

Entrevista sobre arbitragem em compras públicas com o professor e advogado Cesar Pereira



◀ Entrevista sobre governança com o auditor do TCU e professor Jetro Coutinho

Entrevista sobre Governança em Compras Públicas com a servidora do TJDFT Isabella Brito ▶

Mostrar respostas aninhadas ▼



Entrevista sobre arbitragem em compras públicas com o professor e advogado Cesar Pereira por RONALDO CORREA - quinta, 21 Jun 2018, 11:09

(21/06/2018) Entrevista sobre arbitragem em Compras Públicas com o professor e advogado Cesar Pereira. As perguntas foram elaboradas pelo professor e pesquisador da FGV Rafael Veras de Freitas.

1-Como é sabido, a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015 permitiu que a Administração Pública se submeta à arbitragem. Na sua opinião, quais foram as lacunas que ainda não foram supridas sobre este tema?

Cesar: A Lei nº 13.129 foi um marco importante para afastar qualquer dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública direta ou indireta. Consolidou uma posição que já vinha sendo firmada pela jurisprudência desde a época do Dec.-Lei nº 2.300, que continha regra sobre arbitragem, e pela evolução legislativa com leis setoriais e para os contratos de PPP e concessão comum.

Para isso, introduziu quatro dispositivos na Lei de Arbitragem, de 1996: previu genericamente sua admissibilidade em litígios da Administração Pública direta e indireta que envolvam “direitos patrimoniais disponíveis”; vedou a arbitragem por equidade – ou seja, impôs a arbitragem de direito –; previu a submissão da arbitragem nesses casos ao princípio da publicidade; e definiu que a autoridade competente para celebrar a convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral) é a mesma com competência para firmar acordos ou transações. Embora já existentes, a explicitação dessas diretrizes favorece a segurança jurídica.

Parece-me que há três pontos em que experiência posterior à Lei nº 13.129 vem avançando ainda mais, sempre no sentido do incremento da segurança jurídica. (I) Dentro do campo amplo da arbitrabilidade objetiva, leis e atos normativos posteriores, como a Lei nº 13.448 e o Decreto nº 8.465, vêm delimitando o escopo admissível para a arbitragem em certos setores e situações. Isso não afeta o que poderia, em tese, ser arbitrável, mas orienta a conduta dos agentes públicos que participam do processo desde a celebração da convenção de arbitragem. (II) Há a preocupação com a accountability do processo arbitral nessa área, com a previsão de normas concretas sobre o atendimento do princípio da publicidade. A jurisprudência recente do TCU revela a superação de antigos preconceitos e a sua compreensão de que o papel do controle externo não se relaciona com o processo arbitral em si, mas com a conduta dos agentes públicos em relação ao processo arbitral. (III) A proliferação de atos normativos infralegais, como o decreto editado pelo Rio de Janeiro em fevereiro de 2018, a resolução que a ANTT apresentou para consulta pública e o iminente regulamento do art. 31, § 5º, da Lei nº 13.448, demonstram a preocupação em dar segurança e estabelecer parâmetros para os agentes públicos que adotam a solução arbitral. Cabe dar ampla aplicação ao art. 40 da Lei nº 13.140 e às diretrizes da Lei da Segurança para a Inovação Pública (Lei nº 13.655, que alterou a LINDB) para que, preservada a segurança dos agentes públicos que exteriorizam a vontade da Administração Pública de se submeter à arbitragem, a Administração Pública possa valer-se efetivamente de um instrumento que já faz parte da prática diária nos grandes contratos do setor privado.

2- Tal novel diploma é compatível com os princípios da Administração Pública?

