

**15.2.1. - CONTRATO ADMINISTRATIVO COM CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. Invalidez. Inarbitrabilidade dos direitos decorrentes.**

*AgIn 07839/2003 - TJRJ - j. 26.5.2003 - rel. Des. Ademir Paulo Pimentel - DOR/30.5.2003.*

DECISÃO - Pretende o Município do Rio de Janeiro a modificação do *decisum* por cópia f. e através do qual o eminente Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública concedeu liminar em ação popular ajuizada por Eliomar de Souza Coelho em face do agravante, Cesar Epitácio Maia e Solomon R. Guggenheim Foundation (SRGF) pleiteando a anulação do contrato para a instalação de um Museu Guggenheim na cidade do Rio de Janeiro, conforme inicial por cópia nas f.

Ao deferi-la afastou-se a prevenção do Juízo da 9ª Vara de Fazenda Pública, que não é monetária aqui discutida.

Sob o aspecto meritório, consigna a decisão objurgada que o contrato impugnado prevê a construção do museu no píer da Praça Mauá, o Centro da cidade, segundo projeto de autoria do arquiteto Jean Nouvel. As obras civis estão orçadas na cláusula 2.3 do contrato em US\$ 133.600.000,00 (cento e trinta e três milhões e seiscentos mil dólares), custos esses a serem arcados pelo Município frente ao vencedor da licitação a ser realizada nesse sentido. Após a fase de desenvolvimento, o museu será administrado por uma associação formada pelo Município e a Fundação Guggenheim, durante um período de 25 anos, renováveis duas vezes (75 anos).

Durante a construção, o Município pagará anualmente à Fundação Guggenheim a importância de US\$ 836.000,00 (oitocentos e trinta e seis mil dólares, nos anos de 2003, 2004, 2006 e 2007, pela supervisão do desenvolvimento do projeto arquitetônico. A primeira parcela desse custo específico vence 60 dias a “data efetiva” (data em que o *Board of Trustees* da Fundação Guggenheim aprovar o contrato assinado, conforme cláusula XV do contrato) e as demais ano após ano, subseqüentemente.

Após terminada tal fase de desenvolvimento do projeto, iniciar-se-á a fase de sua administração, a cargo da “Associação do Museu”, como mencionado acima, e em razão dessa administração o Município pagará à Fundação Guggenheim a

importância líquida de US\$ 28.650.000,00 (vinte e oito milhões, seiscentos e cinquenta mil dólares), da celebração do primeiro contrato para a recuperação do píer da Praça Mauá, mas nunca após 31.12.2004, e US\$ 9.550.000,00 após a segunda parcela, mas nunca após 31.12.2005 (cláusula VII).

Salientou-se no *decisum* que, durante 10 anos, o Município garantirá o déficit operacional de funcionamento do museu até o valor máximo de US\$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares), caso não forem obtidos subsídios necessários para as exposições, segundo a Lei Rouanet de incentivo à cultura e caso não der resultado comercial o museu, arcando o Município, ainda, com os impostos incidentes sobre a renda da Fundação Guggenheim no Brasil (Imposto de Renda e IOF).

Consignou o ilustre magistrado que o contrato cria obrigações financeiras para o Município durante, no mínimo, 10 anos, isto é, muito além do exercício fiscal do ano de 2003 e além do mandato da atual administração municipal e o art. 167, § 1º, da Constituição, dispõe que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ousem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”, dispositivo que vem melhor concretizado no art. 5º, § 5º, e no art. 37, IV, da LC 101, de 4.5.2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que vedam o início de obras de duração superior a um exercício fiscal, sem prévia inclusão em plano plurianual, norma aplicável ao Município por força de seu art. 1.0, § 2º, e não há notícia de inclusão de tal obra, em plano plurianual, pois a cláusula 14.2 do contrato omite qualquer menção nesse sentido, o que inobserva o princípio da publicidade dos atos administrativos. Refere-se apenas ao “Programa de Trabalho 30.01.13.392.015-4.1460, código de despesa 4.5.90.39.02, tendo o montante de R\$ 37.500,000,00 sido apropriado pela Nota de Empenho 2003.00133-0, com o restante a ser desembolsado a conta do orçamento dos próximos exercícios fiscais”. Nesse sentido, a falta de previsão dos compromissos assumidos em plano plurianual se revela um sério óbice para a validade do contrato.

