

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NOS CONTRATOS PÚBLICOS: ESTRUTURAÇÃO, EFICÁCIA E EVOLUÇÃO

Eugenia Cristina Cleto Marolla¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A cláusula compromissória como ato constitutivo e delimitadora da competência arbitral; 3. Origem privada e adaptação ao regime público: autonomia da vontade, consensualidade e as especificidades dos contratos administrativos; 4. Cláusula cheia e cláusula vazia: implicações práticas para a administração pública; 5. Principais elementos a serem disciplinados na cláusula compromissória em contratos públicos; 6. A evolução das cláusulas compromissórias nos contratos públicos brasileiros; 6.1. A evolução das cláusulas compromissórias nos contratos públicos paulistas; 7. Conclusão; Referências Bibliográficas.

RESUMO: O presente artigo examina a cláusula compromissória nos contratos públicos sob três perspectivas complementares: sua função delimitadora da competência arbitral e as consequências jurídicas de sua inobservância; a tensão entre a autonomia privada, que lhe é inerente, e as exigências do regime jurídico-administrativo; e a evolução das práticas de redação ao longo das últimas décadas. A partir da dicotomia entre cláusula cheia e cláusula vazia, o artigo desenvolve os principais elementos que devem ser disciplinados em uma convenção de arbitragem operacional para o setor público, com ênfase nos riscos decorrentes de omissões redacionais e nos instrumentos normativos e institucionais

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

disponíveis para a estruturação adequada do instrumento. O trabalho destina-se a advogados que atuam na assessoria de entes públicos ou de parceiros privados em arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Palavras-chave: Cláusula compromissória. Arbitragem pública. Competência arbitral. Nulidade. Contratos de infraestrutura.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública brasileira deixou de ser uma questão controversa. Doutrina, jurisprudência e legislação convergiram no reconhecimento de que o Estado pode – e, em determinados contextos, deve – recorrer à jurisdição arbitral para a solução de conflitos decorrentes de seus contratos. Esse percurso, iniciado timidamente nos anos 1990 e consolidado com a reforma promovida pela Lei nº 13.129/2015² e pela Lei nº 14.133/2021³, transformou a Administração Pública em um dos principais usuários do instituto no cenário nacional, especialmente nos contratos de infraestrutura de grande porte.

O que ainda não se consolidou de forma homogênea, porém, é a qualidade técnica do instrumento que institui a arbitragem nos contratos públicos: a cláusula compromissória. A experiência acumulada nas últimas décadas revela uma assimetria significativa entre os entes federados que desenvolveram *expertise* arbitral – a União, os grandes estados e alguns municípios – e aqueles que, ainda sem tradição no manejo do instituto, continuam inserindo em seus contratos cláusulas precárias, incompletas ou inoperantes. O resultado, em ambos os casos, é o mesmo: o fracasso da promessa de eficiência que justifica a escolha pela arbitragem.

O problema que persiste, portanto, não está na validade da arbitragem pública em abstrato – matéria há muito pacificada –, mas na

2 BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e aprimorar o seu funcionamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

3 BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

operacionalização do instrumento que a institui. A cláusula compromissória mal estruturada gera incidentes processuais custosos, disputas sobre a própria competência dos árbitros e, em casos mais graves, declarações de nulidade que desfazem anos de procedimento. A compreensão precisa de sua função, de sua natureza jurídica e de seus elementos essenciais, é, portanto, condição de exercício competente da advocacia nessa seara.

Além disso, há uma especificidade estrutural que distingue a cláusula compromissória nos contratos públicos daquela inserida nos contratos privados paritários: ela não resulta, em regra, de negociação bilateral. Definida unilateralmente pela Administração e inserida no instrumento contratual que o particular aceita ao vencer a licitação, a cláusula aproxima-se, nesse aspecto, dos contratos de adesão. Essa característica impõe ao ente público – e ao advogado que o assessoria – uma responsabilidade técnica redobrada na fase de modelagem contratual, uma vez que as omissões redacionais tendem a se revelar apenas no momento do conflito, quando a disposição das partes para cooperar é inversamente proporcional à necessidade de fazê-lo.

O presente artigo está estruturado em seis seções, além desta introdução. A seção 2 examina a função da cláusula compromissória como ato constitutivo e delimitador da competência arbitral, com ênfase nas hipóteses de nulidade previstas no artigo 32 da Lei de Arbitragem. A seção 3 analisa a tensão entre a autonomia privada que fundamenta a convenção arbitral e as exigências do regime jurídico-administrativo, abordando as especificidades da licitação e as possibilidades de revisão posterior da cláusula. A seção 4 desenvolve a dicotomia entre cláusula cheia e cláusula vazia, com suas respectivas implicações práticas. A seção 5 examina os principais elementos que devem ser disciplinados em uma cláusula compromissória operacional para o setor público. A seção 6 reconstrói a evolução histórica das práticas de redação nos contratos públicos brasileiros. E, por fim, a seção 7 apresenta as conclusões do trabalho.

2. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA COMO ATO CONSTITUTIVO E DELIMITADORA DA COMPETÊNCIA ARBITRAL

A arbitragem é um método heterocompositivo de solução de conflitos pelo qual as partes, de comum acordo, submetem uma controvérsia à

decisão de um terceiro – o árbitro ou o tribunal arbitral –, cuja sentença produz os mesmos efeitos jurídicos da decisão judicial, com força de coisa julgada e aptidão para embasar execução forçada. Nessa construção, a cláusula compromissória cumpre uma função que é ao mesmo tempo constitutiva e delimitadora: constitutiva porque é por meio dela que as partes optam pela utilização da jurisdição arbitral em vez da estatal; delimitadora porque são seus termos que definem os limites da competência dos árbitros.

A convicção de que os árbitros tiram sua competência exclusivamente da convenção de arbitragem não é apenas um princípio teórico – é uma regra operacional com consequências práticas diretas. Nos termos do artigo 4º da Lei nº 9.307/1996⁴, a cláusula compromissória é o negócio jurídico pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir relativamente a um contrato. O verbo “submeter” não é neutro: ele indica que a competência arbitral é criada por vontade das partes e se estende até onde essa vontade alcança – nem mais, nem menos. O árbitro que decide matéria não compreendida no âmbito da cláusula não está exercendo jurisdição arbitral legitimamente conferida: está usurpando competência que as partes não lhe atribuíram.

As consequências jurídicas dessa extrapolação são graves e estão expressamente previstas na lei. O artigo 32 da Lei de Arbitragem enumera as hipóteses de nulidade da sentença arbitral, dentre as quais se encontra, no inciso IV, a de a sentença ter sido proferida “fora dos limites da convenção de arbitragem”. Trata-se de nulidade relativa à competência, que contamina a sentença na parte que extravasa os limites da jurisdição arbitral e que contamina a sentença em sua parte decisória e pode ser declarada pelo Poder Judiciário nos termos do artigo 33 da mesma lei. A ação de nulidade pode ser proposta no prazo de noventa dias a contar da data de notificação da sentença arbitral, e sua procedência implica a desconstituição do julgado, com todos os ônus de tempo e recursos que um procedimento arbitral representa.

