

Recebido em: 17/10/2022

Aprovado em: 24/10/2022

A EVOLUÇÃO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM UTILIZADA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*THE EVOLUTION OF THE ARBITRATION AGREEMENT IN
CONTRACTS WITH PUBLIC ENTITIES*

Cristina M. Wagner Mastrobuono, FCI Arb

Advogada formada pela USP, LLM - University of Chicago, Especialização em Direito Societário pela FGV-Direito. Foi Procuradora do Estado de São Paulo, atua como árbitra em disputas relacionadas a contratos em infraestrutura e direito societário.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Convenção de arbitragem. 3. Conteúdo. 4. Evolução. 4.1. A indicação da instituição de arbitragem. 4.2. A matéria que pode ser submetida à arbitragem: a arbitrabilidade objetiva e a delimitação do escopo da arbitragem. 4.3. Outros aspectos. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: Com a intensificação do uso da arbitragem como meio de resolução de disputas em contratos públicos, verifica-se uma evolução na convenção de arbitragem utilizada. De uma redação padronizada inspirada em modelos de instituições financeiras internacionais utilizada nos contratos iniciais, é possível constatar uma personalização das cláusulas, de maneira a acomodar as necessidades da administração pública, algumas das quais já objeto de regulamentação. Alguns entes públicos adotam a salutar medida de promover uma consulta pública às cláusulas que serão utilizadas, como é o caso de determinadas agências reguladoras federais. Este artigo objetiva identificar algumas dessas modificações para demonstrar como a convenção utilizada pelos entes públicos tem se desenvolvido nos últimos anos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Arbitragem. Cláusula Arbitral. Convenção de Arbitragem. Instituição de Arbitragem. Escopo da Cláusula. Evolução.

ABSTRACT: The intensification of the use of arbitration as a means of resolving disputes in public contracts results in an evolution of the arbitration agreement used in these contracts. From a standardized wording inspired by models of international financial institutions initially used, it is possible to verify a customization of the clauses, in order to adapt the needs of the public administration, some of which are already subject to regulation. Some public entities take the friendly measure of promoting a public consultation of the clauses that will be used, as it is the case with certain federal regulatory agencies. This article aims to identify some of these modifications to demonstrate how the convention used by public entities has developed within last years.

KEYWORDS: Public entities. Arbitration. Arbitration clause. Arbitration agreement. Arbitral institution. Scope of the arbitration clause. Evolution.

1. INTRODUÇÃO

Como já amplamente sabido, a primeira condição para que uma disputa contratual seja submetida a um juízo arbitral é que as partes tenham adotado a arbitragem como meio de solução de disputas no contrato que deu origem à divergência, em uma cláusula que a ela faça expressa referência. Mas, para além de decidir quanto ao meio de solução das controvérsias, a convenção de arbitragem insere, em suas poucas linhas, decisões que irão afetar diretamente o procedimento e o direito das partes e, portanto, deve ser objeto de especial atenção na redação do contrato.

Quando a relação jurídica envolve algum ente da administração pública, o texto adotado deve ser objeto de reflexão prévia que, além das preocupações usuais que envolvem os contratantes do setor privado, deve ainda considerar o regime de direito público que se aplica ao ente contratante.

Num primeiro olhar, não se trata de tarefa complexa. No entanto, como todo instituto jurídico que começa a ser utilizado, o conteúdo e alcance das cláusulas de arbitragem envolvendo a administração pública terá a sua validade e eficiência apenas comprovada com o decorrer do tempo, com a consolidação que o decurso de um período experimental é capaz de propiciar. Esse processo não está livre de riscos. Interpretações futuras – dadas por árbitros em decisões proferidas em procedimentos arbitrais ou pelo poder judiciário – podem vir a considerar imprescindíveis algum conteúdo específico que deixou de ser contemplado na redação da cláusula no contrato respectivo. Ou então, que venham a interpretar o conteúdo da cláusula para além do significado que se pretendeu dar na celebração do ajuste.

Nesse sentido, por exemplo, vale mencionar o raciocínio já utilizado em alguns procedimentos, nos quais os árbitros consideraram a arbitralidade objetiva da disputa envolvendo a administração pública¹ como um elemento da redação da cláusula, sem uma análise específica quanto à disponibilidade do direito envolvido, ao considerar que a delimitação do objeto da arbitragem deve vir expressa na cláusula de arbitragem.

Mas, o que deve ser considerado na redação da convenção de arbitragem? Quais os limites a serem observados quando em pauta um contrato público? Buscaremos abordar neste breve trabalho aspectos a serem considerado na elaboração dessa cláusula, e, para tanto, faremos uma breve análise do regime legal aplicável, da evolução da redação que tem sido inserida nos contratos públicos, e, ao final, teceremos nossas conclusões.

1 Alguns casos concretos serão explorados no item 4.(iii) adiante.

2. A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Dada a proximidade dos vocábulos, é comum haver uma confusão quanto aos termos convenção de arbitragem, cláusula de arbitragem, cláusula arbitral, compromisso arbitral e cláusula compromissória. É importante diferenciar que a convenção de arbitragem se refere à forma genérica do instrumento pelo qual as partes exercem a manifestação de vontade pelo uso da arbitragem, ou seja, registra o consentimento para arbitrar (SPERANDIO, 2018, p. 61). E esse gênero possui duas espécies: a cláusula arbitral, também chamada de cláusula de arbitragem ou cláusula compromissória, e o compromisso arbitral².