Além do mais, apesar da citada previsão orçamentária em moeda nacional para este ano de 2003, os custos com o contrato estão em dólares dos EUA, devendo o banco americano JPMorgan Chase atuar como “agente de caução”, nos termos da cláusula 4.3.b. Na verdade, o Município está assumindo um compromisso em moeda estrangeira diante da Fundação Guggenheim, tanto quanto aos custos de

desenvolvimento do projeto, quanto à garantia concedida pelo déficit orçamentário durante 10 anos. Tampouco aqui restou esclarecido se foi atendido o comando do art. 52, V, da Constituição, segundo o qual compete ao Senado Federal “autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios”.

Tal aspecto se revela de suma importância, haja vista a possível influência de um eventual inadimplemento do Município no chamado “risco Brasil”, indicador financeiro internacional esse de extrema volatilidade.

Reconhece a decisão que, embora temerários, os aspectos financeiros e cambiários explanados podem até ser sanados no curso do contrato, mas se despontam outras questões formais mais difíceis de serem contornadas como, por exemplo, a cláusula 12.1, que estabelece que alguns dos dispositivos contratuais estarão sujeitos às leis do Estado de Nova Iorque e outros sujeitos às leis brasileiras, Ora, \_\_esar de a contratação em tela ter sido lavrada sem exigibilidade de licitação, nos termos do art. 25 da Lei 8.666/93, trata-se sempre de um contrato administrativo para a prestação de serviço público na área cultural. Assim, tal contrato se situa fatalmente sob a égide da lei nacional, por força do art. 7º, § 9º, do citado diploma e que não pode o Município, em suas contratações, afastar-se da aplicação da lei nacional, sendo de se salientar que, entre os dispositivos sujeitos à lei nacional, sendo de se salientar que, entre os dispositivos sujeitos à lei estrangeira se inclui a cláusula 14.2 relativa às disposições gerais de quitação, entendendo que de nada adianta mencionar na cláusula 4.4 que os serviços serão prestados no exterior diante da evidência de que o museu será instalado aqui, salientando, ainda, a decisão, que não pode ser excluído da lei brasileira o previsto na cláusula 12.2, em que as partes se comprometem a submeter as controvérsias à arbitragem junto à Câmara de Comércio Internacional em Londres. A lei brasileira a respeito a respeito (Lei 9.307/96) restringe o âmbito de sua aplicação a direitos patrimoniais disponíveis, o que exclui as verbas municipais, que são indispensáveis de acordo com nossa legislação. Ademais, o item “h” da referida cláusula 12.2 impõe que “a arbitragem será mantida em sigilo e que a existência da arbitragem ou qualquer um dos seus elementos ... não serão reveladas a qualquer pessoa além dos árbitros, as partes seus advogados e qualquer pessoa participando dos procedimentos, exceto conforme venha a ser legalmente exigido em um procedimento judicial relativo à arbitragem ou de outra forma”, o que contraria o art. 37, *caput*, da Constituição, exigindo que a

Administração Pública se norteie pelo princípio da publicidade. As exceções somente só se justificam nas áreas de segurança nacional ou pública, consignando que esses não são os únicos dispositivos contratuais criticáveis. Há outros aspectos, como o fato de a cláusula de rescisão (cláusula VIII) só regulamentar hipóteses de descumprimento de obrigações por parte do Município, sem nada prever quanto as falhas da Fundação Guggenheim. Cite-se ainda que, caso seja alterada a lei brasileira sobre a circulação de obras de arte, o Município se obriga a envidar esforços no sentido de restabelecer uma legislação favorável ao cumprimento do contrato (cláusula 5.4).

