

ARBITRAGENS EM PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SETOR DE INFRAESTRUTURA: COMENTÁRIOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Bruno Lopes Megna¹

Fábio Trabold Gastaldo²

Jéssica Helena Rocha Vieira Couto³

Sumário: 1. Introdução; 2. A aplicação da Cláusula Arbitral nos contratos de PPP no Estado de São Paulo e seu contexto histórico; 3. A experiência com “cláusulas escalonadas” no âmbito do setor rodoviário; 4. A experiência com condenações arbitrais: a questão dos precatórios; 4.1. A incidência da regra constitucional do regime de precatórios; 4.2 A questão dos fundos garantidores para satisfação de sentença arbitral; 5. Conclusão; 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O Estado de São Paulo, que abriga conhecida concentração de atividades econômicas, vale-se dos mais variados — e, para alguns, mais

1 Procurador do Estado de São Paulo. Bacharel, Mestre e Doutorando em Direito pela USP .

2 Procurador do Estado de São Paulo. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas – GVLAW.

3 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.

“modernos” — instrumentos jurídicos para viabilizar a concretização de suas demandas de infraestrutura.

Dentre os referidos instrumentos jurídicos, o presente artigo faz referência ao uso conjunto da parceria público-privada, como instrumento contratual, e da arbitragem, como instrumento de solução de controvérsias.

Com o objetivo de expor brevemente algumas experiências do Estado de São Paulo nesse contexto, discorre-se sobre o uso das arbitragens em parcerias público-privadas no setor de infraestrutura, para, ao final, concluir-se sobre como o acúmulo de tais experiências deve ser aproveitado para o aprimoramento do uso dos referidos institutos na promoção do interesse público.

2. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE PPP NO ESTADO DE SÃO PAULO E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

A Lei Geral das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n.º 11.079/2004), foi criada no contexto de fomentar a captação de recursos financeiros para implementação de grandes projetos governamentais de infraestrutura, tal como consta expressamente de sua exposição de motivos:

3. A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado.
4. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.
5. As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica.

Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização.

6. A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado (...)⁴.

Conforme salienta Xavier Borges:

(...) a PPP envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza sempre foi mais afeita, exclusivamente, ao setor público. (...) A possibilidade de atração de capitais privados em um cenário de relativa escassez de recursos públicos viabiliza a realização de investimentos e permite a redução de gargalos da infraestrutura econômica⁵.

É fato, ainda, que os contratos de PPP se destinam a grandes empreendimentos, em contratos de longa duração (em regra) e investimentos de vulto considerável⁶.

Nesse aspecto é que a discussão acerca da percepção de ineficiência do Poder Judiciário acaba redundando, no caso Brasileiro, num cenário de certa desconfiança e reconhecimento da existência do “risco judicial”

4 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2.546/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=88B44612C6E81B68BF3BE024BEE9B6F8.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 18 jul. 2019

5 PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

6 A Lei estabelece tal presunção ao assinalar um limite mínimo de valor contratual (Art. 2º, § 4º, I).

(morosidade excessiva, imprevisibilidade, falta de qualidade das decisões judiciais e parcialidade política), valendo destacar o trabalho realizado pela juíza Federal Priscilla Pereira da Costa Correa⁷ sobre o assunto.

Por outro lado, o Banco Mundial desenvolveu métodos objetivos de medir o tempo e o custo (impacto nos contratos) em cotejo com a duração média do processo judicial em cada país, aferindo se uma economia adota uma série de boas práticas de forma a promover a qualidade e eficiência do sistema judicial. Em suma, avalia-se analisar se, e em que medida, a percepção quanto à ineficiência do Poder Judiciário gera um ambiente de desestímulo ao cumprimento voluntário dos contratos⁸.

Em suma, um Poder Judiciário ineficiente impacta negativamente na avaliação de risco para obtenção de crédito internacional, cujo capital tem se revelado essencial para desenvolvimento dos grandes projetos.