A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996), que disciplina a arbitragem (“Larb”), deixa claro em seu artigo 4º que a cláusula arbitral é aquela inserida num contrato e se aplica a disputas futuras que dele poderão surgir.

Já o compromisso arbitral se refere a uma convenção de arbitragem estabelecida supervenientemente à disputa, e pode ser extrajudicial, quando decorre de acordo entre as partes, ou judicial, quando o Poder Judiciário é instado a decidir (art. 9º).

Essa atuação do Poder Judiciário é necessária para a própria instauração da arbitragem, que age com base nos artigos 6º e 7º da Larb, em casos, por exemplo, em que as partes optaram contratualmente pela arbitragem, mas adotaram uma cláusula que carece de elementos essenciais à sua instauração, em especial, o regulamento que irá disciplinar o procedimento, e não chegaram consensualmente a uma solução acerca das falhas (SPERANDIO, 2018, p. 108). A cláusula que impede o início da arbitragem é denominada de cláusula vazia e o Judiciário vem preencher a lacuna existente. Quando se trata de uma cláusula denominada pela doutrina como patológica, isto é, aquela defeituosa, mas que permite a instauração da arbitragem, caberá ao tribunal arbitral decidir quanto aos elementos faltantes (SPERANDIO, 2018, p. 108, 109).

Neste trabalho vamos nos ater à cláusula de arbitragem, ou seja, aquela inserida nos contratos celebrados pela administração pública com o setor privado, para a prestação de serviços ou fornecimento de bens. Vale lembrar que referida cláusula é redigida pelo ente público contratante, e recebe a participação do setor privado durante a fase de consulta pública

² Nesse sentido, o artigo 3º da Lei n. 9.307/1996: Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

do edital da licitação que pretende escolher o futuro contratado³, ou em procedimentos de consulta pública específicos que objetivam discutir o conteúdo da cláusula que podem vir a ser utilizados.

3. CONTEÚDO DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

O conteúdo que deve compor a cláusula não vem descrito de maneira completa em nenhum texto legal, mesmo porque se trata de dispositivo contratual que irá balizar a vontade das partes e, conseqüentemente, encontra limite apenas nos dispositivos que assim expressamente o fazem.

No entanto, embora a Lei de Arbitragem não indique diretamente quais são os elementos necessários para a cláusula compromissória, como o faz em relação ao compromisso arbitral nos artigos 10 e 11, a leitura conjunta das disposições esparsas nos dão os seus elementos essenciais.

A análise sistemática da lei nos indica que podem ser considerados elementos indispensáveis para que uma arbitragem tenha início, seja com base na cláusula compromissória, seja com fundamento em um compromisso arbitral: (i) a indicação do tipo de arbitragem, se institucional ou ad hoc⁴, (ii) o regulamento aplicável, (iii) a instituição arbitral (se for o caso), (iv) a sede da arbitragem, (v) a legislação que rege o contrato e a arbitragem que dele decorra, (vi) o número e a forma de indicação dos árbitros, (vii) as matérias que podem ser submetidas à arbitragem, com, se for o caso, a identificação das matérias que não devem ser submetidas ao tribunal arbitral, (viii) o tratamento dado às custas e honorários advocatícios, (ix) o idioma aplicável, (x) o afastamento da equidade como critério de julgamento, (xi) a observância do princípio da publicidade, e (xii) a indicação do juízo estatal competente para o processamento das demandas correlatas.

Vários desses comandos – no que diz respeito à administração pública –, já vêm previstos na própria *Larb*, não abrindo campo de decisão para os entes públicos, como é o caso da escolha pela arbitragem de direito, afastando-se a equidade como forma de julgamento, e da publicidade da arbitragem. Desse modo, na prática apenas alguns dos aspectos da cláusula que se refere à arbitragem podem variar a cada nova contratação.

Ainda, em se tratando de Administração Pública, também é necessário que a redação da cláusula de arbitragem inserida no contrato atenda à regulamentação incidente sobre aquele determinado órgão, como

3 A título exemplificativo, citamos a Consulta 003/2020, da ANAC, relativa à 6ª rodada de concessão de aeroportos. Disponível em <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/consulta-publica-no-03-2020>>. Acesso em 10.08.2022.

4 De forma bem resumida pode-se entender que a arbitragem institucional é aquela administrada por uma instituição ou câmara de arbitragem, que possui um regulamento próprio para tal fim. Já na arbitragem ad hoc as próprias partes, juntamente com os árbitros, estabelecem as regras para o procedimento arbitral.

o conteúdo previsto em resoluções, decretos ou até mesmo legislação específica. Por exemplo, as convenções de arbitragem envolvendo a Administração Pública da União em atendimento ao Decreto n. 10.025 (BRASIL, 2019) deverão necessariamente, além dos requisitos já contidos na lei federal, fazer remissão ao referido decreto e dispor sobre o local onde se desenvolverá a arbitragem e conter previsão sobre: (i) a antecipação das custas da instituição arbitral e dos honorários dos árbitros pelo contratado e (ii) a vedação da condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se por analogia o regime de sucumbência do Código de Processo Civil, caso haja condenação em honorários aos advogados.

