

A ARBITRAGEM NO CONTRATO ADMINISTRATIVO: PARÂMETROS PARA UMA CLÁUSULA ARBITRAL EFICIENTE

Guilherme Freire de Melo Barros

Procurador do Estado do Paraná

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR

LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália

Pós-graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Bacellar

Marcelle Franco Espíndola Barros

Advogada

Mestranda em Direito Econômico e Socioambiental pela PUC-PR

Bolsista da Capes

LL.M em Contratos Internacionais e Resolução de Disputas pela Universidade de Turim/Itália

Pós-graduada em Propriedade Intelectual pela PUC-RJ

Resumo

O presente artigo analisa a opção pela arbitragem como método de resolução de litígios em contratos administrativos. O recorte metodológico do estudo leva o foco para cláusula compromissória do contrato administrativo que vincula as partes à arbitragem. O objetivo é identificar parâmetros eficientes para elaboração de cláusula arbitral. Para isso, o estudo apresenta argumentos de microeconomia (com foco na análise econômica do direito) para demonstrar por que a arbitragem é vantajosa em um contrato administrativo. Em seguida, examinam-se questões doutrinárias e dogmática a respeito da cláusula arbitral no direito brasileiro. As conclusões dos itens anteriores são testadas em concreto através do exame de cláusulas arbitrais de dois contratos administrativos de parcerias público-privadas (concessão patrocinada da rodovia BR-040 e concessão administrativa da região portuária do Rio de Janeiro, “Porto Maravilha”). A análise prática permite detectar falhas e inconsistências na cláusulas que podem prejudicar o regular desenvolvimento da arbitragem. Como conclusão, são delineados os parâmetros mais adequados para a elaboração de uma cláusulas arbitral eficiente.

Palavras-chave:

Contratos administrativos. Arbitragem. Análise econômica do direito. Cláusula arbitral. Parâmetros. Eficiência.

ARBITRATION UNDER GOVERNMENT CONTRACTS: FEATURES FOR AN EFFICIENT ARBITRATION CLAUSE

Abstract

The present article analyzes arbitration as the dispute resolution method in government contracts. The core issue is to study the arbitration clause in such contracts. The aim is to

identify features for an efficient arbitration clause. Therefore, the study sets forth microeconomic reasons (mainly those concerned with law and economics theory) to demonstrate why arbitration is efficient choice in government contracts. Then, it will be assessed tenants of the arbitration clause, as well as the Brazilian rules concerning the subject. Finally, the conclusions reached in the previous topics will be tested on practical approach, in which two government contracts (on the private finance initiative, PFI, model) will have their arbitration clause scrutinized (namely, highway BR-040 and the Rio de Janeiro harbor project, “Harbor Wonder”). The practical approach allows the detection of some flaws and inconsistencies that could jeopardize the arbitration proceedings. As a conclusion, one will be able to outline the proper features an arbitration clause must have to efficiently guarantee an arbitration under government contracts.

Keywords:

Government contracts. Arbitration. Economic analysis of law. Arbitration clause. Features. Efficiency.

1 Introdução

Em termos históricos, a arbitragem no Brasil já existe há décadas, mas tomou verdadeiro impulso com o advento da Lei n. 9.307/96.

Desde o advento dessa Lei, abriu-se uma discussão sobre a possibilidade de o ente público se submeter à arbitragem. Fortes objeções doutrinárias foram sendo superadas por modificações do direito positivo, que procuraram deixar mais clara a efetiva possibilidade de o ente público optar por este meio de resolução de litígios. Nesse sentido, podem-se citar a previsão do artigo 23-A da Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95) e, mais recentemente, o artigo 11, III da Lei de Parcerias Público-Privadas. Por fim, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 406/2013 que objetiva modificar alguns dispositivos da Lei de Arbitragem. Dentre as propostas está a de inserir dispositivo expresso (parágrafos primeiro e segundo ao artigo 1º) no sentido de que a Administração Pública pode optar pela arbitragem como método de resolução de litígios.

Dentro desse contexto, parece não haver mais necessidade de discutir se é ou não possível a resolução de litígios envolvendo a Administração Pública por meio de arbitragem. É preciso avançar no debate para tratar de outras questões, que estão relacionadas a forma de sua implementação.

É certo que a arbitragem envolvendo a Administração Pública representa um novo paradigma no direito administrativo moderno, mas é preciso construir um modelo em que esse mecanismo consiga realmente contribuir para uma Administração Pública mais eficiente, nos termos do que exige a Constituição da República.

O presente artigo deita os olhos sobre um aspecto chave desse mecanismo alternativo de resolução de disputas, justamente o ponto de partida da arbitragem – a cláusula arbitral.

A pergunta que metodologicamente conduz o presente estudo é: *que parâmetros devem orientar a elaboração da cláusula arbitral nos contratos administrativos?*

Para responder a esse questão, o artigo está assim dividido.

Inicialmente, é preciso investigar os fundamentos econômicos por trás da opção pela arbitragem. Em outras palavras, há de se compreender com que intenção a Administração Pública opta pela arbitragem em detrimento da resolução via Poder Judiciário. Para isso, far-se-á uso de alguns fundamentos da análise econômica do direito. O objetivo é demonstrar que a opção pela arbitragem visa a transmitir segurança jurídica ao particular e com isso reduzir o preço da contratação, o que atende ao interesse público e beneficia, *a fortiori*, o cidadão.

Compreendido o pano de fundo para a escolha da arbitragem, passa-se ao exame das lições da doutrina arbitralista a respeito da cláusula arbitral, bem como a análise a respeito das soluções do direito positivo para cláusulas arbitrais “vazias” ou patológicas. O objetivo aqui é identificar que a inclusão de cláusula que preveja pura e simplesmente a arbitragem não é suficiente para garantir a segurança jurídica e a redução dos custos de transação ao particular; via de consequência, o interesse público de se obter um preço de contratação mais baixo não será alcançado.

Em seguida, para testar as conclusões teóricas alcançadas nos tópicos anteriores, serão examinadas algumas cláusulas arbitrais previstas em editais de licitação de entes públicos. Esse comparativo permitirá identificar pontos positivos e negativos nas cláusulas arbitrais.

Após, será apresentada a conclusão do estudo.

2 Fundamentos econômicos para a escolha pela arbitragem

O ponto inicial do estudo está em compreender por que a arbitragem é escolhida como mecanismo de resolução de disputas. Analisa-se primeiramente a questão em termos gerais e, em seguida, particularmente no que tange à arbitragem na Administração Pública.

Dentro do pensamento econômico, a teoria neoclássica parte do ser humano com racionalidade ilimitada, em ambiente de concorrência perfeita, que toma sempre decisões capazes de maximizar seu bem-estar. Essa visão idealizada pelos neoclássicos, porém, não

existe, é apenas o mundo do *blackboard economics*¹, na significativa expressão de Coase (1990). No mesmo sentido, como destacam RIBEIRO e VIANNA (2003, p. 191), “dificilmente se estabelecem as condições para manutenção de um sistema de concorrência perfeita nas relações econômicas (hipótese de racionalidade ilimitada), pois as pessoas não são capazes de absorver, processar e prever toda a informação disponível numa tratativa comercial”.

