

ARBITRAGEM E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Arbitration and state's of São Paulo public administration

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto¹

SUMÁRIO

Introdução. 1. Conceitos essenciais. 2. Direcionamentos e espaço amostral. 2.1. Breves linhas sob o viés da análise econômica do direito. 2.2. Espaço amostral. 3. Análise dos parâmetros comparativos. 3.1. Celeridade do procedimento. 3.2. Custos da arbitragem; 3.3. Arbitragem institucional ou *ad hoc*; 3.4. Escolha da câmara e árbitros. 3.5. Existência de financiamento externo. 3.6. Objeto das pretensões deduzidas. Conclusão. Referências.

RESUMO

O presente artigo pretende, a partir de análise empírica, testar afirmações comuns acerca das vantagens e desvantagens da adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública, destacando-se aspectos concernentes aos custos e à celeridade do procedimento. Busca, assim, fornecer critérios que subsidiem a tomada de decisão por parte dos gestores públicos acerca desse método alternativo de solução de controvérsias.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Estado de São Paulo. Análise empírica.

ABSTRACT

This article intends, from an empirical analysis, to test common statements about the advantages and disadvantages of the adoption of the arbitration procedure by the Public Administration, highlighting aspects concerning the costs and the speed of the procedure. Thus, it seeks to provide criteria that support decision making by public managers about this alternative method of dispute resolution.

Keywords: Arbitration. Public administration. State of São Paulo. Empirical analysis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende traçar um panorama dos casos submetidos à arbitragem no âmbito do estado de São Paulo e, a partir da análise comparativa, testar algumas das afirmações corriqueiras acerca do procedimento arbitral.

Inicialmente, há necessidade de definir conceitos essenciais, até para bem demonstrar a relevância do tema, passando por uma breve visualização sob a ótica da análise econômica do direito.

Os critérios de base utilizados concernem à: (i) celeridade procedimental, (ii) custos, (iii) procedimento arbitral institucional ou *ad hoc*, (iv) escolha da instituição

¹ Procuradora do estado de São Paulo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Mackenzie; em Direito Administrativo, pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW; e em Direito e Economia, pela Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Possui MBA em Economia e Gestão, pela Escola de Economia da Fundação Getúlio Vargas – EESP/FGV.

e árbitros, (v) discricionariedade de submissão do feito à arbitragem e (vi) principais temas objeto das pretensões deduzidas.

Assim, conquanto não se pretenda esgotar o tema, até pela exiguidade da amostra obtida, o trabalho busca trazer mais informações, de modo a subsidiar a tomada de decisão por parte dos gestores públicos.

1. CONCEITOS ESSENCIAIS

Mesmo após a publicação da Lei federal nº 9.307, em 23 de setembro de 1996, muito se discutiu sobre a possibilidade de a Administração Pública submeter-se à arbitragem.

As divergências envolviam não apenas o conceito de arbitrabilidade subjetiva, como o de arbitrabilidade objetiva (apenas conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem).

Como assevera Ricardo Medina Salla²:

Arbitrabilidade é o termo que define sobre critérios *ratione materiae* e *ratione personae* parâmetros daquilo que se pode levar à arbitragem, isto é, o tipo de matéria que pode ser julgada em sede arbitral, e de quem pode se submeter à arbitragem, ou seja, as pessoas habilitadas a se utilizarem desse mecanismo.

Da conceituação acima, permite-se entender que a arbitrabilidade é vista sob duas perspectivas, as quais, metodologicamente, se costumam chamar (i) arbitrabilidade subjetiva e (ii) arbitrabilidade objetiva.

Dessa forma, para verificarmos se alguém está legitimado a se socorrer da arbitragem para resolver algo, devemos efetuar a intersecção da qualificação das partes com o objeto da controvérsia. Daí sendo as partes legalmente aptas e o litígio passível de ser arbitralmente julgado, entende-se que a questão está dentro do campo da arbitrabilidade, sendo, portanto, arbitrável.

Assim, não obstante a Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, tenha trazido expressa autorização legal para a submissão de conflitos travados pelo Poder Público à arbitragem³, na linha de outros diplomas específicos⁴, saneando, assim, eventuais

² SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin. 2014, p. 35.

³ 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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015.)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015.)

⁴ Cite-se, nesse passar, v. g.: Lei nº 8.693/1993, Lei nº 8.987/1995, Lei nº 9.472/1997, Lei nº 9478/1997, Lei nº 10.233/2001, Lei nº 11.079/2004, Lei nº 11.668/2008 e Lei nº 11.909/2009.

controvérsias quanto à arbitrabilidade subjetiva, o ponto concernente à arbitrabilidade objetiva parece remanescer.

De fato, argumenta-se que os conflitos travados pelo Poder Público não seriam dotados de arbitrabilidade objetiva por diversas razões, a mais relevante vem calcada em fundamento axiológico, qual seja, a indisponibilidade do interesse público.

Nesse sentido, Alex Hatanaka⁵ sustenta que esta “nebulosidade que ainda envolve os limites entre os direitos patrimoniais disponíveis e os indisponíveis, no contexto da Administração Pública”, é a principal desvantagem do instituto, cuja viabilidade demanda “análise caso a caso, lastreada em conceitos poucos objetivos”.

Com efeito, o contexto de incerteza prejudica a tomada de decisão por parte dos gestores públicos que, acertadamente, ficam receosos quanto à elevada probabilidade de futuro e eventual apontamento e responsabilização pessoal pelos órgãos de controle.