Cesar: A arbitragem com a Administração Pública já integra tradição administrativa brasileira. O STJ teve oportunidade de examinar o tema com grande profundidade em um recurso especial julgado em 2011, enfrentando questões concretas como a desnecessidade de previsão da arbitragem já no momento da licitação de um contrato administrativo. Em decisão de 2018, o TJSP enfrentou outra questão relevante, consistente na desnecessidade de licitação (ou mesmo de um processo de inexigibilidade de licitação) para a indicação de instituições arbitrais pela Administração. A Lei nº 13.129 preserva os grandes princípios que integram o regime jurídico administrativo. Consolida a ideia de que a arbitragem se mantém no campo daquilo que a Administração Pública é apta a resolver consensualmente (direitos patrimoniais disponíveis), reafirma o princípio da legalidade ao impedir a arbitragem de equidade e impor a arbitragem de direito, e exige a observância do princípio da publicidade. A conclusão é que o diploma não apenas é compatível, mas ativamente promove os princípios da Administração Pública nos processos arbitrais que envolvem entes estatais.

3- Considerando a edição no novel diploma, seria possível traçar parâmetros a propósito da arbitrabilidade objetiva em arbitragens envolvendo o Poder Público?

Cesar: O tema da arbitrabilidade objetiva é um dos mais oportunos para que se estabeleçam as bases para a evolução segura da arbitragem nesse setor. Consiste em saber o que, em tese, a Administração Pública e a outra parte em um litígio concreto ou potencial podem submeter à arbitragem. Cada vez mais se consolida uma visão que Eduardo Talamini defende desde o início da década de 2000: objetivamente arbitrável é tudo aquilo que a Administração Pública pode resolver ela própria, de modo consensual, sem dever obrigatoriamente submeter ao Poder Judiciário. Isso pode envolver, inclusive, atos de autoridade, como os praticados no exercício de competências regulatórias.

Uma confusão comum, que às vezes turva o raciocínio nesse campo, é entre arbitrabilidade, escopo da convenção de arbitragem e sindicabilidade dos atos administrativos.

A circunstância de que algo é arbitrável, no plano normativo, não implica que tenha sido abrangido de algum modo em uma convenção de arbitragem concreta (cláusula em um contrato ou um compromisso específico). A arbitrabilidade tem a ver com a competência; o escopo da arbitragem, com o seu exercício concreto. Mesmo que em tese possa ser objeto de revisão por arbitragem, um ato administrativo somente poderá ser revisto de modo principal, como objeto da arbitragem, se abrangido por alguma convenção de arbitragem. Isso não impede que a validade de um ato seja resolvida incidentalmente pelo árbitro, como este faria com qualquer lei ou ato normativo que deva aplicar ou afastar para tomar sua decisão. Essa é a diferença, por exemplo, entre o árbitro anular um ato de decretação de caducidade em uma concessão ou, em outro exemplo, deixar de aplicar, na solução de um litígio societário entre partes privadas, uma resolução de ente regulador (como a CVM ou o BACEN), sem afetar a validade desta.

Também é importante perceber que muitas vezes não se está falando de arbitrabilidade mas dos limites de revisão do exercício da função administrativa, ou seja, da sindicabilidade dos atos da Administração. Esses limites se põem igualmente para o juiz e o árbitro – que, segundo o art. 18 da Lei de Arbitragem, é juiz de fato e de direito, e controla o exercício da função administrativa, não a exerce ele próprio. Isso não significa que não deva existir o processo arbitral. A arbitragem será cabível e necessária para que, na sentença arbitral, o árbitro examine as condições de exercício das competências administrativas, todas as condicionantes que restringem a discricionariedade administrativa, e eventualmente conclua – como faria um juiz – que há um núcleo essencial no qual não lhe cabe ingressar. Mas é evidente que isso tem a ver com a decisão final, não com a admissibilidade do processo arbitral em si.

4- O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos se configura como um “direito disponível”, para fins de arbitragens envolvendo o Poder Público?

Cesar: Esta questão tem uma importância prática muito grande porque uma decisão do TCU de 2012 vedou a previsão contratual de discussões sobre reequilíbrio econômico-financeiro em um contrato de concessão de rodovia federal. Respeitosamente discordo dessa decisão, que foi isolada e não representa a jurisprudência daquela corte nem do STJ – que, na mesma época, confirmou a validade de sentença arbitral exatamente sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato de obra pública. A discussão sobre o desequilíbrio contratual e o seu reequilíbrio é uma das mais típicas manifestações de matéria passível de solução pela via arbitral, justamente porque é ampla a liberdade da Administração nesse campo para adotar uma solução consensual com o interessado – tanto assim que proliferam os aditivos contratuais que resolvem o tema no âmbito da relação entre as partes. Coerentemente com isso, o art. 31, § 4º, da Lei nº 13.448 – que se aplica aos contratos administrativos nos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos – expressamente define a discussão sobre reequilíbrio contratual como uma “controvérsia sobre direitos patrimoniais disponíveis”.

