



STANDARDS NA ALTERAÇÃO DE CONTRATOS REGIDOS PELA LEI 8.666/1993 PARA A INCLUSÃO DE CLÁUSULA PREVENDO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Bruno Fernandes Dias

Doutor em Direito pela UERJ e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Resumo: O presente ensaio explora as consequências práticas do Enunciado nº 10 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, com foco na utilização da arbitragem em contratos decorrentes de licitações regidas pela Lei 8.666/1993. A Seção II apresenta os fundamentos para que o enunciado seja acolhido pelo poder público, pelos particulares e pelos órgãos de controle. A parte final da Seção II justifica a importância de standards para a efetiva aplicação do Enunciado. A primeira parte da Seção III apresenta e discute os chamados standards positivos, baseados em circunstâncias procedimentais e materiais em que a arbitragem deve ser preferencialmente utilizada. A segunda parte da Seção III examina os correlacionados standards negativos. A parte final da Seção III sustenta a necessidade de se complementar a adoção de standards positivos e negativos por meio de uma postura experimental. A Seção IV traz as observações conclusivas do autor.

Palavras-chave: Lei Federal 8.666/1993; Contratos; Arbitragem; Standards.

Abstract: This essay explores the practical consequences of Statement No. 10 of the 1st Conference on Administrative Law of the Council of Federal Justice, focusing on the use of arbitration in contracts arising from public bids governed by Law 8.666/1993. Section II presents the grounds for the Statement to be accepted by the public entities, by private parties and by the control bodies. The final part of Section II justifies the importance of standards in furthering the effective application of the Statement. The first part of Section III presents and discusses the so-called positive standards, based on procedural and material circumstances in which arbitration should preferably be used. The second part of Section III examines the correlated negative standards. The final part of Section III advocates the need to enhance the adoption of positive and negative standards by means of an experimental approach. Section IV sets forth the author's concluding observations.

Keywords: Federal Law No. 8.666/1993; Contracts; Arbitration; Standards

1 INTRODUÇÃO

Os enunciados das jornadas jurídicas patrocinadas pelo Conselho da Justiça Federal, mesmo sem terem uma força vinculante, reúnem a visão de importantes segmentos da doutrina. Se seu conteúdo é o ponto de chegada de discussões que foram amadurecendo na doutrina, na legislação e na jurisprudência, sua aplicação pode ser o ponto de partida para novas práticas administrativas. O Enunciado 10 da I Jornada de Direito Administrativo (“Enunciado”) tem justamente esta característica.¹

O Enunciado postula a possibilidade jurídica, nos limites da própria Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei 8.666”), de se trazerem soluções extrajudiciais para o dia a dia da aquisição de bens e serviços pelo poder público. Utilizarei as expressões “contratos da Lei 8.666” e “cláusulas alternativas” para me referir a esses institutos.² Pela brevidade destas linhas, irei me concentrar na arbitragem. Farei isso com uma abordagem descritiva das características desses dois polos conceituais; e propositiva de standards positivos e negativos de sua aplicação.

A Seção II contextualiza o Enunciado, expandindo as razões que justificam a atenção conferida à arbitragem. A contextualização do tema é feita, igualmente, por meio de uma breve menção às bases normativas do Enunciado e aos elementos que demonstram a importância de se construírem standards para sua aplicação.

A estrutura classificatória dos standards propostos leva em conta circunstâncias procedimentais e materiais. Chamarei de standards positivos aqueles que buscam identificar os casos em que a utilização da arbitragem é recomendável (Seção III.a). No plano das circunstâncias

procedimentais, os standards propostos são os seguintes: (i) quando houver manifestação específica do contratado; (ii) quando houver desdobramentos administrativos que indiquem que um litígio já está em processo de maturação; (iii) nas hipóteses de inexecução e rescisão. No plano das circunstâncias materiais, a proposta encerra os seguintes standards: (iv) nos contratos de valor elevado; (v) nos contratos de longo prazo; (vi) quando houver uma norma indicativa de uma política pública arbitral em situação similar.

A inversão fática dos cenários que sugerem os standards acima permite, com algumas adaptações, proporem-se standards negativos, em que a utilização da arbitragem não é recomendável. Comentarei esses cenários mais genericamente, na Seção III.b, e terminarei este ensaio com uma sugestão de uso experimentalista da arbitragem na Seção III.c.

2 DESAFIOS NA APLICAÇÃO DO ENUNCIADO

O Enunciado insere em um mesmo regime jurídico, com toda congruência, a mediação, a arbitragem e o Dispute Board. Este ensaio se dedicará especialmente à arbitragem.³ É na eventual má utilização da arbitragem que vejo as repercussões mais drásticas, e isso não só pela possibilidade de se formar coisa julgada como decorrência da “plena atividade jurisdicional” dos árbitros (CARMONA; MACHADO FILHO, 2020, p. 211). O procedimento arbitral e a eventual ação anulatória são, eles próprios, dispendiosos e demorados. Eles podem deixar traumas profundos que o instituto, bem aplicado, não deveria acarretar.