Sobre o ponto, interessante observar as disposições do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019⁶, que, ao regulamentar os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, estabelece, em seu artigo 2º, parágrafo único, estarem incluídos entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem, entre outros:

- I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;
- II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e
- III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

Nota-se, pois, que diante da ausência de repertório jurisprudencial consistente sobre o tema, tem sido adotada a via legislativa e regulamentar no intento de conferir maior segurança aos gestores públicos e à sociedade.

2. DIRECIONAMENTOS E ESPAÇO AMOSTRAL

2.1. Breves linhas sob o viés da análise econômica do direito

Muito embora não haja estudos empíricos que a comprovem, é comum afirmação no sentido de que a inclusão de cláusula arbitral poderia reduzir os custos de transação de contratos celebrados pela Administração Pública.

⁵ HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49 – jan.-mar./2016, p. 29.

⁶ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

Os principais pontos considerados positivos no método alternativo de solução de conflitos seriam a celeridade por ele proporcionada, haja vista a impossibilidade de interposição de numerosos recursos, aliada à especialização dos árbitros, familiarizados com a matéria objeto do processo, o que implicaria a redução de assimetria de informações e de custos de transação.

Diante das características acima expostas, a previsão de resolução de conflitos por meio da arbitragem permitiria gerar incentivo para o cumprimento espontâneo das cláusulas contratuais, reduzindo condutas oportunistas das partes.

Nesse sentido, Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado⁷ aduz que “as bases teóricas justificam à arbitragem um potencial de estímulo à cooperação e à confiança contratual”, e continua:

Também se chamou a atenção ao incremento de eficiência que a arbitragem pode gerar sobre o cumprimento contratual, ao reduzir o oportunismo, estimular o desempenho contratual e alargar o campo probabilístico de autocumprimento das obrigações.

Com efeito, são corriqueiras afirmações no sentido de que a admissão do procedimento arbitral atrairia investidores estrangeiros para os projetos públicos, em razão, sobretudo, da junção das vantagens comparativas acima mencionadas ante o processo judicial.

Sobre o tema, José Maria Rossani Garcez afirma:

Nos casos dos contratos internacionais, a comunidade internacional de negócios apresenta marcada preferência pela solução arbitral, utilizada em cerca de 80% das questões deles originárias. Em alguns tipos de contratos internacionais, como nos de construção de complexos industriais, transporte marítimo e da indústria do petróleo, essa preferência aproxima-se de 100%⁸.

Ademais, alega-se que a morosidade inerente ao curso das demandas submetidas ao Poder Judiciário implicaria a elevação de custos operacionais, mormente em contratos de longo prazo, tais como os de concessão, que podem ensejar diversas demandas no curso de sua execução, cuja rápida solução contribuiria para melhor estabilização da relação havida entre as partes.

De fato, os custos derivados de contendas levadas ao Poder Judiciário não se restringem às taxas e despesas processuais, mas também devem considerar o custo do tempo e os aspectos relacionados a temas técnicos específicos, não corriqueiros no âmbito dos Tribunais, o que somente faz elevar a deletéria assimetria de informações.

⁷ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018. p. 181.

⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 75.

Em tese, tais pontos seriam precificados por grandes investidores, mormente aqueles atuantes em áreas de infraestrutura.

Desse modo, com espreque em fundamentos de eficiência, e a despeito da ausência de dados empíricos, os entusiastas do instituto trazem diversos argumentos favoráveis à submissão de conflitos que envolvam questões técnicas relevantes e valores vultosos à arbitragem, ainda que uma das partes da relação seja a Administração Pública.

Entretanto, tal possível precificação favorável seria desprezada ante a insegurança jurídica existente, sobretudo no âmbito das Cortes de Contas que, ainda hoje, negam aplicabilidade do procedimento a questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Para aferir se tais argumentos se verificam em concreto, as contendas submetidas à arbitragem no âmbito do estado de São Paulo foram adotadas como base para pesquisa, como se verá nos próximos capítulos.

2.2. Espaço amostral

O presente trabalho adota como paradigma cinco litígios submetidos à solução arbitral havidos no âmbito do estado de São Paulo, quais sejam:

(i) arbitragem CCI nº 15.086, entre o Consórcio Calha F2 (Brasil), constituído pelas empresas CBPO Engenharia Ltda., Construtora Queiroz Galvão e Construcap CCPS – Engenharia e Comércio S.A., em face do Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE, autarquia do estado de São Paulo, instaurada no ano de 2007;

(ii) arbitragem CCI nº 15.283, entre o Consórcio Via Amarela, constituído pelas empresas CBPO Engenharia Ltda., Construtora OAS Ltda., Construtora Queiroz Galvão S.A., Construções e Comércio Camargo Corrêa S.A., Construtora Andrade Gutierrez S.A. e Alstom Transport S.A., em face da Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2007;

(iii) arbitragem CCI nº 19.241, entre a Alstom Brasil Energia e Transporte Ltda. e, de outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2013;

(iv) arbitragem CCI nº 20.581, entre o Consórcio Tiisa/Consbem/ Serveng, constituído pelas empresas Tiisa Infraestrutura e Investimentos S.A.; Consbem – Construções e Comércio Ltda. e Serveng Civilsan S.A. – Empresas Associadas de Engenharia, e, do outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM, instaurada em 2014; e

(v) arbitragem *ad hoc* entre Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles S.A. – CAF e, do outro lado, o estado de São Paulo e a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô, instaurada no ano de 2015.

A partir da adoção de metodologia qualitativa, foram traçados parâmetros comparativos entre os casos, de modo a buscar respostas para os pontos decisórios mais sensíveis, que serão abordados de forma apartada nos capítulos a seguir.

Com efeito, a grande dúvida que ronda o tema está no acerto ou não da eleição do procedimento, vale dizer, nas possíveis vantagens ou desvantagens da inclusão da cláusula arbitral nos contratos da Administração. Desse modo, os pontos selecionados buscarão fornecer alguns elementos para essa difícil resposta.