Essa discussão ilustra o que se disse sobre a distinção entre arbitrabilidade e sindicabilidade. Imagine-se que, num dado caso concreto, após o exame de todas as circunstâncias que pudessem levar à chamada redução a zero da discricionariedade, o árbitro concluísse que a Administração mantinha uma esfera da liberdade para decidir sobre o

discricionária, e o árbitro reconhece que a Administração mantém uma esfera de liberdade para decidir sobre o método de reequilíbrio (aumento de tarifa, postergação de obras ou indenização, por exemplo). Poderia reconhecer o desequilíbrio, determinar o reequilíbrio, mas preservar essa esfera de discricção administrativa. Isso não tem a ver com arbitrabilidade, mas com os eventuais limites da jurisdição. E jamais dispensaria o árbitro de realizar a ampla investigação (como faria o Judiciário) das circunstâncias que poderiam, no caso concreto, afastar qualquer discricção e conduzir a uma única solução ótima e, portanto, obrigatória para a Administração.

5- Seria impossível incluir a incidência de cláusulas exorbitantes em procedimentos arbitrais envolvendo o Poder Público?

Cesar: A aplicação e o exercício das competências oriundas de cláusulas exorbitantes podem ser e frequentemente são objeto de procedimentos arbitrais, especialmente no âmbito das PPPs e concessões comuns. Também aqui é relevante a distinção já referida entre arbitrabilidade e sindicabilidade. Pode ser que haja um núcleo essencial de competência em que o árbitro, como o juiz, não possa ingressar, mas isso não elimina a necessidade de haver o processo arbitral em que as circunstâncias que revelam a existência (ou não) desse núcleo essencial serão aferidas. Por exemplo, havendo convenção de arbitragem, se a parte atingida pela incidência de uma cláusula exorbitante entende ter havido desvio de finalidade, incoerência entre a motivação do ato e seu objeto ou a descon sideração de outras circunstâncias limitadoras da discricção administrativa, poderá submeter o tema ao árbitro, a quem caberá examinar o tema segundo o devido processo legal. Do mesmo modo, caberá ao árbitro examinar os pressupostos para a aplicação de sanções, como a caducidade, ou o preenchimento dos requisitos (lei autorizativa, por exemplo) para a encampação. A incidência das cláusulas exorbitantes é amplamente passível de discussão na arbitragem, exceto se excluída, pelas partes, do escopo da convenção de arbitragem.



6- Na sua opinião, seria possível instituir arbitragem a propósito dos temas de que trata a Lei nº13.448/2017 (que disciplina o procedimento de relicitação), embora tal normativo ainda careça de regulamentação?

Cesar: Tive a oportunidade de escrever mais detalhadamente sobre as novidades da Lei nº 13.448 em artigo publicado em 2017 na Revista de Arbitragem e Mediação. O diploma tem duas inovações relevantes no âmbito da arbitragem. No art. 15, III, estabelece a obrigatoriedade de a arbitragem ser incluída no aditivo que regula a relicitação; e, no art. 31, estabelece condições em que a União Federal, preenchidas certas condições, obriga-se a se submeter à arbitragem caso a contraparte (o particular interessado) manifeste o seu consenso. Não me parece que o aditivo referido no § 1º do art. 31 seja um requisito para que o interessado se valha do direito à arbitragem que o art. 31 lhe assegura. Uma vez que haja decisão administrativa final (seja por terem sido cumpridas todas as instâncias, seja pela renúncia do particular à impugnação administrativa de decisão ainda sujeita a recurso) e que se trate das matérias do § 4º do art. 31, o particular tem o direito subjetivo de submeter a matéria à arbitragem. Por outro lado, o art. 31 não pode afetar o ato jurídico perfeito, pelo que não tem qualquer impacto direto sobre convenções de arbitragem firmadas antes de sua vigência.