Daí a teoria neoclássica acabar suplantada por outras linhas de pensamento econômico, mais atentas às realidades estruturantes do mundo dos fatos, que trabalham com olhos atentos às falhas do mercado, aos custos de transação, à eficiência, à assimetria informacional e à racionalidade limitada – como é o caso do pensamento econômico da Nova Economia Institucional (ZYLBERSZTAJN e SZTAJN, 2005). Toda relação econômica – leia-se, transação, troca comercial, ajuste de vontades, contrato – possui custos de transação que não podem ser ignorados (COASE, 2008). Estes podem ser entendidos como os custos para o intercâmbio que se pretende realizar (RIBEIRO e GALESKI JÚNIOR, 2009). No feliz paralelo traçado Williamson (1998, p. 18-19), citando Arrow, os custos de transação estão para o sistema econômico assim como o atrito está para a física:

Kenneth Arrow definiu custos de transação como os ‘custos de manutenção do sistema econômico’ [...]. Tais custos são diferentes dos custos de produção, que é a categoria de custo com a qual as análises neoclássicas têm-se preocupado. Custos de transação são o equivalente econômico da fricção nos sistemas da física. [...] Todavia, enquanto físicos são prontamente lembrados por seus instrumentos de laboratório e pelo mundo a sua volta que a fricção é inafastável e muito frequentemente precisa ser levada em consideração, economistas não dispõem de um correspondente elemento de teste para os custos de manutenção do sistema econômico.²

De acordo com a classificação elaborada por Williamson (1998), os custos de transação podem ser *ex ante* e *ex post*. Os custos *ex ante* são os custos de minutar (*drafting*), negociar (*negotiating*) e proteger (*safeguarding*) um acordo. Já os custos *ex post* incluem: (i) readaptação do contrato quando este toma um rumo errado (*shifting contract curve*); (ii) custos da negociação da correção do contrato (*haggling costs*); (iii) custos de implantação e manutenção da governança administrativa durante um litígio sobre esse tema (*costs*

¹ Em tradução livre, a economia do quadro negro, no sentido de teóricos da sala de aula.

² Transcrição em tradução livre. No original: “Kenneth Arrow has defined transaction costs as the ‘costs of running the economic system’ [...]. Such costs are to be distinguished from productions costs, which is the cost category with which neoclassical analysis has been preoccupied. Transactions costs are the economic equivalent of friction in physical systems. [...] But whereas physicists were quickly reminded by their laboratory instruments and the world around them that friction was pervasive and often needed to be taken expressly into account, economists did not have a corresponding appreciation for the costs of running the economic system.”

associated with the governance structures); e (iv) custos das garantias dadas no acordo (*bonding costs*).

Os custos *ex ante* e *ex post* são frequentemente interdependentes (WILLIAMSON, 1998) – seria como observar dois pratos de uma balança: maiores custos *ex ante* podem significar menores custos *ex post*, e vice-versa.

Por mais que as partes negociem longamente seu contrato, aumentando sua cooperação e reduzindo a assimetria informacional, sua racionalidade limitada invariavelmente levará a um contrato em alguma medida incompleto (RIBEIRO e VIANNA, 2003), pelo que “o conhecimento equitativo do contrato entre as partes não impede o surgimento de disputas pós-contratuais e de má adaptação dos contratos.” (WILLIAMSON, 2005, p. 22).

Nessa classificação, litígios decorrentes da execução do contato representam um custo de transação *ex post*, ou seja, que surge posteriormente à celebração do contrato. Se o litígio for levado ao Poder Judiciário, os custos são elevados por razões como lentidão, alto grau de incerteza quanto ao desfecho final, falta de expertise do juiz na matéria e custos com advogados (ANDREWS, 2011).

Quando as partes são de diferentes nacionalidades esse custo tende a ser ainda maior, porque possivelmente uma não possuirá familiaridade com o sistema judiciário da outra parte. Resultado, mais custos de tempo e dinheiro para obter informações a esse respeito.

Algumas dessas contingências futuras podem ser antecipadas pelos agentes e, com isso, certos riscos contratuais podem ser contornados e evitados, como explica Williamson (2005, p. 23):

Além da racionalidade limitada e do oportunismo, a ECT [Economia dos Custos de Transações] também descreve os atores humanos com referência ao seu caráter antecipativo, prudente e cauteloso com respeito às contingências futuras. Ao invés de miopia ou onisciência, a ECT postula prudência cautelosa factível como norma. [...] Operadores, consultores e analistas de política pública, alertas para as lições da experiência e que possuam habilidades para a prática da arte da análise antecipativa, olharão para o futuro, identificarão possíveis riscos contratuais, descobrirão os mecanismos que regem tais riscos, elaborarão mecanismos de governança que serão finalmente incluídos no desenho contratual *ex ante*, pela introdução de salvaguardas contratuais [...]

Diante dos problemas detectados para a solução de alguns litígios pelo Judiciário, com alto custo de transação, as partes optam por se proteger e evitar esses custos através da inserção de cláusulas contratuais com previsão de formas alternativas de solução de litígios, dentre elas, a arbitragem. Do ponto de vista jurídico, a arbitragem desponta como boa forma

de solução de litígios por algumas razões, como por exemplo: o procedimento é mais flexível e mais rápido; e o objeto litigioso será examinado por *experts*, árbitros escolhidos especificamente para julgar o litígio em razão do profundo conhecimento na matéria objeto de exame (ANDREWS, 2011). Do ponto de vista econômico, isso significa redução de custos de transação.

Quando as partes possuem nacionalidades diferentes, o custo relativo à busca de informações sobre o sistema de resoluções de litígios do país do outro contratante pode até mesmo desaparecer. Basta que se opte por uma câmara arbitral internacional de boa reputação – há várias bastante conhecidas, como a Corte Arbitral da Câmara de Comércio Internacional de Paris, o Centro Internacional de Arbitragem de Nova Iorque, Corte de Arbitragem Internacional de Londres, Instituto de Arbitragem da Câmara de Comércio de Estocolmo, na Suécia – todas com regras procedimentais e de funcionamento largamente conhecidas.

Além da redução de custos de transação, a arbitragem proporciona um ambiente de incentivos que favorece o cumprimento voluntário e adequado pelas partes (SALAMA, 2012, p. 383). É que a parte, ciente de que seu eventual inadimplemento (ou adimplemento inadequado) não passaria despercebido por experientes árbitros, cumpre adequadamente o contrato, como apontou Shavell (1995, p. 1):

Segundo, ADR [meios alternativos de resolução de disputa] pode engendrar maiores incentivos através de maior precisão do resultado ou de outras características. Suponha-se, por exemplo que uma performance contratual ineficiente pudesse ser percebida por árbitros experiente, mas não por juízes estatais. As partes do contrato podem muito bem preferir a adoção da ADR, porque induziria a uma boa performance, [...] A partir do momento em que ADR leva a mudanças de comportamento que aumentam o valor conjunto para as partes, haverá um benefício mútuo em concordar com ADR do que com soluções ordinárias do sistema legal.³

Nesse contexto, as partes podem chegar a acordos mutuamente mais vantajosos, quando optam por solução de litígios via arbitragem.

Esse raciocínio é válido também quando se está a tratar de contratos administrativos. Quando deflagrado um processo licitatório, o Estado está em busca de um contratante que possa realizar a prestação desejada da “melhor maneira possível” – qualitativa e quantitativamente. É dizer, o contratado deve demonstrar condições de realizar a atividade

³ Transcrição em tradução livre. No original: “Second, ADR may engender superior incentives through greater accuracy of result or other characteristics. Suppose, for instance, that substandard performance of a contract would be correctly assessed by expert arbitrators under ADR but not by courts. The parties to the contract might well prefer to adopt ADR because it would induce good performance, [...] As long as ADR leads to changes in behavior that raise joint value for parties, there will be a mutually beneficial agreement that they can make involving ADR rather than the legal system.”

dentro dos padrões de qualidade especificados e, ao mesmo tempo, de modo mais econômico possível (JUSTEN FILHO, 2013).

Para elaboração de suas propostas, os concorrentes da licitação analisam diversos aspectos, jurídicos, econômicos e financeiros.

Inicialmente, são levados em consideração custos referentes à própria burocracia que envolve a participação do licitante no certame. Nesse ponto, a legislação brasileira é objeto de críticas, por ser focada excessivamente no procedimento, e não na obtenção do resultado. Os custos dos licitantes com certidões, viagens, estudos prévios, equipe, recursos administrativos e judiciais são custos de transação que acabam refletidos no preço das propostas, como explica Nóbrega (2012, p. 405):

Assim, tanto mais custoso será o processo quanto mais custos de transação existirem. Logo, esses custos serão absorvidos de alguma forma e, na maior parte das vezes, serão repassados para as propostas. Não se sabe ao certo qual o montante desses custos, no entanto, no caso de obras para PPPs, os valores podem ser muito consideráveis. Logo, quanto maiores os trâmites burocráticos, quanto maior a incerteza quanto ao término do certame, maiores os custos de transação envolvidos.