Nessa linha, cumpre destacar a identificação dos seguintes aspectos: valor estimado da disputa, custos da arbitragem, pretensões envolvidas, tempo transcorrido entre a instauração da arbitragem e a prolação da decisão de mérito e existência de condicionante externa, como, por exemplo, cláusula de financiamento que determine ao mutuário (estado de São Paulo) a inclusão da cláusula arbitral.

3. ANÁLISE DOS PARÂMETROS COMPARATIVOS

No presente capítulo serão comparados os principais parâmetros identificados como mais sensíveis nas arbitragens havidas na Administração Paulista.

3.1. Celeridade do procedimento

A celeridade do procedimento arbitral é considerada por grande parte da doutrina e dos entusiastas do instituto como uma de suas maiores vantagens em face do processo judicial, sabidamente moroso.

Para efeito do estudo aqui pretendido, será adotado como marco inicial da arbitragem o quanto estipulado no artigo 19 da Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com alterações posteriores, segundo o qual se considera instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, quando único, ou por todos os árbitros, se forem vários.

Nos casos em que não houve a identificação precisa de referida data, será adotada a da lavratura da Ata de Missão (para os procedimentos perante a Câmara de Comércio Internacional-CCI) ou do Termo de Arbitragem.

Assim, em média⁹, dos casos analisados, o tempo entre o início do procedimento arbitral e a prolação de sentença foi de 2 (dois) anos¹⁰.

⁹ CCI nº 15.086/CCO - Ata de Missão subscrita em 28 de março de 2008 e sentença em 14 de junho de 2011; CCI nº 15.283/JRF - árbitros confirmados em 30 de novembro de 2007 e sentença em 18 de julho de 2009; CCI nº 19.241/ASM Ata de Missão assinada em 22 de outubro de 2013 e sentença em 27 de janeiro de 2016 (homologação de acordo); CCI nº 20.581/ASM - árbitros confirmados em 29 de janeiro de 2015 e sentença em 10 de janeiro de 2017; arbitragem *ad hoc* CAF x Fesp e Metrô - celebração do Termo de Arbitragem em 29 de maio de 2015 e sentença em 9 de junho de 2016.

¹⁰ Tal dado empírico parece ser confirmado pela previsão contida no artigo 8º, II, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que assim estabelece:

“Art. 8º No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:

I - o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e

II - o prazo máximo de vinte e quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data de celebração do termo de arbitragem.

No entanto, impera considerar que a análise do tema mediante adoção do critério legal pode não se refletir adequadamente no lapso temporal envolvido no curso do procedimento arbitral.

De fato, nos casos avaliados, foi possível observar a existência de considerável período entre o requerimento de instauração do procedimento arbitral por uma das partes e a indicação e aceitação dos árbitros.

Cite-se, como exemplo, (i) no caso CCI nº 15.086/CCO, o requerimento foi protocolizado em 23 de julho de 2007, mas o início do procedimento somente ocorreu em 28 de março de 2008 e (ii) no caso CCI nº 19.241/ASM, o requerimento foi protocolizado em 29 de janeiro de 2013, mas o início do procedimento ocorreu em 22 de outubro de 2013.

Note-se, pois, que o lapso temporal transcorrido entre a protocolização do requerimento e o início legal da arbitragem foi bastante alongado, não podendo ser desprezado.

Nesse sentido, o novo Regulamento da Câmara de Comércio Internacional, de 2017, reduziu, como regra, para um mês o prazo para o estabelecimento da Ata de Missão.

Artigo 23

(...)

2. A Ata de Missão deverá ser assinada pelas partes e pelo tribunal arbitral. Dentro de 30 dias após os autos lhe terem sido transmitidos, o tribunal arbitral deverá transmitir à Corte a Ata de Missão assinada pelos árbitros e pelas partes. A Corte poderá prorrogar esse prazo, atendendo a um pedido fundamentado do tribunal arbitral ou por sua própria iniciativa, se julgar necessário fazê-lo.

Consultado o informativo *Justiça em Números*¹¹, contendo os dados estatísticos do Poder Judiciário no ano de 2016, foi possível verificar que o prazo médio para prolação de sentenças de primeiro grau em processos na fase de conhecimento em trâmite perante a Justiça Comum é de 1 (um) ano e 9 (nove) meses.

Desse modo, é possível concluir que a apontada celeridade estaria relacionada à inexistência de recursos, como regra, no procedimento arbitral, ao contrário do que se dá no curso do processo judicial.

Vale dizer, ao que parece, o grande ganho temporal existente no curso do procedimento arbitral diz respeito à ausência de recursos para reversão das decisões de mérito, e não propriamente à celeridade para prolação das sentenças arbitrais.

Parágrafo único. O prazo a que se refere o inciso II do *caput* poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e o período não exceda quarenta e oito meses.”

¹¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em 26 de maio de 2018.

Sobre o ponto, cumpre destacar a previsão contida no artigo 10, § 4º, do Decreto nº 46.245 do estado do Rio de Janeiro, de 19 de fevereiro de 2018, segundo o qual, como regra, passível de alteração por acordo entre as partes, nas arbitragens que envolvam o estado do Rio de Janeiro ou entidades de sua Administração Indireta, o prazo para prolação da sentença arbitral, que será de 60 (sessenta) dias corridos, contados da apresentação da resposta às alegações finais, admitindo-se uma prorrogação por igual prazo.

Previsão semelhante poderia ser adotada em cláusulas dos contratos administrativos cuja solução de controvérsias seja submetida à arbitragem.

