas ou anuláveis.

4. Objetivos pretendidos, perspectivas de análise e resultados esperados

A pesquisa visa à identificação dos problemas e questões controversas, bem como a verificação do atual “estado da arte” no que diz respeito à redação de cláusulas arbitrais em contratos envolvendo órgãos da Administração Pública direta ou indireta, principalmente por meio de uma análise crítica de algumas cláusulas arbitrais inseridas em contratos de obras de infraestrutura que se encontram publicamente disponíveis.

A partir desta análise crítica, espera-se contribuir com sugestões de cunho prático, relacionadas ao adequado conteúdo das cláusulas arbitrais em contratos envolvendo entes da Administração Pública. Espera-se que as conclusões do trabalho possam ajudar a “jogar luz” sobre as questões objeto de análise, evitando certos equívocos que possam levar a discussões sobre eventuais nulidades ou dificultar a sua

operacionalidade (“*cláusulas patológicas*”), fomentando a utilização das cláusulas arbitrais do modo mais adequado possível.

Convém ressaltar, contudo, que tendo em vista a saudável diversidade de matérias sujeitas à discussão pela via arbitral e suas respectivas peculiaridades, não há aqui, em absoluto, a pretensão de restringir a liberdade negocial das partes mediante a sugestão de uma única cláusula arbitral padrão ou modelo, sob pena de se verem reduzidas as vantagens proporcionadas pelo instituto.

5. Justificação da relevância prática e do potencial inovador

Conforme já exposto no capítulo da delimitação do tema, devido ao incentivo advindo da recente entrada em vigência da Lei nº 13.129 em 26.05.2015, é esperado um gradativo aumento da inclusão de cláusulas arbitrais em contratos envolvendo a administração pública, em todos os níveis da federação (União, Estados e Municípios). Todavia, como se trata de uma prática jurídica ainda incipiente, restam ainda algumas dúvidas e incertezas que ensejam um estudo mais aprofundado quanto às características que podem distinguir os procedimentos arbitrais em que é parte um órgão da administração pública direta ou indireta.

Por outro lado, em que pese existam alguns trabalhos doutrinários de referência na área (cuja revisão será efetuada durante a pesquisa), não logramos localizar - ao menos em uma pesquisa preliminar - nenhum trabalho que se dedique a examinar a prática corrente e atual das cláusulas arbitrais já disponíveis em contratos celebrados pelos órgãos da Administração Pública direta ou indireta, principalmente para obras de infraestrutura.

Esperamos que a análise crítica de tais cláusulas possa revelar a forma e os critérios com os quais os diversos entes da Administração Pública, que pretendam se utilizar da arbitragem para a solução de suas controvérsias, estão se valendo para delinear os seus futuros (e cada vez mais recorrentes) procedimentos arbitrais.

A partir de tal exame crítico, espera-se contribuir com sugestões de cunho prático, relacionadas ao adequado conteúdo das cláusulas arbitrais em contratos envolvendo entes da Administração Pública, cujos destinatários são os advogados, árbitros, redatores e negociadores de cláusulas arbitrais em tais contratos.

6. Fontes de pesquisa e métodos de investigação

Pretende-se empreender a pesquisa procedendo, inicialmente, a uma análise das Leis nº 9.307/1996 e 13.129/2015, bem como à revisão da doutrina nacional (possivelmente também de alguma doutrina estrangeira e/ou diretrizes de organismos internacionais multilaterais) sobre o tema das arbitragens envolvendo o Poder Público, incluindo monografias e artigos em revistas especializadas.

A pesquisa também abrangerá a jurisprudência dos Tribunais, incluindo os precedentes relevantes sobre o tema no STF e STJ e possivelmente alguns julgados de Tribunais de Justiça dos Estados da Federação que possuem base de dados de jurisprudência atualizada e informatizada.

Também serão objetos de análise no trabalho, como já referido, diversas cláusulas arbitrais inseridas em contratos administrativos firmados pelo Poder Público para obras de infraestrutura, de modo a permitir a compreensão da situação atual da prática jurídica, bem como a proposição de sugestões quanto ao adequado conteúdo para a redação destas cláusulas arbitrais.

7. Familiaridade com o objeto, acessibilidade de informações e envolvimento pessoal

O autor tem certa familiaridade com o tema relacionado à arbitragem, tendo participado como advogado em diversos procedimentos arbitrais administrados por câmaras e instituições arbitrais e arbitragens “*ad hoc*”, ao longo de sua prática profissional.

Nos procedimentos arbitrais dos quais participou, atuou predominantemente na defesa de empresas do setor privado, já tendo atuado em alguns casos contra empresas estatais e sociedades de economia mista controladas por pessoas jurídicas de direito público.

