

Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação

André Rodrigues Junqueira¹

Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira²

Michelle Manaia Santos³

Sumário: 1. Introdução; 2. O Foro amigável de solução de disputas; 3. A cláusula arbitral; 4. Bibliografia.

1. Introdução

A redação de cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas (PPP) é um desafio ao operador do direito. Isso porque, dentre as diversas questões abordadas ao longo do contrato, certamente a solução de litígios é o campo em que se revela de forma sensível o conflito entre dois mundos: o mundo no qual os projetos de infraestrutura são desenvolvidos (com ambientes negociais altamente complexos e, em muitos casos, com a presença de financiamentos internacionais) e o

1 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

2 Procuradora do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

3 Procuradora do Estado Chefe da Consultoria Jurídica da Secretaria de Energia de São Paulo. Mestranda em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo – USP.

mundo do Direito Administrativo (o qual, em muitos casos, se encontra vinculado a conceitos pouco úteis às necessidades contemporâneas)⁴.

Essa dicotomia transparece, em especial, quando da redação dessas cláusulas pela dificuldade, ainda existente, em se aceitar a possibilidade de a Administração Pública se submeter à arbitragem. Em geral, argumenta-se que o monopólio da jurisdição é estatal, que a submissão à arbitragem implicaria disposição de interesse público e que não se poderia afastar lesão ou ameaça a direito de apreciação pelo Poder Judiciário⁵.

Todavia, o presente estudo parte da premissa de que o Estado pode se submeter à arbitragem (desde que respeitados certos limites), com amparo em sólida doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores⁶.

No que concerne aos contratos de PPP, essa questão ganha contornos mais definidos, tendo em vista que a própria lei federal que regulamenta essa modalidade de contratação permite a arbitragem (art. 11, III, da Lei federal nº 11.079/04⁷), estando no mesmo sentido a lei estadual paulista que disciplina as parcerias público-privadas neste ente federado, e que adota o mesmo princípio (art. 11 da Lei estadual nº 11.688/04⁸).

Nessa toada, as melhores práticas em contratos de PPP recomendam que a solução de divergências contratuais seja dividida em dois itens: i) *cláusula de foro amigável de solução de disputas* e ii) *cláusula arbitral*⁹.

4 Para uma abordagem mais aprofundada desse tema: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

5 ARRUDA JÚNIOR, Demerval Ferraz. O Estado, a Jurisdição e a Arbitragem: para começo de conversa. Revista da Procuradoria Geral do Estado nº 75, jan/jun 2012, p. 21 a 32.

6 No Supremo Tribunal Federal: Agravo de Instrumento n. 52.181-GB, rel. Ministro Bilac Pinto. Tribunal Pleno, j. 14.11.1973. No Superior Tribunal de Justiça: Resp 61.439-RS e MS n. 11.308-DF.

7 “Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: [...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

8 “Artigo 11 - Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor. **Parágrafo único** - Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade.”

9 PRADO, Lucas Navarro e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2007, item XI.4.

Nos próximos tópicos, serão explorados os problemas dessas cláusulas e as experiências já existentes, buscando traçar parâmetros para a redação dos futuros contratos a serem celebrados pela administração pública paulista.

2. O Foro amigável de solução de disputas

2.1 Natureza jurídica

Diversos são os mecanismos possíveis para a solução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos. Podem ser empregados métodos consensuais (que geram condições para a celebração de um acordo), métodos adjudicatórios (por meio do qual é proferida uma decisão com força imperativa para as partes), ou ainda, mecanismos mistos¹⁰.

Os métodos consensuais, que tem por objetivo fazer com que as próprias partes alcancem um acordo, por meio de uma composição de vontades, quando utilizados pela Administração devem ter uma atenção especial em relação a quando são utilizados apenas por particulares, tendo em vista as diferenças no campo da autonomia¹¹.

A perspectiva de que a Administração Pública precisa adotar meios alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, para evitar litígios judiciais ou mesmo para pôr fim aos já existentes, é compatível com doutrinas que defendem uma atuação mais paritária da administração, por meio de procedimentos administrativos que reconheçam direitos perante os cidadãos.

Referida visão defende a necessidade de se abandonar a ideia de que a Administração é superior aos seus súditos. O Estado precisa ser visto como um titular de direitos e deveres perante a população, reconhecendo os danos que causar e pagando da melhor forma possível.

A paridade aparece como ideia de posições jurídicas semelhantes, no sentido de que o cidadão também pode exigir direitos da Administração. Logicamente, que o Poder Público continua dotado de prerrogati-

10 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 250.

11 ESQUÍVEL, José Luis. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 96.

vas e privilégios necessários para o exercício da sua função, mas admite-se a sua proximidade com os cidadãos e a necessidade de reconhecer eventuais deveres perante os mesmos.

Dentro desse contexto, Pedro Gonçalves¹² explica que o Direito Administrativo, que nasceu como um direito mais regulador, apontado como típico Direito Público, está evoluindo como um ramo mais consensual. Assim, o autor afirma que a utilização de referidos mecanismos não substituem as formas de revelação da autoridade administrativa, mas atuam de forma complementar¹³.

Com isso, a perspectiva consensual e paritária, embora não desconfigure a Administração Pública, está deixando suas marcas no Direito Administrativo, que passou a se estruturar com base nos direitos dos cidadãos, abandonando a ideia de que deve se fundamentar apenas nas bases do poder¹⁴. Nessa perspectiva, Gustavo Binimbojm afirma que não se podem admitir mais decisões que ignorem o caso concreto, com simples conclusões de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado¹⁵. É preciso realizar ponderações na avaliação dos casos que aparecem no dia a dia, avaliando todos os interesses em jogo, para que se encontre uma solução capaz de conciliá-los da forma mais eficaz possível¹⁶.

Tal visão, no entanto, não é unânime na doutrina. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, ao enxergar o problema com moderação, afirma que o princípio da supremacia do interesse público tem grande relevância, considerando-se que *“encontra fundamento em diversos dispositivos da Constituição e tem que ser aplicado em consonância com outros princípios consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, em especial com observância do princípio da legalidade”*¹⁷. Assim, a autora

12 GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 270-277.

13 GONÇALVES, Pedro. *Opcit*, p. 275-276.

14 GONÇALVES, Pedro. *Opcit*, p. 270-277.

15 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 61/94.

16 BINENBOJM, Gustavo. *Opcit*, p. 61/94.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas interessantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 102.

defende que o princípio deve ser aplicado no caso concreto e, no conflito com outros, deve-se pautar pela razoabilidade, atentando-se sempre para o fato de que é muito perigoso e contrário ao Direito Administrativo afastá-lo completamente, como pretendem alguns doutrinadores.