Contudo, cabe à Administração avaliar se, de fato, a ausência de recursos seria um ponto positivo a ser considerado, mormente face ao disposto no artigo 496 do Novo Código de Processo Civil, que regra a remessa necessária de decisões contrárias à Fazenda Pública, permitindo a reavaliação do processado diante de decisão desfavorável ao Poder Público.

Convém destacar previsão contida no artigo 34 do Regulamento da Câmara de Comércio Internacional - CCI, segundo a qual:

Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.

Como se vê, a adoção do regulamento acima, embora não implique a possibilidade de revisão do mérito da sentença por instância recursal, contém a garantia de que a Corte, ao menos, poderá realizar alertas aos árbitros quanto ao mérito do litígio a eles submetido, o que representa diferencial da CCI, podendo ser adotado por outras instituições.

Outrossim, como ressaltado por Alex Hatanaka¹², a maior celeridade do procedimento deve ser considerada pela Administração Pública sob o prisma das “prerrogativas do Poder Público em juízo que pautam o trabalho da Advocacia Pública e de todas as áreas do aparato público envolvidas no levantamento de documentos e informações para a defesa de seus interesses”, assim, é imperiosa a adaptação do fluxo de trabalho no âmbito da Administração como um todo, de modo a não prejudicar a defesa de seus interesses no curso do procedimento arbitral.

¹² HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a Arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49 – jan.-mar./2016. p. 33-34.

3.2. Custos da arbitragem

Aspecto bastante relevante do procedimento arbitral está relacionado aos seus custos, incluindo-se o valor dos honorários pagos aos árbitros, despesas do Tribunal e custos administrativos.

Dos casos analisados, apenas duas sentenças indicaram o valor dos custos da arbitragem, ambos na Câmara de Comércio Internacional - CCI.

O primeiro foi o CCI nº 15.086/CO, com sentença proferida em 14 de junho de 2011 e custo de US\$ 359.000,00 (trezentos e cinquenta e nove mil dólares)¹³, ou R\$ 606.710,00 (seiscentos e seis mil, setecentos e dez reais). O valor estimado da disputa era de R\$ 40.390.877,98 (quarenta milhões, trezentos e noventa mil, oitocentos e setenta e sete reais e noventa e oito centavos). Assim, os custos alcançaram cerca de 1,5% (um e meio por cento) do valor da causa.

O segundo foi o CCI nº 20.581/ASM, com sentença prolatada em 10 de janeiro de 2017 e custos de US\$ 600.000,00 (seiscentos mil dólares)¹⁴, ou R\$ 1.914.720,00 (um milhão, novecentos e quatorze mil, setecentos e vinte reais), sendo que o valor estimado da disputa foi fixado em R\$ 49.219.336,13 (quarenta e nove milhões, duzentos e dezenove mil, trezentos e trinta e seis reais e treze centavos). Os custos representaram aproximadamente 4% (quatro por cento) do valor da causa.

Note-se que os custos acima expressam valor muito elevado e que se destina, exclusivamente, à realização do procedimento arbitral, não se confundindo com os valores de condenação, os quais seriam a eles acrescidos.

Como afirma Marçal Justen Filho¹⁵, “o desembolso do montante pertinente à arbitragem apresenta natureza de liquidação de despesas e emolumentos extrajudiciais”, vale dizer, “despesa necessária ao custeio das atividades de jurisdição não estatal”.

Nada obstante, como se vê, a amostra utilizada para análise é bastante diminuta, impedindo conclusões mais assertivas.

Interessante, nesse ponto, trazer como ilustração o disposto no artigo 85, § 3º, do Novo Código de Processo Civil, segundo o qual, nas causas em que for parte a Fazenda Pública, a fixação dos honorários de sucumbência se submeterá ao seguinte critério de proporcionalidade:

I - mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários mínimos;

¹³ Cotação de R\$ 1,69. Disponível em: http://www.portalbrasil.net/2011/economia/dolar_riscopais_junho.htm. Acesso em: 26 mai. 2018.

¹⁴ Cotação de R\$ 3,1912 para compra. Disponível em: <http://www.f24.com.br/cotacao-moeda/2017/01/10/294505-dolar-dia-10-01-2017>. Acesso em 26 mai 2018.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros*, p. 29.

II - mínimo de oito e máximo de dez por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 200 (duzentos) salários mínimos até 2.000 (dois mil) salários mínimos;

III - mínimo de cinco e máximo de oito por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 2.000 (dois mil) salários mínimos até 20.000 (vinte mil) salários mínimos;

IV - mínimo de três e máximo de cinco por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 20.000 (vinte mil) salários mínimos até 100.000 (cem mil) salários mínimos;

V - mínimo de um e máximo de três por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido acima de 100.000 (cem mil) salários mínimos.

Entretanto, como mencionado, os custos do procedimento arbitral não incluem os valores de condenação, nem mesmo, e em regra, os honorários devidos aos patronos da outra parte, os quais seriam a eles acrescidos.

Quanto aos honorários advocatícios, vigora na arbitragem o princípio da autonomia da vontade, podendo as partes livremente dispor sobre os honorários sucumbenciais. Este o teor do artigo 27 da Lei de Arbitragem:

Artigo 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

No entanto, alguns regulamentos, como o da Câmara de Comércio Internacional, os preveem como despesa a ser ressarcida pela parte vencida, nos seguintes termos:

Artigo 38. Os custos da arbitragem incluem os honorários e despesas dos árbitros e as despesas administrativas da CCI fixados pela Corte em conformidade com as tabelas em vigor na data da instauração da arbitragem, bem como os honorários e despesas de quaisquer peritos nomeados pelo tribunal arbitral, e as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua representação na arbitragem.