Concluindo que o não atendimento aos ditames legais prescinde da prova da lesividade pai-a fins de cabimento de ação popular, eis que tal lesividade é presumida quando o contrato viola texto de lei, conforme o princípio estabelecido no art. 4º da Lei 4.717/65, entendeu ser medida de maior prudência a suspensão do pagamento da primeira parcela contratual prevista para o dia 30.5.2003 (se o *Board of Trustees* da Fundação Guggenheim, de seu lado, houver aprovado seus termos, conforme cláusula XV), porquanto, ainda que apesar de a suspensão pode gerar reclamações por parte da Fundação Guggenheim, os indícios de lesividade no seu cumprimento também são suficientes para recomendar tal medida, razão de conceder a liminar para suspender os efeitos do contrato.

Na sua bem elaborada petição recursal, a ilustrada Procuradoria do Município sustenta que houve, ao contrário do que alega a decisão, inclusão das despesas no plano plurianual Lei municipal 3.345/2001, inclusive com a previsão de apoio à implantação de museus e outros equipamentos culturais como o contrato questionado, pelo que restam cumpridos os arts. 167, § 1º, da CF e 5º, § 5º, e 37, IV, da LC 101/2000, este último face à previsão em lei orçamentária.

Equivocou-se a decisão, por Outro lado, ao entender que houve desatendimento ao art. 52, V, da Carta Magna, porquanto o DL 857/69, no seu art. 2º, V, permite o pagamento em moeda corrente estrangeira de obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, que é o caso-a Fundação Guggenheim tem seu domicílio em Nova Iorque. Ainda que assim não fosse, a autorização do Senado tem por objetivo operações de empréstimo, estando portanto excluído o pagamento pela prestação de serviços e despesas de desenvolvimento, que é o objeto do contrato. Não tendo natureza financeira nem se enquadrando

como operação de empréstimo, a obrigação de pagamento prevista na cláusula dispensa a autorização senatorial e nem relação alguma guarda como o ‘risco Brasil’.

De qualquer Sorte, prossegue, as circunstâncias indicadas não se prestam a Fundamentar a suspensão do contrato e a suspensão de pagamentos ordenadas na liminar, e como bem observa a decisão, é drástica a intervenção no contrato sem audiência no contrato sem audiência da outra parte, parece ter sido, no mínimo precipitada.

Continuando, afirma que a cláusula 12.1 estabelece como regra geral a aplicação da lei brasileira, com as exceções expressas em que se socorrerá ao direito estrangeiro, exceções essas que contemplam Situações contratuais conectadas a um elemento fático estrangeiro, como a cláusula 14.2 relativa aos pagamentos contratuais conectadas a um elemento fático estrangeiro, como a cláusula 14.2 relativa aos pagamentos contratuais nela indicados, referentes aos serviços prestados pela Fundação, como prevê a Lei de Introdução ao Código Civil. Tais serviços serão prestados fora do Brasil, com visitas periódicas ao Brasil para a participação em reuniões e recolhimento das informações necessárias para a sua prestação porque os trabalhos intelectuais serão realizados pela equipe do museu em Nova Iorque. Salaria o agravante que o contrato refere-se ao desenvolvimento do museu e não a sua construção.

Não se justifica a manutenção da liminar, também, quanto à arbitragem, uma vez que estamos diante de contrato da administração e não um contrato administrativo, sendo prestigiada pelo STF e pela doutrina, não desnaturando o pacto a cláusula de arbitragem.