Tal moderação, portanto, não pode ser esquecida pelo administrador, tendo em vista os inúmeros dispositivos constitucionais que pautam o princípio da supremacia do interesse público. Com esta cautela e, em observância a todos os princípios constitucionais que guiam a Administração Pública, deve-se pensar na utilização dos mecanismos consensuais.

Nesse sentido, Eduardo Talamini explica que, não obstante referida moderação, deve-se observar que não há indisponibilidade do interesse público se a Administração constata que não tem razão em determinado conflito, devendo se submeter aos parâmetros da legalidade e ao princípio da boa-fé. Nesse sentido, o autor exemplifica:

“Tome-se como exemplo o dever de a Administração indenizar os prejuízos indevidamente causados ao particular. Exemplifique-se ainda com o dever que a Administração tem de anular os seus próprios atos ilegítimos praticados em detrimento da esfera jurídica de particulares (Lei nº 9.784/99, art. 53 c/c art. 55). Considere-se igualmente o dever que a Administração contratante tem de recompor os contratos administrativos, inclusive quando a equação econômico-financeira estiver desequilibrada em desfavor do particular contratado. O art. 65, II, *d*, da Lei nº 8.666/93 prevê a celebração da alteração contratual destinada a recompor o equilíbrio contratual. A despeito da redação literal da regra, o dispositivo encerra um *dever* – não uma faculdade – da Administração Pública de promover o reequilíbrio, através de um ato consensual com o contratado.”¹⁸

Em face de referido entendimento, verifica-se que a Administração Pública pode reconhecer os direitos dos particulares independentemente da instauração de um processo judicial. Dentro desse contexto, a utilização de mecanismos consensuais pode facilitar tal reconhecimento. A

18 TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, a.30, v. 128, out. 2005, p. 61/62.

mediação é um exemplo de mecanismo consensual, na qual um mediador (com conhecimentos técnicos necessários para conduzir as partes a um consenso) atua por meio de um procedimento flexível na tentativa de predispor as partes a celebrar um acordo¹⁹.

É possível citar diversos outros exemplos, analisando-se principalmente os mecanismos existentes nos Estados Unidos. Naquele país, há uma ampla estrutura administrativa de solução de controvérsias com *Boards of Appeal*, nos quais são proferidas decisões administrativas sujeitas à revisão judicial por juízes administrativos que não possuem as mesmas garantias dos membros do Poder Judiciário.

No âmbito dos *Boards of Appeal*, as partes podem optar ainda por um método alternativo de solução de controvérsia, realizado por meio de juízes de acordo (*settlement judges*), no qual um juiz mediador especializado apresenta um posicionamento com fundamento na tendência das últimas decisões para que as partes decidam se querem celebrar um acordo²⁰.

Há a possibilidade igualmente de ser realizada uma avaliação inicial por um terceiro neutro, com conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da divergência que, por meio de um parecer não vinculante, apresenta as chances de êxito da controvérsia no Poder Judiciário.

Utiliza-se também, entre outros, o método de negociações estruturadas (*mini trials*), no qual são conduzidas as tratativas por meio de condições previamente estabelecidas, na qual são apresentadas, sob a presidência de um terceiro neutro, as provas e as razões envolvidas perante os representantes das partes com capacidade decisória²¹.

Os mecanismos acima mencionados, bem como todos os outros existentes, não são fixos, pois podem ser adaptados aos contratos e modelados, inclusive, de forma mista.

No caso das PPP's, por exemplo, verifica-se que diversos contratos já celebrados no Brasil optaram por adotar como mecanismo de solução de divergências a instituição de uma Comissão Técnica. Composta por três

19 Alguns autores entendem que a mediação não precisa ser apenas facilitativa, mas pode ser também avaliativa. Nesse sentido, SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 270.

20 SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 268/270.

21 SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*, p. 245-276.

membros (um representante de cada parte mais um terceiro neutro especializado na matéria discutida), ela tem competência para emitir um parecer, sem força vinculante, que deve ser aprovado por no mínimo dois membros, podendo servir de subsídio para as partes celebrarem um acordo por meio de um termo aditivo ao contrato²². Referido mecanismo foi considerado apropriado, uma vez que por meio do parecer emitido são apresentados critérios objetivos que facilitam a celebração do acordo pela Administração Pública com vistas a justificar o interesse público envolvido²³.

Assim, especificamente para a solução de divergências técnicas, sugerimos a adoção deste modelo de Comissão Técnica, considerando-se que com o parecer proferido, a Administração Pública terá mais subsídios para celebrar um acordo do que numa simples mediação, por exemplo, existindo elementos para que se reconheça a existência de eventual direito do particular.

Ressalte-se que os fundamentos que embasarão o acordo são importantes para a Administração em sede de eventual controle. Destaque-se, nesse sentido, que não há uma posição clara sobre os limites do controle dos acordos celebrados pela Administração, sendo possível encontrar, no âmbito do Poder Judiciário, acórdãos que apontam para a necessidade de serem observados os princípios constitucionais como o da moralidade e impessoalidade²⁴.

22 Maurício Portugal Ribeiro assim define essas comissões: “*Consiste na formação de uma comissão de natureza técnica com membros da Administração Pública, do parceiro privado, e, às vezes, pessoas externas indicadas pelos representantes das partes, com o objetivo de analisar e propor uma solução para conflitos havidos na execução do contrato. Trata-se de um procedimento que deve ser simples, pouco burocrático e rápido.*” In: RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 166.

23 Nesse sentido, Carlos Alberto Salles afirma que é mais fácil: “(...) as partes chegarem a um acordo quando possuem um posicionamento seguro quanto às chances de sucesso em eventual processo decisório que venha a se seguir, seja ele administrativo, judicial ou de arbitragem. De alguma forma, esta constatação está presente, também, na figura do juiz mediador (*settlement judge*), examinada acima, e outros mecanismos como a arbitragem não vinculante (*non-binding arbitration*), julgamentos simulados e na mediação avaliativa.” SALLES, Carlos Alberto de. *Op cit.*, p. 270.

24 “4. Incumbe ao juiz, nos termos do art. 129 do CPC, recusar-se a homologar acordo que entende, pelas circunstâncias do fato, ter objeto ilícito ou de licitude duvidosa; violar os princípios gerais que informam o ordenamento jurídico brasileiro (entre os quais os princípios da moralidade, da impessoalidade, da isonomia e da boa-fé objetiva); ou atentar contra a dignidade da justiça.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1090695/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 08/09/2009, Diário de Justiça Eletrônico, divulgado em 04/11/2009.