Recomendável, pois, que a Administração disponha sobre o assunto nas cláusulas contratuais, de modo a tornar mais previsível o montante a ser despendido no curso do procedimento arbitral, prevendo, por exemplo, que cada parte será responsável pelos custos de sua representação.

Tal previsão torna-se ainda mais relevante nos procedimentos em que pessoas jurídicas de direito público sejam partes, haja vista que sua representação é feita por servidores públicos, diferentemente do que ocorre com a parte adversa.

Nesse sentido, o artigo 9º, § 6º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019¹⁶, dispõe:

Art. 9º As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial:

(...)

§ 6º Na hipótese de condenação em honorários advocatícios, serão observadas as regras estabelecidas no art. 85 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil, excluído o ressarcimento, por quaisquer das partes, de honorários contratuais.

Na mesma linha, o item 7 do § 1º do artigo 4º do Decreto paulista nº 64.345, de 31 de julho de 2019, segundo o qual as convenções de arbitragem a serem utilizadas pela Administração Pública deverão conter vedação de condenação da parte vencida ao ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais da parte vencedora, aplicando-se, por analogia, o regime de sucumbência previsto no Novo Código de Processo Civil.

Outro aspecto que deve ser considerado é a necessidade de adiantamento das custas, como regra, nos procedimentos arbitrais, o que representa um grande desafio para a Administração, cujas despesas devem estar previstas na Lei Orçamentária, com proposta ofertada no ano anterior ao de sua vigência, impedindo, ou dificultando sobremaneira, a imediata disponibilidade de verbas para tal fim.

Sobre o ponto, o artigo 9º do Decreto estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, estatui que as despesas com a realização da arbitragem, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento, devem ser adiantadas pelo contratado quando a instauração do procedimento arbitral for por ele requerida. Quer parecer, assim, que na hipótese de requerimento inaugural pela Administração, essa deve adiantar os depósitos necessários, o que, a depender dos valores envolvidos, poderia figurar como verdadeiro impeditivo para a atuação da Administração Pública.

Na mesma linha, o artigo 4º, § 1º, item 5, do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

3.3. Arbitragem institucional ou *ad hoc*

Como cediço, a arbitragem pode ser institucional, quando uma Câmara ou instituição preexistente é responsável por administrar o procedimento, o que faz com base em um regulamento, ou *ad hoc*, quando as partes ou árbitros estabelecem as

¹⁶ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

regras que serão observadas para aquele caso específico, não havendo uma instituição envolvida, o que, em tese, poderia reduzir os custos do procedimento.

Contudo, a primeira dificuldade da arbitragem *ad hoc* está relacionada à possível falta de consenso quanto às regras que serão seguidas, valendo mencionar o provável aumento do valor dos honorários do(s) árbitro(s) que passaria(m) a cumular funções de administração do procedimento, compensando, assim, as reduções obtidas com custos administrativos.

Dos casos analisados, foi possível depreender que quatro adotaram procedimento institucional, todos conduzidos no âmbito da Câmara de Comércio Internacional¹⁷. Um deles, no ano de 2015, seguiu a arbitragem *ad hoc*, com submissão ao regulamento da United Nations Commission on International Trade Law - UNCITRAL.

Conquanto não se tenha informações acerca de eventuais pontos de distinção no curso do procedimento, foi possível observar algumas diferenças quanto à estruturação e conteúdo da sentença arbitral em prol da arbitragem institucional.

No âmbito federal, o artigo 3º, V, do Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019¹⁸, estatui preferência para arbitragem institucional, admitindo, contudo e mediante justificativa, a arbitragem *ad hoc*. Há previsão semelhante no artigo 3º do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

No estado de Minas Gerais, a Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, fixa a regra de submissão à arbitragem institucional, ao assim dispor:

Art. 4º O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional.

Também o Decreto nº 42.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, fixa como regra a arbitragem institucional, com destaque para seu artigo 8º, segundo o qual o contratado escolherá, no momento da celebração do instrumento contratual, o órgão arbitral institucional entre aqueles previamente cadastrados junto à Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. O artigo 14 de aludido diploma regulamentar traz os requisitos necessários para o cadastramento, quais sejam:

- I - disponibilidade de representação no estado do Rio de Janeiro;
- II - estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos;
- III - estar em regular funcionamento como instituição arbitral;
- IV - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais, com a comprovação na condução de, no mínimo, quinze arbitragens no ano-calendário anterior ao cadastramento.

¹⁷ Ao que consta, a Câmara teria sido fixada no âmbito dos contratos de financiamento externo celebrados pela Administração Pública paulista.

¹⁸ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

A escolha pela arbitragem institucional possui outra vantagem comparativa em favor dos contratados, ante a possibilidade de prévio conhecimento das regras procedimentais das principais câmaras internacionais.

3.4. Escolha da câmara e árbitros

Ponto bastante relevante das discussões atinentes à arbitragem e à Administração Pública está na escolha de câmaras e de árbitros.

Com efeito, até pela peculiaridade do procedimento, o corpo de árbitros das principais Câmaras é praticamente idêntico, o que, se por um lado favorece a especialidade dos mesmos quanto ao procedimento em si, por outro acaba resultando em perigosa reserva de mercado.

Todavia, cumpre observar que a Lei de Arbitragem possibilita às partes, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros e afastar a aplicação exclusiva de aludidas listas.

Artigo 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§ 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Nos cinco casos analisados, foram indicados, ao todo, 15 (quinze) árbitros, com a coincidência de dois árbitros em dois procedimentos distintos.

Sobre o ponto, salutar a previsão contida nos artigos 11 e 12 do Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, os quais estabelecem os requisitos para que um profissional possa ser aceito como árbitro¹⁹. No mesmo sentido, o artigo 5º da Lei mineira nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Nesse, seu inciso IV fixa como requisito “ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado”, opção bastante controversa.