Concluindo que não pode uma parte da sociedade internacional pretender impor de forma absoluta a sua lei, as suas cláusulas etc., acentua que o contrato há que refletir uma equivalência entre as partes, tal como registrado no caso em tela, em que ao lado da aplicação da lei brasileira admitiu-se em alguns casos a estrangeira, destacando-se, mais uma vez, que este contrato não é o da construção museu em si. Apenas regula a parceria entre Município e a Fundação e os termos do desenvolvimento do projeto, restando completamente desfigurada a presunção de lesividade no contrato objeto da ação popular porque, ao contrário, ao lado da

recuperação urbanística de importante zona da cidade, objetiva-se à retomada do desenvolvimento e do progresso locais, com estímulo à economia e geração de empregos, aprimorando culturalmente os munícipes e projetando a cidade do Rio de Janeiro, o que vem a ser paralisado pela concessão da liminar.

Assim, evidenciada a lesão grave e de difícil reparação, roga a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do agravo para a reforma da decisão.

É o relatório.

DECIDO - Conforme reproduzido, traz o Município em defesa de sua tese de cassação da liminar os argumentos que adiante se destacam nos termos e ordem apresentados na peça recursal.

*Houve inclusão da despesa representada no contrato*

Entende o Município que a Lei 3.345/ 2001 previu o apoio à implantação de museus e outros equipamentos culturais, como o contrato em discussão.

De fato, na f. encontramos a previsão no Anexo I das Diretrizes Estratégicas quanto ao desenvolvimento urbano, revitalizando o centro e a zona portuária, buscando-se a parceria pai-a a realização das intervenções planejadas, promovendo-se o turismo de lazer, investindo-se na expansão do turismo na cidade, formulando e viabilizando novas alternativas sociais, culturais, econômicas e profissionais - f.

Referido plano plurianual abrange o quadriênio - 2002, 2003, 2004 e 2005 e o seu art. 2º é expresso - f.

“O Plano Plurianual traduz as diretrizes e os objetivos do governo, organizados em programas, ações e metas regionalizadas, sempre que possível, para o período de 2002 a 2005.”

O art. 167, § 1º, da CF dispõe que “nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade”.

Nos termos do art. 5º, § 5º, da LC 101, “a lei orçamentária não consignará dotação para investimento com duração superior a um exercício financeiro que não esteja previsto no plano plurianual ou em lei que autorize a sua inclusão, conforme disposto no § 1º do art. 167 da Constituição”.

Conforme acentua a decisão, o contrato cria obrigações financeiras para o Município durante, no mínimo, 10 (dez) anos, isto é, muito além do exercício fiscal estatuído na Lei 3.345/2001 e ainda que se tivesse como incluído no plano plurianual, ele excederia o prazo da lei.

Portanto, existe o *fumus* da ilegalidade no contrato, matéria, todavia, que se remete à apreciação do mérito da ação popular, nada mais aqui sendo possível se acrescentar, sob pena de se apreciar o mérito da pretensão.

#### *O atendimento da art. 52 da Constituição da República*

O Município afirma que a operação prevista no contrato não agride o art. 52, da CF, porque se trata de pagamento pela prestação de serviços e despesas de desenvolvimento e o texto constitucional tem relação com empréstimos contraídos.

Traz em defesa de sua tese a Resolução 43/2001, do Senado Federal, em seu art. 3º:

“Constitui operação de crédito, para os efeitos desta Resolução, os compromissos assumidas com credores situados no País ou no exterior, em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros.”

Seu parágrafo único, incisos II e III, se nos apresenta de forma clara quanto a operação firmada pelo agravante:

“(…)

II. - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão,

aceite ou aval de títulos de crédito;

III. - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores, para pagamento *a posteriori* de bens e serviços.”

O inciso aponta como dependente do Senador Federal a autorização de operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

Verifica-se no contrato que há um comprometimento externo e orçamentário do Município de natureza financeira, um verdadeiro “contrato de risco” - durante 10 anos, o Município garantirá o déficit operacional de funcionamento do museu até o valor máximo de US\$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares), caso não forem obtidos subsídios necessários para as exposições, segundo a Lei Rouanet de incentivo à cultura e caso não der resultado comercial o museu - cláusula 7.2, alínea *b* -f. Ou, conforme afirma a decisão contrato de adesão.