Assim, em matéria técnica, é aconselhável a utilização da comissão com profissionais especializados que avaliem o litígio e apresentem um parecer que auxilie o Poder Público a realizar ponderações em face do caso concreto, avaliando todos os interesses em jogo, para que se encontre uma solução capaz de conciliá-los da forma mais eficaz possível.

Vale observar, ainda, que referido mecanismo é facultativo e não obrigatório, sendo possível as partes analisarem, no caso concreto, se ele é interessante ou se é melhor optar diretamente pela arbitragem, tendo em vista a complexidade da divergência.

Por fim, cabe ressaltar que nas outras matérias que não sejam técnicas será fixada uma cláusula genérica, possibilitando a livre negociação e celebração de acordos pela Administração Pública, o que faz com que as partes possam recorrer à consensualidade sempre que julgarem necessário.

2.2 Estudo de casos: os modelos comparados

Ao analisar as diversas cláusulas sobre a solução de conflitos por meio da formação de uma comissão especializada, verifica-se uma divergência sobre a sua abrangência. Enquanto em algumas cláusulas foram fixadas competências para dirimir apenas questões técnicas, em outras foi acrescentada a possibilidade de serem analisadas controvérsias econômico-financeiras.

No entanto, foi aferido como mais adequado manter a Comissão apenas com a competência para solucionar as questões técnicas, uma vez que o equilíbrio econômico-financeiro apresenta nos editais um procedimento específico de recomposição, com itens que preveem, inclusive, a possibilidade de auditoria para atender às especificidades e complexidade desse tema contratual.

Nesse sentido, verifica-se no contrato celebrado pela SABESP na PPP de São Lourenço²⁵ uma cláusula específica do procedimento de recomposição que atende às características dessa matéria, sendo possível citar como exemplo, além da previsão da possibilidade de auditoria já

²⁵ Fonte: contrato firmado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

mencionada²⁶, a fixação de documentos específicos que devem acompanhar o requerimento de recomposição²⁷.

Assim, o procedimento específico de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, previsto nos editais e contratos, é capaz de proporcionar ao Estado o reconhecimento de eventual direito do particular, sendo desnecessário submeter a questão, caso não resolvida, a mais uma instância administrativa, que atrasaria ainda mais a solução do problema, contrariando a eficiência defendida dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Outra divergência existente entre os contratos analisados, refere-se ao pagamento das despesas da Comissão. Enquanto alguns contratos determinam que o Poder Público deve arcar com as despesas apenas de seu representante e o parceiro privado pagar as demais, outros estabelecem um rateio igualitário entre as partes. No caso concreto, deve ser analisado se a Administração prefere incentivar os parceiros privados a celebrarem o acordo, fixando a fórmula de rateio igualitário, ou fazer com que o parceiro privado já considere o valor que irá gastar com a comissão técnica no procedimento de licitação.

As demais divergências entre os contratos analisados são apenas referentes ao procedimento adotado. Ressalta-se, nesse sentido, que Maurício Portugal Ribeiro afirma que, por ser um procedimento simplificado, não deve durar mais do que 120 dias²⁸.

26 “A critério e às expensas da SABESP será realizada auditoria na SPE, a qualquer tempo, por intermédio da empresa especializada e com elevada capacidade técnica reconhecida publicamente para constatação da situação que ensejou no pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO.” Fonte: contrato firmado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

27 “O requerimento de solicitação de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO DE CONCESSÃO deverá ser acompanhado dos documentos abaixo relacionados:
a) relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o impacto da ocorrência nas projeções do PLANO DE NEGÓCIOS;
b) documentos necessários à demonstração do cabimento do pleito, podendo ainda a SABESP solicitar laudos econômicos específicos, elaborados por entidades independentes;
c) todos os custos com diligências e estudos necessários à plena instrução do pedido correrão por conta da SPE.” Fonte: contrato firmado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

28 RIBEIRO, Maurício Portugal. *Op. cit.*, p. 166.

2.3 A solução proposta: a cláusula de instituição de comissão técnica

1. As Partes deverão envidar os melhores esforços para resolver amigavelmente, utilizando-se do princípio da boa-fé, por meio de negociação direta, qualquer divergência/conflito de interesse que venha a surgir em decorrência do presente CONTRATO.
2. Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica acerca da execução do CONTRATO, poderá ser constituída uma COMISSÃO TÉCNICA, composta por 3 (três) membros, sendo 1(um) membro especialista por ocasião de uma dada divergência.
 - 2.1. A COMISSÃO TÉCNICA será competente para emitir pareceres fundamentados sobre as questões que lhe forem submetidas pelo Parceiro Privado ou pelo Poder Concedente, relativamente a divergências que venham a surgir quanto aos aspectos técnicos correspondentes à prestação do serviço objeto do contrato.
3. Os membros da COMISSÃO TÉCNICA serão designados da seguinte forma:
 - 3.1. Um membro efetivo e o respectivo suplente pelo Poder Concedente;
 - 3.2. Um membro efetivo e o respectivo suplente pelo Parceiro Privado; e
 - 3.3. Um membro efetivo, que será o Presidente da COMISSÃO TÉCNICA e será escolhido de comum acordo pelos demais membros nomeados, um por cada Parte, à ocasião da divergência, devendo recair sobre profissional independente e com conhecimento comprovadamente reconhecido na matéria objeto da divergência.
4. Os membros da COMISSÃO TÉCNICA não poderão estar enquadrados em situações de impedimento e suspeição de juízes previstas no Código de Processo Civil, e deverão proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição, aplicando-se, no que couber, o disposto no Capítulo III, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que trata da arbitragem.
5. O procedimento para solução de divergências iniciar-se-á mediante a solicitação de uma das partes, de instalação da COMISSÃO TÉCNICA instruída com relatório detalhado, acompanhado de

suas alegações e cópia de todos os documentos ligados ao objeto da divergência levantada, bem como indicação do membro e do suplente que a representará na COMISSÃO.

