

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

1ª REUNIÃO – ANO II

21 DE MARÇO DE 2013

LOCAL: CAM-CCBC (SÃO PAULO)

SUBGRUPO 05: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

Roteiro da Reunião

- I. Fechamento da Ata da 3ª Reunião
- II. Apresentação das peculiaridades da cláusula compromissória inserida em contrato da Administração Pública
- III. Análise das cláusulas compromissórias dos contratos da Copa do Mundo – 2014
- IV. Alinhamento de posicionamento sobre as cláusulas compromissórias dos contratos da Copa do Mundo – 2014
- V. Encerramento

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

I. ATA DA 3ª REUNIÃO

A 3ª reunião do Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública foi realizada em São Paulo na sede da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação CIESP/FIESP. A reunião foi coordenada pelos Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira e Prof. Dr. Carlos Alberto de Salles. Além dos membros do grupo, participaram Dr. Marcelo Bonicio, Procurador Geral do Estado de São Paulo, e Dr. Felipe Moraes, Secretário-Geral da Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).

A reunião teve como tema “A Fazenda Pública no Juízo Arbitral”, do subgrupo 6, apresentado pelo Dr. Luis Alberto Salton Peretti. O ponto inicialmente tratado foi o conceito de Fazenda Pública.

Discutiu-se a falta de normas específicas para a participação da Fazenda Pública em processo arbitral, apontada, junto com cultura jurídica atual, como fator limitador para que os administradores públicos se utilizassem da arbitragem espontaneamente.

A seguir foi discutida aplicação das prerrogativas de foro da Fazenda Pública e houve uma tendência a concluir que estas não deveriam ser utilizadas em processo arbitral devido ao princípio da isonomia.

Tratou-se, assim, da efetividade e da execução de sentença arbitral contrária a Fazenda Pública devido à celeridade da execução do laudo arbitral, sendo questionado, por fim, a aplicabilidade ou não do sistema de pagamento em precatórios nos casos de condenação da Fazenda Pública.

Encerrados os debates, foram propostas alterações à ata da 2ª reunião do grupo. Também se estipulou que a data, o local e o subgrupo apresentador da próxima reunião serão definidos em momento posterior, sendo que a presente ata será proposta na ocasião da próxima reunião, a ocorrer em 2013.

São Paulo, 16 de outubro de 2012.

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

II. PECULIARIDADES DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA INSERIDA EM CONTRATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Escolha entre uma arbitragem *ad hoc* ou institucional

- Discricionariedade do administrador público
- Exceção: art. 4º, Lei Mineira de Arbitragem (19.477/11) *“O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.”*

Escolha da câmara arbitral e do árbitro

- Observância de procedimento licitatório: possibilidade de aplicação do art. 34 e ss., Lei 8.666/93 – registro cadastral; ou
- Inexigibilidade de licitação: pela inviabilidade de seleção da oferta mais vantajosa segundo critérios objetivos – art. 25, inc. II, §1º, Lei 8.666/93 (profissional ou empresa de notória especialização)

Necessidade de previsão em edital da cláusula compromissória

- Princípio da legalidade (art. 37, *caput*, CF) e da vinculação ao edital (art. 3º, *caput*, Lei 8.666/93) *versus* legitimidade do compromisso arbitral (art. 3º, Lei nº 9.307/96).
- Cláusula compromissória: integra a equação econômico-financeira do contrato administrativo? Se sim, não deve constar *ab initio* do certame?
- STJ: *O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. (REsp 904813 / PR; Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI; Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA; Data do Julgamento 20/10/2011; DJe 28/02/2012)*
- Não sedimenta a questão – entendimento da 3ª Turma do STJ

Escolha da lei aplicável (material e processual)

- Vedação ao julgamento por equidade (art. 1º, § 2º, Lei nº 9.307/96): respeito ao princípio da estrita legalidade (art. 37, *caput*, CF)
- Vinculação às normas do ordenamento jurídico brasileiro
- Exceções: concorrências de âmbito internacional ou contratos com participação de organismos multilaterais de financiamento (art. 42, Lei 8.666/93).