Em contratos com o Poder Público, os efeitos que se esperam obter de uma cláusula compromissória não se limitam ao momento final de conflagração de uma disputa. É previsível, coerente e saudável que o peso da cláusula recaia sobre as partes antes deste momento final, principalmente no que se refere à possibilidade de adoção dos demais métodos de soluções consensuais. Seja pela complexidade, tempo gasto e custos, seja pelo caráter final de uma arbitragem, uma cláusula compromissória tende a funcionar de duas maneiras. Em primeiro lugar, como uma barreira implícita à instauração de demandas frívolas. Em segundo lugar, como um incentivo a que conflitos deletérios à relação contratual não sejam postergados.⁴

Em situações normais, esta função de barreira funcionará para as duas partes: protegerá, de um lado, o particular, de um risco político, notadamente aquele decorrente de mudanças de gestão no curso de contratos de longa duração. De outro lado, protegerá o próprio Poder Público. Relações contratuais do Poder Público não são apenas mais uma linha de atuação negocial, cuja operação atenda unicamente aos interesses monetários do momento, mas uma função pública oriunda, direta ou indiretamente, de algum mandamento constitucional.

Doutrinadores que exploram a análise econômica do direito defendem, inclusive, que a arbitragem possui outras vantagens na redução de certos custos, alguns deles conceivelmente aplicáveis à situação do Enunciado: de negociação; administrativos de resolução de controvérsias; da demora na alocação da propriedade; do erro da decisão; da publicidade; e da ineficácia do procedimento (TIMM; GUANDALINI; RICHTER, 2017, p. 7-94). Essa maior eficiência da arbitragem levaria a que, nas situações genuinamente cruciais para o restabelecimento da normalidade contratual, um método superior de solução de conflitos estaria à disposição das partes.

Descendo desse plano abstrato, a eficiência da

arbitragem concretiza-se, em contratos específicos, em um “grupo seletivo de disputas complexas, normalmente individuais, envolvendo operações razoavelmente sofisticadas e que requerem tempo e estudo para captação de suas nuances” (CARMONA; MACHADO FILHO, 2020, p. 218). No quadro geral da relação entre particulares e Poder Público, há, justamente nesses contratos específicos, um outro elemento de interesse. Marçal Justen Filho abordou o tema em conferência científica e, posteriormente, sintetizou suas ideias em uma coluna chamada “revolução secreta dos contratos públicos”. Para ele, a utilização da arbitragem, embora não altere o direito aplicável à disputa, levaria, por questões culturais, a uma maior vinculação dos julgadores ao contrato e a uma valorização, como critério de julgamento, da conduta das partes ao longo da relação contratual.⁵ Portanto, há toda uma agenda acadêmica a ser expandida a respeito da arbitragem com o Poder Público.

As bases normativas do Enunciado, de fato, renderiam estudos aprofundados. Seu teor doutrinário, de toda forma, exige uma tomada de posição menos deferente do que se poderia ter diante de uma opção legislativa ou de uma decisão judicial. Deixo bem clara minha aderência ao conteúdo normativo que o enunciado propõe. Para refutá-lo, seria preciso encontrar alguns empecilhos ontológicos já definitivamente superados no Brasil. Nem o art. 55, § 2º da Lei 8.666/1993 merece ser interpretado como vedando a arbitragem, e nem a Lei nº 9.307, de 23 setembro de 1996 (“Lei 9.307”), notadamente após as alterações de 2015, merece ser interpretada contemplando um regime de arbitrabilidade que exclua os contratos da Lei 8.666/1993. Ao reconhecer a compatibilidade desses dois regimes jurídicos, o Enunciado segue a linha doutrinária hoje amplamente majoritária, bem como alguns precedentes judiciais “históricos”⁶. O Enunciado tem o mérito adicio-

1 “Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n. 8.666/1993, é facultado à Administração Pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e Dispute Board.” Os trabalhos se deram sob a presidência do Min. Sérgio Kukina e coordenação científica dos Professores Flavio Amaral Garcia e Maria Cristina Cesar de Oliveira.

2 O enunciado não distingue o que a doutrina chama de contratos administrativos, tratados no art. 54, da Lei 8.666/1993, dos contratos da administração, previstos no art. 62, §3º. Discorrendo sobre como, afinal, ambas as modalidades comportam a arbitragem, assim se manifestou Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais do que isso, é recomendável como alternativa ao litígio judicial” (2006, p. 37).

3 O lastro doutrinário do Enunciado vai além do reconhecimento da possibilidade formal de alteração dos contratos da Lei 8.666/1993. Chega-se ao ponto de se defender que há um dever dos gestores de expandirem, o quanto possível, as políticas públicas de solução alternativas de conflitos. (MOREIRA, 2020, p. 166).