A existência de um direito subjetivo do contratado à arbitragem nos termos do art. 31 mesmo sem previsão contratual não significa que a União Federal vá submeter-se voluntariamente à arbitragem, mas sim que a sua eventual resistência será ilegítima. A falta de colaboração será suprida pelo Poder Judiciário por meio da medida de apoio do art. 7º da Lei de Arbitragem, cuja sentença completará a convenção de arbitragem no que for necessário.

Um ponto especialmente sensível é a previsão de regulamentação do § 5º do art. 31, atinente ao credenciamento de instituições arbitrais. A finalidade desse credenciamento é assegurar a idoneidade e capacidade da instituição escolhida para administrar o litígio. Se houver a previsão de instituição arbitral no contrato, ainda que para escopo diverso dos previstos no § 4º do art. 31, o processo poderá ser iniciado diretamente perante essa instituição, já então reconhecida como idônea e capaz pelas partes. Se não houver e se configurar a mora da União Federal na regulamentação do § 5º do art. 31, com o efeito ilegítimo, desejado ou não, de retardar a efetividade do art. 31, caberá ao Poder Judiciário suprir a omissão. Em decisão revolucionária de 2018, o TJSP admitiu a possibilidade de o Judiciário confirmar a escolha unilateral de instituição arbitral feita por uma parte em um contrato de concessão com cláusula arbitral vazia, ou seja, na qual se previa arbitragem mas não a instituição arbitral. A parte interessada, na hipótese em discussão, poderia adotar iniciativa similar.

7-Quais são as implicações da jurisprudência administrativa do TCU para a realização de arbitragens que envolvam concessões de serviços públicos?

Cesar: Há muitos anos, em 2003, o TCU proferiu decisões que punham em dúvida a possibilidade de arbitragem com a Administração Pública. Na época, existiam apenas previsões de arbitragem em leis setoriais. A evolução da jurisprudência conduziu a diversas manifestações que sugeriam que o problema estaria na ausência de autorização legislativa – que foi paulatinamente sendo suprida por meio das previsões expressas nas leis de PPPs, concessões e, finalmente, na própria Lei de Arbitragem. As decisões mais recentes do TCU não questionam mais a arbitragem em si, mas discutem – como deveria mesmo ser – o ser exercício concreto. Na decisão de 2012 já referida, o TCU discutiu o que poderia ser incluído no escopo da convenção de arbitragem. A decisão em si chegou a um resultado do qual respeitosa discordo, pois afasta do escopo a discussão sobre reequilíbrio econômico-financeiro e outras questões econômico-financeiras entre as partes. Como veio depois a ser consagrado na Lei nº 13.448, este é um dos principais objetos recomendados para a arbitragem nas concessões. Mas o enfoque é correto por afirmar o

um dos principais objetos recomendados para a arbitragem nas concessões. Mas o erro que é correto por diminuir o papel do TCU no controle da legalidade e economicidade das decisões dos agentes públicos de submeter a Administração à arbitragem.

Ainda mais recentemente, o TCU proferiu decisão em 2013 reputando cabíveis cláusulas arbitrais em contratos celebrados pela Petrobras em áreas nas quais o juízo arbitral era uma contingência técnica ou econômica para se poder realizar a contratação. Em 2017, ao revisar a conduta de agentes públicos de subsidiárias estrangeiras da Petrobras, fez uma análise muito ponderada das circunstâncias que tais agentes levaram em conta para decidir não cumprir e impugnar (embora sem sucesso e com grande prejuízo econômico) uma sentença arbitral. O TCU acolheu as razões de defesa e, com isso, demonstrou estar agora em uma nova fase, em que verá a participação em procedimentos arbitrais como apenas mais um instrumento de ação administrativa. E, em maio de 2018, ao julgar a validade de aditivo de arrendamento portuário em que se previu arbitragem segundo o Decreto nº 8.465, as objeções pontuais do TCU relacionadas com a arbitragem não foram ao seu cabimento – como naquela sua fase inicial de análise do tema, em 2003 –, mas aos motivos para a suposta “morosidade na efetiva instalação do procedimento arbitral” e a possíveis inconsistências com previsões do Decreto nº 8.465. Isso ilustra bem a revolução no tratamento do tema pelo TCU nos últimos quinze anos.