Se não é de natureza financeira, para que se falar sobre “Contribuição à SRGE e obrigações financeiras do Município” em um contrato firmado no exterior?

*A submissão do contrato às leis de Nova Iorque*

A despeito de o Município afirmam a predominância da lei brasileira no contrato, examinando-se a cláusula 12.1 - f., verificamos que na hipótese de rescisão - cláusula 11.1, será regida pelas leis de Nova Iorque.

Pouco se nos importa, *data venia*, a distinção que o Município fez entre contrato de administração e contrato administrativo, na medida em que, juridicamente, quer seja no contrato administrativo, que seja no administrativo, em se tratando de leis, há que prevalecer a lei brasileira, mesmo porque o Município dentro do novo posicionamento a que foi guindado pela Constituição de 1988, é componente da Federação, ou ente federativo, discussão que aqui não cabe agora.

Diga-se de passagem, embora isto seja desinfluyente, a despeito de o Município afirmar que o contrato não envolve a construção do museu, e sim, o seu desenvolvimento, o Município contratará o arquiteto para projetar o museu, às suas

expensas - cláusula 2.2 - f.

Portanto, o contrato guarda relação, também, com a construção do museu.

### *O contrato e a arbitragem*

Seriam os direitos em discussão no contrato disponíveis?

Se o fossem, não haveria qualquer dúvida quanto à aplicação da arbitragem porquanto ao art. 1º, da Lei 9.307/96, dispõe que: “as pessoas capazes de contratar poderão saber se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Escrevendo sobre “A arbitragem e os contratos administrativos”, artigo publicado no *Jornal Síntese* 68/13, outubro/2002, o Prof. Arnaldo Wald escreveu:

“(…).

Em relação à área administrativa, foram suscitadas dúvidas quanto à possibilidade de utilizar a arbitragem, diante do texto da Lei 8.666, que a ela não se refere e que entende ser essencial do contrato a que considera competente o foro da sede da Administração. Para dirimir qualquer questão contratual, ressaltando o caso das licitações internacionais (art. 55, § 2º). As dúvidas surgiram não somente em virtude da posição do legislador, mas também da interpretação dada pelo Tribunal de Contas da União, que entendeu ser inadmissível o juízo arbitral nos contratos administrativos por ser, na sua visão, contrário aos princípios de direito público (...).”

Ressaltando a evolução do direito administrativo diante das novas funções que o Estado assume, deixando de ser o comandante exclusivo da economia, para se tornar, simultaneamente, o fiscal da iniciativa privada e o seu parceiro, registra que, no seu entendimento, em que, no seu entendimento, em se tratando de contratos administrativos de longo prazo, a arbitragem é uma garantia necessária para que o contrato possa sobreviver às várias transformações que a sua economia pode sofrer. Por este motivo, o art. 23, XV, da Lei 8.987, de 13.2.1995, referente às concessões em geral, previu a possibilidade de se convencionar, nas mesmas, urna

forma de composição amigável das divergências contratuais. Do mesmo modo, a recente Lei 9.478, de 6.8.1997, referente à política energética nacional, admitiu a conciliação mas, sendo mais específica, consagrou, no seu art. 43, X, a possibilidade de recurso à arbitragem.

Registra-se, todavia, que ai estamos frente a disposição expressa de lei, não se podendo dizer, *data máxima venia*, a não ser em relação à administrativa indireta, que já possamos admitir que desapareceu a vedação em virtude da qual, no passado, não permitiu o uso da arbitragem nos contratos administrativos, regulamentados pela Lei 8.666.

Quem seria o representante do Ministério Público, por exemplo, admitindo-se um julgamento arbitral?

A história registra a atuação gloriosa do Barão de Rio Branco, que é citado pelo Dr. Arnaldo Wald, pelo que concluímos que a arbitragem entre Estados é pacificamente aceita no direito e nas relações internacionais, porque tem assento na igualmente jurídico-formal entre litigantes. Porém, quando a relação contratual conflitante ocorre entre Estado (gênero) e particular, tal posicionamento não ocorre frente, exatamente, a essa desigualdade jurídico-formal.