4 A cláusula pode desempenhar um papel relevante mesmo antes da celebração do contrato, na conformação de propostas mais ou menos vantajosas na licitação (MEGNA, 2019, p. 196).

5 A conferência foi proferida em 23 de ago. de 2019, no 18º Congresso Internacional de Arbitragem, realizado em Brasília. Os dados da coluna estão na Seção de Referências.

6 “Existem três precedentes que demonstram a evolução do instituto [da arbitragem como] solução de disputas com participação da Administração Pública: Caso Lage, Caso Copel, e Caso METRÔ/SP. Nos três litígios, houve manejo de medidas antiarbitragem, as quais foram rejeitadas no Poder Judiciário, que ratificou a legalidade e a legitimidade do juízo arbitral realizado” (JUNQUEIRA, 2019, p. 246-247).

salutar que a escolha pela via arbitral seja bem fundamentada. Daí a proposta de standards que sobrevivam a um escrutínio mínimo de toda a hierarquia envolvida no procedimento, passando do fiscal do contrato até a autoridade competente para a celebração da convenção (art. 1º, §2º, da Lei 9.307/1996).

Não custa lembrar que a arbitragem pode ter uma aceitação maior no setor privado do que no setor público, mas não é conceitualmente possível presumir que o contratado preferirá contratar e litigar dessa maneira. As razões para tanto podem ser várias: falta de familiaridade com o procedimento arbitral, ressalvas quanto aos custos, confiança no Judiciário etc. Pelo Enunciado, a via formal para inserção da cláusula alternativa é a “proposta de aditivo”. Parece claro, assim, que a Administração terá maiores chances de evitar um esforço negocial desnecessário, tanto mais ela consiga selecionar casos em que o particular possa ver vantagens na adoção da arbitragem.⁹

O Enunciado parece responder a duas preocupações. Uma, mais evidente, é a de legitimar uma determinada prática administrativa. A outra, imediatamente decorrente, mas que permite algumas reflexões à parte, é a de sinalizar ao universo dos contratados que existe um incentivo a essa prática. A primeira faceta desse Enunciado, tanto quanto possa fazê-lo uma manifestação doutrinária, tem o objetivo de resguardar o gestor perante os órgãos de controle. Dele se tira que o exercício da faculdade de se valer de cláusulas alternativas, de modo pontual ou sob os auspícios de uma política pública, não é, por si só, um sinal vermelho para qualquer irregularidade. O que em regra deve ser objeto do controle é, preferencialmente, a conduta da Administração no exercício dos

direitos e deveres previstos na Lei 9.307/1996 (PEREIRA, 2019, p. 82).

Com todas essas ressalvas, buscarei identificar circunstâncias procedimentais e materiais nos contratos da Lei 8.666/1993 que falam a favor da aposição de cláusulas alternativas. Já que o universo dos contratos da Lei 8.666/1993 é bastante amplo, e já que a arbitragem é repleta de especificidades que podem torná-la absolutamente adequada ou perigosamente inadequada para uma dada disputa, os recortes procedimental e material funcionam como filtros analíticos.

Subjacente a tais filtros, pode-se conceber uma abordagem muito mais antifrágil. Utilizo este conceito desenvolvido por Nassim Taleb para sugerir que, também no que diz respeito a cláusulas alternativas em contratos da Lei 8.666/1993, a administração pública procure inaugurar e operar um laboratório experimental.¹⁰ Qualquer que seja o perfil que, no âmbito de sua discricionariedade, o gestor queria estabelecer para a utilização da arbitragem, alguns casos fora dos critérios também deveriam ser testados. Só assim as propriedades da arbitragem poderão ser devidamente apreendidas, e só assim não só a validade intrínseca dos respectivos critérios poderá ser testada, como também a adequação da fixação de seus limites extrínsecos. Se o recorte inicial foi adequado, ou não, só pode ser logicamente testado quando o grupo de controle inclua casos fora do recorte. Se os contratos da Lei 8.666/1993 estão hoje distantes da arbitragem, sua aproximação em bases antifrágil, capazes de gerar resultados superiores no longo prazo, precisará ser feita com alguma dose de risco e incerteza.

3 STANDARDS DE APLICAÇÃO DO ENUNCIADO

a. Standards positivos

Abstraindo as discussões mais dogmáticas a respeito, principalmente da arbitrabilidade de certos aspectos envolvendo disputas que podem surgir em contratos regidos pela Lei 8.666/1993, esta Seção se dedica às circunstâncias que vão se apresentando no curso da execução do contrato e que, mantidas as demais variáveis, falam a favor da adoção da arbitragem.