¹⁹ Relevante destacar que a Orientação Normativa nº 57, de 29 de agosto de 2019, da Advocacia-Geral da União, trouxe importante diretriz institucional ao assim dispor: “o exercício de atividades privadas relacionadas às soluções alternativas de disputas e conflitos (arbitragem, mediação, conciliação e negociação) e o exercício de atividades privadas relacionadas à *compliance* são incompatíveis com o exercício dos cargos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central”.

Digno de nota que, no âmbito do estado de São Paulo, a designação de árbitros pela Administração Pública direta e suas autarquias será precedida de aprovação pelo procurador-geral do Estado (artigo 5º, parágrafo único, do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019).

Quanto à escolha de Câmaras, o estado do Rio de Janeiro trouxe a necessidade de prévio cadastramento, mediante critérios objetivos, de modo a permitir um leque de instituições aptas a conduzir o procedimento, cuja escolha, ao final, caberá ao contratado, reduzindo, assim, eventuais questionamentos e divergências. De fato, de acordo com o regramento de mencionado edito, a contratação da Câmara não pode ser vista como ato exclusivo da Administração.

Marçal Justen Filho critica a “solução do credenciamento”²⁰, nos seguintes termos:

Outra solução que também não pode ser adotada é a do credenciamento.

(...)

12.8.1 - A figura do credenciamento

218. O credenciamento consiste num ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração estabelece requisitos de habilitação de potenciais interessados em contratar com ela, promovendo contratações sucessivas, de modo indistinto, com os diversos credenciados.

12.8.2 - O tratamento isonômico para todos os credenciados

219. Em termos práticos, o credenciamento resulta numa situação de ausência de diferenciação entre os diversos credenciados. Todos os que preencherem os requisitos de credenciamento devem ser tratados de modo isonômico, inclusive, para o efeito de serem contratados em condições razoavelmente aleatórias.

12.8.3 - O credenciamento de árbitros

220. Ainda em termos práticos, o credenciamento de árbitros e de câmaras de arbitragem se traduziria numa espécie de banco de dados contendo nomes de sujeitos distintos. Em cada situação concreta, haveria a escolha de um desses nomes – presumindo-se que todos os que se encontram credenciados dispõem de condições de idêntica performance.

12.8.4 - O problema enfrentado

221. O problema produzido pela adoção do credenciamento é a ausência de possibilidade de seleção fundada em critérios específicos, especialmente a avaliação fundada em razões diferenciadas. Há o enorme risco de admissão

²⁰ Também adotada no âmbito do estado de São Paulo, nos termos dos artigos 13 a 15 do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019.

de credenciamento a sujeitos que dispõem de documentos de habilitação exigidos, mas que não se encontram em condições de desempenho satisfatório.²¹

Ainda sobre o tema, o artigo 7º, § 3º, do revogado Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015, estabelecia que as escolhas de árbitro ou de instituição arbitral deveriam ser consideradas como hipóteses de contratações diretas, por inexigibilidade de licitação, muito embora seja prevalente o entendimento no sentido de que os árbitros não podem ser caracterizados como prestadores de serviços nos moldes previstos pela Lei de Licitações, a permitir, pois, a indicação direta pela Administração, independentemente da realização de certame licitatório. Nesse sentido, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, o Parecer GPG nº 01/2015. Registre-se, outrossim, que o vigente Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019²², não reproduziu tal dispositivo.

Marçal Justen Filho²³ afirma que “a arbitragem não é um contrato entre as partes litigantes e os árbitros (e câmara de arbitragem), o que conduz à ausência de submissão da escolha do árbitro” aos ditames da Lei de Licitações e, portanto, não se haveria de falar nem mesmo em inexigibilidade de licitação.

O autor afirma, também, que a “tese da inexigibilidade” conduziria a outras falhas, tais como a formalização por escrito contendo, expressamente, (i) prazo de vigência, (ii) obrigações das partes, (iii) preço etc. Conclui que, em verdade, e diferentemente do que ocorre em relação às câmaras, “o árbitro é um sujeito investido de função jurisdicional, ainda que não integre a estrutura do estado”, afirmando, ainda, que “a arbitragem é um instituto que se submete aos postulados fundamentais do direito público - ainda que não se configure como uma manifestação estatal”²⁴. Já “a Câmara é um instrumento de apoio para o desempenho da função de arbitragem”²⁵.

3.5. Existência de financiamento externo

Como é cediço, os financiamentos externos têm grande importância para a realização de investimentos no Brasil. Segundo o Banco Mundial²⁶, “o Brasil possui um dos menores níveis de investimento em infraestrutura (2,1% do PIB) quando comparado aos seus pares”, gargalo que deve ser superado para o próprio crescimento do país.

²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros*, p. 39-40.

²² Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

²³ *Op. cit.*, p. 32.

²⁴ *Idem*, p. 21.

²⁵ *Idem*, p. 37.

²⁶ Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview>>. Acesso em 31 jan. 2019.

Nesse contexto, o artigo 42, § 5º, da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, estabelece que para a realização de contratações “com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de (...) normas daquelas entidades (...), desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação (...)”.

Assim, e no que concerne ao objeto do presente, releva destacar que, em regra, os agentes financeiros internacionais adotam diretriz de previsão da arbitragem como método de solução de disputas.