Importa destacar ainda que o controle judicial da sentença arbitral, nas hipóteses do artigo 32, limita-se ao denominado *error in procedendo* –

4 BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

os vícios formais e de competência previstos taxativamente na lei. Os erros de julgamento, denominados *error in judicando*, não são passíveis de revisão nem mesmo pelo Poder Judiciário: o mérito da decisão arbitral é definitivo e insindicável em sua substância. Isso representa uma diferença estrutural em relação às decisões judiciais, que comportam duplo grau de jurisdição, e confere especial peso à qualidade da cláusula: uma vez instaurada a arbitragem dentro dos limites do objeto definido pelas partes, o julgamento dos árbitros é final. A ação declaratória de nulidade, prevista no artigo 33 da Lei de Arbitragem e sujeita ao prazo decadencial de noventa dias, não se confunde com a impugnação ao cumprimento de sentença, que também pode ser veículo para alegação de nulidade, nos termos dos artigos 525 e seguintes do Código de Processo Civil. Em qualquer dessas vias, porém, o Judiciário não pode substituir o julgamento dos árbitros: em caso de procedência do pedido de nulidade, a sentença é desconstituída e as partes são submetidas a novo julgamento arbitral, sendo vedado ao magistrado togado julgar novamente o mérito da controvérsia.

A amplitude do objeto definido na cláusula é, portanto, uma decisão de política contratual que tem efeitos diretos sobre o que os árbitros poderão decidir. Cláusulas que definem o objeto de forma vaga ou excessivamente restrita tendem a gerar incidentes sobre competência – impugnações no curso do procedimento, ações de nulidade após a sentença ou, pior, disputas paralelas no Judiciário sobre matérias que ficaram excluídas da arbitragem. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é consolidada no sentido de que a interpretação da convenção de arbitragem deve ser razoavelmente abrangente, de modo a preservar a eficácia do instrumento; mas essa orientação não supre a ausência de texto claro, especialmente em contratos públicos, nas quais a interpretação extensiva da cláusula pode ser questionada sob o argumento de que a Administração está submetendo ao árbitro matérias que não foram expressamente incluídas no escopo de sua competência.

A relevância da cláusula como delimitadora da competência arbitral se manifesta também na chamada “competência-competência” – princípio pelo qual os próprios árbitros têm, em regra, o poder de decidir sobre os limites de sua jurisdição. Esse princípio, consagrado no artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, tem como corolário a obrigação

do árbitro de se ater estritamente ao que foi definido na cláusula. A clareza redacional da cláusula é, nesses casos, o principal instrumento de contenção: ela fornece a base objetiva sobre a qual os árbitros fundamentarão sua decisão sobre os limites da competência, e sobre a qual o Judiciário, se provocado, realizará o controle posterior.

Por tudo isso, a redação da cláusula compromissória não é um exercício burocrático nem uma formalidade contratual; é um ato de engenharia jurídica que define, antecipadamente, os contornos da jurisdição que as partes estão criando. O advogado que assiste a Administração Pública nessa fase tem diante de si a responsabilidade de construir um instrumento que seja ao mesmo tempo suficientemente abrangente para absorver os conflitos que o contrato efetivamente pode gerar e suficientemente preciso para evitar que os árbitros sejam instados a decidir matérias que a Administração não teria legitimidade para submeter à jurisdição privada. O equilíbrio entre esses dois imperativos é a arte central da redação de cláusulas compromissórias em contratos públicos.

3. ORIGEM PRIVADA E ADAPTAÇÃO AO REGIME PÚBLICO: AUTONOMIA DA VONTADE, CONSENSUALIDADE E AS ESPECIFICIDADES DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A convenção de arbitragem tem origem inequivocamente privada. É um negócio jurídico que pressupõe, como condição de existência e validade, a manifestação de vontade livre e esclarecida das partes em derrogar a jurisdição estatal e submeter seus conflitos a uma jurisdição de natureza privada. A autonomia da vontade e a consensualidade são, portanto, os fundamentos axiológicos da cláusula compromissória – e, como tais, não podem ser eliminados pela circunstância de que uma das partes seja um ente público. Tanto o artigo 1º da Lei nº 9.307/1996 quanto o artigo 1º, § 1º, com a redação conferida pela Lei nº 13.129/2015, confirmam que a Administração Pública, direta e indireta, pode ser parte em procedimentos arbitrais, desde que o objeto seja constituído por direitos patrimoniais disponíveis.

A tensão que se estabelece, contudo, não está no plano da capacidade subjetiva do ente público para arbitrar – questão pacificada –, mas no plano da formação da vontade contratual. Em um contrato privado

paritário, a cláusula compromissória resulta de negociação bilateral: as partes discutem seu conteúdo, propõem alterações e chegam, por convergência de vontades, ao texto que será inserido no instrumento. A bilateralidade não é apenas formal; ela é a garantia de que ambas as partes compreenderam e aceitaram as implicações da escolha pela arbitragem.

Nos contratos públicos precedidos de licitação, a formação da vontade contratual assume uma configuração própria, que guarda semelhança com a dos contratos de adesão, mas com ela não se confunde. As cláusulas contratuais – incluída a compromissória – são definidas pela Administração e integram o edital antes mesmo da apresentação das propostas. O particular que deseja contratar tem conhecimento prévio e integral das condições do ajuste, inclusive no que diz respeito à convenção de arbitragem, e manifesta sua concordância ao apresentar a proposta no certame licitatório. Há, nesse sentido, bilateralidade: não a bilateralidade da negociação direta, típica dos contratos privados paritários, mas a bilateralidade informada pela ciência prévia das condições e pela livre decisão de participar ou não da licitação.

Nos contratos de concessão e de parceria público-privada, assim como nos contratos de grandes obras de infraestrutura, essa bilateralidade é reforçada pelos procedimentos de consulta e audiência pública que antecedem a publicação do edital. Esses instrumentos permitem que os interessados – potenciais licitantes, associações setoriais, entidades de representação e especialistas – apresentem sugestões, questionamentos e críticas ao modelo do contrato, incluindo as cláusulas de resolução de conflitos. A cláusula compromissória que resulta desse processo não é uma imposição unilateral: é o produto de uma escolha institucional da Administração submetida ao escrutínio público e ao debate técnico com os agentes do mercado que irão, ao final, apresentar propostas. Essa dimensão participativa do processo de formação contratual é um elemento relevante para a compreensão da legitimidade da cláusula e, em caso de eventual impugnação, para a sua defesa.

A terceira implicação é a mais relevante do ponto de vista prático: a responsabilidade pela qualidade da cláusula recai integralmente sobre a Administração. Ao definir unilateralmente os termos do instrumento que institui a arbitragem, o ente público assume o ônus de tê-lo feito de forma tecnicamente adequada. Eventuais omissões, imprecisões ou

ambiguidades da cláusula não podem ser atribuídas ao particular – que a aceitou como condição do contrato – nem ao árbitro, que só pode interpretar o texto que lhe foi apresentado. O resultado de uma cláusula mal redigida é, invariavelmente, um procedimento arbitral mais custoso, mais demorado e mais incerto.

O regime jurídico-administrativo prevê, no entanto, mecanismos que permitem corrigir ou complementar a cláusula após a assinatura do contrato. O primeiro é o aditivo contratual: nos termos do artigo 153 da Lei nº 14.133/2021, os contratos existentes podem ser aditados para incluir ou modificar cláusulas relativas a métodos adequados de solução de conflitos, desde que observados os limites legais para a alteração contratual. Esse dispositivo resolveu uma dúvida que existia sob a égide da lei anterior, relativa à possibilidade de alteração de contratos vigentes para incluir a cláusula arbitral em momento posterior à assinatura.