Iremos nos aprofundar em relação aos seguintes itens: i) a indicação da instituição de arbitragem que ficará responsável por administrar o procedimento e cujo regulamento será utilizado pelas partes; ii) a limitação (ou não) da matéria que pode ser submetida à arbitragem e iii) itens diversos que têm sido inseridos nas cláusulas.

Tais temas serão analisados considerando a evolução que a cláusula de arbitragem tem passado pelos anos recentes nos contratos públicos.

4. EVOLUÇÃO

A análise da evolução da cláusula de arbitragem nos contratos públicos deve ser contextualizada com o próprio uso da arbitragem pela administração pública⁵. Assim, considerando que seu uso nas últimas décadas do século XX veio predominantemente inserido nas contratações públicas que contavam com recursos financiados por organismos financeiros multilaterais, como o Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID e Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD (Banco Mundial), as redações consideravam as diretrizes para contratações dos referidos organismos. A convenção de arbitragem, nessa situação, segue basicamente as diretrizes traçadas pela instituição financiadora, podendo existir algumas recomendações, como por exemplo, arbitragem *ad hoc* com uso do regulamento Uncitral, a indicação de instituições de arbitragens sediadas no exterior, com as quais potenciais investidores estrangeiros têm maior proximidade, eventuais limitações quanto à nacionalidade do árbitro⁶.

5 Para um aprofundamento sobre o uso da cláusula arbitral nos contratos do Estado de São Paulo, ver JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso. 1a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019, observando que a análise feita pelo autor não se limita à Administração Pública Paulista, mas também ao uso da arbitragem por outros entes da federação.

6 Por exemplo, no regramento da seleção de consultores externos. Disponível em <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/selecao_de_consultores_bid.pdf>. Acesso em 16.08.2022.

Uma nova fase de utilização da arbitragem nos contratos públicos teve início com as profundas alterações inseridas na forma de atuação do Estado, a partir de 1997, com a criação de agências reguladoras que, na esteira da já aprovada Lei n. 9.307/96, passaram a autorizar o uso da arbitragem em contratos celebrados no âmbito de atuação dos serviços concedidos por meio de concessão⁷, e a edição da lei de parcerias público-privadas, Lei n. 11.079/2004, com referência direta ao uso da arbitragem, “a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa” (BRASIL, 2004), além da alteração da Lei 8.987/95, em 2005, igualmente autorizando o uso da arbitragem. Não foram muitos os contratos celebrados no regime de parcerias público-privadas nesse período inicial de vigência da lei, mas é possível verificar a adoção da arbitragem como regra geral, por exemplo, nas PPPs da Linha 4 do Metrô de SP e do Sistema Alto Tietê, da Sabesp. Os contratos celebrados nesse regime pelo Estado de Minas Gerais, por seu turno, embora não tenham inicialmente adotado a arbitragem, assim o fizeram por meio de aditivo aos contratos, após a edição da Lei estadual n. 19.477/2011⁸, não obstante a lei mineira de PPPs – Lei estadual n. 13.868/2003 – já contemplasse a possibilidade do seu uso.

Após 2015, com a alteração da Lei de Arbitragem, inserindo expressamente a possibilidade de sua adoção pela administração pública, percebe-se não somente o incremento do seu uso nos contratos públicos, como também uma constante evolução da convenção de arbitragem, a partir da experiência com o tema por parte dos entes públicos.

4.1. A indicação da instituição de arbitragem

A escolha da instituição arbitral ainda é tema que preocupa os entes públicos, que enfrentam o dilema entre, por um lado, a escolha das câmaras de maior reconhecimento no mercado, garantindo, assim, maior credibilidade à arbitragem e garantia de bons serviços prestados, e por outro lado, possíveis críticas que possam surgir da indicação reiterada da mesma instituição. Outro aspecto é a temporalidade da indicação da

7 Um bom exemplo é a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, dispondo sobre a política energética nacional, que autoriza expressamente o uso da arbitragem internacional para a solução de controvérsias, a ser inserida nos contratos de concessão. Do mesmo modo, mas não de maneira tão explícita, a Lei Geral de Telecomunicações, nº 9.474, de 16 de julho de 1997, estipula que os contratos de concessão - a serem concedidos pela União Federal, deverão indicar em seus contratos “o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais”.

8 Como por exemplo, o 6º aditivo ao contrato SETOP 007/07 – PPP rodovia MG-050, disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/images/2020/MG-050/6%C2%BA%20Termo%20Aditivo%20MG-050.pdf>>. Acesso em 16.08.2022.

instituição, se já no contrato celebrado entre as partes, ou permitindo a escolha quando surgir o conflito. É possível verificar que não há uma regra por parte dos entes públicos em relação a esse aspecto. Nos contratos da esfera federal, em especial os celebrados pelas agências reguladoras, tem-se adotado uma redação bem similar entre elas, nesse aspecto, com a referência a câmaras reconhecidas pelo mercado.