Standard 1: quando houver manifestação específica do contratado. O princípio do consentimento é basilar na arbitragem e a anuência das partes emana diretamente do art. 1º da Lei 9.307/1996. Nas palavras sempre citadas de Jan Paulsson, “a ideia da arbitragem é a de uma solução vinculante de disputas aceita com serenidade por aqueles que sofrem suas consequências por conta de sua especial confiança nas pessoas escolhidas para decidir” (PAULSSON, 2013, p. 1, tradução livre). Não podendo jamais ser uma decisão unilateral do contratante, a adoção da arbitragem em contratos da Lei 8.666/1993 tem um ímpeto substancial quando o contratado se manifestar especificamente em relação ao seu interesse em aditar o contrato. Desaparecendo os problemas formais acerca da vinculação do contratado à escolha, desaparecem também – ou, ao menos, diminuem – os problemas práticos que poderiam surgir da operacionalização de uma arbitragem por uma parte que, no fundo, nunca a quis.

Quando o contratado manifestar especificamente o interesse na alteração, pode até ser que ele o faça porque já esteja planejando formalizar uma disputa em face do Poder Público. Nisto não haveria qualquer surpresa ou irregularidade, nem qualquer mácula da “imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (art. 13, §6º, da Lei 9.307/1996) com que deverão se portar os árbitros. Trata-se apenas de um juízo prévio sobre o método preferido de solução de disputas, hoje já positivado, inclusive, para as arbitragens desapropriatórias, na forma do art. 10-B, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (“Decreto-Lei 3.365”).

Standard 2: quando houver desdobramentos que indiquem que um litígio já está em processo de maturação. A existência de desdobramentos administrativos que indiquem que um litígio já está em processo de maturação é um momento oportuno para que as partes convençam a forma de solução da controvérsia. Suponha-se que haja pendência de faturas encaminhadas pelo contratado, havendo observações do fiscal do contrato a respeito da inadequação do serviço prestado. Ocasões similares poderão ser propícias para um exame sobre as características básicas da disputa. Conhecendo os dados básicos da futura disputa, as partes podem aferir a adequação da cláusula-padrão eventualmente existente ou conceber uma cláusula compromissória com um escopo especialmente definido para conferir segurança.

A hipótese pode se confundir com a celebração de um termo de compromisso arbitral, nos termos do art. 9º da Lei 9.307/1996, se se considerar que o litígio já tenha efetivamente surgido. Mas, no dia a dia da Administração, é comum que se instale entre as partes um estado de tensão permanente, com o faticamento da ação estatal em vários atos e omissões. Esse estado é caracterizado pela existência de diversos pontos de discordância, em níveis os mais variados de apreciação administrativa. No âmbito de um único contrato, certas questões podem ter sido examinadas diversas vezes, ao passo que outras podem se manter em lacunas decisórias. Pode se passar de nunca haver uma decisão, em caráter definitivo, pela máxima autoridade administrativa competente, na forma do art. 109 da Lei 8.666/1993.

A tensão permanente também surge quando se extrapolam os instrumentos contratuais estáveis, com atos praticados por e para terceiros, dentro e fora do escopo contratual. Frequentes acordos e tolerâncias a desvios, decantando-se ao longo dos anos, podem levar a impasses que só serão adequadamente tratados por meio de uma heretocomposição.

Standard 3: hipóteses de inexecução e rescisão. Uma das situações mais graves no curso de um contrato, possivelmente só superada pelo vício da nulidade, é a da sua inexecução. A doutrina bem ressalta como o regime do art. 77 da Lei 8.666/1993 é distinto e mais severo, nessa matéria, em relação à disciplina do direito pri-

⁹ Com uma abordagem essencialmente prática, baseada, “na experiência de mais de 21 anos da advocacia”, um estudo apontou os seguintes elementos como sendo relevantes na decisão pela arbitragem: “análise da capacidade financeira do cliente” para fazer frente aos custos em um curto espaço de tempo; perfil psicológico de baixa tolerância a litígios, em oposição aos demorados processos judiciais; “capacidade intelectual do cliente de compreender plenamente o significado da arbitragem”; orientação a respeito da perda do “conforto psicológico” de poder recorrer (BARROS, 2019, p. 21).

¹⁰ “Algumas coisas se beneficiam dos impactos; elas prosperam e crescem quando são expostas à volatilidade, ao acaso, à desordem e aos agentes estressores, e apreciam a aventura, o risco e a incerteza. No entanto, apesar da onipresença do fenômeno, não existe uma palavra para designar exatamente o oposto de frágil. Vamos chamá-lo de antifrágil” (TALEB, 2016, p. 21).

vado. Inexecuções parciais podem ser equiparadas à frustração total do objeto, uma vez que “a indisponibilidade de direitos fundamentais não se compadece com a incerteza ou insegurança do cumprimento das prestações impostas ao particular” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 764). O art. 78 da lei traz uma longa lista das situações que “constituem motivo para a rescisão”, algumas das quais (incisos XII a XVII) se coadunam antes com a culpa da Administração do que do contratado (incisos XII a XVII). Para essas, o art. 79, §2º, é expresso em determinar que haja o ressarcimento “dos prejuízos regularmente comprovados”.