- 5.1. Recebida a notificação, a parte solicitada, no prazo de 15 (quinze) dias, nomeará um membro e um suplente para representá-la na COMISSÃO e apresentará as suas alegações relativamente à questão formulada;
- 5.2. No prazo de 15 (quinze) dias, a contar da realização da nomeação pela Parte solicitada, os dois membros nomeados, um por cada Parte, nomearão o terceiro membro, que presidirá a COMISSÃO, e que deve, necessariamente, ser profissional independente e com conhecimento comprovadamente reconhecido na matéria objeto da divergência.
- 5.3. No caso de existir divergência entre os membros da COMISSÃO TÉCNICA e não ser nomeado um terceiro membro em 15 (quinze) dias, as Partes deverão notificar o órgão de classe da categoria e/ou de peritos relacionados à divergência para que nomeie em 10 (dez) dias o terceiro membro, devendo ser profissional independente e com conhecimento comprovadamente reconhecido na matéria objeto da divergência.
- 5.4. O parecer da COMISSÃO TÉCNICA será emitido em um prazo máximo de 30 (trinta) dias, após a nomeação do terceiro membro, se outro prazo não for estabelecido pelas Partes, de comum acordo, e aceito pela COMISSÃO TÉCNICA;
- 5.5. Os pareceres da COMISSÃO TÉCNICA serão considerados aprovados se contarem com o voto favorável de, pelo menos, 2 (dois) de seus membros.
- 5.6. A análise feita pela COMISSÃO TÉCNICA deverá observar as disposições previstas no presente CONTRATO, quanto à legislação aplicável e responsabilidades assumidas pelas partes.
6. Cada parte arcará com as despesas de seus representantes, sendo que as despesas necessárias ao funcionamento da COMISSÃO TÉCNICA e os honorários do membro independente serão rateados igualmente entre as Partes.
7. A submissão de qualquer questão à COMISSÃO TÉCNICA não exonera o Parceiro Privado de dar integral cumprimento às suas

obrigações contratuais e às determinações do Poder Concedente, incluindo as emitidas após a apresentação da questão, nem permite qualquer interrupção no desenvolvimento das atividades relacionadas com a Concessionária.

- 7.1. Somente se admitirá a paralisação das obras/serviços quando o objeto da divergência/conflito de interesse implicar riscos à segurança de pessoas e/ou empreendimento.
8. A proposta da COMISSÃO TÉCNICA não será vinculante para as partes.
 - 8.1. Apresentada a solução pela COMISSÃO TÉCNICA, as Partes deverão manifestar em 30 (trinta) dias se concordam com a proposta. Caso aceita pelas PARTES, a solução amigável indicada pela COMISSÃO TÉCNICA será incorporada ao CONTRATO DE CONCESSÃO mediante assinatura de termo aditivo.
9. A solução técnica será considerada prejudicada se a Parte se recusar a participar do procedimento, não indicando seu representante no prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação para instauração da COMISSÃO TÉCNICA.
10. Caso a solução técnica seja considerada prejudicada ou a solução amigável proposta pela COMISSÃO não seja aceita por qualquer uma das partes no prazo de 30 (trinta) dias citado no item 8.1, a resolução da divergência será encaminhada para a arbitragem.

3. A Cláusula Arbitral

3.1. Conceitos iniciais

Em primeiro plano, cumpre realizar uma breve exposição acerca dos conceitos introduzidos pela lei de arbitragem brasileira para uma melhor compreensão sobre o tema.

3.1.1. Formas de previsão da arbitragem: convenção e cláusula compromissória

A convenção de arbitragem é um acordo ou negócio jurídico processual feito em um contrato em que as partes se comprometem a levar seus conflitos para serem apreciados por um árbitro. Também indica como esses árbitros serão nomeados ou escolhidos. Nas hipóteses em

que o litígio já existe e as partes convencionam submeter-se à arbitragem, realiza-se o compromisso arbitral (exceção processual).

Por sua vez, nos casos em que a avença arbitral é prévia ao litígio, esta se denomina cláusula compromissória (objeção processual), que, por suas características próprias, costuma ser classificada em três modalidades: a) cheia, b) vazia ou c) patológica.

A cláusula compromissória cheia é aquela em que contém os requisitos necessários à instituição da arbitragem (seja *ad hoc* ou institucional), com a definição de prazos, forma de escolha de câmara e árbitros, procedimento a ser aplicado, etc. Por sua vez, a cláusula compromissória vazia é aquela que se limita a afirmar que os litígios decorrentes de determinado negócio jurídico serão solucionados por arbitragem, sem fixar qualquer procedimento. Por fim, a cláusula arbitral patológica é aquela redigida de forma incompleta ou imprecisa, de modo a dificultar a instauração da arbitragem.

3.1.2 Sentença arbitral

No que concerne à sentença arbitral, o primeiro ponto que deve ser mencionado é que o próprio termo “sentença arbitral” é novidade introduzida pela Lei nº 9.307/96. A partir do advento dessa norma, a expressão “sentença” indica tanto a sentença estatal, quanto a arbitral. Dessa forma, confere-se maior valor à decisão judicial arbitral, pelo seu conteúdo semântico.

Nessa toada, uma importante modificação trazida pela Lei nº 9.307/96 foi a desnecessidade de homologação da sentença arbitral, pois a eventual submissão da arbitragem ao Poder Judiciário, como condição de eficácia, afastaria uma série de vantagens da utilização da arbitragem. Obviamente, essas considerações não se aplicam à sentença arbitral estrangeira, a qual deve ser devidamente homologada no Brasil para produção de efeitos.

3.1.3 Procedimento

No tocante ao procedimento a ser realizado, existem basicamente quatro opções aplicáveis à arbitragem: a) regulamento do órgão arbitral, b) lei processual qualquer, escolhida pelas partes, desde que compatível com o procedimento, c) criação de um procedimento pelas partes, o que

é o mais comum nas arbitragens *ad hoc*, ou ainda d) as partes podem deixar de tratar de matéria procedimental, de modo que fica a cargo do árbitro escolher o procedimento que considerar mais correto.

A arbitragem institucional pode ser conduzida por uma sociedade anônima, uma sociedade limitada, uma entidade sem roupagem própria (pode estar dentro de outro órgão, como a OAB). Assim, sua forma jurídica pode ser múltipla, nada dizendo a lei a esse respeito.

Há órgãos arbitrais nacionais (sediados no Brasil) e internacionais (normalmente direcionados para arbitragem no comércio internacional). Alguns órgãos institucionais dedicam-se exclusivamente ao procedimento arbitral, administrando-o, outros oferecem também cursos ou simplesmente prestam serviços de nomeação de árbitros. Destaque-se que a importância dos órgãos institucionais está na administração/organização do procedimento arbitral. Organizar a arbitragem é ter uma estrutura física onde pode ocorrer a arbitragem, é estipular previamente regras para serem seguidas e é, eventualmente, nomear os árbitros. Vale ressaltar também a existência da arbitragem *ad hoc*, com estrutura organizada para o caso concreto. As partes podem, inclusive, criar um procedimento próprio para sua arbitragem e fazê-la no local em que bem entenderem²⁹.

3.2. Arbitrabilidade objetiva e subjetiva em face da Administração Pública

O art. 1º da Lei de Arbitragem delimita as matérias que podem se sujeitar à arbitragem: são os direitos patrimoniais disponíveis. Assim, nos casos em que um conflito pode se submeter à arbitragem, sob a perspectiva do direito material envolvido, podemos afirmar que existe arbitrabilidade objetiva. Por sua vez, a arbitrabilidade subjetiva reflete a capacidade da parte em se submeter à arbitragem. Nessa toada, o artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96 afirma que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”.