Os contratos iniciais celebrados pela Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT não continham cláusula de arbitragem⁹, e o seu uso foi disciplinado internamente na Resolução 5.845, de 14 de maio de 2019 (BRASIL, 2019), que em seu artigo 15 indica que os contratos de outorga deverão definir expressamente uma ou mais câmaras arbitrais entre as credenciadas nos termos da Lei n. 13.448/2017 ou, caso não tenha sido indicada no contrato, caberá à ANTT indicar três câmaras cadastradas, cabendo à parte privada escolher dentre essas.

Os novos contratos da ANTT que têm inserido a cláusula, fazem referência expressa a três instituições, quais sejam, a Corte da Câmara de Comércio Internacional - CCI, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá CAM-CCBC e a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo - CIESP/FIESP, sem abrir a oportunidade de outra escolha. Apenas caso referidas instituições não venham a ser credenciadas na forma do Decreto n. 10.025, de 20 de setembro de 2019, por qualquer motivo, a Concessionária deverá indicar lista tríplice de instituições arbitrais credenciadas na forma da lei para solucionar os conflitos submetidos à arbitragem, devendo a ANTT, no prazo de 30 (trinta) dias contados da comunicação de indicação, escolher uma delas¹⁰.

A Agência Nacional e Aviação Civil – ANAC, por sua vez, passou por um período em que expressamente indicava a Corte de Arbitragem da CCI nos contratos, cabendo às partes indicar, de comum acordo, outra instituição, caso a CCI não se encontre dentre aquelas credenciadas pela Advocacia-Geral da União na forma prevista no art. 10 do Decreto n. 10.025/2019. Nesse caso, deverão as Partes, de comum acordo, indicar nova instituição arbitral para a condução do procedimento, dentre as câmaras credenciadas. Inexistindo consenso entre as partes quanto à

9 Por exemplo, Autopista Fernão Dias e Autopista Litoral Sul, celebrados em 2008.

10 Vide o contrato BR-116/101/RJ/SP, disponível em <<https://portal.antt.gov.br/documents/359170/db933144-afe0-822b-6428-5402d8c960fe>> Acesso em 15.08.2022. Também os aditivos celebrados com concessões de rodadas anteriores incluem referida cláusula, com alusão às mesmas três instituições arbitrais, por exemplo, Autopista Fluminense, de 2008, aditivo de relicitação celebrado em 15.06.2022.

escolha da instituição arbitral, aplicar-se-á o disposto no art. 11, §§ 1º a 3º, do referido regulamento¹¹.

Nos parece que houve um salutar desenvolvimento em abrir o leque das instituições que podem ser indicadas, com previsão da possibilidade de escolha conjunta das partes de qualquer instituição apta a administrar as arbitragens, dentre aquelas previamente credenciadas pela AGU, o que pode ser verificado nos recentes leilões da 6ª rodada de concessão de aeroportos¹². Na ausência de consenso, a ANAC escolherá entre a Corte da CCI, a Corte Internacional de Arbitragem de Londres e a Corte Permanente de Arbitragem de Haia. A referência a essas duas últimas câmaras certamente se deve à grande participação de investidores estrangeiros no setor da aviação.

No âmbito dos estados também é interessante verificar a modificação nas cláusulas compromissórias no que diz respeito à escolha da instituição arbitral, sendo possível verificar que a regra tem sido a indicação da câmara de arbitragem na cláusula arbitral.

O Estado de Minas Gerais, um dos precursores do uso de contratos no modelo de parceria público privada, indica, via de regra, a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - CAMARB como instituição responsável por administrar as disputas, dando, porém, em alguns dos contratos, a oportunidade às partes em escolherem instituição diversa¹³.

Igualmente dentre os primeiros contratos de PPP assinados no país, os contratos do Estado de São Paulo não possuíam uniformidade em relação à indicação da instituição arbitral, o que veio a ocorrer em parte após 2019, quando decreto regulamentador instituiu o sistema de credenciamento de câmaras, a cargo da Procuradoria Geral do Estado.

A Bahia, outro Estado com uma grande carteira de projetos, optou por indicar em alguns contratos a Corte de Arbitragem da CCI e em outros o CAM-CCBC. O mais recente contrato licitado, que cuida do projeto

11 Vide o termo aditivo ao contrato de concessão de Viracopos, disponível em <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/aeroportos-concedidos/campinas/documentos-relacionados/02termos-aditivos/vcp-termo-aditivo-002.2020/view>>. Acesso em 16.08.2022. Referida redação foi reiterada em outros aditivos, como na do Aeroporto de Campinas (contexto de relicitação) em 2020.

12 Para mais informações sobre Blocos Sul, Central e Norte, consulte o site:<<https://www.gov.br/anac/pt-br/assuntos/concessoes/processo-licitatorio-6a-rodada/informacoes-sobre-o-processo-licitatorio-6a-rodada>>. Acesso em 16.08.2022.

13 Nesse sentido, as PPPs sobre Resíduos Sólidos, Aeroporto Zona da Mata, MG-050, Rodoanel. Ver <<http://www.ppp.mg.gov.br/>>. Acesso em 16.08.2022.