Para formação de preços, é preciso verificar as exigências do edital e dos termos de referência (estudos e projetos) para apurar os gastos para cumprir o objeto. São levados também em consideração o tempo de duração do contrato, as garantias exigidas pelo Poder Público, o teor das cláusulas exorbitantes, a margem de lucro desejada em cotejo com a taxa de retorno fixada. Mas não é só. Principalmente quando se trata de grandes contratações – como concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas –, cujos valores são altos e o tempo de contratação longo, pesam também no cálculo de preço da proposta o ambiente econômico-institucional do ente público e do País. O licitante examina outros aspectos além do conteúdo editalício, tais como: se o ente público contratante costuma adimplir pontualmente com seus pagamentos ou se está em constante mora ou mesmo em graves dificuldades financeiras; se o marco regulatório do setor está bem definido ou em constante modificação; se as instituições políticas possuem obstáculos ideológicos fortes em relação àquela contratação; qual a qualidade do Judiciário e o grau de corrupção; quais as alternativas de saída, ou seja, quais são os mecanismos para resolução de disputas, de que forma o investimento privado estará protegido (ex.: existência de acordo bilateral de investimento).

Ao examinar a incompletude dos contratos com o Poder Público, Nóbrega (2012, p. 410) destaca como esses obstáculos afetam o preço e a qualidade do produto final:

Todas essas ineficiências aparecem com mais proeminência nos contratos de grande vulto, sobretudo na fase de construção, principalmente em contrato tipo Build-Operate-Transfer (BOT), onde os riscos são maiores. Daí, uma combinação deletéria se mostra nessa fase, a saber, incompletude intrínseca, riscos elevados e custos de transação. Nesse último caso, esses custos são consideráveis quando as demandas são judicializadas. [...] A inoperância e corrupção do judiciário elevam os custos de transação do sistema de forma exponencial. Há, sem dúvida, uma expectativa racional dos atos durante a elaboração do contrato de que esse problema ocorrerá e parte desses custos de transação são ‘desovados’ para a má execução contratual pela troca de material por produtos de má qualidade.

Em suma, todas essas variantes entram no cálculo da formação de propostas em grandes licitações. O preço, portanto, é uma função do risco a que se expõe o proponente. Quanto maiores as incertezas e as turbulências desses fatores, maior o risco; por consequência, mais alto o valor da proposta. Em contrapartida, quanto maior segurança e a previsibilidade a respeito desses diversos fatores, menor o risco e mais atrativa será a proposta.

Disso resulta a seguinte conclusão: quando o ambiente de negócios para contratações com o Poder Público é atrativo, os preços cobrados são mais baixos. O dinheiro público, portanto, é gasto com maior eficiência em benefício de toda a população, o que atende ao fim maior da razão de existir do Estado, que é a satisfação do interesse público (CARVALHO FILHO, 2011).

Compreendido esse mecanismo de formação de preços, é possível perceber que a opção pela arbitragem como método de resolução de disputas tem como objetivo garantir maior segurança e previsibilidade ao particular, bem como aumentar os incentivos ao correto adimplemento do contrato (SALAMA, 2012) – o que, *a fortiori*, levará a uma proposta mais vantajosa para o Poder Público. Em outras palavras, o fundamento econômico da arbitragem está na obtenção de melhores preços para a Administração Pública.

Isso significa que a previsão da arbitragem *ex ante facto*, ou seja, já na minuta contratual que acompanha o edital de licitação *pode* levar a propostas mais vantajosas. Frisou-se propositadamente o “pode”, pois essa conclusão só é verdadeira se o licitante efetivamente extrair da cláusula contratual que a arbitragem será efetivamente instaurada.

Daí a importância do estudo da cláusula arbitral. Uma cláusula mal redigida, que não transmita ao particular a segurança e a previsibilidade que ele espera, não levará à formação de preços mais baixos. Vale dizer, uma cláusula arbitral imprecisa ou inadequada pode não influenciar positivamente a formação de preço mais baixo – ou, ainda, pode transmitir mais insegurança do que a simples previsão de resolução de litígios pelo Judiciário, o que

desaguaria no pior cenário, que seria a formação de preço maior em razão da previsão da cláusula arbitral.

Bem compreendidos os aspectos referentes ao fundamento econômico da previsão da arbitragem em contratos administrativos, cumpre estudar os contornos jurídicos da cláusula arbitral.

3 Convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem é o ponto de partida desse método de resolução de disputas alternativo ao Poder Judiciário. Trata-se da manifestação expressa de vontade das partes, fruto de sua autonomia da vontade, de submeter seus litígios, presentes ou futuros, ao juízo arbitral (BLACKABY e PARTASIDE, 2009).

A Lei n. 9.307/1996 nomeia essa manifestação de vontade de duas formas, cláusula compromissória e compromisso arbitral, com base no momento temporal em que é manifestada a vontade das partes – assim como o fazem as legislações de França e Itália, e contrariamente ao que estabelece a lei espanhola (CAHALI, 2011). A cláusula compromissória é aquela estabelecida previamente à emergência do conflito – *ex ante facto* –, tem caráter preventivo e pode constar do contrato ou de documento apartado, como indica o artigo 4º da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96). A opção legal pela expressão “cláusula compromissória” não impede a utilização da expressão “cláusula arbitral”, como se faz neste estudo, por estar consagrada largamente na doutrina especializada, como se vê em Cahali (2011) e Scavone Jr. (2010). Já o compromisso arbitral tem lugar quando as partes já identificaram a existência de um litígio – *ex post facto* – e decidem solucioná-lo por meio da arbitragem (Lei n. 9.307/96, art. 9º).

No tópico acima, demonstrou-se que a opção pela arbitragem em contratos administrativos está amparada na ideia de dar previsibilidade e segurança ao particular, como meio para se alcançar preços mais vantajosos para o Poder Público. Forte nessa premissa, é possível afirmar que ao Estado interessa muito mais a previsão de cláusula compromissória do que o compromisso arbitral. Explica-se.

Como o que se deseja é reduzir custos de transação e riscos, isso é verdadeiramente alcançado com a previsão *ex ante facto* da resolução de litígios via arbitragem (SHAVELL, 1995), ou seja, com a estipulação na minuta contratual que acompanha o edital de licitação.

Quanto à forma, o § 1º do artigo 4º da Lei de Arbitragem estabelece que sua estipulação deve ser por escrito, o que está em perfeita consonância com as leis de regência do

direito administrativo, pois o contrato verbal é absolutamente excepcional.⁴ Assim, nos casos em que se cogita a aplicação da arbitragem, terão a forma escrita tanto o instrumento contratual, quanto a cláusula arbitral.

Feita a estipulação da cláusula arbitral, a Lei n 9.307/96 traça dois caminhos distintos, de acordo com o seu teor, conforme se extrai dos artigos 5º a 7º. A distinção está ligada ao conteúdo da cláusula arbitral, que a doutrina distingue entre cláusulas cheias e cláusulas vazias (CARMONA, 2009).

A cláusula arbitral cheia é aquela que contém todos os elementos necessários à instauração da arbitragem, seja através da indicação da uma entidade especializada (câmara arbitral), seja através de estipulação pelas partes de regras próprias para a instauração da arbitragem (GUERRERO, 2009). Escolhida uma instituição arbitral, a arbitragem é instaurada segundo suas normas. Inclusive, as próprias instituições arbitrais indicam em seus portais de internet cláusulas-padrão para inserção no contrato. As partes podem complementar tais cláusulas-padrão com elementos referentes às peculiaridades do contrato, mas se deve proceder com extrema cautela para evitar que as previsões peculiares contrariem de tal forma o regulamento da instituição arbitral, a ponto de se inviabilizar a instauração da arbitragem, como alerta Cahali (2011, p. 111-112):

Importante, porém, que estas previsões sejam harmônicas ao regulamento da instituição eleita, caso contrário, estar-se-á diante de uma *cláusula patológica*, cujo tratamento pode tumultuar a arbitragem, [...]. Melhor, sem dúvida, a indicação de uma instituição arbitral, com previsão, se necessária apenas de poucos detalhes pela peculiaridade do caso.