O segundo mecanismo é o compromisso arbitral – o instrumento de convenção de arbitragem celebrado após o surgimento do conflito, por oposição à cláusula compromissória, que é firmada antes. O compromisso arbitral permite que as partes, mesmo na ausência de cláusula no contrato ou para complementar uma cláusula vazia, definam consensualmente os termos da arbitragem que irão instaurar. No contexto dos contratos públicos, a celebração do compromisso é uma oportunidade de consenso superveniente que, quando exitosa, resolve de forma mais ágil e adequada os problemas de uma cláusula deficiente. Além disso, o compromisso arbitral tem sido utilizado para levar ao âmbito arbitral conflitos que já tramitavam no Poder Judiciário, permitindo reunir sob julgamento único controvérsias fragmentadas em múltiplos processos judiciais. O denominado “Caso Libra” é o paradigma mais citado nessa modalidade de uso: a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP) – atual Autoridade Portuária de Santos (APS), a União Federal e as empresas Libra Terminais, após mais de uma década de litígio judicial, celebraram um compromisso arbitral para reunir as diversas demandas em curso em um único procedimento perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) reconhecendo que a celeridade, a especialidade técnica e a reunião dos pleitos em julgamento único representavam ganhos que o Poder Judiciário não conseguiria proporcionar. A fundamentação legal para esse tipo de acordo encontra

suporte expresse no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que autoriza a celebração de compromissos entre a Administração Pública e os particulares para eliminar incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do Direito Público. Contudo, a viabilidade do compromisso depende sempre da boa-fé e da cooperação de ambas as partes no momento do conflito – condição que, pela própria natureza das situações litigiosas, nem sempre está presente.

Em qualquer dos casos, a participação da advocacia pública é indispensável. As procuradorias não devem ser apenas consultadas após a elaboração da cláusula; devem participar ativamente de sua redação desde a fase de modelagem do contrato. Esse envolvimento precoce cumpre ao menos duas funções relevantes. A primeira é técnica: o advogado público que conhece as especificidades do ente, sua experiência arbitral anterior e os contratos em andamento é o interlocutor mais qualificado para verificar se a cláusula proposta é adequada à realidade institucional daquele ente. A segunda é política e institucional: o órgão que participou da elaboração da cláusula tem muito menor incentivo para questioná-la anos depois, quando o conflito surgir. A cláusula construída com a participação da Procuradoria é, em regra, uma cláusula que a Administração defenderá – e não uma que tentará anular.

4. CLÁUSULA CHEIA E CLÁUSULA VAZIA: IMPLICAÇÕES PRÁTICAS PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A distinção entre cláusula cheia e cláusula vazia é, dentre todas as dicotomias que estruturam o estudo das convenções de arbitragem, a que tem maior repercussão prática sobre a efetividade do procedimento. Sua compreensão é, por isso, indispensável para o advogado que atua nessa área – seja assessorando a Administração na fase de modelagem contratual, seja representando qualquer das partes no momento em que o conflito se instala.

A cláusula vazia é aquela que estabelece a arbitragem como mecanismo de solução de conflitos, mas não disciplina os elementos procedimentais necessários para que o procedimento possa ser efetivamente instaurado. Em sua forma mais elementar, é a cláusula que se limita a declarar que “as controvérsias oriundas do presente contrato serão

resolvidas por arbitragem, na forma da Lei nº 9.307/1996”. Essa formulação, aparentemente completa porque faz referência à lei que rege o instituto, é funcionalmente incompleta: ela cria a obrigação de arbitrar, mas não fornece os meios para fazê-lo. Como os árbitros serão escolhidos? Quem os indica? Em que prazo? Por qual câmara o procedimento será administrado? A lei prevê respostas supletivas para algumas dessas questões, mas elas pressupõem a cooperação das partes – e é exatamente quando as partes não cooperam que a cláusula vazia se revela incapaz de cumprir sua função.

O mecanismo legal para sanar a omissão da cláusula vazia está no artigo 7º da Lei de Arbitragem, que prevê uma ação judicial específica destinada a suprir a vontade da parte recalcitrante. Por essa via, a parte interessada ingressa em juízo, requerendo que o magistrado complemente a cláusula, definindo os elementos procedimentais que faltam e permitindo, assim, a instauração da arbitragem. O juiz, nessa ação, atua como agente que substitui a declaração de vontade da parte recalcitrante – não como árbitro, mas como garantidor da eficácia positiva da convenção arbitral.

O paradoxo que essa situação configura é evidente: a parte que escolheu a arbitragem justamente para evitar o Poder Judiciário vê-se obrigada a recorrer ao Judiciário para poder arbitrar. O procedimento do artigo 7º pode consumir meses ou anos. Durante esse tempo, o contrato principal pode estar paralisado, os conflitos podem se agravar e os custos de transação crescem de forma exponencial. Nos contratos de infraestrutura – em que os valores envolvidos são elevados, os prazos são determinantes e a continuidade da execução é de interesse público –, a paralisação da solução do conflito por conta de uma cláusula mal redigida pode ter consequências desproporcionalmente graves.

A cláusula cheia, por contraste, é aquela que contém todos os elementos necessários para que a arbitragem seja instaurada de forma imediata, independentemente da cooperação da parte adversa. A denominação “cheia” não significa, necessariamente, que a cláusula seja longa ou detalhada. Uma cláusula pode ser ao mesmo tempo cheia e minimalista: basta que ela remeta ao regulamento de uma câmara arbitral específica para que o procedimento seja completo. O regulamento da câmara já prevê como os árbitros serão nomeados, como o processo será

conduzido, quais são os prazos e como as custas serão geridas. A cláusula que faz essa remissão é, por incorporação, completa – e permite a instauração imediata do procedimento perante aquela câmara.

A estratégia minimalista – cláusula cheia por remissão – é particularmente recomendada para entes públicos com menor experiência no manejo da arbitragem, pois diminui drasticamente o risco de erros redacionais. O gestor que não domina os tecnicismos do Direito Arbitral pode, com segurança, redigir uma cláusula que indique a câmara competente, estabeleça a arbitragem de direito, preveja o princípio da publicidade e remeta, para todos os demais efeitos procedimentais, ao regulamento da câmara escolhida. Esse texto, por mais curto que seja, é tecnicamente completo.

A estratégia maximalista, por outro lado, produz cláusulas que antecipam e disciplinam de forma detalhada os principais pontos que podem gerar divergências durante o procedimento. Ela inclui, já no instrumento contratual, disposições sobre o número de árbitros, os critérios de qualificação, as regras específicas de publicidade, o tratamento de questões de urgência, os prazos para emissão da sentença e as regras de alocação de custos. Esse modelo oferece maior previsibilidade a todas as partes – o ente público, o parceiro privado e o eventual árbitro – e elimina potenciais divergências no momento da elaboração do termo de arbitragem ou da ata de missão, que são documentos normalmente redigidos após o surgimento do conflito. Sua desvantagem é a rigidez: uma cláusula maximalista pode se tornar inadequada à luz de circunstâncias supervenientes que as partes não anteciparam.

Entre os extremos minimalista e maximalista, há uma solução intermediária que tem se revelado particularmente eficiente nos contratos públicos: a cláusula que remete, por incorporação, a um decreto regulamentador. Decretos como o Decreto Federal nº 10.025/2019⁵ e o Decreto Estadual de São Paulo nº 64.356/2019 estabelecem um conjunto de regras específicas para as arbitragens envolvendo aqueles entes, incluindo disposições sobre publicidade, escolha de câmaras, critérios de

5 BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios nos setores de infraestrutura de transporte. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

qualificação de árbitros e alocação de custos. A cláusula que remete a esse corpo normativo é, ao mesmo tempo, curta no texto e completa por referência – o gestor não precisa redigir cada uma dessas regras no contrato, mas elas se tornam parte integrante da convenção por força da remissão.