“Ponte Itaparica”, indica o CAM-CCBC ou outra câmara escolhida de comum acordo entre as partes¹⁴.

O contrato de Iluminação Pública licitado pelo Município de Porto Alegre escolheu uma cláusula arbitral mais flexível, na qual a escolha da câmara deve ser feita de comum acordo entre as partes. Não havendo consenso, o Poder concedente escolhe entre CAM-CCBC, Corte de arbitragem da CCI ou CAMARB¹⁵.

Como se verifica, é possível identificar uma alteração no padrão das cláusulas arbitrais que vêm sendo adotadas nos contratos de PPPs e concessões dos diversos entes públicos, que passaram a incluir na convenção a possibilidade de, além daquela já indicada no contrato, ser escolhida outra de comum acordo entre as partes, quando surgir a disputa.

Desse apanhado geral com alguns dos entes públicos que possuem grande número de projetos em infraestrutura, percebe-se a preocupação destes em indicar instituições arbitrais que são reconhecidas pelo mercado das arbitragens, estabelecidas há muitos anos no país e com grande experiência na administração de procedimentos, com regulamentos já conhecidos pelas partes.

Exceção a essa regra é o Estado do Piauí, que celebrou cerca de 14 contratos em infraestrutura desde 2015. Quase todos possuem a convenção de arbitragem, sendo que na fase inicial de execução do programa de parcerias os contratos¹⁶ indicaram o CAM-CCBC para conduzir os procedimentos. O projeto “Mini-usinas de Energia Solar”¹⁷, assinado em 2020 inovou ao, além de indicar o CAM-CCBC, prever a possibilidade de ser escolhida outra instituição arbitral de comum acordo entre as partes. Já os contratos referentes ao Bioparque Zoobotânico e à Rodovia Transcerrados, assinados em dezembro de 2021, indicam expressamente a Câmara de Arbitragem e Mediação da Ordem dos Advogados do Brasil – seção Piauí para administrar o conflito. Ou seja, de uma instituição renomada que vinha sendo reiteradamente indicada, passou-se a uma

14 Vide o contrato na íntegra, disponível em “Anexos do Edital – Revisado 07”, <http://www.infraestrutura.ba.gov.br/modules/consultas_externas/index.php?cod=42>. Acesso em 22.09.2022.

15 Disponível em <https://cnc.procempa.com.br/cnc/servlet/cnc.procempa.com.br.wp_contratos?16302>. Acesso em 23.09.2022.

16 Piauí – Terminais Rodoviários, assinado em 03.12.2015, Saneamento, assinado em 22.03.2017, Contrato Nova Ceasa, assinado em 03.05.2017, Piauí Conectado, assinado em 05.07.2018, Ginásio Verdão, assinado em 27.02.2019. Todos os contratos estão disponíveis em <http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/>. Acesso em 15.08.2022.

17 Para saber mais, acesse: <<http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/index.php/projetos/estudo-de-viabilidade/mini-usinas-de-energia-solar/>>. Acesso em 07.08.2020.

Câmara vinculada à OAB do Piauí, que está apenas iniciando a gestão de procedimentos arbitrais¹⁸.

4.2. A matéria que pode ser submetida à arbitragem: A arbitrabilidade objetiva e a delimitação do escopo da arbitragem

Tema que ainda suscita discussões é o da arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo a administração pública, especialmente pelo fato de que a Lei de Arbitragem limita a matéria que pode ser submetida a um tribunal arbitral como sendo relacionada a direitos patrimoniais disponíveis. Se em relação à patrimonialidade pode não haver muitas dúvidas, não se pode dizer o mesmo quanto à definição do que seja “disponível”, estando esse conceito ligado aos poderes do estado, em relação aos quais não pode a administração pública abrir mão, e que não estão sujeitos a uma revisão jurisdicional, tanto pelo Poder Judiciário, quanto por um Tribunal Arbitral¹⁹. No que diz respeito à arbitragem, é importante verificar o posicionamento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça, que já foi instado a se manifestar em algumas ocasiões. Caso paradigmático é o julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308/DF (BRASIL, 2008) e o Agravo Regimental AgRg 11.308/DF (BRASIL, 2006) ocorridos em 09 de abril de 2008 e 28 de junho de 2006, respectivamente. Tratou-se de disputa entre a União e a Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A (NUCLEP)²⁰, contra a concessionária TMC Terminal Multimodal de Cora Grande SPE S/A que tinha por objeto a rescisão contratual promovida pelas primeiras sem a utilização do juízo arbitral, como previa o contrato.

O argumento da impossibilidade de levar a discussão para a arbitragem foi pautada na alegação de que era indisponível o bem sobre o qual versava o contrato de arrendamento da disputa (ou seja, o porto, cuja exploração se daria por serviço público com regulação específica), não podendo se submeter ao tribunal que não fosse o estatal.

18 Chegou-se a essa conclusão a partir da análise sítio eletrônico da entidade, que disponibiliza pouquíssimas informações sobre a sua atuação: <<http://oabpi.org.br/cma/institucional/>> Acesso em 20.08.2022.