Além da cláusula arbitral cheia por indicação de instituição arbitral, é possível também a previsão de cláusula arbitral *ad hoc* cheia, como indica a parte final do artigo 5º, da Lei de Arbitragem. Nesse caso, é preciso estabelecer claramente as regras para a instauração do procedimento arbitral, como a forma de indicação dos árbitros e o local de sua realização.

Em contraposição às cláusulas cheias, há o que a doutrina chama de cláusulas vazias ou em branco, que são aquelas que não preveem a forma de instauração do procedimento arbitral (SCAVONE JR., 2010). Nesse caso, aplicam-se os artigos 6º e 7º da Lei de Arbitragem, que preveem a necessidade de suprimento da lacuna com um compromisso arbitral quando do surgimento do conflito. Se houver concordância das partes quanto aos

⁴ Como se extrai da Lei n. 8.666/93, artigo 60, parágrafo único: “É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.”

aspectos da formação da arbitragem, não há maiores problemas (art. 6º); se, porém, uma das partes não concordar, haverá necessidade de se recorrer ao Judiciário para forçar a parte resistente a se submeter à arbitragem (art. 7º).

Ao confrontar esses regimes jurídicos das cláusulas arbitrais com os fundamentos econômicos apontados no tópico anterior, é possível afirmar que só se justifica a previsão de arbitragem em contrato administrativos se a opção for pela cláusula arbitral cheia. Se o contrato administrativo prever uma cláusula arbitral vazia, as partes precisarão entrar em acordo sobre a instauração da arbitragem quando surgir o litígio. Naturalmente, é muito mais difícil se alcançar consenso a respeito da arbitragem nesse momento em que as partes já estão discordando sobre aspectos atinentes ao cumprimento do contrato. Como consequência, será necessária a intervenção do Judiciário para suprir a manifestação de vontade de uma das partes para submeter a causa ao juízo arbitral (CAHALI, 2011).

Nesse cenário, fica fácil perceber que a previsão de arbitragem por cláusula vazia não transmite ao particular a segurança e a previsibilidade que deseja. É dizer, a previsão de arbitragem em cláusula vazia não reduz custos de transação e riscos do negócio, portanto, não contribui para se alcançar uma contratação mais vantajosa para a Administração Pública.

O mais adequado, então, é que se preveja em contrato cláusula arbitral cheia, mas ainda cumpriria indagar: institucional ou *ad hoc*?

A arbitragem *ad hoc* ou avulsa é aquela em que se faz a indicação direta de um árbitro, desvinculado de uma instituição arbitral, de modo que a ele caberá julgar o litígio e também montar e prestar toda a estrutura administrativa para o desenvolvimento do processo arbitral (WALLGREN-LINDHOLM, 2013).

Inegavelmente, não se trata da opção mais adequada para previsão em contrato administrativo. É que os contratos de que se está a cogitar aqui são comumente de longo prazo de duração (ex.: Lei n. 11.079/2004, art. 5º, I, duração de até 35 anos). Em contratos assim, pode suceder que o árbitro *ad hoc* indicado não tenha condições de julgar o litígio. Se vier a falecer ou tiver algum tipo de impedimento para atuar, a solução do litígio pela via arbitral volta a uma zona de incerteza, sendo necessário consenso das partes para sua substituição ou modificação da cláusula arbitral.

Naturalmente se poderia cogitar de arbitragem *ad hoc* com indicação do árbitro apenas quando do surgimento do litígio. No entanto, essa opção não elimina os riscos e as incertezas do litígio. Se não houver acordo quanto à indicação do árbitro, as partes serão obrigadas a buscar o Judiciário (Lei de Arbitragem, art. 7º, § 4º).

Já na arbitragem institucional tais obstáculos não estão presentes. A arbitragem institucional oferece a vantagem de já contar com estrutura administrativa para exercer as funções “cartorárias” necessárias ao desenvolvimento do processo arbitral. Eventuais impugnações quanto à nomeação de árbitros são resolvidas pela própria instituição arbitral. Nesse contexto, os riscos são menores.

De fato, a arbitragem institucional tem sido a opção majoritária para solução de litígios. Estatísticas da Universidade Queen Mary, de Londres, apontam que 86% das decisões arbitrais são dadas por arbitragem institucionais, sendo apenas 14% oriundas de arbitragens *ad hoc* (WALLGREN-LINDHOLM, 2013).

O que pode suceder é a instituição arbitral deixar de existir, o que geraria insegurança para o contrato. O modo de reduzir ao máximo tal intercorrência é através da escolha de uma instituição arbitral prestigiada, de boa reputação, que já funcione há bastante tempo – citem-se, a título de exemplo, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, de Paris, estabelecida em 1923 (FRY *et al*, 2012) e a Corte de Arbitragem Internacional de Londres, de 1891 (LCIA, 2014).

Demonstrado que a cláusula arbitral institucional é a mais adequada para os contratos administrativos, cumpre examinar questões a respeito da escolha da entidade arbitral.

O primeiro ponto a compreender é que a instituição arbitral não será contratada pela Administração Pública. É que a indicação da instituição arbitral na minuta do contrato administrativo não gera de imediato relação jurídica com a entidade – o que há é a criação de um dever para as partes do contrato, o de acionar a instituição arbitral quando e se houver litígio. É possível até mesmo que a instituição arbitral não seja acionada durante toda a relação contratual. Aqui vigora a mesma lógica de contratos entre particulares que optam pela arbitragem institucional. A entidade não é consultada, nem tampouco figura na relação contratual como parte ou interveniente (CARMONA, 2009). As partes simplesmente optam por indicar a instituição como a destinatária de seus litígios. Formar-se-á relação jurídica com a instituição arbitral tão somente quando deflagrado o processo arbitral. De igual modo, no contrato administrativo, a indicação da arbitragem institucional não transfigura a relação jurídica, que vincula tão somente o licitante vencedor, a quem o objeto foi adjudicado, e o Poder Público.

O passo seguinte é examinar como se dá a escolha dessa entidade. Como demonstrado acima, a utilização desse serviço é incerta e eventual, pelo que não se trata de formalizar a efetiva contratação da instituição arbitral. A incerteza e eventualidade do vínculo

não são de todo estranhas ao direito administrativo, que aplica a essas situações o regime do registro de preços (Lei n. 8.666/93, art. 15, III) (JUSTEN FILHO, 2012).

A questão é que esse instituto não é adequado à escolha da instituição arbitral. O registro de preço vigora por prazo determinado e tem por cerne a admissão da possibilidade de competição entre particulares para fornecer produtos e serviços ao ente público. (PIETRO, 2012). No que tange à arbitragem, a escolha não se amolda a um tipo de competição, não está relacionada ao preço mais baixo; e mesmo a aferição de critérios técnicos seria de extrema complexidade – o que haveria de ser aferido, afinal: a qualidade dos serviços cartorários, o regimento procedimental, o índice de anulação das decisões arbitrais em cortes judiciais? Nenhum desses quesitos é suficientemente adequado.

Eis aqui um novo limiar do poder discricionário do Estado a ser examinado e debatido. Há pouco ou nada escrito a esse respeito.

Ao que parece, o administrador público tem discricionariedade para escolher uma instituição arbitral. Mais do que motivo – como elemento inerente de todo ato administrativo (CARVALHO FILHO, 2011) –, a motivação expressa deve ser declinada. As razões que podem motivar adequadamente a escolha da instituição são, dentro outros: o prestígio da instituição no meio arbitral; corpo de árbitros e currículos; seu tempo de existência; sua experiência em litígios de grande porte econômico (ex.: a PPP tem valor mínimo de R\$ 20 milhões – Lei n. 11.079/2004, art. 2º, § 4º, I). Não se nega que os elementos aqui indicados são extremamente vagos, sujeitos a juízos altamente subjetivos, que podem tanto justificar corretamente a indicação de uma boa instituição arbitral, quanto a de uma má entidade. Ainda assim, diante da ausência de maiores parâmetros legais, cabe ao campo acadêmico estimular o debate e submeter a questão à crítica construtiva.

