

Comitê Brasileiro de Arbitragem
Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013

Assunto: Emenda nº 99 – PLEN (Substitutivo ao PLS 559/2013): Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

1. Trata-se de projeto de lei apresentado pela “*Comissão Temporária – Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/93) – CTLICON*”, em cuja 8ª reunião ordinária, realizada em 12/12/ 2013, foi aprovado o Relatório Final nº 4. A matéria tomou o número 559/2013 e foi encaminhada à Secretaria Geral da Mesa, onde recebeu 60 emendas.

3. Em 02 de dezembro de 2015, o relatório de Vossa Excelência foi **lido e aprovado** na Comissão de Serviços de Infraestrutura, constituindo-se em parecer da referida Comissão, no qual sugere-se a aprovação da matéria, com rejeição das Emendas de Plenário nºs 1 a 5, 7, 11, 13, 14, 17, 22, 23, 34 a 36, 38, 39, 44 a 46 a 53; aprovação das Emendas de Plenário nºs 8, 10, 18, 15, 16, 21, 24, 25, 28, 29, 32 e 43; declaração de prejudicialidade das Emendas nºs 26, 27, 30, 42, 52, 54 a 56; e aprovação parcial das Emendas de Plenário nºs 6, 9, 12, 18, 19, 20, 31, 33, 37, 40 e 41,

4. A Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional aprovou o requerimento de realização de **audiência pública**, que ocorreu em 24 de agosto de 2016. A seguir, foram apresentadas novas emendas. Em 09 de novembro de 2016, a Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional **aprovou o relatório** apresentado por Vossa Excelência.

5. O processo foi encaminhado à Secretaria Legislativa do Senado Federal para prosseguimento da matéria.

6. Em que pese as aprovações já alcançadas até o presente momento, o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr considera relevante levar à consideração de V. Exa. algumas questões relevantes no que se refere ao tratamento dos mecanismos alternativos de resolução de litígios no texto legal em discussão. O objetivo do CBAr é apontar a

necessidade de compatibilização entre a redação do PLS nº 559/2013 com a evolução recente da legislação brasileira que regulamenta os institutos da arbitragem e da mediação (Leis nº 13.129 e nº 13.140, ambas de 2015), cujas regras contribuiriam para a consolidação do uso de tais mecanismos extrajudiciais para resolver conflitos que envolvam a Administração Pública.

7. A Emenda nº 99 – CEDN – substitutivo ao PLS nº 559, de 2013 – dispõe em seu artigo 86 o seguinte:

“Art. 86. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I – (...)

II – (...)

III – (...)

IV – (...)

V – (...)

VI – (...)

VII – (...)

VIII – (...)

IX – (...)

X – (...)

XI – (...)

XII – (...)

XIII – (...)

§ 1º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

§ 2º (...)

§ 3º Desde que previsto no instrumento convocatório, o contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sendo permitido o estabelecimento de cláusula arbitral e mediação, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.”

8. Em seu último parecer, Vossa Excelência consignou louvável opinião em favor da possibilidade de adoção da arbitragem e da mediação como meio de contribuir para a redução dos custos na resolução de conflitos com a Administração Pública. *In verbis*:

“j) A possibilidade de o contrato administrativo prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sendo permitido o estabelecimento de cláusula arbitral e mediação. Esta disposição compactua com a recentíssima Lei n. 13.129/15, contribuindo para a redução dos custos na resolução dos conflitos com a Administração Pública;”

9. Contudo, a redação do artigo 86, § 3º na forma aprovada, condiciona a possibilidade da Administração Pública firmar cláusula de arbitragem ou de mediação à previsão desta alternativa no instrumento convocatório da licitação. Tal condição restringiria a possibilidade de a Administração Pública firmar cláusula compromissória em casos de dispensa ou inexigibilidade de licitação, convênios, termos aditivos contratuais, distratos e transações entre as partes contratantes. Do mesmo modo, restaria inviabilizada a possibilidade de firmar compromisso arbitral se houver interesse superveniente ao surgimento do litígio. O mesmo valeria à autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

10. A nosso ver, essa limitação contraria a legislação já existente sobre o assunto, uma vez que a participação em procedimento de arbitragem e de mediação pode ocorrer a qualquer tempo, independentemente de haver previsão no edital de licitação. Os dispositivos legais pertinentes são os seguintes:

Lei 9.307/96, com redação dada pela Lei 13.129/15 (Lei de Arbitragem)

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Art. 2º (...)

Art. 3º *As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.*

Art. 4º *A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.*

(...)

Art. 9º *O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.*

§ 1º *O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.*

§ 2º *O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.*

Lei 13.140/15 (Lei de Mediação)

Art. 16. *Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.*

Art. 32. *A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:*

- I** - *dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;*
- II** - *avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;*
- III** - *promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.*

§ 1º *O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.*

§ 2º *A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.*

§ 3º *Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.*

§ 4º *Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por*

atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. *Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.*

Parágrafo único. *A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.*

11. A evolução legislativa está ancorada no entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é possível firmar compromisso arbitral mesmo sem previsão em edital de licitação, como se depreende da seguinte decisão:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. 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.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

(REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012 - **destacado**)

13. Faz-se necessário, portanto e com o devido respeito, a revisão da redação do artigo 86, § 3º da Emenda nº 98 – CEDN, substitutivo ao PLS nº 559, de 2013, a fim de que não haja incompatibilidade normativa, preservando-se a harmonia do ordenamento jurídico brasileiro e conferindo-se segurança jurídica aos contratantes.

15. Por essas razões, o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr **recomenda** uma alteração ao parecer final ou teor de nova emenda ao PLS nº 559/2013, para que o seu artigo 86 sofra alterações no §3º, sugerindo-se a seguinte redação:

§ 3º O contrato poderá prever meios alternativos de solução de controvérsias, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sendo permitido o estabelecimento de cláusula arbitral e mediação, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, sem prejuízo de se firmar compromisso arbitral ou de se submeter a procedimento de mediação após o surgimento do conflito.

17. Pelas razões expostas, o Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr pede a elevada atenção de Vossa Excelência para que proceda à revisão de vosso parecer final, com a modificação ora proposta ou para que apresente nova emenda com a redação ora sugerida, mantendo o espírito e o nobre intento da proposição, de modo compatível com a legislação vigente que regulamenta os institutos da arbitragem e da mediação para solucionar conflitos que envolvam a Administração Pública.

Sendo estas as considerações que nos cabiam no momento, agradecemos a atenção e permanecemos à disposição para maiores esclarecimento.



Flávia Bittar Neves
Presidente
Comitê Brasileiro de Arbitragem