O grave, porém, no contrato, abandonando-se a discussão sofre o cabimento, ou não, da arbitragem nas circunstâncias, é que dispõe a alínea *h* da cláusula 12.2 - f.:

“As partes concordam que a arbitragem será mantida em sigilo e que a existência da arbitragem ou qualquer um dos seus elementos..., não serão revelados a qualquer pessoa além dos árbitros, as partes, seus advogados e qualquer pessoa participado dos procedimentos, exceto conforme venha a ser legalmente exigido em um procedimento judicial relativo à arbitragem ou de outra forma.”

Referida cláusula entra era rota de colisão com os princípios insculpidos na Constituição em torno da administração pública que tem como um dos seus pilares o princípio da publicidade, estabelecendo que o Poder Público deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tomem conhecimento do que os administradores estão realizando.

Embora não seja um requisito formal do ato administrativo, é requisito de eficácia e moralidade.

### *Conclusão*

Conforme vimos, o contrato possui ilegalidade. Ainda que fosse apenas uma ilegalidade, obviamente que ele estaria comprometido no seu todo.

Portanto, há presunção de lesividade, o que melhor será apreciado quando do julgamento do mérito.

Outras considerações este relator não pode fazer aqui porque correria o risco de ingressar no mérito da ação proposta, conforme salientou anteriormente.

Dispõe o art. 527, I, do CPC, com a nova redação que lhe foi imposta pela Lei 10.352, de 26.12.2001 - *DOU* de 27.12.2001, que “recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído *incontinenti*, o relator: I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557”.

O Enunciado 7 desta Corte consagra o princípio de que “somente se reforma a concessão indeferimento de liminar, se teratológica, contrário à lei ou evidente à prova dos autos”, justificando que “estando a outorga da liminar adstrita a juízo discricionário do Juiz da causa, apenas naquelas situações, consoante também, a exegese pretoriana, faz sentido sua reforma ou concessão, máxime quando desatenda aos pressupostos legais”.

Referido enunciado converteu-se em súmula de jurisprudência dominante na sessão do C. órgão especial de 4.11.2002, conforme publicado no *DORJ*, Parte III, p. 19, de 22.11.2002.

A decisão não é teratológica, tampouco contrária à lei ou evidente à prova dos autos e estando a questão da liberdade de concessão de liminar em semelhantes circunstâncias consolidada no âmbito jurisprudencial da Corte, pode o relator, com espeque no art. 557, *caput* do CPC, negar seguimento ao recurso, conforme o venerando entendimento .do C. STJ - *Juris Síntese*, verbete 116013400:

“Processual civil e tributário. Contribuição do salário educação. Matéria constitucional. Apelação negativa de seguimento com amparo no art. 557 do CPC. Jurisprudência dominante no Tribunal de origem. Cabimento. Matéria infraconstitucional não prequestionada embora mencionada no julgamento dos embargos de declaração. Omissão do *decisum*. Nulidade do acórdão por violação ao art. 535 do CPC. I - (...). II - Encontrando-se a questão atinente a constitucionalidade da contribuição ao salário-educação fixada nos moldes da Lei 9.424/97 consolidada no âmbito jurisprudencial do Tribunal de 2º grau, pode o relator, com espeque no art. 557, *caput* do CPC, negar seguimento ao recurso de apelação. III - (...). IV - (...).“ (STH, REsp 420625-SC, 1ª T., rel. Min. Garcia Vieira, DJU 7.10.2002.)

Isto posto, com base nos arts. 527, I, de 557, do CPC, nego seguimento ao recurso.

P.I. Comunique-se. Após, dê-se baixa, arquivando-se.

Rio de Janeiro, 26 de maio de 2003 - ADEMIR PAULO PIMENTEL, relator.