Em suma, ainda que se entenda que o juízo de escolha da entidade é discricionário – e razoavelmente amplo –, o ponto chave está em ter como norte a questão econômica que fundamenta a opção pela arbitragem, a da redução de custos de transação e de riscos para o particular (SHAVEL, 1995). Se a Administração Pública opta por uma instituição arbitral de má reputação, não se conseguirá transmitir a segurança e a previsibilidade que o possível licitante deseja – por consequência, o preço final pode não ser tão vantajoso para a Administração Pública.

Como se vê, a elaboração da cláusula arbitral envolve diversos aspectos relevantes que devem ser discutidos e examinados. Na prática, porém, a cláusula arbitral acabou conhecida como “*midnight clauses*” (cláusulas da meia-noite), pois são as últimas a serem

inseridas no contrato, sem o devido cuidado sobre como os litígios serão efetivamente solucionados, como explicam Blackaby e Partasides (2009, p. 86-87):

Essas cláusulas são comumente ‘cláusulas da meia-noite’, ou seja, as últimas cláusulas a serem consideradas nas negociações contratuais, muitas vezes tarde da noite ou nas primeiras horas da manhã. Não se dá atenção suficiente sobre como as disputas serão resolvidas (possivelmente porque as partes estão relutantes em contemplar a possibilidade de chegar a um litígio) e um inapropriado e desajustado compromisso acaba adotado.⁵

Essa é uma realidade que não está adstrita a contratos negociados entre partes privadas. De fato, a dinâmica de elaboração do contrato administrativo é distinta, pois cabe à Administração Pública a formatação da minuta contratual. Ainda assim, há espaço suficiente para que o particular colabore e contribua com a elaboração da cláusula arbitral. Isso se verifica especialmente em contratos de maior vulto, como no caso das parcerias público-privadas, que podem ser precedidas de audiências públicas e do processo de manifestação de interesse (PMI) (art. 3º da Lei n. 11.079/ 2004 permite aplicação da Lei 8.987/95, que prevê a realização de estudos em seu artigo 21).⁶ Além disso, publicado o edital, a Lei de Licitações prevê prazo para sua impugnação (art. 41, § 1º). Portanto, pode-se afirmar que, mesmo em se tratando de contratos administrativos, a cláusula arbitral pode contar com a contribuição do particular em elaboração.

Essas eram as considerações pertinentes à cláusula arbitral em contratos administrativos.

4 Estudo de casos

Feitos os estudos teóricos a respeito dos fundamentos econômicos da arbitragem e da cláusula arbitral, passa-se ao teste prático. Neste tópico, serão apresentadas cláusulas arbitrais de contratos administrativos para cotejar seu conteúdo com os parâmetros delineados ao longo do estudo.

⁵ Transcrição em tradução livre. No original: “These clauses are often ‘midnight clauses’, ie the last clauses to be considered in contract negotiations, sometimes late at night or in the early hours of the morning. Insufficient thought is given as to how disputes are to be resolved (possibly because the parties are reluctant to contemplate falling into dispute) and an inappropriate and unwieldy compromise is often adopted.”

⁶ Além da previsão da Lei n. 8.987/95, também a Lei 9.074/95, art. 31 trata da questão. Em complemento, diversas unidades da Federação editaram decretos para regulamentar o processo de manifestação de interesse, como por exemplo: União, Dec. 5.977/2006; São Paulo, Dec. 57.289/2011; Rio de Janeiro, 43.277/2011; Paraná, Dec. 6.823/2012.

4.1 ANTT – concessão da BR-040

Ao longo de 2013, o Governo Federal realizou uma série de licitações para concessão de rodovias (VALOR ECONÔMICO, 2014). Dessas, selecionou-se para análise o contrato de concessão da BR-040, trecho Brasília (DF) a Juiz de Fora (MG), Edital n. 006/2013, da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, tendo a contratação o prazo de vigência de 30 anos, com valor estimado de R\$ 24,7 bilhões, e tarifa básica de pedágio teto de R\$ 8,29 (ANTT, 2013).⁷

O contrato de concessão dessa rodovia prevê a arbitragem como método de resolução de disputas, conforme dispõe sua cláusula 37:

37 Resolução de Controvérsias

37.1 Arbitragem

37.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

(i) Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

37.1.2 A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exige o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

37.1.3 A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

37.1.4 A arbitragem será conduzida em Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

37.1.5 A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

37.1.6 O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no art. 9º do regulamento de arbitragem da CCI.

37.1.7 Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada Parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

37.1.8 Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

37.1.9 As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e seus sucessores.

⁷ Esse foi o valor estimado pela ANTT para a realização do leilão. Como se noticiou amplamente na mídia, saiu vencedora do leilão, realizado em 27/12/2013, o grupo Invepar, com proposta de deságio de 61% sobre o valor do pedágio, que ficou referenciado em R\$ 3,22 (VALOR ECONÔMICO, 2013).

37.1.10 A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

Como se vê, a ANTT optou por uma cláusula arbitral institucional, sendo escolhida como entidade gestora da arbitragem a CCI – Câmara de Comércio Internacional. Mais tecnicamente, o edital deveria ter indicado a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (*International Court of Arbitration*), que é um órgão da Câmara de Comércio Internacional (CCI) (ICC, 2014a)⁸. Ainda assim, a referência à CCI não deixa dúvidas, por se tratar de uma das instituições arbitrais mais antigas e renomadas do mundo, cujos regulamento e forma de atuar de sua Câmara Arbitral são amplamente conhecidos no mundo empresarial.

É possível afirmar, portanto, que a entidade escolhida transmite suficiente grau de segurança aos licitantes interessados na concessão.

No que tange à redação da cláusula arbitral, vale confrontá-la com a redação base indicada pela própria CCI a fim de identificar semelhanças e diferenças. No site da Instituição, as cláusulas estão disponíveis em diversos idiomas, inclusive português (ICC, 2014c):

Todos os litígios oriundos do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento.

A cláusula arbitral da concessão da BR-040 é mais detalhada, mas não totalmente conflitante com o regramento de arbitragem da CCI (ICC, 2014b)⁹. Na brochura elaborada pela própria entidade para esclarecer questões sobre arbitragem, há recomendações de possíveis adaptações da cláusula arbitral (ICC, 2014c):

As partes são livres para adaptar a cláusula de acordo com as circunstâncias particulares. Por exemplo, podem querer estipular o número de árbitros, uma vez que o Regulamento de Arbitragem contém uma presunção em favor de um árbitro único. Pode ser desejável, também, que as partes estipulem o idioma e a sede da arbitragem e a lei aplicável ao mérito do litígio.

O Regulamento de Arbitragem não limita a liberdade de escolha das partes quanto ao idioma e sede da arbitragem e à lei aplicável ao contrato.

A adaptação da cláusula deve ser feita com cuidado, a fim de evitar qualquer risco de ambiguidade. Cláusulas com textos ambíguos causam insegurança e atrasos e podem prejudicar, ou até mesmo comprometer, o processo de resolução de litígio.

⁸ Para fins de referência bibliográfica, utiliza-se a sigla da entidade em inglês, ICC (*International Chamber of Commerce*), em razão de o portal da internet, com todas as informações aqui indicadas, estar no idioma estrangeiro.

⁹ O regulamento está disponibilizado no portal da ICC também em português.

De fato, a cláusula arbitral em análise corretamente já delimitou a sede da arbitragem (Brasília), o número de árbitros (3), o idioma (português) e lei aplicável (lei brasileira).

No que tange ao número de árbitros indicados para o litígio, este varia entre um e três. Segundo as estatísticas da Corte de Arbitragem da CCI, arbitragens envolvendo Estados ou entidades controladas pelo Poder Público utilizam a opção por três árbitros em 85% dos litígios – ao passo em que apenas 57,5% dos litígios entre partes privadas é examinada por três árbitros (ICC, 2013).

Há um ponto a respeito do qual se podem tecer duas críticas à redação da cláusula arbitral em análise. Trata-se do item 37.1.8, que prevê a possibilidade de submeter ao Judiciário medidas urgentes prévias à constituição do Tribunal Arbitral.