Com relação à Administração Pública, considerando que basta plena capacidade para ocorrência da arbitrabilidade subjetiva, em princípio, não há dúvida quanto à possibilidade de o Estado se submeter à arbitragem.

29 CARMONA, *Op. cit.*, p. 127.

Já no tocante à arbitralidade objetiva, alguns questionamentos surgem, especialmente com relação à possibilidade de o Estado dispor de seu patrimônio, o que, em tese, poderia contrariar os princípios da indisponibilidade e supremacia do interesse público.

Sem pretendermos esgotar o tema – já que não é o objeto principal deste estudo – necessário ressaltar que o Estado não está proibido, *a priori*, de dispor de seu patrimônio. Nesse sentido, podemos mencionar a experiência prática dos Juizados da Fazenda Pública, nos quais existe a disponibilidade patrimonial pelo ente federativo. A dizer, não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível, desde que atendidos os requisitos legais³⁰.

E em sendo possível ao Estado dispor e gerir seu patrimônio, bem como praticar atos de gestão – o que o faz diuturnamente ao firmar contratos com outros entes – não se vislumbra, a princípio, qualquer impossibilidade de a Administração Pública figurar como parte em um Tribunal Arbitral. Nesse ponto, cabe novamente esclarecer que não se trata a Arbitragem de um mecanismo consensual, que exigiria, por exemplo, a celebração de acordos, mas sim de uma modalidade de jurisdição, pela qual a controvérsia será resolvida por terceiros, em decisão que vinculará as partes que voluntariamente a ela se sujeitaram.

Estamos, assim, com Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara quando esclarecem que:

“A mesma lógica se aplica quando se tratar de direitos e interesses de entidade estatal. Aqueles interesses (direitos) que podem ser contratados também poderão ser objeto de cláusula de arbitragem. Quando firma um contrato qualquer, a Administração está assumindo determinado ônus, com a perspectiva de receber uma contrapartida estipulada. Nesse caso, algum direito de caráter patrimonial daquela entidade está sendo negociado, por isso há de ser considerado, para efeito de aplicação da Lei de Arbitragem, um direito disponível, ou seja, um direito negociável.”³¹

30 TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Poder Público*, p. 210.

31 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 257.

Daí que o pressuposto deste trabalho é a possibilidade de a Administração se submeter à Arbitragem nas contratações públicas, com ênfase especial aos contratos de parcerias público-privadas, nos quais essa modalidade de solução de conflitos é, como vista, legalmente prevista.

Colocados estes conceitos básicos, é possível passarmos para a análise da aplicação da Lei de Arbitragem aos contratos públicos, e, em especial, às parcerias público-privadas.

3.3. Estudos de casos: comparativo das cláusulas de arbitragem

Do estudo dos contratos de parcerias público-privadas já firmados, em que há participação do Estado de São Paulo, foi possível verificar que a adoção da cláusula arbitral já é uma realidade na Administração Pública paulista, mas que não há uma uniformidade na sua redação.

Assim, por exemplo, o contrato da Linha 4 do Metrô prevê, expressamente a indicação da Câmara de Comércio Internacional (CCI) como órgão responsável pela realização da Arbitragem³². De outra maneira, a PPP da SABESP para o sistema São Lourenço prevê a formação de um Tribunal *ad hoc*, trazendo o modo de indicação dos árbitros, que deverão ter “*experiência mínima de 10 (dez) anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia*” sem acrescentar nada acerca do regulamento a ser utilizado³³. Por fim, no caso da PPP para os reservatórios do DAEE, optou-se pela redação de uma cláusula vazia, sem qualquer previsão de indicação ou formação de Tribunal³⁴.

Verifica-se, de todo o exposto, a necessidade premente de adoção de um modelo de Arbitragem padrão para as parcerias público-privadas no Estado de São Paulo, tanto como forma de garantir uma coerência dentro da Administração, como para oferecer maior segurança para a execução futura destes contratos. Entendemos que deve ser formulada uma cláusula compromissória padrão a ser inserida nos futuros Contratos de PPPs, como maneira de se uniformizar a gestão futura destes contratos.

32 “35.13. A arbitragem será instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro.” Fonte: contrato firmado pelo Metrô para Linha 4.

33 Fonte: contrato firmado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

34 Fonte: contrato firmado pelo DAEE para Sistema de Reservatórios de Controle de Cheias.

3.4. Pressupostos necessários da cláusula arbitral: idioma, direito aplicável e forma de julgamento

A Lei federal nº 9.307/96, quando aplicada ao ente público, pode sofrer algumas derrogações publicísticas e adaptações, conforme recomendação doutrinária³⁵.

As primeiras adaptações a serem ressaltadas são, o idioma e o direito aplicável à arbitragem. O art. 23-A da Lei federal nº 8.987/95 – Lei de Concessões – determina que o emprego de arbitragem nas concessões de serviços públicos deve ocorrer dentro de dois limites: que o procedimento seja realizado no Brasil e em língua portuguesa. Tendo em vista que as duas formas de PPPs (concessão patrocinada e administrativa) se sujeitam a algum tipo de aplicação da Lei de Concessões (conforme dispõe o art. 3º da Lei federal nº 11.079/04), conclui-se ser recomendável que a arbitragem nas PPPs siga tais parâmetros³⁶.

Outros dois pontos que exigem uma reflexão na aplicação da Lei de Arbitragem às contratações públicas, dizem respeito à possibilidade de julgamento por equidade – previsto no art. 2º da Lei nº 9.307/1996 – e a eventual decretação de sigilo do procedimento. Com relação ao primeiro tema, é corrente na doutrina a impossibilidade de a Administração se submeter a julgamento por equidade, em decorrência do princípio da legalidade estrita. Já no tocante ao sigilo – situação que, diga-se de passagem, é bastante comum nos Tribunais Arbitrais envolvendo entes privados –, tendo em vista a sujeição da Administração ao princípio da publicidade (art. 37 da CF), recomendamos que, em regra, o procedimento seja público. Todavia, tal publicidade não pode ser absoluta, devendo respeitar certos limites, tais como os sigilos impostos por lei ou decisão judicial, os segredos industriais e eventuais temas afetos à segu-

35 AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum. 2012.

36 A proposta de realização do procedimento em território nacional se explica em razão dos custos envolvidos em arbitragens estrangeiras. Além disso, ainda haveria o risco de que a sentença fosse proferida fora do Brasil, o que demandaria sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 34 da Lei federal nº 9.307/96 e art. 105, “i” da Constituição Federal). Por sua vez, a adoção do idioma nacional decorre da ideia de que o processo, no Brasil, desenvolve-se de acordo com o nosso vernáculo (art. 151 do Código de Processo Civil). Assim, recomenda-se que a arbitragem seja realizada no Brasil, em língua portuguesa.

rança nacional, conforme preconizado pela Lei federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação).

