

Título : ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O CRITÉRIO PARA IDENTIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

Autor : Gustavo Henrique Carvalho Schiefler

DOCTRINA – 989/272/OUT/2016

ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O CRITÉRIO PARA IDENTIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS QUE ENVOLVEM DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

GUSTAVO HENRIQUE CARVALHO SCHIEFLER

Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Educação executiva pela Harvard Law School. Pesquisador Visitante no Max-Planck-Institut, de Hamburgo. Integra a equipe de professores e consultores externos da Zênite Informação e Consultoria S.A.

INTRODUÇÃO

O uso da arbitragem para a resolução de controvérsias que envolvem a Administração Pública brasileira é prática reconhecida em doutrina, jurisprudência e, mais recentemente, inclusive, de forma expressa e ampla, na legislação nacional.¹

Especificamente no âmbito da legislação, o destaque é dedicado à autorização registrada no § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/96 (Lei de Arbitragem), recentemente incluído pela Lei nº 13.129/15, segundo o qual a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

A inclusão desse dispositivo afastou qualquer dúvida eventualmente remanescente sobre a capacidade subjetiva da Administração Pública para submeter litígios à arbitragem. Acontece que, mesmo após tal inclusão, essas arbitragens permanecem envoltas em um sem-número de outras questões específicas e polêmicas, cujo debate, em uma análise geral, remete às formas adequadas de compatibilizar o instituto com as obrigações legais e os interesses públicos representados pelas entidades estatais.

Uma dessas polêmicas reside no objeto de discussão deste artigo: os limites objetivos das arbitragens que envolvem a Administração Pública. Ainda que a lei autorize a Administração a fazer uso da arbitragem (aspecto subjetivo), seu emprego encontra-se restrito à resolução de “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (aspecto objetivo).

Sabe-se que a restrição aos “direitos patrimoniais disponíveis” é aplicável a todas as arbitragens submetidas à legislação brasileira, inclusive aquelas estritamente privadas. A despeito disso, o tema recebe alguns contornos próprios quando diante de arbitragens que envolvem a Administração Pública. Em síntese, a questão investigada neste artigo remete à identificação de quais situações conflituosas decorrentes de contratos administrativos podem ser resolvidas por arbitragem e quais somente poderão ser analisados pelo Poder Judiciário.

CRITÉRIO PARA IDENTIFICAR UM LITÍGIO QUE VERSA SOBRE DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

O critério para definir a fronteira que delimita a possibilidade de uso da arbitragem pela Administração Pública exige do intérprete uma compreensão mais aprofundada a respeito da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. Afinal, essa expressão representa o critério eleito pela legislação para delimitar as hipóteses em que a arbitragem é cabível.

Em primeiro lugar, percebe-se que a norma jurídica caracteriza os potenciais litígios sujeitos à arbitragem a partir de três elementos. Cuidam-se de litígios relativos a direitos (1º), que devem ser patrimoniais (2º) e disponíveis (3º).

Por litígio que envolva um “direito”, entende-se que deve existir uma pretensão resistida (litígio) relacionada com algum potencial dever jurídico subjetivo (o direito a ser discutido). Ou seja, é preciso que o conflito entre as partes seja solucionável pela ordem jurídica, não sendo possível submeter à arbitragem a discussão de meros interesses morais, não vinculados, sequer potencialmente, com qualquer potencial obrigação. Os eventuais conflitos relativos a meros interesses morais não podem ser resolvidos por arbitragem ou pelo Poder Judiciário. Portanto, um litígio que envolve um direito é aquele em que existe debate sobre alguma potencial obrigação, sendo possível que o intérprete avalie se a razão está com quem reclama seu cumprimento ou com quem resiste.

O elemento “patrimonial”, também registrado na expressão, restringe o âmbito de aplicação da arbitragem aos litígios relacionados com direitos que podem ser convertidos ou verificados em valores financeiros, ou seja, pretensões resistidas cujo objeto pode pertencer ao patrimônio de alguém ou pode ser financeiramente valorado. Não é possível submeter à arbitragem os litígios que versam sobre deveres jurídicos não patrimoniais, como aquelas tipicamente afeitas ao processo preparatório da contratação pública, por exemplo – a obrigação de cumprir o edital licitatório, a obrigação de publicar o extrato do contrato administrativo em diário oficial, a eventual irregularidade no julgamento da licitação, a ilegalidade de algum dispositivo editalício, o cumprimento das formalidades legais para uma contratação direta, entre outros.