Em que pese ter certa familiaridade com o assunto, não dispõe de acesso a procedimentos arbitrais que se encontram sujeitos a sigilo, valendo lembrar, ainda, que inexistem repositórios públicos oficiais de jurisprudência arbitral nas câmaras nacionais.

Por tal razão, pretende-se empreender a pesquisa através da análise de cláusulas arbitrais inseridas nos contratos administrativos de obras de infraestrutura divulgados ao público, inclusive alguns com participação de acionistas ou investidores do setor privado (PPPs e concessões).

8. Literatura especializada e obras de referência

- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumento de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- ANDRADE, Gustavo Fernandes de. Algumas reflexões sobre as arbitragens e as regras da Câmara de Comercialização de Energia – CCEE. In: Arbitragem e Mediação: temas controvertidos, coord. por VERÇOSA, Fabiane, Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 157-190.
- BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: Ensaio sobre o Litígio Adequado. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 45, Abr-Jun/2015, p. 155-174.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- FERRAZ, Rafaella. Possibilidades e limites à aplicação da arbitragem no setor elétrico. In: Arbitragem doméstica e internacional: estudos em homenagem ao prof. Theóphilo de Azeredo Santos, coord. por FERRAZ, Rafaella e MUNIZ, Joaquim Paiva, Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GODOY, Luciano de Souza. Arbitragem nas lides de relações público-privadas. In: Direito Econômico Atual, coord. por COUTINHO, Diogo R., ROCHA, Jean-Paul Veiga da, e SCHAPIRO, Mario G., Rio de Janeiro: Método, 2015.
- LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública – fundamentos jurídicos e eficiência econômica, São Paulo: Quartier Latin, 2007.
_____. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? In:

Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem, v. 21, Jul-Set/2003, p. 387-407.

_____. Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem, v. 17, Jul-Set/2002, p. 342-354.

- MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da administração pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de; e SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do Procedimento Arbitral. In: Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 44, Jan-Mar/2015, p. 150-171.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães, e TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SUNDFELD, Carlos Ari e CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, Mai-Ago/2008, p. 117-126.
- TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. In: Revista de Direito Administrativo, v. 210, Out-Dez/1997, p. 111.
- VALENÇA FILHO, Clávio. Arbitragem e Contratos Administrativos. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 8.
- WALD, Arnoldo. Algumas Considerações a respeito da cláusula compromissória firmada pelos Estados nas suas Relações Internacionais. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, ano 5, Out-Dez/2002, p. 283 e segs.
- WALD, Arnoldo, CARNEIRO, Athos Gusmão, ALENCAR, Miguel Tostes de e DOURADO, Ruy Janoni. Da Validade de Convenção de Arbitragem pactuada por Sociedade de Economia Mista, ano 5, nº 18, Out-Dez/2002, p. 407 e segs.

9. Sumário preliminar

Introdução

1. A Arbitragem no setor público
 - 1.1. A evolução da arbitragem no setor público: a admissibilidade nos contratos envolvendo sociedades de economia mista, nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), nas concessões de serviço público, no setor portuário e no setor de comercialização de energia;
 - 1.2. Análise da jurisprudência sobre as cláusulas arbitrais em contratos administrativos;
 - 1.3. A Lei nº 13.129/2015: arbitrabilidade subjetiva, objetiva e disponibilidade de direitos;
2. Especificidades da arbitragem nos contratos da Administração Pública
 - 2.1. Confidencialidade vs. princípio da publicidade;
 - 2.2. Procedimentos e critérios de escolha de instituições arbitrais, árbitros e arbitragem “*ad hoc*”;
 - 2.3. O ônus do pagamento das custas da arbitragem;
3. Análise de cláusulas arbitrais em contratos celebrados com o Poder Público
(*Obs.: eventualmente cláusulas de outros contratos podem vir a ser incluídas*)
 - 3.1. PPP – Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo
 - 3.2. PPP - Linha 4 do Metrô de São Paulo
 - 3.3. PPP – Linha 6 do Metrô de São Paulo
 - 3.4. Obras de revitalização do Porto Maravilha no Rio de Janeiro/RJ
 - 3.5. Arena das Dunas em Natal/RN (Copa 2014)
 - 3.6. Arena Fonte Nova em Salvador/BA (Copa 2014)
 - 3.7. Estádio Mineirão em Belo Horizonte/MG (Copa 2014)
 - 3.8. Arena Multiuso em Recife/PE (Copa 2014)
4. Reflexões sobre as cláusulas arbitrais analisadas e sugestões de caráter propositivo
 - 4.1. Linhas gerais acerca das cláusulas arbitrais nos contratos analisados;
 - 4.2. Críticas ou sugestões de caráter propositivo para a redação de cláusulas arbitrais em contratos celebrados pelo Poder Público;

Conclusão