Contratos da Lei 8.666/1993 em que surjam disputas cujo mérito seja esta específica discordância das partes quanto aos valores a serem ressarcidos são bons candidatos a uma solução arbitral. Se, nos standards acima, a circunstância procedimental é tal que o objeto mesmo do contrato ainda possui chances práticas de ser executado sem uma disputa, aqui a frustração do objeto já é tomada como premissa. Ainda assim, a arbitragem pode ser adequada porque o dever de indenizar é um comando legal expresso; e as razões que a Administração tiver para discordar do valor do ressarcimento serão provavelmente de natureza técnica, relacionadas à apuração dos danos emergentes e dos lucros cessantes (JUSTEN FILHO, 2008, p. 798).

Independentemente de como venha sendo executado o contrato, e das intercorrências que possam sugerir a instauração iminente de uma arbitragem, há pontos materiais que podem recomendar a adoção de uma cláusula alternativa. Oscilando entre situações em que o impacto e/ou a probabilidade de disputa sejam altos, ou por semelhança a situações em que o legislador já tenha feito a opção pela arbitragem, essas circunstâncias materiais recomendam diversas estratégias de controle de risco, dentre as quais a arbitragem.

Standard 4: contratos de valor elevado. O valor dos contratos é, para diversos aspectos, o critério objetivo escolhido pelo legislador para distinguir o respectivo regime jurídico – a Lei 8.666/1993 utiliza-se da expressão “obras, serviços e compras de grande vulto” (art. 6º, III). Com a adoção de cláusulas alternativas é apenas natural que o gestor busque levar esse critério em consideração. O valor não é só indicativo da tecnicidade das questões que podem se tornar controvertidas, por ser a força implícita por trás de decisões previstas na Lei 8.666/1993 relacionadas, por exemplo, à prestação de garantias (art. 56, §3º) ou à participação de consórcio (art. 33).¹¹ O valor é também o fator de dimensionamento do risco econômico do contratante. O montante exato, no entanto, a partir do qual o contrato assume essa natureza não é um dado rígido. Basta ver que um dos critérios mais pertinentes, o do valor para a celebração de parcerias público-privadas, sofreu uma alteração legislativa da ordem de 50% (art. 2º, §3º, I, da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004).

Reservar a arbitragem aos contratos de maior valor, além de ser uma proxy para contratos mais complexos, dilui marginalmente os custos adicionais que um processo arbitral possui no comparativo com a alternativa judicial. Esse custo diluído incide igualmente ao se pensar nos recursos humanos e materiais envolvidos na participação do Poder Público na arbitragem, notadamente o treinamento e a especialização dos integrantes da Advocacia Pública.

Standard 5: contratos de longo prazo. Em contratos de longo prazo, a solução de disputas deve, idealmente, oferecer a perspectiva de soluções rápidas de algumas questões pendentes. Só assim a relação das partes como um todo poderá ser redesenhada e ter prosseguimento sob novas bases jurídico-econômicas.¹² Não irei explorar, por brevidade, a extensa principiologia da figura do equi-



líbrio econômico-financeiro dos contratos da Lei 8.666/1993. Registro apenas que o fator tempo contribui para as intercorrências que provocam eventuais desequilíbrios, em diversos cenários, variando entre atos unilaterais da Administração e consensuais. A variação de cenários pode se dar por motivos que podem ser puramente internos ou mesmo alheios à vontade das partes (arts. 57, §1º, 58, §2º, 65, I, d, e §6º).

A extensão temporal cria as condições, enfim, para que as limitações cognitivas que partes tenham acerca do objeto venham à tona e para que fatos naturais ou sociais, de natureza excepcional ou imprevisível (art. 57, §1º, II), produzam efeitos sobre o contrato. A própria Lei 8.666/1993, em seu art. 57, V, faz menção a contratos que, por seu objeto, poderão ter vigência de até 120 meses, essencialmente nas áreas de defesa nacional e de inovação e pesquisa científica e tecnológica. Contratos sujeitos a esta carga temporal mais alongada devem figurar entre os prioritários na adoção da arbitragem.

Standard 6: quando houver uma norma indicativa de uma política pública arbitral em situação similar. O rol de instrumentos normativos que, sem as ambiguidades da Lei 8.666/1993, aludem à utilização da arbitragem pelo Poder Público é bastante extenso. Toda vez e quanto mais os contratos da Lei 8.666/1993 se assemelharem aos contratos regidos por esses diplomas específicos, mais recomendável é a arbitragem. Serão situações em que o motivo para a adoção da política pública de cláusulas

alternativas estará presente em substância, só lhe faltando o aspecto formal.