O elemento “disponível”, por sua vez, restringe a arbitragem aos litígios que, sob o ponto de vista hipotético, envolvem direitos patrimoniais passíveis de transferência, alienação, cessão, renúncia, transação, negociação ou, em uma concepção ampla, contratação com terceiros, “sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência” (CARMONA, 1998, p. 48). Dessa sorte, por exemplo, exclui-se da arbitragem qualquer litígio sobre direitos relacionados com bens públicos de uso comum do povo ou de uso especial, que são inalienáveis por força de lei (vide art. 99 do Código Civil).

Em aproximação do objeto específico que é investigado por este artigo, recorde-se que os contratos, como gênero, representam acordos de vontades em que as partes pactuam reciprocamente direitos e obrigações. Ou seja, como regra geral, contrata-se apenas aquilo que é juridicamente disponível, caso contrário, por ausência de competência, não seria possível ou necessário o ajuste. Além disso, os contratos, também como regra geral, traduzem direitos e obrigações que têm valoração econômica.

É dizer: os contratos se caracterizam como os instrumentos típicos em que direitos patrimoniais disponíveis são ajustados. Consequentemente, os litígios deles decorrentes costumam carregar essa mesma característica – pelo que se deduz que os litígios decorrentes de contratos, em regra, são passíveis de arbitragem.

Essa regra geral não é absoluta, contudo. No âmbito dos contratos administrativos, há algumas peculiaridades que afastam a sobredita regra. Isso porque algumas cláusulas dos contratos administrativos não estão à disposição da Administração Pública (ou de quem a representa) e são neles registrados por determinação legal. Em outras palavras, existem cláusulas nos contratos administrativos que não dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis, mas a direitos não patrimoniais ou a direitos patrimoniais indisponíveis. Logo, os litígios eventualmente relativos a essas cláusulas não poderão ser submetidos à arbitragem.

Tendo em vista que, como regra, os contratos perfectibilizam conjuntos de obrigações recíprocas que se qualificam como direitos patrimoniais disponíveis pertencentes às partes, propõe-se, neste artigo, um critério de exclusão para a identificação dos litígios ocorridos no âmbito dos contratos administrativos que não podem ser submetidos à arbitragem.

O critério de verificação por exclusão é o seguinte: quando o litígio versar sobre cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública, que deva constar no contrato por determinação de lei, mas que exista independentemente de sua previsão, então o conflito

não poderá ser solucionado por arbitragem. As prerrogativas legais plenas da Administração Pública representam poderes-deveres que obrigatoriamente deverão ser observados pelos agentes públicos, independentemente de previsão contratual (embora, como regra, a lei determine que sejam registradas no contrato) e, nessa condição, essas prerrogativas, embora se qualifiquem como direitos, não constituem direitos patrimoniais disponíveis.

Dito de outra forma, as prerrogativas protetivas do interesse público, que também são conhecidas como “cláusulas exorbitantes” e estão previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, formalizam, no contrato administrativo, direitos indisponíveis da Administração Pública, que não podem ser renunciados, alienados ou transferidos por seus representantes e, por consequência, não podem ser objeto de arbitragem. Essas prerrogativas serão especificamente analisadas no próximo tópico, pois existem algumas peculiaridades que merecem dedicada atenção.

O emprego desse critério de verificação exige do intérprete um esforço cognitivo para identificar quando um litígio é diretamente relacionado à cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública e que constitui a ela um direito independentemente da previsão no contrato. Como se trata de um critério por exclusão, caso o litígio decorrente do contrato administrativo não seja diretamente relacionado a uma dessas prerrogativas administrativas específicas, então poderá ser solucionado por arbitragem.

Em síntese, portanto, para realizar esse teste no âmbito dos contratos administrativos, basta que o intérprete verifique, em primeiro lugar, se o litígio versa sobre cláusula que atribui à Administração algum direito (poder-dever) diretamente decorrente da lei, o que significa que o direito que é objeto de conflito, mesmo em caso de omissão contratual, pode ser exercido pela Administração Pública.