Uma questão prática que frequentemente se coloca ao advogado que assessorar a parte adversa – o parceiro privado – é a seguinte: diante de uma cláusula vazia, é mais vantajoso ingressar com a ação do artigo 7º para completá-la ou celebrar um compromisso arbitral? A resposta depende das circunstâncias concretas. O compromisso arbitral é mais ágil quando há disposição de ambas as partes para cooperar, mas essa disposição é, por definição, incerta no momento do conflito. A ação do artigo 7º é mais robusta porque produz uma decisão judicial que independe da cooperação da parte contrária, mas consome tempo e recursos. Em contratos de infraestrutura de grande valor, a questão da urgência pode ser determinante – e, aqui, a cláusula cheia volta a se revelar indispensável, pois é a única que permite a instauração imediata da arbitragem, sem depender de qualquer ato judicial prévio.

5. PRINCIPAIS ELEMENTOS A SEREM DISCIPLINADOS NA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATOS PÚBLICOS

A opção pela cláusula cheia – seja em sua versão minimalista, maximalista ou intermediária – implica a necessidade de tomar decisões técnicas sobre o conteúdo do instrumento. Cada uma dessas decisões tem consequências práticas que o advogado deve conhecer e ponderar à luz das características do contrato, do ente público envolvido e das câmaras arbitrais disponíveis.

O primeiro e mais crítico elemento é a definição do escopo arbitrável. O conceito de escopo não se confunde com o de arbitrabilidade objetiva – que diz respeito às matérias que o ordenamento admite sejam submetidas à arbitragem, independentemente da vontade das partes. O escopo é uma decisão contratual: trata-se da escolha, entre as matérias objetivamente arbitráveis, daquelas que as partes efetivamente decidiram submeter àquela arbitragem específica. Um contrato pode envolver relações jurídicas de natureza distinta – algumas passíveis de arbitragem, outras não –, e a cláusula é o instrumento pelo qual as partes recortam,

dentro do universo do objetivamente possível, o subconjunto do contratuamente eleito. Dois erros opostos comprometem igualmente esse recorte. A hiperdefinição – mediante listas exaustivas de categorias de conflito – cria o risco de incompletude: o que ficar de fora da lista pode tornar-se objeto de disputas sobre a própria abrangência da cláusula, com a parte interessada argumentando que determinada controvérsia não foi incluída no escopo. A generalização irrestrita – “todos os litígios decorrentes do contrato” – não distingue o arbitrável do não arbitrável, gerando insegurança sobre se as matérias que envolvem o exercício de poder público foram ou não abrangidas. Uma solução tecnicamente viável é aquela que combina uma definição funcional positiva com uma exclusão expressa: são arbitráveis os conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato – formulação que absorve automaticamente todas as hipóteses que o ordenamento considera arbitráveis –, enquanto a exclusão expressa enumera as matérias que não serão submetidas à arbitragem: o exercício de poderes de intervenção, rescisão unilateral, aplicação de penalidades não contratuais e decisões regulatórias que extrapolem o contrato.

O segundo elemento é a escolha entre arbitragem institucional e arbitragem *ad hoc*. Nos contratos públicos de infraestrutura, a arbitragem institucional é, em regra, a modalidade mais adequada. A câmara fornece um regulamento testado e público, que pode ser invocado como fundamento das escolhas do gestor perante os órgãos de controle, como o Tribunal de Contas. A câmara também dispõe de secretaria e infraestrutura próprias, gerencia as comunicações processuais e possui mecanismos de nomeação de árbitros que afastam o risco de paralisação por impasse na escolha. Igualmente relevante é o fato de as câmaras institucionais disporem de procedimentos próprios para a apreciação e a decisão das impugnações aos árbitros – mecanismo que é condição de funcionamento adequado de qualquer arbitragem e que assume sensibilidade especial nas que envolvem a Administração Pública. Nas arbitragens públicas, a exigência de impessoalidade e a sujeição do gestor ao controle externo tornam a gestão dos conflitos de interesse dos árbitros um ponto de atenção permanente: a existência de um órgão institucional imparcial, com rito definido e critérios previamente estabelecidos para apreciar as impugnações, oferece às partes – e especialmente ao ente

público – uma garantia procedimental que a arbitragem *ad hoc* simplesmente não comporta sem a negociação específica de regras para esse fim. Essa estrutura é especialmente valiosa para entes públicos de menor porte, que não dispõem de aparato administrativo para gerir as particularidades de um procedimento arbitral *ad hoc* – do aluguel de salas para as audiências ao pagamento direto de honorários dos árbitros.

A escolha da câmara específica deve ser fundada em critérios objetivos e documentáveis: custo do procedimento em relação ao valor estimado do contrato; *expertise* setorial da instituição; histórico de eficiência; e existência de regulamento específico para arbitragens envolvendo entes públicos. Essa documentação é relevante não apenas para fins de controle, mas também para prevenir questionamentos sobre a legitimidade da escolha. Em contratos de valor expressivo, a adoção de sistemas de credenciamento prévio de câmaras – como previsto nos decretos federal e estadual – é altamente recomendável, pois transfere para um momento anterior ao conflito o escrutínio técnico sobre a idoneidade das instituições disponíveis. Para municípios sem estrutura para manter cadastro próprio, a estratégia de “carona” – permitir que as partes escolham qualquer câmara já credenciada pela União ou por Estados que possuam credenciamento – é uma solução prática que preserva a segurança jurídica sem exigir esforço institucional desproporcionado. O próprio município de São Paulo consagrou essa lógica no Decreto nº 59.963/2020: enquanto não constituído cadastro municipal próprio de câmaras arbitrais, a convenção pode remeter ao credenciamento realizado por outro ente como universo de escolha válida. Trata-se de solução que dissocia a operacionalidade da cláusula da capacidade institucional do ente de manter estrutura própria de avaliação e cadastramento de câmaras – permitindo que municípios de menor porte se beneficiem do escrutínio técnico já realizado por entes com maior experiência arbitral, sem renunciar à segurança jurídica que a indicação de câmaras previamente avaliadas proporciona.

O terceiro elemento é a disciplina da escolha e qualificação dos árbitros. A Lei de Arbitragem confere às partes ampla liberdade nessa matéria, impondo apenas os requisitos de capacidade civil, independência e imparcialidade. Nos contratos públicos, esse espaço de liberdade é conformado pelos princípios da impessoalidade e da prevenção

de conflitos de interesses, que impõem ao gestor o dever de objetivar e documentar suas escolhas de forma a submetê-las ao controle externo.

No plano dos critérios de qualificação, a cláusula deve estabelecer requisitos objetivos que a Administração adotará na indicação e que servirão de parâmetro para a avaliação isonômica dos candidatos: formação jurídica – obrigatória, pois a arbitragem nos contratos públicos é sempre de direito –, e conhecimento comprovado em Direito Administrativo ou Regulatório, que pode ser aferido por produção acadêmica, trajetória profissional ou vivência prática na área. Esses critérios, já presentes nas cláusulas da União e dos Estados com maior experiência arbitral muito antes da Lei nº 14.133/2021, atendem simultaneamente às três exigências que o artigo 154 dessa lei veio positivar: garantem a tecnicidade do tribunal, oferecem uma base objetiva e verificável para a avaliação isonômica dos candidatos e tornam transparentes, para o parceiro privado e para os órgãos de controle, os parâmetros que orientarão as indicações da Administração. O artigo 154 confirmou, portanto, uma prática já consolidada, conferindo-lhe respaldo legal expresso sem alterar sua essência.