Custos com o procedimento arbitral

- Decisão unilateral da Administração Pública?
- Relação custo-benefício para o contratado

Extensão da cláusula compromissória em contratos administrativos ou ao ente da Administração Pública

III. CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS DOS CONTRATOS DA COPA DO MUNDO – 2014

Métodos de resolução de conflitos derivados dos contratos de obras nas instalações de estádios e arenas esportivas – Copa do Mundo 2014				
Natureza do Empreendimento			Existência de cláusula compromissória	
Cidade-sede	Iniciativa Privada	Participação do Poder Público	Não	Sim
<u>Belo Horizonte</u>		●		●
<u>Brasília</u>		●	●	
<u>Cuiabá</u>		●	●	
<u>Curitiba</u>	●		●	
<u>Fortaleza</u>		●	●	
<u>Manaus</u>		●	●	
<u>Natal</u>		●		●
<u>Porto Alegre</u>	●		●	
<u>Recife</u>		●		●
<u>Rio de Janeiro</u>		●	●	
<u>Salvador</u>		●		●
<u>São Paulo</u>	●		●	

Fonte: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/empreendimentos/tema.seam?tema=6>

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

ANEXO

**CLÁUSULAS COMPROMISSÓRIAS INSERIDAS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE OBRAS NOS
ESTÁDIOS DA COPA DO MUNDO DE 2014**

1. ARENA DUNAS – NATAL (RN)

CAPÍTULO XXIII

ARBITRAGEM

CLÁUSULA 50 – PROCESSO DE ARBITRAGEM

50.1. Os eventuais conflitos que possam surgir entre as PARTES em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA serão resolvidos por arbitragem.

50.1.1. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as PARTES do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do CONTRATO de CONCESSÃO ADMINISTRATIVA e das determinações do PODER CONCEDENTE que lhe sejam comunicadas no seu âmbito, nem permite qualquer interrupção do desenvolvimento das atividades objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, que deverão continuar a processar-se nos termos em vigor à data de submissão da questão até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa.

50.1.2. O disposto no item anterior, relativamente ao cumprimento de determinações do PODER CONCEDENTE pela CONCESSIONÁRIA, aplicar-se-á, também, a determinações conseqüentes sobre a mesma matéria, mesmo que emitidas após a data de submissão de uma questão à arbitragem, desde que a primeira dessas determinações conseqüentes tenha sido comunicada à CONCESSIONÁRIA anteriormente àquela data.

50.1.3. A CONCESSIONÁRIA obriga-se a dar imediato conhecimento ao PODER CONCEDENTE da ocorrência de qualquer litígio e a prestar-lhe toda a informação relevante relativa à evolução dos mesmos.

50.1.4. A resolução por meio de arbitragem de eventuais conflitos que possam surgir entre as PARTES em matéria de aplicação, interpretação ou integração das regras por que se rege a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA não excluirá a apreciação destes conflitos pelo Poder Judiciário, nos termos do Inciso XXXV, do artigo 5.º da Constituição Federal.

50.2. A responsabilidade pelos custos do procedimento arbitral será determinada da seguinte forma:

50.2.1. A Parte que solicitar a arbitragem será responsável pelas custas para instauração do procedimento arbitral, incluindo o adiantamento de percentual dos honorários devidos aos árbitros;

50.2.2. Os custos e encargos referentes a eventuais providências tomadas no procedimento arbitral recairão sobre a Parte que solicitou a referida providência, sendo compartilhados pelas Partes quando a providência for requerida pelo próprio tribunal arbitral;

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

50.2.3. A Parte vencida no procedimento arbitral assumirá todas as custas, devendo ressarcir a Parte vencedora pelas custas que esta, porventura, já tenha assumido no aludido procedimento.

50.2.4. No caso de procedência parcial do pleito levado ao tribunal arbitral, os custos serão divididos entre as Partes, se assim entender o tribunal arbitral, na proporção da sucumbência de cada uma.

CLÁUSULA 51 – TRIBUNAL ARBITRAL

51.1. O Tribunal Arbitral será composto por três membros, um nomeado por cada PARTE e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as PARTES tiverem designado.

51.2. A PARTE que decidir submeter determinada divergência ao Tribunal Arbitral deverá apresentar os seus fundamentos para a referida submissão e deverá designar, de imediato, o árbitro da sua nomeação no requerimento de constituição do Tribunal Arbitral dirigido à outra PARTE, por meio de carta registrada com aviso de recepção, devendo esta, no prazo de 20 (vinte) dias úteis, a contar da recepção daquele requerimento, designar o árbitro de sua nomeação e deduzir a sua defesa.

51.2.1. Ambos os árbitros designados nomearão o terceiro árbitro do tribunal no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da designação do segundo árbitro do Tribunal.

51.2.2. O Tribunal Arbitral considera-se constituído na data em que o terceiro árbitro aceitar a sua nomeação e a comunicar para ambas as PARTES.

51.2.3. O Tribunal Arbitral poderá ser assistido pelos peritos técnicos e consultores que considere convenientes designar.

51.3. Caso não se verifique acordo quanto ao objeto do litígio, será o mesmo fixado pelo Tribunal Arbitral, tendo em conta a petição do demandante e a eventual reconvenção do demandado.

51.4. O Tribunal Arbitral, salvo acordo em contrário das PARTES, julgará segundo o direito brasileiro e das suas decisões não cabe recurso.