Estabelecido o critério teórico que distingue os litígios decorrentes de contratos administrativos, passa-se à análise concreta e exemplificativa sobre quais conflitos podem ser submetidos à arbitragem e quais somente poderão ser resolvidos pelo Poder Judiciário.

APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE VERIFICAÇÃO DOS LITÍGIOS RELATIVOS A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Analisando-se os potenciais litígios decorrentes dos contratos administrativos a partir do critério estabelecido no tópico anterior, é possível deduzir algumas conclusões sobre a viabilidade de sujeição desses conflitos à arbitragem. Essas conclusões são válidas para todos os contratos administrativos, independentemente do objeto (serviço, bens e obras – ou mesmo as concessões).²

Com exceção da aplicação de multa contratual, que, embora seja uma prerrogativa administrativa, não é plena, pois depende de previsão contratual, os litígios relacionados às demais penalidades administrativas não podem ser objeto de arbitragem. Assim, por exemplo, um eventual conflito sobre a aplicação da penalidade administrativa que embarga a participação do particular em futuras licitações públicas e contratos administrativos (incs. III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02, por exemplo), por mais que sejam direitos previstos no contrato, não constituem direitos patrimoniais, tampouco direitos disponíveis.

Sendo assim, a aplicação das sanções administrativas previstas nos incs. I, III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/02 não afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tampouco qualquer outro direito patrimonial disponível inserido no contrato – e, portanto, a aplicação da penalidade, ou mesmo seus efeitos, não poderá ser objeto de arbitragem.

Repita-se que um raciocínio distinto deve ser dirigido à sanção prevista no art. 86 e no inc. II do art. 87 da Lei nº 8.666/93, que se referem à aplicação de multa ao contratado. Isso porque, diferentemente das demais sanções previstas na legislação, a multa é uma penalidade diretamente relacionada com o inadimplemento de obrigações contratuais e que depende de previsão contratual – ou seja, se não for prevista no contrato (ainda que exista um dever legal de previsão), não poderá ser aplicada ao particular. Veja-se que há uma relação direta entre a aplicabilidade da sanção e a previsão no contrato no art. 86 e no inc. II do art. 87 da Lei nº 8.666/93.

A penalidade de multa compensatória ou moratória tem caráter patrimonial porque visa indenizar

financeiramente a Administração Pública em caso de inadimplemento – como regra, salvo em caso de alguma ressalva contratual, não haverá que se falar em ressarcimento ao erário decorrente do inadimplemento para além dos valores da multa.

Portanto, no âmbito das penalidades aplicáveis no âmbito dos contratos administrativos, a multa contratual representa a única categoria de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Em síntese, é viável a instituição de arbitragem para resolução de conflito relativo à aplicação de multa pela Administração Pública ao contratado. Nesses casos, poderá ser discutida a efetiva configuração do inadimplemento contratual alegado pela Administração, que justificou a aplicação de multa, ou a própria correspondência da multa aos critérios objetivos que foram previstos no contrato.

Embora o inadimplemento contratual possa configurar a base fática para a aplicação de penalidades administrativas de cunho subjetivo, como impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública, a sujeição desse hipotético conflito à arbitragem não será permitida – seja porque não se trata de conflito sobre um direito patrimonial, mas sobre sanção de caráter subjetivo e extracontratual, seja porque a penalidade em si não constitui um direito à livre disposição da Administração.

Superando o gênero das sanções aplicáveis ao contratado, chega-se à análise das prerrogativas administrativas relacionadas às intervenções unilaterais da Administração Pública sobre o contrato.

Em primeiro lugar, percebe-se que o direito que a Administração goza de alterar ou rescindir unilateralmente os contratos administrativos é indisponível, pois decorre diretamente de lei, deve constar no contrato administrativo, mas independe dessa previsão. Apesar disso, há de se reconhecer que os efeitos de uma alteração ou rescisão contratual podem afetar direitos patrimoniais disponíveis do contratado. Nesse sentido, é possível que um litígio sobre direitos patrimoniais disponíveis surja a partir de uma alteração ou de uma rescisão unilateral do contrato administrativo – e, assim, seja possível discutir eventual indenização devida ao particular, por exemplo.