A inclusão desses critérios na cláusula não elimina – nem poderia eliminar – o espaço de avaliação subjetiva que a confiança, como pressuposto legal da função de árbitro, necessariamente preserva. A indicação de árbitros não é, nem pode ser tratada como, um procedimento licitatório: a fungibilidade entre candidatos, pressuposto da licitação, é incompatível com a lógica da escolha personalíssima que fundamenta a jurisdição arbitral. O que os critérios objetivos da cláusula fazem é reduzir o espaço de questionamento sobre a legitimidade das escolhas e conferir ao gestor a cobertura institucional necessária para demonstrar, perante os órgãos de controle, que as indicações observaram parâmetros preestabelecidos. O procedimento de indicação deve ainda prever um mecanismo claro de solução em caso de impasse na escolha do árbitro-presidente.

A verificação da independência e da imparcialidade dos árbitros é um ponto de atenção especialmente crítico nas arbitragens envolvendo a Administração Pública. Ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário – onde o juiz é investido por concurso público e sua imparcialidade é presumida institucionalmente –, na arbitragem são as próprias partes que

escolhem os julgadores, o que torna o controle dos vínculos e interesses dos indicados um dever ativo e permanente de ambos os lados. Para a Administração, esse dever é reforçado pelo regime jurídico de direito público: uma sentença proferida por um árbitro em situação de conflito de interesses não revelada pode ensejar não apenas a sua anulação, mas também questionamentos perante os órgãos de controle sobre a regularidade da indicação. A cláusula deve, portanto, criar mecanismos que estimulem a revelação espontânea e tempestiva de qualquer fato que possa comprometer a imparcialidade ou a independência do indicado – e não apenas exigir a declaração formal de ausência de impedimento. Nessa linha, é recomendável que a cláusula estabeleça um rol exemplificativo de situações de potencial conflito que o árbitro deve comunicar às partes antes de aceitar o encargo, como a existência de relações profissionais ou econômicas com qualquer das partes, com seus advogados ou com o setor regulado envolvido no contrato. Igualmente importante é prever o dever de revelação contínua: situações de conflito de interesse podem surgir não apenas antes da aceitação do encargo, mas também durante o procedimento e até mesmo após a prolação da sentença. Para a aferição objetiva dessas situações, a praxe consolidada nas advocacias públicas é a utilização das *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration* como referencial de *soft law* – instrumento expressamente mencionado pelo Decreto Federal nº 10.025/2019 como parâmetro para essa verificação, e que organiza as hipóteses de conflito em listas que orientam a avaliação concreta sem pretender exauri-la.

O quarto elemento é a disciplina da publicidade e da confidencialidade. Essa é a tensão mais visível entre o modelo arbitral clássico – que favorece a confidencialidade como traço essencial – e o regime jurídico-administrativo, que impõe a publicidade como princípio constitucional. A Lei nº 13.129/2015 resolveu essa tensão de forma expressa ao determinar que a arbitragem envolvendo a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. O problema prático é que a lei não define quais atos do procedimento são necessariamente públicos e quais podem ser mantidos em sigilo. A cláusula deve preencher essa lacuna, distinguindo três camadas: os atos de publicidade necessária – existência do procedimento, identificação das partes, objeto da controvérsia e sentença final –, os atos de confidencialidade

facultativa – peças processuais, provas documentais, laudos periciais e atas de audiência –, e os atos de publicidade diferida – mantidos em sigilo durante o procedimento, mas divulgados após a sentença para permitir o controle externo. Essa arquitetura em camadas permite conciliar a exigência constitucional de transparência com a necessidade de proteger informações estratégicas que, se publicadas durante o procedimento, poderiam criar incentivos perversos à litigiosidade.

O quinto elemento é a vedação ao julgamento por equidade e a exigência de arbitragem de direito. Essa é uma das poucas exigências materiais que a legislação impõe de forma imperativa à arbitragem pública, sem deixar margem à autonomia das partes. O árbitro que decide a arbitragem pública deve fundamentar sua decisão nas normas jurídicas vigentes – não pode recorrer a critérios subjetivos de justiça ou razoabilidade que não encontrem respaldo no ordenamento. A cláusula deve afirmar expressamente essa exigência, que tem fundamento no artigo 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem. Um ponto relevante para o advogado que atua no procedimento é que decisões arbitrais fundamentadas exclusivamente em princípios jurídicos abstratos, sem o exame concreto das normas aplicáveis e sem a ponderação das consequências práticas previstas no artigo 20 da LINDB, podem ser questionadas como equivalentes funcionais de julgamentos por equidade – e, portanto, sujeitas à nulidade do artigo 32 da Lei de Arbitragem.

O sexto elemento é a disciplina dos custos e dos honorários. A alocação de custos tem relevância especial nos contratos públicos por razões de ordem orçamentária e de controle. Do ponto de vista orçamentário, o ente público nem sempre dispõe de dotação específica para fazer frente ao adiantamento imediato de taxas arbitrais, que em contratos de grande valor podem ser expressivas. Por essa razão, a cláusula compromissória deve prever expressamente que o parceiro privado adiantará a integralidade das custas do procedimento – incluindo as taxas da câmara arbitral e os honorários dos árbitros –, cabendo ao ente público o ressarcimento dos valores adiantados em caso de sua sucumbência. Essa previsão, além de solucionar o problema orçamentário imediato, garante que o procedimento não fique paralisado por falta de recursos da Administração no momento da instauração. É também a regra adotada pelos principais decretos regulamentadores

da arbitragem pública – federal e estaduais –, o que reforça sua legitimidade perante os órgãos de controle e a consolida como prática padrão a ser reproduzida nas cláusulas, independentemente da existência de decreto específico do ente contratante. A disciplina dos honorários advocatícios merece atenção igualmente cuidadosa e é frequentemente subestimada na redação das cláusulas. Na arbitragem, ao contrário do que ocorre no processo judicial, a regra dos regulamentos das câmaras é o ressarcimento das custas pela parte sucumbente – e esse ressarcimento abrange, em geral, não apenas as taxas do procedimento, mas também os honorários contratuais dos advogados da parte vencedora. Para a Administração Pública, essa regra representa um risco significativo: em caso de sucumbência, o ente poderia ser condenado a reembolsar os honorários contratados pelo parceiro privado junto a escritórios de advocacia que operam por tabelas de horas, cujos valores podem ser desproporcionais em relação ao que seria razoável em um processo judicial. Para afastar esse risco, não basta confiar no regulamento da câmara escolhida – é imprescindível que a cláusula compromissória discipline expressamente a questão. A solução mais adotada pelos decretos regulamentadores é a previsão de honorários de sucumbência calculados nos termos do Código de Processo Civil (CPC), que estabelece parâmetros objetivos e proporcionais ao valor da causa. Caso se opte por uma solução mais restritiva, a cláusula pode simplesmente afastar o ressarcimento de honorários contratuais, determinando que cada parte arque com os honorários de seus próprios advogados independentemente do resultado – o que elimina o risco de condenação em valores imprevisíveis, ainda que também afaste a possibilidade de recuperação dos honorários em caso de êxito da Administração.