Dessa forma, figura-se importante que o procedimento arbitral seja realizado em língua portuguesa, com base na legislação material nacional. No que concerne ao julgamento, recomenda-se que seja público, salvo exceções, e fundamentado pelas regras de direito (vedação do uso da equidade).

Cabe debater, em seguida, a modelagem da cláusula arbitral, circunscrevendo-nos, dada as particularidades desta modalidade de contratação³⁷, aos contratos de parcerias público-privadas.

3.5. Arbitragem institucional ou *ad hoc*?

Em geral, a doutrina afirma que a arbitragem institucional é a mais adequada, em razão de sua segurança, facilidade e pela experiência do órgão e dos profissionais envolvidos em resolver a controvérsia³⁸. Neste aspecto, a Lei estadual paulista nº 11.688/04 (Lei das PPPs estaduais) traz a seguinte previsão:

“Artigo 11 – Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

*Parágrafo único – Na hipótese de arbitramento, os árbitros deverão ser escolhidos dentre os **vinculados a instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade**”* (sem grifos no original).

Sendo assim, a redação supramencionada estabelece que os árbitros devem possuir vínculo com entidades especializadas. Essa determinação, isoladamente considerada, não permite afirmar que a norma tenha optado pela obrigatoriedade da arbitragem institucional (em tese, a arbitragem poderia ser *ad hoc*, com profissionais associados a uma determinada câmara). Todavia, a conjugação das lições da doutrina com o preceituado pela lei paulista, leva à recomendação da adoção da arbitra-

³⁷ Destaque-se, entre elas, a longa duração das concessões e o alto valor envolvido nos contratos.

³⁸ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290.

gem institucional como modelo a ser seguido nas futuras contratações, opção que ora se encampa.

3.6. Delimitação das matérias sujeitas à arbitragem

Definir o que o Estado pode submeter a um julgamento arbitral é matéria que gera diversas discussões no âmbito acadêmico. Como visto anteriormente, há quem enxergue nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público um empecilho à possibilidade de a Administração se sujeitar a uma decisão arbitral. A delimitação acerca dos direitos patrimoniais disponíveis relacionados ao contrato pode, destarte, gerar alguma controvérsia, o que poderia até mesmo inviabilizar a instituição do procedimento arbitral.

Já expomos neste trabalho a objeção a esse entendimento, concluindo pela possibilidade de o estado adotar uma cláusula compromissória em suas contratações, abrangendo, a princípio, todos os temas que podem ser dispostos em contrato. Todavia, como forma de se procurar evitar futuros questionamentos e incidentes judiciais, entendemos recomendável que o próprio contrato a ser firmado já enumere as matérias que deverão/poderão ser submetidas à solução por meio da arbitragem. Alguns temas que podem constar dessas cláusulas são³⁹:

- (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da **recomposição do equilíbrio econômico-financeiro**, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO⁴⁰;
- (ii) reconhecimento de hipóteses de **inadimplemento** contratual de qualquer das PARTES ou anuentes;
- (iii) cálculo e aplicação do **reajuste** previsto no CONTRATO DE CONCESSÃO;

39 Fonte: contrato firmado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

40 Sobre a disponibilidade da controvérsia relativa ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o entendimento do STJ no Resp 904.813: “A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral”. REsp 904813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe28/02/2012.

- (iv) acionamento dos mecanismos de **garantia** estipulados no CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (v) valor da **indenização** no caso de **extinção** do CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (vi) inconformismo de qualquer das PARTES com a decisão da COMISSÃO TÉCNICA.

Todas essas matérias podem ser sujeitas à solução por arbitragem, uma vez que tratam de questões atinentes à própria execução do contrato de caráter objetivo. Além disso, é possível cogitar a inclusão de uma cláusula genérica dispondo que a contratante e a Sociedade de Propósito Específico podem submeter “*de comum acordo, à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO DE CONCESSÃO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.*”⁴¹. Nessa hipótese, antes da instauração da arbitragem, deverá haver um acordo entre as partes, que limite claramente a controvérsia que será submetida ao Juízo Arbitral, desde que verse como interpretação ou execução do contrato.

3.7. Critérios para escolha da câmara arbitral

Como visto, o presente estudo optou pela adoção da arbitragem institucional, de modo que se mostra necessário estabelecer critérios para a escolha da Câmara. O primeiro aspecto a ser ressaltado é a inadequação em estabelecer no contrato qual instituição realizará o procedimento. Isso porque a contratação da câmara arbitral pelo Poder Público é futura e incerta (não se sabe, de antemão, se ocorrerá algum litígio) e os contratos de PPP possuem longa duração (o conflito poderá ocorrer somente vinte ou trinta anos após a assinatura do contrato). Assim, não será possível determinar de antemão qual o órgão mais adequado para solução de conflitos. Ademais, o estabelecimento de uma cláusula padrão com a fixação de câmara arbitral, a ser utilizada como paradigma para as futuras contratações, poderia caracterizar monopólio em favor de uma instituição arbitral, incompatível com o princípio da impessoalidade que rege a Administração Pública.

⁴¹ Fonte: contrato celebrado pela SABESP na PPP de São Lourenço.

Dessa forma, a solução que se encontra é a indicação da instituição no momento em que surgir o conflito que será submetido à arbitragem. Caberá ao Poder Concedente a sugestão da Câmara – ainda que o conflito tenha sido suscitado pelo parceiro privado – como forma de garantir o atendimento ao interesse público. Apenas na hipótese de inércia da Administração é que se facultará à contratada a possibilidade de escolha da instituição.

Todavia, no momento em que o litígio surgir, a Administração precisa de critérios para escolha da câmara, para que esta contratação não ocorra de forma aleatória e prejudicial à melhor solução para a disputa. Assim, recomenda-se que sejam observados dois critérios principais para escolha da instituição: o perfil do corpo de árbitros e a adequação do procedimento ao regime jurídico da Administração Pública.

No que concerne ao primeiro quesito, convém que a Administração escolha uma câmara arbitral que possua em seu quadro de árbitros profissionais com experiência na matéria a ser discutida no litígio⁴².