A primeira, de somenos importância, é uma pequena inconsistência quanto à menção de que tal requerimento urgente pode ser feito no curso do procedimento de mediação. A questão é que não há previsão de mediação na cláusula arbitral. De fato, pode haver mediação entre as partes, mas a referência a essa forma de composição de interesses na cláusula está em descompasso com os demais itens que tratam apenas sobre arbitragem. Tal redação estaria mais consentânea com a hipótese de cláusula arbitral escalonada – que é aquela que prevê a necessidade de prévia submissão do litígio à composição amigável, como a mediação e a conciliação (CAHALI, 2011).

A segunda crítica é significativa, pois se refere à própria existência da cláusula 37.1.8. Tacitamente, essa previsão está abrindo mão do árbitro de emergência, quando a recomendação da CCI é para que – se essa for efetivamente a vontade das partes – tal opção seja feita de forma expressa, nos seguintes termos: “As Disposições sobre o Árbitro de Emergência não se aplicarão.” (ICC, 2014c).

O árbitro de emergência no Regulamento da CCI tem como função apreciar justamente medidas urgentes de natureza cautelar ou provisória que não possam aguardar a constituição do tribunal arbitral, conforme indica o artigo 29 (ICC, 2014b):

Artigo 29

Árbitro de emergência

1 A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem.

2 A decisão do árbitro de emergência tomará a forma de uma ordem. As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo árbitro de emergência.

3 A ordem do árbitro de emergência não vinculará o tribunal arbitral no que tange a qualquer questão, tema ou controvérsia determinada em tal ordem. O tribunal arbitral poderá alterar, revogar ou anular uma ordem ou qualquer modificação a uma ordem proferida pelo árbitro de emergência.

Sendo opção da Administração Pública de submeter o litígio à arbitragem, e optando por instituição arbitral que possui previsão expressa que disciplina a concessão de medidas urgentes, não parece fazer sentido a existência do item 37.1.8.

Há, talvez, uma possível explicação para essa opção, a desatualização de sua redação. É que a previsão do árbitro de emergência é uma novidade do regulamento de 2012 das regras de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (FRY *et all*, 2012). O regulamento antigo não possuía tal previsão. Assim, à luz do regramento anterior, fazia todo sentido prever expressamente a possibilidade de concessão de medidas urgentes pelo Judiciário antes da constituição do tribunal arbitral. Atualmente, porém, o regramento da CCI contempla essa hipótese, de modo que melhor seria a exclusão da cláusula 37.1.8 para evitar confusões interpretativas.

Da forma como está posta a cláusula – com previsão de medidas urgentes no Judiciário, mas sem a renúncia expressa ao árbitro de emergência –, há dois entendimentos possíveis: (i) as partes renunciaram tacitamente ao regramento do árbitro de emergência; (ii) as partes previram uma cláusula arbitral não-excludente, ou seja, para concessão de liminares, além da utilização do árbitro de emergência, as partes podem recorrer também ao Judiciário antes da instauração da arbitragem. A interpretação da cláusula aqui tem importância prática inegável, pois afeta a competência do juízo arbitral para concessão de medidas urgentes. Se uma das partes recorrer ao árbitro de emergência, a primeira questão a ser enfrentada é da competência do juízo arbitral para analisar a matéria. Conclui-se, portanto, que nesse aspecto o contrato traz insegurança às partes.

A despeito dessa crítica, a cláusula arbitral é plenamente adequada aos fins a que se propõe. Sua redação é clara, não há patologias que inviabilizem a deflagração do procedimento arbitral, e a instituição escolhida conta com ótima reputação no mercado. Assim, conclui-se que se trata de cláusula arbitral que efetivamente contribui para a redução dos custos de transação e aumento da previsibilidade, de modo a viabilizar propostas financeiras mais vantajosas para a Administração Pública. Em poucas palavras, pode-se dizer que a cláusula arbitral em análise atende ao interesse público.

4.2 Município do Rio de Janeiro – Porto Maravilha

O Município do Rio de Janeiro promoveu uma licitação para contratação de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa (Lei de PPP, art. 2º, § 2º), com prazo de 15 anos (cláusula décima segunda) e valor de R\$ 7,6 bilhões (cláusula décima quarta), tendo por objeto a revitalização da região portuária do centro da cidade do Rio de Janeiro (PORTO MARAVILHA, 2014).

O contrato prevê a utilização de arbitragem como método de resolução de controvérsias. A cláusula está assim redigida:

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA TERCEIRA – ARBITRAGEM

43.1 Instituição da Arbitragem. Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução do Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente na forma da Cláusula 41 acima ou cuja resolução por Peritagem não seja acatada voluntariamente por uma das Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por meio de processo arbitral (“Arbitragem”), que terá início mediante comunicação remetida por uma Parte à outra, requerendo a instalação de tribunal arbitral composto por três árbitros (“Tribunal Arbitral”) e indicando detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia, utilizando como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“Regulamento Arbitral”) e em consonância com os seguintes preceitos:

- (a) A administração e o correto desenvolvimento do procedimento arbitral caberá à Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“Câmara”);
- (b) A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento Arbitral;
- (c) O Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro titular e respectivo suplente, de acordo com os prazos previstos no Regulamento Arbitral. Os árbitros indicados pelas partes deverão escolher em conjunto o nome do terceiro árbitro, a quem caberá a presidência do Tribunal Arbitral. Se qualquer das partes deixar de indicar árbitro e/ou suplente, ao Presidente da Câmara de Comércio Internacional caberá fazer essa nomeação. Da mesma forma, caso os árbitros indicados não cheguem a um consenso quanto à indicação do terceiro árbitro, caberá ao Presidente da Câmara fazê-lo;
- (d) A cidade do Rio de Janeiro, RJ, Brasil, será a sede da Arbitragem e o local da prolação do laudo arbitral;
- (e) O idioma a ser utilizado no processo de Arbitragem será a língua portuguesa. Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis brasileiras, obedecendo, quanto ao procedimento, às disposições da presente Cláusula, o Regulamento Arbitral e o disposto na Lei Federal 9.307, de 23 de setembro de 1996;
- (f) A sentença arbitral será definitiva para o impasse e seu conteúdo obrigará as Partes e seus sucessores; e
- (g) As Partes arcarão com os honorários dos seus respectivos advogados e ratearam os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

43.2 Medidas Judiciais Extraordinárias. Não obstante as disposições acima, cada Parte permanece com o direito de requerer medidas judiciais:

- (a) Para obter medidas cautelares de proteção de direitos previamente à instauração do procedimento de Arbitragem, e, tal medida, não será interpretada como uma renúncia do procedimento arbitral pelas Partes; e
- (b) Para executar qualquer decisão arbitral, inclusive o laudo final. As Partes reconhecem que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá

ser, necessariamente, revista pelo Tribunal Arbitral (ou árbitro), que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação.

43.3 Foro. Em sendo necessária a obtenção de medida liminar antes da instituição do procedimento arbitral, as Partes elegem o Foro da Comarca do Rio de Janeiro - RJ. As Partes reconhecem que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá ser, necessariamente, revista pelo Tribunal Arbitral (ou árbitro), que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação.

43.4 Decisão Vinculante. As Partes reconhecem que qualquer ordem, decisão ou determinação arbitral será definitiva e vinculativa, constituindo o laudo final título executivo judicial.

A leitura da cláusula permite levantar alguns pontos para debate.

Como indica o item 43.1(a), fez-se a opção por arbitragem institucional, sendo escolhida a Câmara de Comércio Internacional (CCI) para administração do litígio. A despeito da opção institucional, a cláusula contém regras que não são de todo harmônicas com o regulamento da CCI.

A primeira se refere a ponto chave de uma arbitragem, a sua instituição. O artigo 5º da Lei de Arbitragem prevê dois caminhos: a indicação de instituição arbitral ou a previsão em cláusula própria da forma de se instituir a arbitragem (CAHALI, 2011). A leitura da cláusula 43.1 deixa clara a existência de uma contradição em si própria, ao prever que a arbitragem “terá início mediante comunicação remetida por uma Parte à outra, requerendo a instalação de tribunal arbitral composto por três árbitros (“Tribunal Arbitral”) e indicando detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia, utilizando como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no Regulamento da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (“Regulamento Arbitral”).”