Um bom exemplo é o do art. 11, III, da Lei 11.079/2004, em que o legislador sugere o emprego da arbitragem nas parcerias público-privadas. Uma obra pública complexa, associada a um serviço público de grande interesse social, não traz consigo características semelhantes a uma PPP, ainda que o particular não figure como concessionário? O mesmo pode se dizer do art. 12, § único, da Lei 13.303, de 30 de junho de 2016, que autoriza a solução arbitral para “as divergências entre acionistas e a sociedade [de economia mista], ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários”. É prática comum, sob o título de convênio, acordos ou ajustes, nos termos do art. 116 da Lei 8.666/1993, que a Administração direta estabeleça vínculos de certa feição contratual com entes da Administração indireta. A adoção da arbitragem, em todos esses casos, é racional e pode se tornar típica.

Um marco legal interessante é o das já citadas desapropriações expropriatórias. As características inerentes à desapropriação preservam um largo espaço de competência administrativa para avaliação da presença da “utilidade pública” (art. 9º do Decreto-Lei 3.365), mas nada impede que discussões sobre a avaliação do bem sejam feitas na arbitragem. A situação me parece análoga à da rescisão do contrato por culpa da Administração, se as partes discordarem apenas do valor do ressarcimento do contratado.

11 A tecnicidade da divergência é um dos critérios adotados pelo Decreto Federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019 (“Decreto 10.025”), em seu art. 6º, §1º, I, para a adoção preferencial da arbitragem nos litígios envolvendo a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

12 O Decreto Federal 10.025/2019 estabelece, para a análise sobre a conveniência de celebração de compromissos arbitrais, a verificação se a demora na solução do litígio possa gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou inibir investimentos considerados prioritários

b. Standards negativos

Se há situações que podem dar suporte a standards positivos de utilização da arbitragem, é apenas lógico que seu inverso fático sugira também a existência de standards negativos. Ao replicar a estrutura da Seção anterior, contudo, considero que o inverso das circunstâncias materiais ali descritas é muito mais facilmente apreensível, e tem o potencial de gerar resultados analíticos muito mais interessantes, do que o inverso das circunstâncias procedimentais. Essas últimas seriam, no máximo, neutras em relação à adequação da arbitragem, mas não chegariam a ser um impeditivo.¹³

Quando não houver manifestação específica do contratado; quando não houver desdobramentos administrativos que indiquem que um litígio está em fase de maturação; ou quando não houver uma política delineada normativamente para uma situação semelhante – na ausência desses fatores, ainda assim, uma cláusula alternativa pode se basear na pura expectativa de que um futuro litígio será resolvido por um meio considerado pelas partes superior à via judicial. E há um outro ponto que merece ser anotado: questões fático-contratuais, muito mais do que questões licitatórias que possam se tornar judicializadas antes da outorga, são casuísticas demais para que se possam qualificar como “temas cuja apreciação é corriqueira perante o Judiciário [e por isso] geram ao cliente uma relativa previsibilidade quanto ao resultado” (BARROS, 2020, p. 29).

As expectativas de retorno de investimento e sua forte dependência da matéria subjacente à disputa podem ser decisivas quando as partes devam dispendar, em uma arbitragem, recursos financeiros e de tempo que sejam marginalmente maiores do que a alternativa judicial. É essa a tônica geral que se apresenta como justificativa para os standards negativos relacionados a contratos de baixo valor e de curto prazo. A Lei 8.666/1993 se utiliza do baixo valor do contrato como critério para a definição de modalidades de licitação mais singelas e chega a autorizar, no art. 62, a própria ausência de

instrumento contratual. O baixo valor é, intuitivamente, correlacionado positivamente com objetos mais simples e execuções contratuais mais rápidas, cenários, inclusive, de menor propensão ao surgimento de disputas. A arbitragem, nesses casos, pode encontrar resistências, e mesmo se mostrar excessivamente onerosa aos fornecedores de pequeno porte que, normalmente, estão vinculados a tais contratos. É difícil conceber, por exemplo, que o tratamento “diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte” se dê justamente com a arbitragem (art. 5º-A da Lei 8.666/1993).

c. Como laboratório experimental

Apesar de curto, este ensaio é longo o suficiente para permitir aquele tipo de reflexão que, antes mesmo de um raciocínio ser concluído, já faz se avolumarem as razões para desconstruí-lo. Essas razões advêm, essencialmente, dos efeitos do fenômeno da seleção adversa. Sobre-estimando aquilo que está em seu campo de observação, o agente negligencia aquilo que apenas por acaso ficou de fora. Se, em consequência, o observador extrapola, com base no campo selecionado, o comportamento geral, as chances de erro passam a ser muito maiores. Nas palavras de Daniel Kahneman, “um evento aleatório, por definição, não se presta a explicação, mas grupos de eventos aleatórios de fato se comportam de um modo altamente regular” (2012, p. 140).