Quanto ao procedimento da câmara, o principal quesito a ser apreciado é a permissão de publicidade dos atos processuais. Isso porque a publicidade, como visto, é princípio constitucional da Administração Pública (art. 37, *caput*), o qual deve ser observado, salvo disposições legais em contrário. Nessa toada, a lei de acesso à informação (Lei nº 12.527/2011, regulamentada em São Paulo pelo Decreto nº 58.052/2012) não excepciona tal procedimento como de publicidade restrita. Sendo assim, o regulamento da câmara arbitral a ser selecionada pelo Estado deve sempre permitir a divulgação dos atos processuais, respeitados os limites supramencionados⁴³.

42 O corpo de árbitros das câmaras arbitrais pode ser encontrado na internet, inclusive, com o currículo resumido desses profissionais. A título exemplificativo destaca-se o endereço eletrônico da Câmara de Comércio Brasil Canadá: <http://www.ccbc.org.br/default.asp?categoria=2&subcategoria=corpo de árbitros>. Acesso em 21.05.2013, às 10h25.

43 A título exemplificativo, cita-se o regulamento de arbitragem da Fundação Getúlio Vargas/RJ, o qual proíbe a divulgação dos atos processuais:

“Art. 61 – Os processos de conciliação e arbitragem deverão transcorrer em absoluto sigilo, sendo vedado aos membros da Câmara FGV, aos conciliadores, aos árbitros, às partes e aos demais participantes do processo divulgar qualquer informação a que tenham tido acesso em decorrência de sua participação no procedimento”.

Por fim, vale ressaltar que os contratos de PPP, instrumentalizados com financiamento do Banco Mundial, exigem que o procedimento arbitral seja realizado por meio de Arbitragem Comercial Internacional⁴⁴. Assim, caso o projeto conte com recursos dessa origem, deve-se atentar para esta *Guideline*.

3.8. Forma de contratação e pagamento das despesas e eventual condenação

3.8.1 Da contratação

A forma de contratação da câmara pelo Poder Concedente é tema polêmico⁴⁵. Isso porque, como é sabido, toda a prestação de serviços para a Administração Pública pressupõe, como regra geral, o procedimento licitatório, nos termos do art. 37, XXI, da Constituição Federal.

Contudo, a contratação de uma instituição que promova arbitragens, apresenta peculiaridades. Essas diferenças de regime se iniciam pela opção deste estudo em identificar o melhor momento para a contratação da câmara arbitral. Como visto, a instituição será escolhida quando surgir a necessidade, em razão de algum conflito. Assim, em referido momento, não haverá tempo hábil para a realização dos procedimentos previstos na Lei nº 8.666/93 (Lei Geral das Licitações).

Outra questão a ser discutida, se refere ao mercado em que as câmaras arbitrais se inserem. Os estudiosos do tema não cogitam a possibilidade de que referidas instituições se submetam a um procedimento li-

Em outro sentido, o regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) possibilita a divulgação dos dados, conforme o art. 22 de seu regulamento. Segundo os estudiosos do tema “*Esse viés de voluntariedade da confidencialidade torna o novo Regulamento adequadamente aplicável a procedimentos arbitrais envolvendo Estados, entes estatais ou outras partes para as quais a publicidade do procedimento seja essencial*”.

44 “*Applicable Law and Settlement of Disputes. The contract shall include provisions dealing with the applicable Law and the forum for the settlement of disputes. Consultants’ contracts shall always include a clause for settlement of disputes. International commercial arbitration in a neutral venue has practical advantages over other methods for the settlement of disputes*”. Guidelines. Selection and Employment of Consultants. Under IBRD Loans and IDA Credits and Grants by World Bank Borrowers.

45 Para uma abordagem dessa temática: OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, 2012, p. 95 e seguintes.

licitatório, para serem contratados pelo Poder Público⁴⁶. Assim, em razão da consolidação da arbitragem no mercado privado, o procedimento licitatório poderia restar deserto.

A despeito de tais considerações, de fato, a prestação desse tipo de serviço para a Administração parece estar circunscrita à forma de inexigibilidade de licitação (art. 25 da Lei federal nº 8.666/93).

De acordo com as lições da doutrina, a inexigibilidade de licitação se configura nas hipóteses em que a competição é inviável. *“Essa fórmula não foi explicitada nem esclarecida pela Lei, que se restringiu a fornecer um elenco de exemplos daquilo que caracteriza inviabilidade de competição”*⁴⁷. Dessa forma, os autores sobre o tema afirmam que o rol do art. 25 da Lei Geral de Licitações é meramente exemplificativo⁴⁸.

Nessa toada, existe entendimento no Tribunal de Contas da União de que as hipóteses de inexigibilidade de licitação discriminadas pela lei não são exaustivas, conforme a ementa abaixo:

“As hipóteses de inexigibilidade relacionadas na Lei nº 8.666/93 não são exaustivas, sendo possível a contratação com base no caput do art. 25 sempre que houver comprovada inviabilidade de competição” (Acórdão nº 2.418/2006, Plenário, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa).

Assim, a inviabilidade de licitação se revela pela natureza da atividade a ser desenvolvida e porque as características da prestação funcionam como causa impeditiva de competição. A dizer, a escolha de uma câmara arbitral, dentre as diversas disponíveis no mercado, não pode ocorrer através dos critérios da Lei nº 8.666/93. É impossível definir com precisão uma relação custo-benefício. *“Ainda que seja possível determinar o*

46 Para um posicionamento sobre o tema: SOARES, Carlos Henrique e outros. “(Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral”. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1578/1685> Acesso em 11.06.2013.

47 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 405.

48 SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42. SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Direito Administrativo Contratual: Licitação e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 129.

custo, os benefícios que serão usufruídos pela Administração são relativamente imponderáveis”⁴⁹. Vale consignar que, referido entendimento em relação às possibilidades de inexigibilidade de licitação, encontram amparo junto ao Tribunal de Contas da União, nos termos do acórdão nº 918/2003, 2ª C., rel. Min. Adylson Motta.

Com isso, propõe-se inexigibilidade de licitação, que deverá observar os critérios delineados anteriormente, em procedimento que será instaurado após o surgimento do conflito, apartado ao instrumento contratual.

3.8.2. Das custas e pagamentos decorrentes da arbitragem

O pagamento das custas envolvidas no procedimento arbitral poderá recair, ao final, à parte vencida, considerando, para tanto, aquela que obteve menor êxito em suas teses. O adiantamento desses valores poderá ser feito pela parte que solicitar a instauração da arbitragem, incluindo os honorários dos árbitros, excluindo-se somente, por óbvio, os pagamentos contratuais que as partes acordarem com seus advogados.