O sétimo elemento, cada vez mais presente nos contratos de infraestrutura de longa duração, é a previsão de mecanismos de escalonamento de disputas. A lógica das cláusulas escalonadas é a de que a arbitragem é o último recurso – o método mais caro, mais lento e mais adversarial disponível às partes – e que, portanto, só deve ser acionada quando os mecanismos preliminares de solução tiverem sido esgotados. O escalonamento típico começa com a negociação direta, evolui para a mediação ou para o *dispute board* – comitê permanente de especialistas que acompanha a execução do contrato e profere decisões vinculantes

provisórias –, e chega à arbitragem apenas quando nenhum desses instrumentos tiver resolvido a controvérsia. A principal vantagem dessa arquitetura para os contratos públicos é que ela previne o acúmulo de pleitos: como a arbitragem é cara, as partes tendem a aguardar o surgimento de múltiplas controvérsias antes de inaugurar o procedimento. O resultado é uma arbitragem de escopo excessivo, com vários temas sendo discutidos simultaneamente, o que aumenta a duração e o custo do procedimento de forma exponencial. A resolução célere de conflitos pontuais nos degraus inferiores da escada evita esse acúmulo e mantém o procedimento arbitral reservado para as questões que realmente demandam a solução vinculante de um tribunal especializado.

6. A EVOLUÇÃO DAS CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS NOS CONTRATOS PÚBLICOS BRASILEIROS

A trajetória das cláusulas compromissórias nos contratos públicos brasileiros é, em larga medida, a trajetória da própria arbitragem pública no país – um percurso marcado pela resistência inicial, pela lenta aceitação doutrinária e jurisprudencial e pelo salto qualitativo promovido por reformas legislativas e pela acumulação de experiência institucional. Compreender essa trajetória é indispensável para quem deseja atuar com proficiência nessa área, pois os contratos em vigor hoje são o produto de gerações diferentes de práticas redacionais, e o advogado frequentemente se depara com cláusulas elaboradas em contextos normativos e institucionais muito distintos do atual.

O marco legislativo inicial é a Lei nº 9.307/1996, que reformulou completamente o tratamento da arbitragem no direito brasileiro. Antes dela, a eficácia da convenção de arbitragem dependia da celebração de um compromisso arbitral posterior ao surgimento do conflito – o que tornava a cláusula compromissória um mero prenúncio de negociação, sem força compulsória autônoma. A Lei de Arbitragem de 1996 inverteu essa lógica: a cláusula compromissória passou a ser dotada de eficácia positiva, obrigando as partes a submeter seus conflitos à arbitragem independentemente da vontade superveniente de qualquer delas. Esse avanço, porém, não foi acompanhado de uma resposta legislativa clara sobre a utilização da arbitragem pelo Estado. O artigo 1º da lei original

remetia à capacidade de contratar, sem mencionar expressamente os entes públicos, o que gerou anos de incerteza doutrinária e jurisprudencial.

No período entre 1996 e 2015, a utilização da arbitragem pela Administração Pública ocorreu sem que a Lei de Arbitragem a autorizasse expressamente – lacuna que gerava controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a legitimidade do instituto no âmbito público. A arbitragem era, nesse período, um instrumento ainda incipiente nos contratos públicos, adotada em três situações distintas. A primeira eram os contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada, amparados respectivamente na Lei nº 8.987/1995⁶ e na Lei nº 11.079/2004⁷, que admitiam expressamente a previsão de arbitragem – embora poucos contratos efetivamente a prevzissem. A segunda eram os contratos celebrados nos setores regulados por agências cujas leis instituidoras já contemplavam a possibilidade de utilização de meios extrajudiciais de solução de controvérsias, ainda que nem sempre de forma taxativa, como a Lei nº 10.233/2001 (Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ), a Lei nº 9.472/1997 (Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL) e a Lei nº 10.848/2004 (setor elétrico). A terceira eram os contratos de obras celebrados com financiamento de organismos multilaterais de crédito, como o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento, nos quais a cláusula compromissória era inserida por exigência do próprio organismo financiador, com base no artigo 42, § 5º, da Lei nº 8.666/1993, que autorizava a adoção das *guidelines* do financiador como condição do financiamento. Essas cláusulas, redigidas segundo modelos padronizados dos organismos financiadores e voltadas primariamente ao contexto internacional, introduziram nos contratos públicos brasileiros práticas arbitrais mais sofisticadas do que as que o ordenamento interno comportava à época – contribuindo para a familiarização das advocacias públicas com procedimentos arbitrais institucionais e com câmaras de projeção internacional, como a Câmara de Comércio Internacional (CCI). As cláusulas da época, em

6 BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

7 BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

seu conjunto, refletem a insegurança do período: são, em sua maioria, lacunosas quanto aos elementos procedimentais, imprecisas na delimitação do objeto arbitrável e omissas quanto a exigências específicas do regime jurídico-administrativo, como a publicidade e a vedação ao julgamento por equidade.

A virada normativa decisiva veio com a Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem e explicitou, de forma inequívoca, que a Administração Pública direta e indireta pode ser parte em procedimentos arbitrais relativos a direitos patrimoniais disponíveis. A mesma lei inseriu os §§ 1º e 2º no artigo 1º e o § 3º no artigo 2º, estabelecendo as exigências imperativas específicas para as arbitragens públicas: a forma de direito e a observância da publicidade. O impacto dessas alterações sobre a qualidade das cláusulas foi imediato: os contratos celebrados após 2015 passaram a incluir, com maior frequência, disposições expressas sobre publicidade e sobre a vedação à equidade, refletindo a incorporação das exigências legais à prática redacional.

A aprovação da Lei nº 14.133/2021 – a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – representou um segundo salto qualitativo. Os artigos 151 a 154 da nova lei consolidaram, em diploma geral de contratos administrativos, o reconhecimento dos métodos adequados de solução de conflitos – mediação, conciliação, *dispute boards* e arbitragem – como instrumentos legítimos para a resolução de disputas sobre direitos patrimoniais disponíveis. O artigo 153, em particular, resolveu a dúvida sobre a possibilidade de aditamento de contratos existentes para incluir cláusulas de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), eliminando um obstáculo prático relevante para a modernização de contratos celebrados sob a lei anterior. O artigo 154 estabeleceu critérios mínimos para a seleção de árbitros, reforçando a exigência de tecnicidade, transparência e isonomia nos procedimentos de escolha.

No plano infralegal, o Decreto Federal nº 10.025/2019 foi o instrumento de maior repercussão sobre as práticas redacionais dos contratos de infraestrutura federal. Ele estabeleceu um procedimento específico de autorização para a utilização da arbitragem – com manifestação da Advocacia-Geral da União – e disciplinou, de forma detalhada, as exigências de publicidade, os critérios de qualificação das câmaras arbitrais e a alocação de custos. No plano estadual e municipal, o Decreto

nº 64.356/2019 do Estado de São Paulo e o Decreto nº 59.684/2020 do Município de São Paulo cumpriram papel análogo, padronizando as cláusulas arbitrais adotadas nesses entes e fornecendo um referencial normativo que pode ser incorporado por remissão nos contratos. Paralelamente à evolução normativa, houve uma transformação significativa na posição dos órgãos de controle. O Tribunal de Contas da União (TCU) percorreu uma trajetória que vai da resistência inicial – fundada na premissa de que a arbitragem atentaria contra os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público – ao reconhecimento expresso de que “a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura”, conforme consignado no voto condutor do Acórdão TCU nº 3.160/2020-Plenário⁸. Esse realinhamento do órgão de controle externo foi decisivo para reduzir o temor dos gestores públicos em optar pela arbitragem e em estruturar suas cláusulas com maior ousadia técnica. Os dados sobre a participação da Administração Pública nas arbitragens das principais câmaras brasileiras confirmam o resultado dessa convergência de fatores: entre 2018 e 2024, as arbitragens com partes públicas representaram, em média, cerca de 10% do número total de novos procedimentos iniciados nas câmaras de maior expressão do país.