Assim, os standards propostos anteriormente deveriam ser afastados, de propósito, em uma quantidade significativa de ocorrências – uma quantidade tal de casos que as propriedades da arbitragem possam ser testadas nos mais variados cenários, inclusive aqueles que inicialmente não se vislumbram como sendo ideais. A premissa que ampara essa proposta é a de que, por dificultosa que possa ser a utilização da arbitragem em um caso não ideal, o desarranjo administrativo não será de tal monta que arruinará o contrato. A inoportuna forma de solução de disputa não será tal que produzirá necessariamente uma decisão nula ou simplesmente errada,

e nem frustrará o objeto do contrato. Mesmo os custos reputados excessivos para casos não complexos podem ser limitados por procedimentos de arbitragem expedita, sendo prática comum das instituições arbitrais fixarem seus custos com base no valor da causa.

Para esclarecer essa ideia, é possível discriminar a utilização da arbitragem em contratos da Lei 8.666/1993 segundo a tipologia de erros cognitivos. O erro de tipo 1 (falso positivo) seria utilizar a arbitragem em um contrato para o qual este meio de solução de disputas seja inadequado. O erro de tipo 2 (falso negativo) seria o de não utilizar a arbitragem em um contrato em que a arbitragem seria adequada. Pela baixa utilização da arbitragem nos contratos da Lei 8.666/1993, pode-se seguramente afirmar que a Administração Pública brasileira opera sob forte influência do receio do erro de tipo 1. Para evitar a utilização inadequada da arbitragem, simplesmente não se utiliza a arbitragem. Ao assim fazer, no entanto, ignoram-se os prejuízos que o erro de tipo 2 pode acarretar. Por definição, se a utilização da arbitragem é tão baixa nos contratos da Lei 8.666/1993, as vantagens da arbitragem em contratos para os quais ela seria adequada simplesmente não são capturadas.

Afirmar se, diante dessa postura, a Administração está otimizando, ou não, seus recursos, requer um aprofundamento empírico que não estou preparado para fazer na presente oportunidade. Consigo defender, porém, que a forma de se resolver a questão preliminar a esta análise – a de saber para quais contratos a arbitragem é adequada ou inadequada – pode se beneficiar de uma postura experimental, que dê um embasamento mais sólido ao juízo de risco e à análise de consequências que os advogados, inclusive os públicos, devem realizar no aconselhamento de seus clientes (arts. 8º c/c 9º, do

Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil).

Cláusulas compromissórias não são um incentivo ao litígio, em si, mas uma opção por uma determinada forma de solução de disputas. Por isso, a possibilidade de se instituir uma arbitragem – nos contratos dos standards positivos, dos negativos e de todos os que não sejam não se enquadrem em quaisquer dessas categorias – não deveria, em tese, impactar o número total de disputas. Mas essa é também uma hipótese que precisa ser testada, e não seria surpreendente se houvesse uma correlação, com a diminuição de demandas frívolas, como já se apontou, ou com o aumento de disputas instauradas. Aliás, se esse segundo efeito se produzisse, seria possível até mesmo interpretar que, de fato, existem vantagens intrínsecas à arbitragem nos contratos da Lei 8.666/1993.¹⁴

Qualquer que seja a área de abrangência dos standards positivos, a própria existência de standards negativos e a existência de contratos que, a princípio, não se enquadram em nenhum dos dois, deixam em aberto um conjunto de contratos que permaneceriam sem cláusulas alternativas. É de se esperar que alguns deles gerem disputas a serem solucionadas pelo Judiciário. Minha proposta é a de que, em proporções menores do que no caso dos standards, alguns contratos dessa categoria também recebam cláusulas alternativas. O que se teria aí é um aumento do número total de contratos com cláusulas alternativas, o que facilitaria a observação das propriedades mais estruturais da arbitragem, em distintos cenários. Colhendo de uma base maior os pontos vantajosos e desvantajosos da arbitragem, a Administração teria condições de elaborar uma matriz mais detalhada dessa experiência e calibrar, com um suporte fático mais robusto, quais deveriam ser as áreas de inclusão e exclusão.

¹³ As restrições ao uso da arbitragem pelo Poder Público podem, é claro, decorrer da própria inarbitrabilidade de um aspecto de um contrato de concessão, sob um regime geral muito mais inclinado à arbitragem do que o da Lei 8.666/1993 (GARCIA, 2016, p. 141).

¹⁴ Povoia o imaginário popular, por exemplo, a narrativa de que a corrupção em contratos administrativos surge independentemente do ganhador da licitação. Gestores mal-intencionados simplesmente “travariam” os pagamentos devidos ao contratado para cobrar propinas em sua liberação, sabendo que a solução judicial consumiria décadas. Que a arbitragem possa aprimorar a gestão pública ao diminuir a força dessa pressão é uma hipótese atraente, a qual precisa ser testada. Outra hipótese semelhante decorre de narrativa de que contratos da Lei 8.666/1993 são congenitamente falhos, diante das burocracias impostas pela lei e pelo rigor do critério da melhor proposta. Fornecedores mais sofisticados podem se sentir atraídos a participar das licitações ao saber que poderão corrigir as falhas administrativas por meio da arbitragem, aumentando o número de disputas em relação aos pontos mais sensíveis, mas entregando melhores produtos e serviços no cenário-base.