19 Estudo abrangente acerca das posições doutrinárias existentes é apresentado por TONIN, Maurício Moraes no artigo “Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição”, publicado na Revista Brasileira de Arbitragem n. 59, Jul-Set/2018, p.61-79.

20 Uma sociedade de economia mista pertencente à União.

O voto condutor, do Min. FUX, então integrante do STJ, discorreu sobre o tema, acolhendo a doutrina do Prof. Eros Grau²¹ (que posteriormente passou a integrar a Corte Suprema), que se pautou na distinção entre o interesse público primário do interesse público secundário, este, sim, passível de ser arbitrado, por ser fortemente patrimonial e, portanto, disponível.

Esse posicionamento, no entanto, não resolve as dúvidas que envolvem o conceito de indisponibilidade do direito que se insere na esfera do poder-dever do estado, envolvendo parcela de discricionariedade administrativa e que, assim, sofre limitações no alcance da revisão que pode ser exercida por entes externos. Em nosso entendimento, cada caso há de ser analisado especificamente, buscando-se a solução à luz dos fatos concretos e direitos envolvidos, não sendo possível uma conceituação única.

Importante destacar que a arbitrabilidade objetiva, embora tenha estreita relação com uma eventual limitação do escopo das matérias que podem ser submetidas à arbitragem, por meio de uma expressa indicação na convenção de arbitragem inserida no contrato, não está restrita a ela.

A limitação do escopo pode ser efetuada por uma decisão do administrador público ao redigir a minuta do contrato que será levado para licitação, com o objetivo de evitar discussões futuras quanto à arbitrabilidade ou não de uma disputa. Pode o administrador público, ao redigir a cláusula arbitral da minuta do contrato que acompanha o edital de licitação, optar por restringir as matérias que poderão ser levadas à arbitragem. Tal prática, que, por um lado pode evitar discussões sobre a arbitrabilidade de determinada matéria, contudo, deve ser considerada com ressalvas, sob pena de ser produzida uma cláusula conflituosa e de difícil implementação, sujeita a questionamentos judiciais. Há um risco, ainda, de que, na tentativa de delinear o campo das matérias não arbitráveis, a administração se utilize de termos abrangentes demais ou dúbios, esvaziando a própria opção pela arbitragem e a esperada eficiência dela decorrente.

A redação da cláusula de arbitragem, no entanto, não afeta a arbitrabilidade objetiva propriamente dita, ou seja, aquela referida pela Lei n. 9.307/96, que é uma norma de ordem pública e deve ser considerada pelos árbitros ao delinarem o alcance da matéria sobre a qual deliberarão.

21 Vide a obra do autor Eros Grau, Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusulas compromissória. Wald, Arnoldo (coord.) Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora RT, Ano 5, outubro – dezembro de 2002.

Não obstante, algumas recentes decisões têm interpretado que, na ausência de uma indicação limitativa na cláusula de arbitragem que figura no contrato, fica afastado o argumento de que uma determinada matéria se refere a direito indisponível e, portanto, inarbitrável. Nesse sentido, veja-se o caso nº 611, em curso perante a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP (2021), que tem por partes a Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S/A (Requerente) e o Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e o Município de Guarulhos²² (Requeridas). Um dos temas submetidos ao tribunal foi a decretação de caducidade do contrato pelo Município de Guarulhos, procurando a Requerente a sua reversão. As requeridas alegaram que a caducidade e a intervenção municipal constituiriam matérias que se inserem dentre os direitos indisponíveis da administração, atos praticados com base no princípio da supremacia do interesse público e, portanto, não revestidos da característica da disponibilidade. Em sua decisão – que afastou o argumento de inarbitrabilidade da matéria – o tribunal arbitral fez, dentre outros aspectos que também foram considerados, uma análise da cláusula arbitral e das exceções materiais nela indicadas²³, para concluir que a caducidade não estava entre as matérias explicitamente afastadas da arbitragem pelo contrato. Nesse sentido, as próprias partes disponibilizaram referido interesse.

Como se verifica da decisão, o tribunal arbitral não efetuou uma análise aprofundada acerca da disponibilidade do direito de decretar a caducidade, e sim, concluiu pela referida disponibilidade ao constatar que o contrato não inseriu sua eventual decretação dentre as matérias consideradas indisponíveis. Ressalva-se que não se está aqui concluindo que a análise acerca da caducidade não pode ser objeto de disputa arbitral. No caso aludido, em que o tribunal arbitral afastou a responsabilidade da concessionária nos processos sancionatórios que lhe foram aplicados, o afastamento da caducidade era uma consequência lógica, pois havia sido fundamentada nas sanções aplicadas. O que se quer chamar a atenção é a ausência da análise da disponibilidade do direito envolvido e da consequente arbitrabilidade objetiva da caducidade, apenas pelo fato de não haver referência expressa nesse sentido na cláusula arbitral.