A assimetria entre entes de alta e baixa maturidade arbitral persiste, no entanto, e representa o principal desafio para a universalização das boas práticas. A União, os estados de São Paulo e do Rio de Janeiro e os municípios de maior porte desenvolveram *expertise* consolidada na gestão de cláusulas compromissórias e de procedimentos arbitrais. Por outro lado, uma parcela significativa dos municípios – especialmente os de menor porte – ainda carece dos instrumentos técnicos, institucionais e normativos necessários para estruturar adequadamente os instrumentos que adotam. Para esses entes, contudo, o caminho para a melhoria qualitativa das cláusulas não exige a criação de estrutura normativa própria a partir do zero. A experiência acumulada pelos entes de maior maturidade arbitral está, em larga medida, disponível e acessível: os decretos

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 3.160/2020 – Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgado em 25 nov. 2020.

regulamentadores da União, do Estado de São Paulo e do Estado do Rio de Janeiro, as cláusulas padrão desenvolvidas por suas procuradorias ao longo de anos de prática arbitral e os modelos consolidados em contratos de infraestrutura de grande porte constituem um acervo técnico que municípios menores podem adotar por remissão ou tomar como referência direta na elaboração de suas próprias convenções. A estratégia de “carona” nos cadastros de câmaras de entes maiores complementa esse aproveitamento no plano institucional, permitindo que o ente de menor porte se beneficie do escrutínio técnico sobre a idoneidade das câmaras já realizado por quem dispõe de estrutura para fazê-lo. A combinação dessas duas estratégias – remissão a normas e modelos já testados, e aproveitamento de cadastros existentes – é o caminho mais pragmático para elevar o padrão qualitativo das cláusulas sem impor ao ente um esforço institucional desproporcional à sua capacidade.

O cenário atual é, portanto, de avanço inegável, mas com desafios remanescentes. O próximo ciclo de concessões e parcerias público-privadas – que tende a envolver um número crescente de entes federados e de contratos de menor porte relativo, especialmente no setor de saneamento básico após a reforma promovida pela Lei nº 14.026/2020⁹ – exigirá um esforço deliberado de capacitação técnica da advocacia pública e de padronização de cláusulas compromissórias adaptadas às especificidades desses contratos. A sofisticação que os grandes contratos de infraestrutura ajudaram a desenvolver precisa ser traduzida em instrumentos acessíveis e aplicáveis por entes com menor capacidade técnica e institucional.

6.1. A evolução das cláusulas compromissórias nos contratos públicos paulistas

A trajetória das cláusulas compromissórias nos contratos de parceria público-privada do Estado de São Paulo constitui um dos exemplos mais ricos de maturação institucional no campo da arbitragem pública brasileira. Compreender essa evolução é indispensável para o advogado que

9 BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

pretende assessorar a Administração ou o parceiro privado com consistência técnica, pois as escolhas hoje adotadas nos instrumentos contratuais refletem – e deliberadamente corrigem – os problemas identificados nos modelos que as antecederam.

No período compreendido entre 2004 e 2013, o Estado de São Paulo passou a adotar a arbitragem em seus contratos de Parceria Público-Privada (PPP), mas sem uniformidade de redação. O estudo comparativo dos contratos firmados nesse período revela uma heterogeneidade expressiva que espelhava a ausência de uma diretriz institucional consolidada: no contrato da Linha 4 do Metrô, indicou-se a Câmara de Comércio Internacional como a instituição responsável; na PPP da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) para o sistema São Lourenço, optou-se um por tribunal *ad hoc* com exigência mínima de experiência dos árbitros, mas sem regulamento definido; e no contrato do Departamento de Águas e Energia Elétrica (DAEE) para o sistema de reservatórios, simplesmente adotou-se uma cláusula vazia. Essa fragmentação refletia a inexistência de uma política institucional uniforme sobre como a Administração deveria organizar a solução de seus litígios com os parceiros privados.

Foi nesse contexto que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE), em estudos desenvolvidos a partir de 2013, sistematizou o problema e propôs uma solução para uma das questões mais sensíveis da arbitragem pública: a escolha da câmara arbitral. A proposta, que à época enfrentou resistências, partia da premissa de que designar previamente uma câmara específica no contrato era inadequado em ajuste de longa duração – pois a câmara poderia não mais existir ou não ser a mais adequada no momento do litígio, décadas depois da assinatura –, e que deixar essa escolha para o momento do conflito, sem critérios objetivos, abria espaço para estratégias de indicação parcial. A solução formulada foi a previsão contratual de critérios objetivos de seleção a serem aplicados quando do surgimento da disputa, com prevalência da escolha pelo Poder Concedente. Esse modelo, gradualmente aceito, consolidou-se na prática contratual paulista e viria a ser posteriormente aperfeiçoado com a institucionalização do credenciamento prévio de câmaras.

A consolidação normativa desse percurso deu-se com a elaboração, pela Procuradoria Geral do Estado, do Decreto Estadual n. 64.356/2019.

A norma resultou de um processo de consulta pública conduzido pela própria PGE e teve como propósito central superar dois problemas estruturais que persistiam nas arbitragens envolvendo a Administração estadual: a falta de uniformidade na redação das cláusulas compromissórias pelos diferentes órgãos e entidades, e a ausência de garantia sistemática de publicidade dos critérios a serem adotados pela Administração Pública estadual nos procedimentos. O decreto cumpriu três funções institucionais relevantes. Primeiro, fixou as premissas que os órgãos e entidades da Administração direta e autárquica deveriam observar na elaboração de suas cláusulas, eliminando a dispersão redacional que caracterizara a fase anterior. Segundo, instituiu o cadastro de câmaras arbitrais habilitadas para a solução de litígios envolvendo a Administração estadual, conferindo à seleção da câmara uma camada de controle institucional anterior ao surgimento do litígio: a câmara cadastrada já havia demonstrado, no procedimento de credenciamento, compatibilidade com o princípio da publicidade e experiência em arbitragens com o poder público. Terceiro, centralizou na Procuradoria Geral do Estado a avaliação das cláusulas compromissórias a serem adotadas pelos órgãos e entidades, assegurando consistência técnica e conformidade com as diretrizes institucionais.

O resultado desse acúmulo de experiência prática e de maturação normativa é visível na qualidade das cláusulas dos contratos mais recentes. O contrato da PPP do Trem Intercidades (TIC) Eixo Norte (Concorrência Internacional n. 01/2021), cuja cláusula de solução de controvérsias foi elaborada pela Procuradoria Geral do Estado, é o exemplo mais acabado desse processo. Trata-se de uma cláusula escalonada que disciplina, em capítulo próprio e com grande densidade normativa, as instâncias sucessivas de solução de conflitos – das tratativas negociais à arbitragem –, reservando ao Poder Judiciário apenas as matérias expressamente excluídas da jurisdição arbitral.

No plano específico da arbitragem, o contrato do TIC incorpora, em linguagem precisa, as lições acumuladas nos contratos anteriores. A delimitação das matérias arbitráveis atingiu um grau de precisão que os modelos mais antigos não alcançavam: o instrumento combina lista positiva e lista negativa expressas, elencando as controvérsias sujeitas à arbitragem – entre as quais o reequilíbrio econômico-financeiro,

o inadimplemento contratual, o reajuste da remuneração, os indicadores de desempenho e os mecanismos de compartilhamento de riscos – e delimitando as matérias insuscetíveis de arbitragem, como a natureza e a titularidade pública dos serviços, o poder de regulação e fiscalização, o exercício do poder sancionatório em abstrato, a encampação e a caducidade. A coexistência das duas listas elimina a zona cinzenta que nos contratos anteriores gerava disputas preliminares sobre a própria competência dos árbitros. O instrumento fixa ainda valor mínimo de um milhão de reais para acesso à arbitragem, com regras antielisivas que vedam a fragmentação artificiosa de pedidos coligados e a cumulação indevida de pedidos não conexos.