51.4.1. As decisões do Tribunal Arbitral deverão ser proferidas no prazo máximo de 2 (dois) meses a contar da data de constituição do tribunal determinada nos termos do presente artigo, configurarão a decisão final de arbitragem relativamente às matérias em causa e incluirão a fixação das custas do processo e a forma da sua repartição pelas PARTES.

51.5. O Tribunal Arbitral terá sede no Brasil, na Capital do Estado do Rio Grande do Norte, e utilizará a língua portuguesa como idioma oficial.

51.6. A arbitragem ocorrerá de acordo com as regras fixadas no CONTRATO, com as regras estabelecidas pelo próprio Tribunal Arbitral e, ainda, consoante o determinado na Lei Federal n.º 9.307, de 23 de setembro de 1997 – Lei da Arbitragem - e no Código de Processo Civil.

51.6.1. Por conveniência das Partes, a arbitragem poderá ser realizada em Câmara específica, escolhida em comum acordo entre as partes.

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

2. ARENA FONTE NOVA – SALVADOR (BA)

CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA TERCEIRA - ARBITRAGEM

43.1 Qualquer disputa ou controvérsia relativa à interpretação ou execução do Contrato, ou de qualquer forma oriunda ou associada a ele, e que não seja dirimida amigavelmente na forma da Cláusula 42 acima, ou cuja resolução por Peritagem não seja acatada voluntariamente por uma das Partes, deverá ser resolvida de forma definitiva por meio de processo arbitral (“Arbitragem”), que terá início mediante comunicação remetida por uma Parte à outra, requerendo a instalação de tribunal arbitral composto por três árbitros (“Tribunal Arbitral”) e indicando detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia, utilizando como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no Regulamento do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (“Regulamento”) e em consonância com os seguintes preceitos:

i) a administração e o correto desenvolvimento do procedimento arbitral caberá ao Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional (“Câmara”);

ii) a escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no Regulamento;

iii) o Tribunal Arbitral será constituído por 3 (três) árbitros, cabendo a cada uma das Partes a escolha de um árbitro titular e respectivo suplente, de acordo com os prazos previstos no Regulamento. Os árbitros indicados pelas partes deverão escolher em conjunto o nome do terceiro árbitro, a quem caberá a presidência do Tribunal Arbitral. Se qualquer das partes deixar de indicar árbitro e/ou suplente, ao Presidente da Câmara de Comércio Internacional caberá fazer essa nomeação. Da mesma forma, caso os árbitros indicados não cheguem a um consenso quanto à indicação do terceiro árbitro, caberá ao Presidente da Câmara fazê-lo.

iv) a cidade de Salvador, BA, Brasil, será a sede da Arbitragem e o local da prolação do laudo arbitral.

v) o idioma a ser utilizado no processo de Arbitragem será a língua portuguesa. Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras, obedecendo, quanto ao procedimento, as disposições da presente Cláusula, o Regulamento e o disposto na Lei Federal 9.307, de 23 de setembro de 1996.

vi) a sentença arbitral será definitiva para o impasse e seu conteúdo obrigará as Partes e seus sucessores;

vii) a Parte vencida no procedimento arbitral arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, a não ser que os árbitros decidam de outra forma ante as peculiaridades do litígio; e, em caso de derrota em parte, a concessionária arcará com todos os custos do procedimento, inclusive honorários dos árbitros.

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

i) para obter medidas cautelares de proteção de direitos previamente à instauração do procedimento de Arbitragem, cuja propositura não será interpretada como uma renúncia do procedimento arbitral pelas Partes; e

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

ii) para executar qualquer decisão arbitral, inclusive o laudo final. As Partes reconhecem que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá ser, necessariamente, revista pelo Tribunal Arbitral (ou árbitro), que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação.

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

3. ESTÁDIO MINEIRÃO BELO HORIZONTE (MG)

CLÁUSULA 39ª – DA ARBITRAGEM

39.1. Eventuais divergências entre as partes, relativamente às matérias abaixo relacionadas, que não tenham sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei Federal nº 9.307/96:

a) 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;

b) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual por quaisquer das PARTES;

c) acionamento dos mecanismos de garantia previstos no CONTRATO;

d) valor da indenização no caso de extinção do CONTRATO; e

e) inconformismo de quaisquer das PARTES com a decisão do Comitê de Mediação ou dos COMITÊS DE GOVERNANÇA.

39.2. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as PARTES do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do CONTRATO, e das determinações do PODER CONCEDENTE que no seu âmbito sejam comunicadas e recebidas pela CONCESSIONÁRIA previamente à data de submissão da questão à arbitragem, até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa.