Caso o particular queira questionar o exercício de prerrogativas administrativas como a rescisão e a alteração unilateral, que, repita-se, existem por determinação legal e são válidas, inclusive, a despeito do registro no contrato administrativo, não poderá fazê-lo perante o juízo arbitral – apenas perante o Poder Judiciário.

Entretanto, em alguns casos, tal como na sequência de uma alteração contratual unilateral, por exemplo, será possível submeter à arbitragem um litígio respeitante ao eventual direito do particular ao reequilíbrio econômico-financeiro decorrente dos efeitos dessa conduta. É o que ocorrerá caso o particular não concorde com os valores contratuais estabelecidos após referida alteração unilateral.

Insista-se que, por mais que algumas prerrogativas da Administração Pública configurem direitos indisponíveis e não possam ser objeto de arbitragem, o exercício dessas prerrogativas frequentemente acarretará consequências sobre direitos patrimoniais disponíveis do particular. E todos os efeitos patrimoniais de condutas administrativas que (alegadamente) afetarem o equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo poderão ser objeto de arbitragem; as condutas administrativas em si, entretanto, jamais poderão ser revisadas por arbitragem – que não poderá anular um termo aditivo ou uma rescisão contratual imposta pela Administração.

Na prática, isso significa que um árbitro não poderá revisar a decisão administrativa favorável à alteração do contrato administrativo, mas poderá identificar o reflexo financeiro dessa medida e, se for o caso, condenar a Administração a indenizar o particular.

No caso de rescisão contratual por ato unilateral da Administração Pública, entende-se que a arbitragem somente será cabível para a aferição de eventual indenização e nos casos em que a rescisão for motivada em fundamento legal que (potencialmente) gere esse dever – incs. XII a XVII do art. 79 da Lei nº 8.666/93. Ou seja, a arbitragem não poderá reverter a decisão administrativa de rescisão, tampouco declará-la ilegal, mas poderá ser eleita como método de resolução de conflitos decorrentes de uma discordância a respeito dos valores pagos à título de indenização ao contratado.

Ainda que seja juridicamente possível pleitear uma indenização em razão de uma rescisão

administrativa infundada – por exemplo, com base em uma falsa alegação de inadimplemento –, a arbitragem não poderá ser utilizada para a obtenção dessa pretensão, uma vez que isso exigiria conceder à arbitragem a competência para reconhecer a ilegalidade do ato administrativo que determinou a rescisão – e como o poder-dever de rescindir o contrato representa uma prerrogativa legal plena, esse litígio extrapola o âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis. Essa situação é distinta da discussão a respeito dos valores devidos após eventual ato administrativo que, reconhecidamente, surte efeitos sobre direitos patrimoniais disponíveis do contratado (desequilíbrio econômico-financeiro após uma alteração contratual ou uma rescisão em razão de fatos alheios à conduta do contratado, por exemplo).

Outra prerrogativa administrativa considerada indisponível refere-se à fiscalização que deve ser empreendida pela Administração Pública sobre os contratos administrativos. O poder-dever de fiscalização não pode ser questionado em arbitragem, o que significa que o particular não poderá se valer da arbitragem para resolver conflitos sobre como a fiscalização é empreendida pela Administração Pública, quem efetivamente a empreende, com que regularidade ou se ela é realizada.

Apesar disso, como dito, é possível que o contrato estabeleça ao juízo arbitral a competência para dirimir conflitos relacionados ao adimplemento ou inadimplemento contratual, o que frequentemente representa um resultado da fiscalização contratual adotado por quem faz a gestão do contrato. Ou seja, o juízo arbitral poderá ser o responsável por referendar ou rechaçar uma conclusão administrativa no sentido de que houve inadimplemento contratual, ainda que essa conclusão tenha sido empreendida após o regular processo de fiscalização.

Isso ocorre porque o poder-dever de fiscalização é uma atividade de meio na relação contratual e não resulta em conclusões absolutas. Caso contrário, nenhum litígio poderia ser submetido à arbitragem, uma vez que a fiscalização é a principal atividade por intermédio da qual a Administração Pública embasa as decisões que adota sobre o contrato.