Nessa ordem de ideias, por exemplo, os itens 2.24 a 2.26 do *Regulamento de Aquisições para Mutuários de Operações de Financiamento de Projetos de Investimento do Banco Mundial*, versão de julho de 2016, trazem a obrigatoriedade de inclusão da arbitragem internacional, aceitando, todavia, a arbitragem nacional, na hipótese de considerar aceitáveis seus regulamentos e condições²⁷:

Foro e resolução de disputas

2.24 As condições contratuais das licitações públicas internacionais conterão cláusula sobre legislação aplicável e foro para resolução de conflitos. Todos os contratos de licitação pública internacional deverão prever mecanismos adequados de resolução de conflitos com a intervenção de terceiros, seja por meio de *Dispute Review Experts* (Especialistas em Análise de Divergências) ou de *Dispute Review Boards* (Juntas de Análise de Divergências).

2.25 A previsão de arbitragem comercial internacional em local neutro também deverá constar das condições contratuais, a menos que o banco considere aceitáveis os regulamentos e procedimentos de arbitragem nacionais, em termos de equivalência com a arbitragem comercial internacional, e a neutralidade do local, ou que o contrato tenha sido adjudicado a um Ofertante/Proponente/Consultor do país do mutuário.

2.26 O banco não será nomeado árbitro nem lhe será solicitado que nomeie árbitro. Não obstante, fica entendido que os funcionários do Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID) terão liberdade para nomear árbitros, na qualidade de funcionários do ICSID.

Pois bem. Dos cinco casos analisados, quatro indicaram, expressamente, a existência de financiamento externo como fonte de custeio dos contratos, ainda que parcial. Em um deles, contudo, não foi possível localizar esse dado.

²⁷ Disponível em: <http://pubdocs.worldbank.org/en/867851494352635354/pdf/Regulamento0deOtos0de0Investimento_1.pdf>. Acesso em 31 jan. 2019.

Desse modo, é possível concluir que, em tais situações, não houve, propriamente, uma opção por parte da Administração, diferentemente do que se verifica em recentes editais de concessões realizadas no âmbito do estado de São Paulo, como a PPP da Rodovia dos Tamoios e as concessões da chamada Rodovia dos Calçados e do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas, as quais contêm expressa submissão de eventuais litígios à arbitragem.

Quanto a esses últimos casos, não foi franqueado o acesso aos estudos que embasaram a decisão do Poder Concedente.

Cumprido destacar que, a partir do início da vigência do Decreto paulista nº 64.356, de 31 de julho de 2019, há previsão expressa segundo a qual cabe à autoridade responsável pela assinatura do instrumento obrigacional decidir a respeito da utilização da cláusula compromissória, salvo quando houver pronunciamento de órgão colegiado competente para traçar diretrizes do contrato, optando pelo seu emprego.

3.6. Objeto das pretensões deduzidas

O primeiro aspecto a ser destacado concerne ao valor estimado das disputas, todos acima de R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de reais), conquanto os contratos não trouxessem um valor mínimo para submissão ao procedimento arbitral.

Relevante consignar, nesse sentido, a salutar previsão contida no artigo 3º, do Decreto nº 42.245, de 19 de fevereiro de 2018, do estado do Rio de Janeiro, que fixa os contratos passíveis de inclusão de cláusulas compromissórias, quais sejam:

- (i) contratos de concessão de serviços públicos, sejam elas comuns, patrocinadas ou administrativas e
- (ii) contratos cujo valor exceda a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Vê-se, pois, que a regra de valor mínimo está fundada em evidente critério econômico de custo-benefício.

Mencionadas normas regulamentares ainda possibilitam seja voluntariamente firmado compromisso arbitral no momento do surgimento do litígio, mesmo diante da ausência de previsão no contrato ou no edital, o que vem ao encontro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se depreende do julgamento do Recurso Especial nº 904.813/PR, assim ementado:

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 as 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.

Mais abrangente é a previsão contida no artigo 6º, § 3º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019²⁸ segundo o qual ainda poderá ser celebrado

²⁸ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

compromisso arbitral mesmo havendo ação judicial em curso, hipótese em que a Advocacia-Geral da União deverá elaborar manifestação sobre as possibilidades de decisão favorável à Administração Pública e a perspectiva de tempo necessário para que o litígio se encerre junto ao Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas, acrescentando-se a necessária homologação de acordo judicial em que as partes se comprometam a submeter o feito ao juízo arbitral.

Quanto aos principais pontos objeto de litígio, foi possível inferir que, em regra, prepondera a discussão de aspectos técnicos de engenharia, embora quase todos os árbitros fossem ligados à área jurídica (apenas dois possuíam formação em engenharia).

Nada obstante, os aspectos jurídicos também se mostraram relevantes, mormente em um caso, no qual a discussão versava somente sobre a caracterização e efeitos de eventual aceitação de benefícios do *drawback* tributário reconhecido à subcontratada, havendo, todavia, a nomeação de perito.

Em tal hipótese, *data maxima venia*, não se vislumbra qual seria o diferencial de especialização dos árbitros e peritos, que não fossem de domínio do Poder Judiciário.

Cumprir destacar, desse modo, que a adequada caracterização dos aspectos envolvidos no litígio é de extrema relevância, de maneira a conduzir a mais eficiente escolha dos árbitros, até mesmo quanto à sua formação, vale dizer, se advogados, engenheiros, contadores etc., ou mesmo a própria recomendação de submissão à arbitragem a ser avaliada quando da elaboração dos editais.

Nesse sentido, o artigo 6º, § 1º, do Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019²⁹, traz algumas diretrizes expressas quanto à análise de conveniência da arbitragem, valendo destacar a preferência para litígios que envolvam questões eminentemente técnicas e o aspecto concernente às implicações de eventual demora na solução definitiva do litígio, ou seja, se essa puder gerar prejuízo à adequada prestação do serviço ou à operação da infraestrutura, bem como inibir investimentos considerados prioritários.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou trazer um panorama da arbitragem no âmbito do estado de São Paulo, a partir da compilação e comparação de dados obtidos em cinco casos já encerrados.