39.2.1. De igual modo, não se permite qualquer interrupção do desenvolvimento da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, que deverá continuar nos mesmos termos em vigor à data de submissão da questão, até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa.

39.3. As PARTES poderão, de comum acordo, submeter ainda à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

39.4. A arbitragem será instaurada e administrada pela CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil, conforme as regras de seu regulamento, devendo ser realizada na Cidade de Belo Horizonte, em língua portuguesa e aplicar o direito brasileiro.

39.4.1. As PARTES poderão escolher órgão ou entidade arbitral distinto da CAMARB, desde que haja concordância mútua.

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

39.5. As PARTES concordam que a CONCESSIONÁRIA arcará com os custos do procedimento de contratação da câmara de arbitragem e de todo o procedimento até que seja proferida a sentença arbitral, independentemente da PARTE que solicitar o início da arbitragem.

39.5.1. Após a sentença arbitral, se ela foi inteiramente desfavorável ao PODER CONCEDENTE, ele deverá reembolsar a CONCESSIONÁRIA pelas despesas incorridas, podendo fazê-lo por meio de acréscimo do valor devido a título de REMUNERAÇÃO.

39.5.2. Na hipótese de sucumbência parcial de ambas as PARTES, as despesas decorrentes do procedimento arbitral serão rateadas conforme indicado na sentença arbitral.

39.5.3. Cada um das PARTES arcará com seus próprios custos referentes a honorários advocatícios.

39.5.4. A sentença arbitral poderá incluir dispositivo sobre a alocação e razoabilidade dos custos incorridos.

39.6. Sem prejuízo da ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/96, a PARTE que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá na multa no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação. A multa ficará sujeita a reajuste periódico, na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à parcela variável que compõe a REMUNERAÇÃO da CONCESSIONÁRIA.

39.7. O Tribunal Arbitral será composto por 3 (três) membros titulares e 3 (três) suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de 10 (dez) anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto de controvérsia. A presidência do Tribunal Arbitral caberá ao terceiro árbitro.

39.8. Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do Tribunal Arbitral, deverão ser solicitadas nos termos do art. 22, § 4º da Lei Federal nº 9.307/96.

39.9. Será competente o foro da Comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do CONTRATO, assim como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/96.

39.10. As decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

4. ARENA MULTIUSO RECIFE (PE)

Grupo de Estudos em Arbitragem e Administração Pública

63.1. As controvérsias decorrentes do presente CONTRATO, ou com ele relacionadas, que não forem dirimidas amigavelmente entre as PARTES, ainda que com respaldo nos pareceres do COMITÊ TÉCNICO nos casos previstos na Cláusula 61, poderão ser resolvidas por arbitragem, conforme previsto na Cláusula 64 deste CONTRATO.

63.1.1. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as PARTES do pontual e tempestivo cumprimento das disposições deste CONTRATO, e das determinações da CONCEDENTE que no seu âmbito seja comunicadas à CONCESSIONÁRIA, nem permite qualquer interrupção do desenvolvimento das atividades objeto da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, que deverão continuar a processar-se nos termos em vigor à data de submissão da questão até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em questão.

63.1.2. O disposto no item anterior, relativamente ao cumprimento de determinações da CONCEDENTE pela CONCESSIONÁRIA, aplicar-se-á, também a determinações sobre a mesma matéria, mesmo que emitidas após a data de submissão de uma questão à arbitragem, desde que a primeira dessas determinações tenha sido comunicada à CONCESSIONÁRIA anteriormente àquela data.

63.1.3. A CONCESSIONÁRIA obriga-se a dar imediato conhecimento à CONCEDENTE da ocorrência de qualquer litígio e a prestar-lhe toda a informação relevante relativa à sua evolução.

CLÁUSULA 64 – SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

64.1. Na hipótese da solução por arbitragem, de conformidade com o art. 14º da Lei Estadual nº 12.765, de 27/01/2005, e com o art. 11, III, da Lei Federal nº 11.079, de 30/12/2004, bem como a Lei nº 9.307, de 23/9/1996, as controvérsias decorrentes do presente CONTRATO ou com ele relacionadas, que não puderem ser resolvidas amigavelmente entre as PARTES, serão definitivamente dirimidas por arbitragem, por 3 (três) árbitros que serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria objeto da controvérsia.

64.2. O procedimento arbitral se regerá pelas regras de arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, terá lugar na Cidade de Recife, Estado de Pernambuco, e será conduzido na língua portuguesa.

(...)

65.1. A CONCESSIONÁRIA declara que o CONTRATO e os documentos que constam dos seus anexos constituem a totalidade dos acordos que regulam a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA ou a CONCESSIONÁRIA, incluindo o seu financiamento.