Para a escolha da câmara, o contrato remete ao cadastro instituído pelo Decreto Estadual n. 64.356/2019 – consolidando, em cláusula contratual expressa, o modelo que a PGE havia desenvolvido anos antes e que o decreto havia institucionalizado. Outros elementos de relevo igualmente disciplinados são: a exigência de identificação nominal do financiador da demanda como condição prévia à instauração da arbitragem; a vedação expressa a que profissionais que tenham atuado como membros do colegiado técnico, auditores independentes ou verificadores independentes sejam posteriormente indicados como árbitros; a publicidade ampla dos atos do procedimento, com disponibilização na internet de petições, laudos, termos de arbitragem e decisões; a explicitação do regime de precatórios para obrigações pecuniárias impostas ao concedente; e a previsão de que o adiantamento das custas recai integralmente sobre a concessionária, eliminando o impasse orçamentário que estudos anteriores identificavam como obstáculo prático à instauração da arbitragem pela Administração.

Essa trajetória – das cláusulas fragmentadas e heterogêneas do período 2004-2013, passando pela sistematização promovida pela PGE e pela edição do Decreto n. 64.356/2019, até o modelo tecnicamente denso do contrato do TIC – demonstra que a evolução qualitativa das cláusulas compromissórias nos contratos públicos paulistas não resultou de imposição legislativa, mas de um aprendizado institucional acumulado. O advogado que conhece esse percurso está em melhor posição para compreender as razões de cada escolha redacional, para identificar eventuais lacunas nos instrumentos com que se depara e, em especial,

para assessorar entes públicos de menor maturidade arbitral que, ao estruturar suas próprias cláusulas, podem beneficiar-se da experiência já consolidada nos contratos de infraestrutura de maior porte.

7. CONCLUSÃO

A cláusula compromissória nos contratos públicos é um instrumento de engenharia jurídica que vai muito além de sua aparência formal. É o ato pelo qual as partes criam a jurisdição dos árbitros, definem os limites de sua competência e, ao mesmo tempo, projetam sobre o futuro as condições em que os conflitos serão resolvidos. A qualidade técnica desse instrumento determina, em grande medida, se a promessa de eficiência que justifica a opção pela arbitragem será ou não cumprida.

As páginas anteriores buscaram demonstrar que a compreensão da cláusula compromissória nos contratos públicos exige a articulação de três ordens de conhecimento. O primeiro é o domínio do direito arbitral: as regras sobre convenção de arbitragem, competência dos árbitros, hipóteses de nulidade da sentença e mecanismos de suprimimento judicial da vontade. O segundo é o conhecimento do regime jurídico-administrativo: as exigências constitucionais e legais que condicionam o exercício da autonomia contratual da Administração, a forma de constituição da vontade contratual nos procedimentos licitatórios e as possibilidades de revisão da cláusula por aditamento ou compromisso arbitral. O terceiro é o domínio prático da estruturação contratual: saber quais elementos devem ser disciplinados, em que nível de detalhe e com quais consequências para as diferentes escolhas possíveis.

A dicotomia entre cláusula cheia e cláusula vazia é o eixo central dessa prática. A cláusula vazia cria a ilusão de ter previsto a arbitragem enquanto transfere para o momento do conflito – o pior momento possível – as decisões mais relevantes sobre como ela será instaurada. A cláusula cheia, seja em sua versão minimalista, maximalista ou intermediária (por remissão a decretos regulamentadores), é o único instrumento que assegura a efetividade imediata do procedimento. Em contratos de infraestrutura de longa duração, onde a continuidade da execução é de interesse público e os valores em disputa são expressivos, essa distinção pode ser determinante para a preservação do objeto contratual.

Os principais elementos que a cláusula deve disciplinar – escopo arbitrável, modalidade institucional ou *ad hoc*, critérios de qualificação dos árbitros, publicidade, vedação à equidade, alocação de custos e mecanismos de escalonamento – não são escolhas independentes. Eles formam um sistema coerente, no qual a decisão sobre cada elemento condiciona e é condicionada pelas decisões sobre os demais. A câmara institucional escolhida pode já disciplinar aspectos de publicidade que a cláusula não precisa repetir. O nível de complexidade do contrato pode justificar a opção por um tribunal de cinco árbitros em vez de três. A previsão de *dispute boards* na fase de execução pode reduzir o escopo das controvérsias que chegam à arbitragem. O advogado que conhece essas interações é capaz de construir cláusulas que sejam simultaneamente operacionais, compatíveis com o regime jurídico-administrativo e adequadas às características específicas do contrato.

A evolução das práticas redacionais nas últimas décadas é encorajadora, mas a assimetria entre entes de alta e baixa maturidade arbitral permanece como o principal desafio para a universalização das boas práticas. Nesse contexto, o papel do advogado – seja o advogado público que assessoria o ente na modelagem do contrato, seja o advogado privado que representa o parceiro ou que é chamado a lidar com cláusulas deficientes já em contexto litigioso – é essencial. A contribuição mais relevante que a advocacia especializada pode oferecer à arbitragem pública brasileira não é a de ampliar o volume de procedimentos arbitrais, mas a de elevar a qualidade dos instrumentos que os instituem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. *Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019*. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios nos setores de infraestrutura de transporte. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Brasília, DF: Presidência da República, 1995.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada. Brasília, DF: Presidência da República, 2004.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e aprimorar o seu funcionamento. Brasília, DF: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, 2018.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n. 5.206 AgR. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Tribunal Pleno. Julgado em 12 dez. 2001. **Diário da Justiça**, 30 abr. 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345/RS. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. 2. Turma. Julgado em 17 maio 2007. **Diário da Justiça**, 8 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 904.813/PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. 3. Turma. Julgado em 20 out. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 1.261.790/SP. Relator: Ministro Francisco Falcão. 2. Turma. Julgado em 9 out. 2018. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 3.160/2020** – Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Julgado em 25 nov. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.723/2018** – Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgado em 14 nov. 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

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

COUTO, Jéssica Helena Rocha Vieira; GASTALDO, Fábio Trabold; MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura: comentários sobre a experiência do Estado de São Paulo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 89, p. 157-182, jan./jun. 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 35. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem na Administração Pública e a Lei 13.129/2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 46, p. 29-58, jul./set. 2015.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. **Comentários à Lei n. 13.655/2018**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Arbitragem nos contratos de infraestrutura de transporte. **Revista Brasileira de Infraestrutura**, Belo Horizonte, 2020.

PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Cesar. Arbitragem em contratos de concessão e PPP. *In*: PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 161-198.

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Regulamenta a utilização de métodos adequados de solução de conflitos nos contratos celebrados pela Administração Pública estadual. **Diário Oficial**, São Paulo, 2019.

SÃO PAULO (Município). Decreto nº 59.684, de 4 de agosto de 2020. Regulamenta a utilização de métodos adequados de solução de conflitos nos contratos do Município de São Paulo. **Diário Oficial**, São Paulo, 2020.

SELEME, Sérgio Túlio Santos. Cláusula compromissória nos contratos de concessão. *In*: PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 221-248.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 128, p. 59-77, out. 2005.

WALD, Arnoldo. A arbitragem e os contratos empresariais e governamentais. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, p. 9-24, jan./abr. 2004.