Em nosso entendimento, a não inclusão de uma matéria no rol dos temas que não se submetem à arbitragem não afasta a necessidade da

22 Disponível em <https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf>. Acesso em 21.08.2022.

23 A cláusula arbitral assim versava: “19.3 Exceção feita ao disposto na subcláusula 49.4 abaixo, as controvérsias que vierem a surgir entre a SAAE, a CONCESSIONÁRIA e o MUNICÍPIO e/ou a AGRU durante a execução deste CONTRATO serão submetidas à arbitragem perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP”.

análise da disponibilidade do direito envolvido, uma vez que é a Lei n. 9.307/96 faz essa limitação.

Também no procedimento de nº 24957/GSS/PFF²⁴ perante a CCI tal linha de raciocínio foi utilizada. Estava ali em discussão argumento preliminar da ANTT, no sentido de que o contrato continha previsão específica de que eventual reequilíbrio econômico-financeiro deveria ser objeto de pedido administrativo. Assim, na ausência de referido pleito administrativo, estaria havendo descumprimento de cláusula contratual e não estaria configurado o litígio entre as partes, o que levaria à falta de interesse de agir da requerente concessionária. No entanto, o tribunal arbitral (que contou com divergência), ao decidir quanto a esse argumento, não considerou os demais termos do contrato, concentrando-se na redação da cláusula arbitral e apontando para o fato de que esta não fazia qualquer referência à necessidade de pleito administrativo prévio como condição para a instauração da arbitragem:

Atendo-se aos fatos do Contrato de Concessão objeto desta demanda, fosse o contrato contemporâneo à lei invocada e fosse a intenção da ANTT condicionar a instauração da arbitragem, teria ela refletido essa condição na cláusula arbitral, nos termos do §1º do próprio art. 31 da Lei 13.448. (grifo nosso).

Pelo que se verifica, os árbitros concentraram-se na redação da cláusula de arbitragem, entendendo que eventuais condicionantes deveriam estar ali inseridas, independentemente de constarem de outros dispositivos do contrato ou da própria lei, como é o caso, da Lei n. 13.848/2019, a chamada “lei das agências reguladoras”, que disciplina alterações contratuais de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços, como a forma e requisitos de pleitos das empresas reguladas.

Essa concentração da análise da arbitrabilidade apenas considerando os termos redigidos na cláusula arbitral deve, em nosso entendimento, ser olhado com ressalvas, pois pode desconsiderar questões de inarbitrabilidade em razão da indisponibilidade do direito envolvido ou questões contratuais, legais ou regulamentares que também devem ser objeto de análise em uma arbitragem de direito.

24 Para conferir a Ordem Processual nº 4 na íntegra, acesse: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy_of_CASOMSVAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf>. Acesso em 20.08.2022.

4.3. Outros aspectos

Há, ainda, outros aspectos das cláusulas de arbitragem em relação aos quais se verifica uma evolução, decorrente da intensificação de seu uso nos novos projetos colocados em licitação.

Na esfera federal pode se constatar que há uma busca pela uniformização das convenções arbitrais, ao menos no âmbito das agências reguladoras. O texto a ser utilizado nos contratos é submetido – juntamente com os demais documentos relacionados à contratação que se pretende licitar – a consulta pública no qual diversos institutos especializados tomam parte, gerando um aperfeiçoamento da redação e aderência ao que é esperado pelo mercado. É o caso, exemplificativamente, da Consulta Pública 003/2020, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC, 2020), lançada previamente à última rodada de concessão de aeroportos.

No Estado de São Paulo uma interessante evolução²⁵ foi a inclusão de item que impõe ao tribunal arbitral a obrigação de observar, quando de sua tomada de decisão, quaisquer decisões judiciais que, nos termos da legislação brasileira vigente, possuam eficácia vinculante e imponham sua observância pelos órgãos do Poder Judiciário.

A inserção de tal comando aos árbitros afasta quaisquer dúvidas sobre a obrigação ou não em acatar a jurisprudência vinculante dos tribunais estatais em suas decisões, o que traz maior segurança jurídica às partes.

Uma outra modificação identificada nas cláusulas utilizadas pelo Estado de São Paulo conta no projeto de concessão do Parque da Cantareira²⁶, e consiste na inserção da possibilidade franqueada à Concessionária de escolher entre arbitragem ou poder judiciário para a solução de controvérsias relativas à aplicação de penalidades contratuais ou sobre a correção de critérios adotados pelo Poder Concedente para a dosimetria da pena. Como se vê, trata-se de uma escolha conferida à concessionária, que não poderá ser obstada pelo ente público. Nos parece que o objetivo almejado pela cláusula seria permitir a via judicial para causas de menor valor. Será importante verificar, ao longo da execução do referido contrato, qual o padrão de escolha efetuado pela concessionária.

25 Por exemplo, no Contrato de concessão 002/2021, que trata da concessão das linhas 8 e 9 da CPTM (já contratado), o contrato do Rodoanel Norte (licitação suspensa) e a minuta do contrato de concessão do “Sistema de Travessias Litorâneas”, edital publicado em nov/2021, e atualmente suspenso para revisão da modelagem, todos eles disponíveis no site www.parcerias.sp.gov.br.

26 Vide a cláusula 59.1.1, no contrato que está disponível em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Detalhes/132>>. Acesso em 22 ago.2022.