Perceba-se que a cláusula determina a observância do regulamento da CCI, mas indica que a comunicação será feita à outra parte. Eis aqui a contradição, pois essa não é a forma de instaurar a arbitragem no regulamento da CCI, que prevê em seu artigo 4º que o requerimento é dirigido à Secretaria da Corte, a quem compete notificar o requerido (ICC, 2014b):

Artigo 4º

Requerimento de arbitragem

1 A parte que desejar recorrer à arbitragem segundo o Regulamento deverá apresentar o seu

Requerimento de Arbitragem (o “Requerimento”) à Secretaria em qualquer de seus escritórios especificados no Regulamento Interno. A Secretaria notificará o requerente e o requerido do recebimento do Requerimento e da data de tal recebimento.

2 A data de recebimento do Requerimento pela Secretaria deverá ser considerada, para todos os efeitos, como a data de início da arbitragem.

Na sistemática da CCI, o requerimento é dirigido à instituição, que fará a comunicação à parte contrária. Não se trata de disciplina exclusiva da CCI. Sem grandes distinções, essa é a fórmula aplicada por outras instituições arbitrais em seus regulamentos, tais como: Câmara de Arbitragem da FGV (art. 37); Câmara de Comércio Brasil-Canadá (art. 4.3); Câmara Arbitral da Federação das Indústrias do Paraná – CAIEP (art. 12).

A questão não é um mero detalhe procedimental de somenos importância.

Fica a dúvida de como deve proceder a parte que deseja instaurar a arbitragem. A cláusula determina notificar a parte contrária, nos termos do regulamento da CCI, mas tal regulamento não prevê notificação, senão requerimento direto à Secretaria. A insegurança da falta de clareza da cláusula pode gerar problemas de cunho prático. Por exemplo, feita a notificação à parte contrária e dias depois apresentado o requerimento à CCI, qual será o marco de início da arbitragem? Se a discussão envolver prescrição, essa questão pode assumir grande relevância. De acordo com o artigo 4(2) do Regulamento da CCI, o início da arbitragem se dá com o recebimento do requerimento pela Secretaria; no entanto, a parte a quem prejudica a prescrição poderia argumentar que a cláusula arbitral derroga o regulamento da CCI nessa parte. Em suma, o objetivo aqui não é apresentar a solução interpretativa adequada, mas apenas pontuar o possível problema de se ir além na elaboração da cláusula arbitral institucional.

Outro ponto que chama a atenção é a estipulação do item 43.1(c), que prevê a indicação de “árbitro titular e respectivo suplente”. Trata-se, aqui também, de regra que se afasta do regulamento da CCI, pois neste não há previsão de indicação de árbitro suplente, cada parte indica apenas um árbitro, o ‘titular’ (art. 12). Nesse ponto, a cláusula contratual inovou de forma negativa. É que o procedimento de indicação de árbitro toma tempo considerável do procedimento arbitral, pois envolve diversas etapas: aceitação do encargo; a indicação pelo árbitro de possíveis impedimentos; a impugnação de uma parte quanto à indicação dos demais árbitros; decisão a respeito das impugnações pela Corte (FRY *et all*, 2012). Nesse contexto, a previsão de um árbitro suplente leva ao alongamento ainda maior do procedimento, pois todas as etapas serão mais lentas e o número de impugnações potencialmente maior.

Melhor seria que não houvesse estipulação contratual a esse respeito. O regulamento da CCI já contém disciplina suficiente e adequada para casos em que o árbitro precisa ser substituído (art. 15) (ICC, 2014b). Afinal, uma arbitragem mais longa é também mais cara, o que decerto não é de interesse das partes – especialmente da Administração Pública, que lida com o erário público.

Ainda sobre a questão da escolha de árbitros, a cláusula acima transcrita prevê que “[s]e qualquer das partes deixar de indicar árbitro e/ou suplente, ao Presidente da Câmara de Comércio Internacional caberá fazer essa nomeação. Da mesma forma, caso os árbitros indicados não cheguem a um consenso quanto à indicação do terceiro árbitro, caberá ao Presidente da Câmara fazê-lo.”

Mais uma vez, a cláusula contraria o regulamento da CCI, pois as decisões atinentes à formação do tribunal arbitral competem à Corte ou ao Secretário Geral, como prevê o artigo 13 (ICC, 2014b):

Artigo 13

Nomeação e confirmação dos árbitros

1 Na nomeação ou confirmação dos árbitros, a Corte deverá considerar a sua nacionalidade, o local da sua residência e eventuais relações com os países de nacionalidade das partes ou dos árbitros, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro para conduzir a arbitragem, nos termos do Regulamento. O mesmo procedimento será aplicado quando o Secretário Geral confirmar os árbitros segundo o artigo 13(2).

2 O Secretário Geral poderá confirmar, como coárbitros, árbitros únicos e presidentes de tribunais arbitrais, as pessoas designadas pelas partes, ou de acordo com os procedimentos por elas convencionados, desde que a declaração apresentada não contenha nenhuma reserva relativa à imparcialidade ou independência, ou que a declaração de imparcialidade ou independência com reservas não tenha gerado objeções das partes. Tal confirmação deverá ser informada à Corte na sessão seguinte. Se o Secretário Geral considerar que um co-árbitro, árbitro único ou presidente do tribunal arbitral não deve ser confirmado, a questão será submetida à decisão da Corte.

3 Nos casos em que competir à Corte a nomeação do árbitro, tal nomeação deverá ser feita com base em proposta do Comitê Nacional ou Grupo da CCI que a Corte entenda apropriado. Se a Corte não aceitar tal proposta, ou se esse Comitê Nacional ou Grupo não apresentar a proposta dentro do prazo estabelecido pela Corte, esta poderá reiterar a sua solicitação, requerer uma proposta a outro Comitê Nacional ou Grupo que ela entenda apropriado, ou nomear diretamente qualquer pessoa que entenda apropriada.

4 A Corte também poderá nomear diretamente para atuar como árbitro qualquer pessoa que entenda apropriada quando:

- a) uma ou mais partes for um Estado ou alegar ser entidade estatal; ou
- b) a Corte considerar apropriado nomear árbitro de país ou território onde não exista nenhum Comitê Nacional ou Grupo; ou
- c) o Presidente certifique à Corte da existência de circunstâncias que, na sua opinião, tornem a nomeação direta necessária e apropriada.

A Corte é a responsável por administrar os litígios arbitrais (art. 1(1)), com a assistência da Secretaria, que é chefiada pelo Secretário Geral (art. 1(5)). Como se vê, na disciplina da CCI, a questão não compete ao Presidente da Corte Arbitral (FRY *et all*, 2012). Aliás, há mais um detalhe: a referência da cláusula é ao Presidente da Câmara de Comércio Internacional – atualmente o Sr. Harold McGraw III –, que não é diretamente responsável pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, cuja presidência é exercida

pelo Sr. John Beechey (ICC, 2014a). A Corte de Arbitragem é apenas um dos diversos órgãos da Câmara de Comércio Internacional.

Portanto, no que toca à indicação dos árbitros, a cláusula arbitral traz mais problemas do que aponta soluções; sua exclusão traria mais certeza e segurança para o desenvolvimento de eventuais litígios.

Passando aos demais itens da cláusula arbitral, verifica-se que os itens 43.1(d) (e) e (f) tratam, respectivamente, da sede da arbitragem, seu idioma e lei aplicável. Esses são pontos que, de fato, devem constar da cláusula arbitral mesmo em arbitragens institucionais. Sua redação é clara, pelo que se pode afirmar que estão adequadamente inseridas no contrato.

O mesmo não pode ser dito quanto ao item 43.1(g), que trata da repartição de custos de procedimento. Mais uma vez, a cláusula tenta regular matéria já bem delineada no regramento da CCI. O item (g) prevê que: “As Partes arcarão com os honorários dos seus respectivos advogados e ratearam (sic) os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.” Claramente, a regra não parece adequada, pois ignora um princípio bastante sedimentado no direito processual brasileiro (e da maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo), o princípio da sucumbência. Nos termos do que está estipulado, a repartição de custos do procedimento ocorre independentemente do resultado do litígio. Vale dizer, mesmo a parte que sair vencedora terá de custear o procedimento em igualdade com a parte derrotada.