Embora não tenha a pretensão de esgotar o tema, até pela exiguidade da amostra, buscou elucidar os principais pontos necessários à verificação concreta de

²⁹ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

algumas afirmações recorrentes sobre o procedimento arbitral, tais como a celeridade, especialidade e os altos custos.

Quanto à celeridade, depreendeu-se que decorre da ausência de recursos, como regra, sobre o mérito da sentença, e não propriamente da agilidade empenhada pelos árbitros para prolação da decisão final, o que deve ser ponderado pela Administração.

Os custos elevados, de fato, representam importante desvantagem do procedimento, destacando-se, ainda, a diferença substancial de antecipação do dispêndio. Sobre o ponto, relevante a recomendação de inserção de previsão contratual no sentido de que cada parte arque com seus custos de representação, de forma a impedir eventuais condenações nas sentenças arbitrais.

Em relação à especialidade, notou-se que, em regra, os árbitros tinham formação de base jurídica, ou seja, com destaque no procedimento em si e não nas questões técnicas envolvidas, as quais ficaram sob responsabilidade de peritos nomeados, o que levaria ao questionamento da escolha do procedimento alternativo sob o argumento comum da relevante especialização dos árbitros.

Outro ponto a ser destacado diz respeito à solução de credenciamento de árbitros e câmaras. Conquanto tragam os desejados e necessários critérios objetivos, também podem revelar desafios para a Administração quando o assunto demandar a escolha de árbitros com conhecimentos específicos e eventualmente não integrantes de referidas listagens.

Não se vislumbrou, ainda, a existência de quaisquer critérios prévios para a opção de submissão dos litígios à solução arbitral. Com efeito, cumpre lembrar que nos contratos custeados com recursos oriundos de financiamentos externos a inserção de cláusula de arbitragem revela-se, comumente, como verdadeira imposição do agente financiador. Todavia, recentes contratos de concessão celebrados no âmbito do estado de São Paulo, os quais não ostentam financiadores estrangeiros, também estabeleceram a arbitragem como método de solução de conflitos, a demandar justificativas por parte dos gestores.

Nesse sentido, Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado³⁰ aduz:

(...) ainda não há clareza nem de agentes econômicos nem de entes reguladores a respeito das razões para escolha da arbitragem. Quando há alguma lógica envolvida nesse processo, as partes tendem a escolher a cláusula de arbitragem em razão de argumento notadamente processual e com base em lógica de custo-benefício de curto prazo. O uso crescente da arbitragem, seja por modismo, hábito, tendência de mercado, padronização contratual ou heurística de comportamento, tem tornado esse mecanismo uma opção preferencial a uma classe crescente de contratos, sem compreensão a respeito das funcionalidades e potencialidades que poderiam advir – às

³⁰ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018, p. 363.

partes, ao contrato e à sociedade – em caso de emprego mais racionalizado do instituto. Essa escolha automática tem comprometido a sinalização contratual pretendida pela previsão de arbitragem, além de também impactar perversamente o grau de confiança e o *ethos* associado à arbitragem.

Assim, no decorrer da pesquisa, mostrou-se positiva a iniciativa do estado de São Paulo, na linha dos precedentes do estado do Rio de Janeiro, que editou decreto contendo as diretrizes básicas do procedimento arbitral quando esse envolver aquele estado ou suas entidades, bem como do estado de Minas Gerais, com a edição da Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, e da União, com o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015, posteriormente revogado pelo Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019³¹.

De fato, a existência de regras prévias únicas e gerais no âmbito da Administração Pública acaba por garantir maior segurança jurídica aos atos da Administração e ao próprio gestor público.

Destaque-se, contudo, que a diretriz adotada pelo estado de Minas Gerais, com a publicação de Lei estadual específica, pode enrijecer demais o tema, o qual, por vezes, demandará rápidas adaptações, impossíveis de serem alcançadas no curso do processo legislativo.

Ademais, ainda há muitas dúvidas a ser esclarecidas como, por exemplo, a hipótese de rescisão de contratos por iniciativa dos contratados, a qual somente poderia adotar a via judicial, conquanto, obviamente, decorra da tese de descumprimento do ajuste atribuível ao contratante, o que poderia ser objeto de prévia arbitragem. Em tal situação, poderia o árbitro reconhecer a rescisão independentemente de manifestação do Poder Judiciário?

Desse modo, faz-se imperioso que a Administração Pública se dedique ao tema de forma a obter maior grau de segurança e confiabilidade em suas decisões.

³¹ Que revogou o Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Decreto federal nº 8.465, de 8 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8465.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Decreto federal nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10025.htm#art18>. Acesso em: 4 out. 2019.

BRASIL. Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 mar. 2018.

Câmara de Comércio Internacional. *Regulamento de Arbitragem*. Disponível em: <<https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

CÂMARA, Jacintho Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Belo Horizonte, nº 248, maio/ago. 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas. 27. ed. 2014.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Boletim de Direito Administrativo nº 9/1996. São Paulo, NDJ.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação. Conciliação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

HATANAKA, Alex. *O Poder Público e a arbitragem após a Reforma da Lei nº 9.307/1996*. RBA nº 49, jan.-mar./2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os árbitros*. Revista Brasileira da Advocacia, v. 1, n. 1. abr-jun/2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros. 40. ed. 2014.

MINAS GERAIS. Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&ano=2011>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *A Economia da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Revista Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/e5b5789fe59c137d43506b2e4ec4ed67.pdf>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

RIO DE JANEIRO. Decreto estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/3/art20180316-06.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

SALLA, Ricardo Medina. *Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SÃO PAULO. Decreto estadual nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html>>. Acesso em: 4 out. 2019.