Também a rescisão via processo arbitral recebeu referência específica no contrato mencionado, afastando eventuais dúvidas quanto à viabilidade em se valer da arbitragem para essa forma de extinção do contrato.

Um último aspecto a ser considerado é o tratamento que a convenção de arbitragem dá às custas relativas ao procedimento arbitral. Há praticamente uma unanimidade nas redações constantes dos contratos colocados em licitação atribuindo o ônus à parte privada em antecipar os valores devidos à instituição de arbitragem responsável por administrar o procedimento. Essa metodologia, inclusive, tem amparo nos textos legais que disciplinam o uso da cláusula de arbitragem pelos entes públicos, como na União, Estado de Minas Gerais e Município de São Paulo²⁷, apenas para citar alguns.

Os decretos estaduais do Rio de Janeiro²⁸ e de São Paulo²⁹ divergem dessa regra que parece ter sido adotada pelos demais entes, ao estabelecer que as despesas serão adiantadas pelo contratado apenas quando este for o requerente da arbitragem, do que se compreende que a antecipação das custas pelo privado não ocorrerá quando o ente público contratante iniciar o procedimento. Na prática, no entanto, os contratos recentes³⁰ do Estado de São Paulo têm desconsiderado o decreto regulamentador e aplicado a regra da lei estadual de prorrogação e relicitação de contratos de parceria³¹, mesmo quando esta não é cabível ao caso concreto, para atribuir o ônus de antecipar as despesas ao parceiro privado, independentemente de qual for a parte requerente.

5. CONCLUSÃO

O acompanhamento das minutas dos contratos dos projetos de concessão postos em licitação demonstra que a redação da convenção de arbitragem utilizada pelos entes públicos tem evoluído de maneira significativa. À parte de uma ou outra questão, as cláusulas têm redação completa e reúnem todos os elementos necessários para a instauração de um procedimento arbitral. Embora não haja uma uniformização, é patente que cada ente público observa um parâmetro, seja na indicação

27 Decreto federal 10.025/2019 (art. 9º), a Lei estadual 19.477/2011 (art. 11) e o Decreto municipal 59.963/2020 (art. 8º § 3º), respectivamente.

28 Decreto estadual 46.245/2018 (art. 9º).

29 Decreto estadual 64.356/2019 (art. 4º § 1º, 5).

30 Como por exemplo, as minutas dos contratos de concessão para a Rodovia Rodoanel Norte e do Sistema de Travessias Litorâneas, ambos os projetos em licitação, disponíveis em <<http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Projetos/Portfolio#>>. Acesso em 20.09.2022.

31 Lei estadual 16.933/2019 (art. 18 § 2º).

das câmaras aptas a administrar o procedimento, seja na identificação do que se entende por interesse patrimonial indisponível. A transcrição de tais matérias, no entanto, não afasta o dever dos árbitros em verificar a arbitrabilidade objetiva de cada matéria posta em discussão, não apenas considerando a redação da cláusula arbitral, mas as demais disposições contratuais e a legislação aplicável ao contrato. Tal dever se coaduna com o conceito de arbitragem de direito, que norteia os procedimentos envolvendo a administração pública.

6. REFERÊNCIAS

ANAC, Agência Nacional de Aviação. *03 – Consulta Pública nº 03/2020*. Publicado em 18 dez 2020. Página inicial. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/andamento/consulta-publica-no-03-2020>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 184, p. 9, 23 de set. de 2019. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=23/09/2019&jornal=515&pagina=9&totalArquivos=113>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental (AgRG) ao MS 11.308/DF (2005/0212763-0)*. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF. 28 de junho de 2006. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança (MS) 11308/DF*. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO [...]. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília-DF. 09 de abril de

2008. Jurisprudência do STJ. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. [Lei de Arbitragem]. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, n. 186, p. 18897, 24 de setembro de 1996. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=24/09/1996>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 252, p. 6, 31 dez. 2004. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=6&data=31/12/2004>. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. *Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019*. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Diário Oficial da União. Brasília, DF, n. 94, seção 1, p. 22, 17 maio 2019. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>. Acesso em: 26 set. 2022.

CCI – Corte Internacional do Comércio. Procedimento Arbitral nº 24957/GSS/PFF. *Ordem Processual nº 4*. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/copy_of_CASOMSVIAICC24957ORDEMPROCEDIMENTALN.4.pdf. Acesso em 26.09.2022.

CIESP FIESP. Procedimento Arbitral nº 611. *Sentença Arbitral Parcial*. Requerente: Sagua – Soluções Ambientais de Guarulhos S.A. Requeridos: Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE e Município de Guarulhos – SP. Guarulhos, São Paulo. 19 fev. 2021. Disponível em: https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf. Acesso em: 26. Set. 2022.

GRAU, Eros. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusulas compromissória. Wald, Arnaldo (coord.) *Revista de Direito Bancária e do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, Editora RT, Ano 5, outubro – dezembro de 2002

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. 1a.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de Arbitragem. In: LEVY, Daniel. PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (org.) *Curso de Arbitragem*. São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 61-118.

TONIN, Maurício Moraes. Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública: Tentativa de Definição. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 59, Jul-Set/2018, p.61-79.