i. Decreto Estadual nº 46.245, de 2018.

ii. STJ, REsp. 904.813. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 20.10.2010, v.u., DJU 28.2.2012.

iii. Esta visão vem sendo defendida por Eduardo Talamini desde parecer publicado em 2004 (TALAMINI, Eduardo. “Cabimento de arbitragem envolvendo sociedade de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado”. In: Revista Brasileira de Arbitragem. v. 4. 2004. Sua análise atualizada está em TALAMINI, Eduardo. FRANZONI, Diego. “Arbitragem nas empresas estatais”. In: JUSTEN FILHO, Marçal. Estatuto jurídico das empresas estatais. São Paulo : Revista dos Tribunais. 2016. esp. p. 569-586.

iv. STJ, REsp. 904.813. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. 20.10.2010, v.u., DJU 28.2.2012.

v. PEREIRA, Cesar. “Arbitragem na Lei 13.448 e os contratos com a administração pública nos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos”. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Revista dos Tribunais. v. 55. 2017. p. 111.

vi. TJSP, Apelação nº 1005577-98.2016.8.26.0286, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Coimbra Schmidt, j. 26.03.2018. TJSP, Apelação nº 1005222-88.2016.8.26.0286, 7ª Câmara de Direito Público, Rel. Coimbra Schmidt, j. 26.03.2018

vii. Acórdão nº 587/2003-Plenário. Cf. PEREIRA, Cesar. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar; TALAMINI, Eduardo. (Org.) Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 131/152.

viii. Acórdão nº 2.573/2012-Plenário e Acórdão nº 3.083/2014-Plenário.

ix. Acórdão 2.145/2013-Plenário.

x. Acórdão nº 440/2017-Plenário e Acórdão nº 1881/2017-Plenário.

xi. TC nº 024.631/2016-7, Acórdão nº 1.171/2018-Plenário, Rel. Min. Ana Arraes, j. 23.5.2018.

Cesar Pereira é sócio da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, onde atua principalmente nas áreas de direito público e arbitragem. É Mestre em Direito Tributário pela PUC/SP e Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Foi visiting scholar na área de arbitragem internacional da Columbia University (EUA) e na área de compras governamentais na University of Nottingham (Reino Unido) e no European University Institute (Itália). Publicou "Elisão Tributária e Função Administrativa" (Dialética, 2001) e "Usuários de Serviços Públicos" (Saraiva, 2ª ed., 2008) e coordenou, entre outros, "RDC – Regime Diferenciado de Contratação" (Fórum, 3ª ed., 2014), "Brazil Infrastructure Law" (Eleven, 2015) e "Direito Portuário Brasileiro" (Fórum, 2ª ed., 2018). É Fellow do Chartered Institute of Arbitrators (FCI Arb) e foi presidente da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Estado do Paraná. Integra a lista referencial de árbitros de diversas instituições brasileiras e internacionais.

Rafael Veras de Freitas é Mestre em Direito da Regulação pela FGV DIREITO RIO. Pós-Graduado em Direito do Estado e da Regulação pela FGV DIREITO RIO e em Direito Administrativo Empresarial pela UCAM. Membro das Comissões de Direito Administrativo e Direito da Infraestrutura da OAB/RJ, do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro – IDAERJ e do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Consultor do Instituto Brasileiro para o Desenvolvimento da Regulação (IBDREG). Professor convidado, atuando como responsável pela disciplina de Direito das Concessões no LLM em Direito do FGV Law Program.



◀ Entrevista sobre governança com o auditor do TCU e professor Jetro Coutinho

Entrevista sobre Governança em Compras Públicas com a servidora do TJDFT Isabella Brito ▶

[Voltar para o início da comunidade ➡](#)

Escola Nacional de Administração Pública - ENAP



 Brasil - Governo Federal