Se os resultados de uma fiscalização administrativa configurassem sempre a última palavra sobre uma situação jurídica, então não haveria necessidade de que as decisões fossem tomadas por quem faz a gestão do contrato administrativo, e todos os litígios contratuais versariam sobre direitos indisponíveis – consequentemente, a arbitragem seria inaplicável. Diferentemente disso, é possível que a Administração Pública estabeleça em contrato que eventuais discordâncias relacionadas ao adimplemento ou inadimplemento contratual sejam resolvidas por arbitragem.

De maneira geral, os conflitos que versam sobre o adimplemento ou o inadimplemento de obrigações relacionadas diretamente com o objeto contratado, por qualquer das partes, qualificam-se como litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e podem ser submetidos à arbitragem.

Portanto, a Administração Pública pode pactuar, em seus contratos administrativos, que o juízo arbitral também será responsável por aferir questões de adimplemento e inadimplemento contratual. No setor portuário, por exemplo, existe previsão normativa expressa de que “questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq” poderão ser resolvidas por arbitragem (Decreto nº 8.465/15).

Igualmente, os litígios relacionados à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos também se caracterizam por envolverem direitos patrimoniais disponíveis. Assim, na linha do que já se apresentou, é possível que a arbitragem seja empregada para reconhecer e determinar os valores necessários para que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja mantido após a ocorrência de um fato superveniente e imprevisível. Questões ordinárias como o cálculo e a aplicação do reajuste previsto no contrato administrativo também se qualificam como litígios de natureza patrimonial disponível e podem ser submetidas à arbitragem.

Outras hipóteses passíveis de submissão à arbitragem referem-se à aplicação de mecanismos de mitigação de riscos, eventualmente previstos no contrato em matrizes de riscos. A verificação a respeito da responsabilidade de uma ou outra parte sobre os custos decorrentes de algum risco previsto no contrato pode ser realizada pela arbitragem, pois, mais uma vez, cuida-se de um litígio relacionado ao adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais.

O acionamento dos mecanismos de garantias em parcerias público-privadas é outro potencial litígio que versa sobre direitos patrimoniais disponíveis e pode ser objeto de arbitragem. Nesse mesmo sentido, os valores e os critérios para apuração da indenização em caso de extinção contratual prematura também podem ser submetidos ao juízo arbitral.

Vale ressaltar que a submissão de um litígio à arbitragem depende de uma convenção de arbitragem, que representa o prévio aceite de ambas as partes. Ou seja, esses litígios somente poderão ser resolvidos por arbitragem caso o contrato administrativo contenha cláusula compromissória ou, se não contiver, caso as partes promovam o compromisso arbitral, nos termos dos arts. 3º a 12 da Lei nº 9.307/96.

Demais disso, cumpre reconhecer as diferentes categorias de litígios contratuais descritas neste artigo vêm sendo submetidas à arbitragem no Brasil com diferentes frequências.

Embora exista uma perspectiva de uso cada vez mais frequente do instituto a partir da alteração legislativa realizada em 2015, os contratos concessórios e os contratos celebrados por sociedades de economia mista e empresas públicas ainda representam a maior parcela de contratos administrativos com previsão de arbitragem – são poucos os contratos administrativos comuns celebrados pela Administração Pública direta que têm essa previsão. Além disso, essas arbitragens costumam versar sobre litígios relacionados diretamente com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, embora, conforme exposto, existam outros potenciais litígios passíveis de arbitragem.

REFERÊNCIAS

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

LEMES, Selma. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2011.

Como citar este texto:

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

¹ No âmbito doutrinário, cite-se, entre outros: LEMES, 2007 e SALLES, 2011. Na jurisprudência, desde o conhecido “Caso Lage”, cf. STF, AI nº 52.181 – Guanabara, Rel. Min. Bilac Pinto, Pleno, j. em 14.11.1973, Diário Oficial de 13.02.1974, em RTJ 68/382.

² Embora o uso da arbitragem seja mais comum no âmbito das concessões, não há nada que impeça seu emprego em contratos de serviços, obras e compras. Aliás, como se viu, se antes apenas a legislação de alguns setores regulados, das concessões comuns e das parcerias público-privadas previam a arbitragem como método de resolução de litígios, agora existe expresso e amplo permissivo legal, extensível a todos os contratos administrativos.