O regulamento da CCI prevê solução diversa – e muito mais próxima da prática a que a processualística brasileira está tão acostumada – no artigo 37(4) (ICC, 2014b): “4 A sentença arbitral final fixará os custos da arbitragem e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou em que proporção serão repartidos entre as partes.”

Forte no paradigma de que a arbitragem é ferramenta para se alcançar a melhor satisfação do interesse público, não parece haver razão para a existência dessa previsão específica na cláusula arbitral.

Por fim, destaca-se a previsão do artigo 43.2(a) da cláusula arbitral, que prevê a concessão de medidas urgentes pelo Poder Judiciário antes da instauração da arbitragem. A cláusula tem conteúdo semelhante ao do contrato analisado anteriormente, de concessão da BR-040. As mesmas críticas tecidas acima valem aqui, ou seja, atualmente o regulamento da CCI prevê o árbitro de emergência, sendo possível, pois, dispensar a intervenção do Judiciário.

Por todo o exposto, é possível concluir que a cláusula arbitral do contrato administrativo do Município do Rio de Janeiro apresenta algumas particularidades que podem prejudicar o adequado desenvolvimento do procedimento arbitral.

As análises realizadas neste tópico demonstram que a cláusula arbitral em contratos administrativos deve ser redigida com esmero e atenção para não criar mais embaraços na resolução do litígio – esmero este que não significa a elaboração de cláusula mais longa, com mais detalhes ou particularidades. Pelo contrário, feita a opção pela cláusula arbitral institucional, os demais aspectos a serem regulados devem ser apenas e tão somente os que não estão estabelecidos no regulamento da instituição arbitral escolhida.

5 Conclusão

Ao longo do presente estudo, buscou-se demonstrar o fundamento econômico que informa a opção do Poder Público por submeter a solução de litígios em contratos administrativos à arbitragem. Tal opção está intimamente relacionada com transmitir aos contratantes privados segurança e previsibilidade, o que leva à redução de custos de transação, a desaguar em propostas mais atrativas para a Administração Pública. Nesse contexto, a arbitragem em contratos administrativos tem como fim a satisfação do interesse público.

A partir da análise teórica e prática da cláusula arbitral, foi possível identificar parâmetros para elaboração de cláusulas arbitrais eficientes. Esses parâmetros podem ser assim resumidos:

- 1) a arbitragem em contratos administrativos não deve ser *ad hoc*, mas sim institucional;
- 2) a escolha da instituição não se sujeita a processo licitatório, pois não se forma vínculo jurídico com a instituição quando de sua indicação no contrato administrativo;
- 3) a escolha da instituição se dá de modo discricionário, mas não aleatório, ou seja, o administrador público deve elencar com motivação expressa as razões para escolha da instituição arbitral, ciente da importância de se indicar instituição adequada à satisfação do interesse público;
- 4) a escolha da instituição arbitral deve ser feita antes do lançamento do edital para já constar expressamente da minuta contratual, a fim de possibilitar aos licitantes a plena ciência das regras a que estarão submetidos na resolução de litígios;
- 5) a cláusula arbitral deve indicar que a resolução de litígios será processada na forma do regulamento da instituição escolhida; como ponto de partida, deve-se utilizar a cláusula-padrão sugerida pela própria instituição arbitral escolhida;

6) a opção por não submeter determinada matéria à arbitragem deve ser feita com extrema parcimônia e bastante clareza quanto aos limites do que é (ou não) arbitrável, sob pena de discussões complexas no momento do litígio;

7) além do item acima, a cláusula arbitral deve indicar idioma, sede e direito material aplicável;

8) não devem ser inseridas regras sobre a forma de se iniciar a arbitragem – todos os regulamentos de instituições arbitrais já trazem previsões a esse respeito;

9) se a instituição escolhida previr em seu regulamento o árbitro de emergência, a cláusula arbitral não deve conter previsão de concessão de medidas urgentes pelo Judiciário antes de instaurada a arbitragem; se tal cláusula for inserida, então deve-se expressamente renunciar ao árbitro de emergência.

A partir desses parâmetros, acredita-se que a redação da cláusula arbitral pode alcançar suficiente grau de certeza e previsibilidade para os licitantes, o que resultará em contratações públicas mais vantajosas para a sociedade.

Referências

ANDREWS, Neil. Global perspectives on commercial arbitration (parte 1), *Revista de Processo – RePro*. Ano 36, 201, nov. 2011.

_____. Global perspectives on commercial arbitration (parte 2), *Revista de Processo – RePro*. Ano 36, 202, nov. 2011.

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres (2013). *Editais n. 006/2013, BR-040/DF/GO/MG*. Disponível em: <http://3etapaconcessoes.antt.gov.br/index.php/content/view/1004/Editais.html> > Acessado em: 9 de fev. de 2014.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. *Redfern and Hunter on international arbitration: student version*. 5ª ed. Inglaterra: Oxford University Press, 2009.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. São Paulo: RT, 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FRY, Jason. GREENBERG, Simon. MAZZA, Francesca. *The secretariat's guide to ICC arbitration*. Paris: ICC Publication, 2012.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

ICC – International Chamber of Commerce (2014a). portal da Câmara Internacional de Arbitragem. Di PORTO MARAVILHA. *Contrato*. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/web/esq/cdurContratos.aspx>. Acessado em: 16 fev. 2014. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/>>. Acessado em: 08 fev. 2014.

_____. (2014b). *Arbitration and mediation rules*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>. Acessado em: 16 fev. 2014.

_____. (2014c). *Cláusulas padrão em diferentes línguas*. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Standard-ICC-Arbitration-clauses/Standard-ICC-Arbitration-Clauses-in-several-languages/>> Acessado em: 9 de fev. de 2014.

_____. (2013) *ICC Commission report: states, state entities and ICC arbitration*. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/arbitration/commission-rules,-reports-and-guidelines/>. Acessado em: 16 fev. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LCIA – London Court of International Arbitration. *History of the LCIA*. Disponível em: http://www.lcia.org/LCIA/Our_History.aspx. Acessado em: 16 fev. 2014.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 404-416.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PORTO MARAVILHA. *Contrato*. Disponível em: <http://www.portomaravilha.com.br/web/esq/cdurContratos.aspx>. Acessado em: 16 fev. 2014.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor, *Revista Direito GV*, 4(1), jan-jun 2008, p. 15-28.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; VIANNA, Guilherme Borba. Risco e assimetria informacional nas relações empresariais, *Revista de direito público da economia – RDPE*, 1(1), jan/mar, 2003, p. 173-200. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

_____. GALESKI JÚNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Análise econômica da arbitragem. In: TIMM, Luciano Benetti. (org.) *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 382-389.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Manual de arbitragem*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

SHAVELL, Steven. Alternative dispute resolution: an economic analysis, *Journal of legal studies*, v. 24, n. 1, 1995.

VALOR ECONÔMICO – jornal (2014). *Concessões de 2013 trarão R\$ 80,3 bi em investimentos*. Disponível em: <http://www.valor.com.br/brasil/3391580/concessoes-de-2013-trarao-r-803-bi-em-investimentos>. Acessado em: 16 fev. 2014.

_____. (2013). *Invepar vence disputa pela BR-040, com deságio de 61%*. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/3381156/invepar-vence-disputa-pela-br-040-com-desagio-de-61>> Acessado em: 9 de fev. de 2014.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (org.) *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

WALGREN-LINDHOLM, Carita. *Ad hoc arbitration v. institutional arbitration*. In: CORDERO-MOSS, Giuditta. *International commercial arbitration: different forms and their features*. Inglaterra: Cambridge University Press, 2013, p. 59-81.

WILLIAMSON, Oliver. *Economic institutions of capitalism*. New York: The Free Press, 1998.

_____. Por que direito, economia e organizações? In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. (org.) *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 16-59.