Nos casos em que o Estado requerer a instauração do procedimento arbitral, surge a questão atinente a como proceder ao adiantamento das custas, tendo em vista a necessidade de dotação orçamentária para tal fim. Considerando que, como visto, a instauração do Tribunal Arbitral somente ocorrerá com o surgimento de um conflito, estaríamos diante de um evento condicionado, a dizer, futuro e incerto. Daí que, não haveria como, de antemão, prever uma dotação orçamentária específica para este fim. A solução estaria, em tese, na abertura de crédito adicional especial, com os trâmites atinentes à espécie.

Entretanto, considerando a possibilidade de demora neste procedimento, que em muitos casos poderia até mesmo inviabilizar a realização da arbitragem, entendemos possível, também, que as custas sejam adimplidas com recursos advindos da Companhia Paulista de Parcerias (CPP), criada pela Lei estadual nº 11.688/2004, e que tem como principal objetivo “*colaborar, apoiar e viabilizar a implementação do Programa de Parcerias Público-Privadas*” (art. 12).

49 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op cit.* p. 407.

Para este fim, prevê este mesmo diploma legal a possibilidade de a CPP participar da celebração dos contratos de PPP firmados no Estado de São Paulo, situação na qual poderia “*assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos*”⁵⁰, dentre elas as custas advindas do procedimento arbitral.

Vale, neste ponto, destacar o posicionamento doutrinário que afirma que “*ao criar a empresa e possibilitar que atue como empresa não dependente, as obrigações por ela assumidas não causam impactos nos limites de endividamento do Estado*”⁵¹. Ou seja, em se utilizando recursos por intermédio da Companhia, o Estado não estaria restrito à dotação orçamentária prévia. Contudo, em razão da polêmica envolvendo essa proposta, e por fugir ao tema central, o presente estudo optou por não inserir essa ideia na cláusula padrão, mas apenas discurrir sobre a tese neste artigo.

Uma última questão tormentosa que se coloca é a forma de pagamento de eventual condenação pecuniária em face do Estado, a dizer, se ela deve ocorrer pela sistemática de precatórios, ou constituiria exceção à regra do art. 100 da Constituição Federal. A resposta, contudo, pode ser encontrada na redação do próprio art. 31 da Lei da Arbitragem⁵² que, ao equiparar a sentença arbitral àquela proferida no âmbito do Judiciário para fins de execução, leva à conclusão de que o pagamento deverá ser feito por precatório⁵³. De qualquer maneira, esta análise foge do objeto central deste estudo, uma vez que não existe conveniência em dispor sobre esse tema no bojo do contrato.

50 “Artigo 15 - Para a consecução de seus objetivos, a CPP poderá:

I - celebrar, de forma isolada ou em conjunto com a Administração direta e indireta do Estado, os contratos que tenham por objeto:

[...]

b) a instituição de parcerias público-privadas;

[...]

II - assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos de que trata o inciso I deste artigo”.

51 ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. “PPP e sua aplicação pelo Estado de São Paulo”, in: *Parcerias Público-Privadas*, 2. ed., Carlos Ari Sundfeld (org.). São Paulo: Malheiros, 2011, p. 577.

52 “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”

53 Referida opinião também é manifestada por AMARAL, Paulo Osternack. *Op. cit.*, p. 132.

3.9. A solução proposta: cláusula arbitral padrão

1. Qualquer disputa ou controvérsia entre as partes contratantes que não seja dirimida de forma consensual ou pela Comissão Técnica será submetida à ARBITRAGEM, de acordo com a Lei federal nº 9.307/96.
2. A arbitragem será institucional e realizada em língua portuguesa, com sede no Brasil e utilização da legislação de direito material nacional.
3. Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo decorrentes da lei, de segredo de justiça, de segredo industrial ou quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
4. Os árbitros não poderão proferir juízo de equidade.
5. As partes contratantes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:
 - (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no Contrato de Concessão;
 - (ii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
 - (iii) cálculo e aplicação do reajuste previsto no Contrato de Concessão;
 - (iv) acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no Contrato de Concessão;
 - (v) valor da indenização no caso de extinção do Contrato de Concessão;
 - (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da Comissão Técnica.
6. As partes poderão, ainda, submeter à arbitragem, de comum acordo, outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do Contrato de Concessão, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

7. A instauração do procedimento arbitral não desonera as partes de cumprirem suas obrigações contratuais.
8. A escolha da câmara arbitral será exercida pela CONTRANTE, dentre as instituições de notório reconhecimento, com regulamento adaptado às arbitragens estatais e que possuam profissionais com experiência na matéria em litígio, em até 30 (trinta) dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das Partes, via comunicação formal à outra Parte. O procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/96 e subsequentes alterações, assim como com as disposições constantes deste Contrato. Caso o Poder Concedente não indique a Câmara de Arbitragem no prazo acima indicado, caberá ao Parceiro Privado fazê-lo, no mesmo prazo, com base nos mesmos critérios.
9. O Tribunal Arbitral será composto de 03 (três) árbitros, sendo que o Parceiro Privado e o Poder Concedente poderão indicar 01 (um) árbitro cada, os quais, conjuntamente, indicarão o terceiro árbitro, que atuará como presidente do Tribunal Arbitral. Caso os árbitros nomeados pelas Partes não cheguem a uma decisão consensual sobre o nome do terceiro árbitro, este será nomeado pelo Presidente da Câmara de Arbitragem adotada.
10. Os árbitros devem ser, cumulativamente, profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e devem possuir comprovada experiência na questão que será discutida no processo arbitral.
11. A parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, excluídos apenas eventuais honorários advocatícios contratuais. As custas serão adiantadas pela parte que suscitar a instauração do procedimento arbitral.
12. A sentença arbitral será considerada como decisão final em relação à Controvérsia entre as Partes, irrecorrível e vinculante entre elas.
13. Será competente o Foro Central da Comarca de São Paulo, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem, nos termos do Contrato de Concessão, assim como a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei federal n.º 9.307/96.

4. Bibliografia

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARRUDA JÚNIOR, Demerval Ferraz. O Estado, a Jurisdição e a Arbitragem: Para começo de conversa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado* nº 75, jan/jun 2012, p. 21 a 32.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo. In: BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 290.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: Sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas interessantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

ESQUÍVEL, José Luis. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos*. Coimbra. Almedina, 2005, p. 270-277.

JUSTEN FILHO. Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada*. Dissertação de mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, 2012.

PRADO, Lucas Navarro e RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Atlas, 2007

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs – melhores práticas em licitações e contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p. 250.

SOARES, Carlos Henrique e outros. “(Des) necessidade de processo licitatório para escolha de câmara arbitral”. Disponível em <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1578/1685>. Acesso em 11.06.2013.

SOUTO, Marcos Jurena Villela. *Direito Administrativo Contratual: Licitação e Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. In: *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros, 2013.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, a.30, v. 128, out. 2005.