4 CONCLUSÕES

O Enunciado 10, da I Jornada de Direito Administrativo, representa uma importante manifestação doutrinária no sentido de respaldar a adoção de cláusulas de mediação, arbitragem e Dispute Board em contratos decorrentes de licitações regidas pela Lei 8.666/1993. Escolhi centrar a atenção na hipótese da arbitragem por ver aí as consequências mais drásticas de uma eventual má utilização e, paralelamente, por acreditar que nela existam algumas vantagens bastante específicas, como o estabelecimento de uma barreira a demandas frívolas, um estímulo para a não postergação de controvérsias deletérias, a redução de certos custos, e, por fim, um incentivo à vinculação aos contratos.

Como as bases normativas do Enunciado são sólidas, acima de tudo por sua harmonia com as modificações promovidas em 2015 na Lei 9.307/1996, resta o grande desafio de uma boa e efetiva aplicação. Os standards propostos respondem às dificuldades gerenciais e logísticas de tratamento do elevado número de contratos, estando divididos em uma vertente positiva e outra vertente negativa, bem como em circunstâncias procedimentais e materiais.

No plano positivo, as circunstâncias procedimentais que recomendam a adoção da arbitragem são as seguintes: i) quando houver manifestação específica do contratado; (ii) quando houver desdobramentos administrativos que indiquem que um litígio já está em processo de maturação; (iii) nas hipóteses de inexecução e rescisão. No plano das circunstâncias materiais, a proposta encerra os seguintes standards: (iv) nos contratos de valor elevado; (v) nos contratos de longo prazo; (vi) quando houver uma norma indicativa de uma política pública arbitral em situação similar. A maioria dos cenários que sugerem tais standards podem ser invertidos, factualmente, para se construírem standards negativos em que a utilização da arbitragem não é recomendável.

Por fim, proponho estratégia para se atenuarem os efeitos cognitivos da seleção adversa na aplicação dos standards positivos e negativos. Proponho que, em caráter experimental, a Administração adote a arbitragem fora das hipóteses cobertas pelos standards. Adotada em um reduzido quantitativo de casos, essa estratégia tende a não causar graves danos em decorrência do erro de tipo 1 na avaliação sobre a adequação da arbitragem; e permite a identificação de erros de tipo 2, com a consequente captura das vantagens da arbitragem nas hipóteses atualmente subutilizadas.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Eduardo Bastos. Cautelas necessárias para a eleição de arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. In: URBANO, Alexandre Figueiredo de Andrade; MAZIERO, Franco Giovanni Mattedi (coord.). **A Arbitragem na Contemporaneidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 284 p.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941**. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1941]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1993]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2004]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Presidência da República, Portal da Legislação, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13303.htm. Acesso em: 3 nov. 2020.

CARMONA, Carlos Alberto; MACHADO FILHO, José Augusto Bitencourt. Arbitragem: jurisdição, missão e justiça. In: ARABI, Abhner Youssif Mota; MALUF, Fernando; MACHADO NETO, Marcello Lavenère (coord.). **Constituição da República 30 Anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 472 p.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 383 p.

JUSTEN FILHO, Marçal. **A revolução secreta nos contratos administrativos**. Jota, São Paulo, 24 set. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/a-revolucao-secreta-nos-contratos-publicos-24092019>. Acesso em: 20 set. 2020.

ponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/a-revolucao-secreta-nos-contratos-publicos-24092019>. Acesso em: 20 set. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e Devagar. **Duas formas de pensar**. Tradução: Cássio de Arantes Leite. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 383 p.

MOREIRA, Egon Bockmann. Administração pública, arbitragem e controle externo. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin (coord.). **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação: com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações**. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 166-168.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 18, p. 29-38, 2006.

PAULSSON, Jan. **The Idea of Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PEREIRA, Cesar. Arbitragem e função administrativa. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coord.). **Direito da Infraestrutura: estudos de temas relevantes**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 63-88.

PEREIRA, Cesar. Arbitragem no setor portuário e o Decreto nº 8.465, de 2015. In: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.). **Direito portuário brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 605-621.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos; GISMONDI, Rodrigo. Métodos de solução consensual de conflitos e a Fazenda Pública. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro (orgs.). **Mediação e Arbitragem na Administração Pública**. Santa Cruz do Sul, RS: Essere Nel Mondo, 2020. v. 2, p. 93-120.

TALEB, Nassim Nicholas. **Antifragil: coisas que se beneficiam com o caos**. Tradução: Eduardo Reiche. 3. ed. Rio de Janeiro: Best Business, 2016.

TIMM, Luciano Benetti; GUANDALINI, Bruno; RICHTER, Marcelo de Souza. Reflexões sobre uma análise econômica da arbitragem no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da Lei da Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 83-102.