Sob tal aspecto é que, desde meados dos anos 2000, nota-se uma tendência da legislação em mitigar tais riscos com a permissão de inserção de cláusulas compromissórias de arbitragem em contratos de concessão e de PPPs (art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/95, inserido pela Lei nº 11.196, de 2005; art. 11, III, da Lei Federal nº 11.079/2004).

O legislador pátrio acabou por reconhecer que a utilização da arbitragem em tais contratos pode ser benéfica para sua estruturação financeira.

Com a utilização da arbitragem, espera-se que a segurança jurídica do investidor privado prepondere diante das oscilações políticas inerentes à gestão do Poder Público. Em suma, a lei presume que a submissão dos conflitos à arbitragem pode vir a ser um fator de redução dos riscos do investimento, garantindo, assim, uma redução do custo do capital investido:

(...) sabe-se que os contratos de PPPs são investimentos de longa maturação. O parceiro privado é instado a fazer significativos aportes em projetos de interesse público, os quais gerarão a respectiva amortização e os lucros depois de longo período. Não se assemelham às tradicionais

7 CORRÊA, Priscila Pereira Costa. *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

8 Relatório “Doing Business – 2018”, disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>>

empreitadas de obra ou serviço público, em que a pessoa contratada executa o contrato e, de imediato, obtém a respectiva remuneração. Os ganhos são realizados no longo prazo. Em contratos como esses, que envolvem projeções de receitas e despesas para 10, 20 ou 30 anos, qualquer erro ou desvio nos fluxos de caixa pode importar danos irreversíveis (um déficit mínimo no primeiro ano gera resultados exponenciais desastrosos no longo prazo). Logo, isso implica a necessidade de segurança jurídica reforçada, inclusive em casos de conflitos de interesses. Torna imprescindível a celeridade na resolução dos conflitos – preferencialmente, numa só instância decisória.

Ocorre que o Poder Judiciário brasileiro – quem diz isso é o próprio Conselho Nacional de Justiça – CNJ – está abarrotado de processos. São milhões de litígios, com as mais diversas configurações, os quais são unidos por três características comuns: a longa duração, os múltiplos níveis decisórios e a ausência de homogeneidade no tratamento das causas. Caso haja litígio entre poder concedente e concessionária e caso esse conflito de interesses se protraia no tempo, o resultado será trágico para o projeto de interesse público consubstanciado na PPP. De imediato, quem sofrerá severas perdas serão os usuários dos serviços e, depois de longo tempo, os contribuintes (que arcarão com os custos do precatório judicial). Isso sem se falar na confiança de futuros investidores em projetos dessa ordem. O que exige a institucionalização de soluções alternativas ao Poder Judiciário, a fim de que o projeto concessionário seja mantido íntegro e resista às intempéries⁹.

Carlos Alberto de Salles anota que a inserção de cláusula compromissória acarreta uma presunção de tornar o negócio com o Estado “mais atrativo”:

A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito

9 MOREIRA, Egon Bockmann. *Arbitragem e PPPs, Direito do Estado*, 2015, 49 - <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-e-ppps>

especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tonar atrativo o negócio com o Estado¹⁰.

Verifica-se, pois, que arcabouço normativo criado na década passada cuidou de mitigar eventuais entraves decorrentes da (*falta de*) confiança do investidor privado no Poder Público.

Nesse contexto, vários contratos de PPPs foram celebrados no Estado de São Paulo com cláusulas compromissórias para solução de possíveis conflitos.

A título de exemplo, no contrato de concessão patrocinada nº 015/2013, que tem por objeto a construção e a operação da Linha 6 – Laranja de Metrô (Concorrência Internacional nº 004/2013, Processo STM nº 000770/2012), resta clara a opção pela submissão dos conflitos à arbitragem:

54.5 As partes contratantes poderão submeter à arbitragem os seguintes conflitos:

- (i) reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (ii) aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO;
- (iii) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes;
- (iv) cálculo e aplicação do reajuste;
- (v) acionamento dos mecanismos de garantia;
- (vi) valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual.

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

10 SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

Ocorre que, se em um momento inicial imperava no Brasil a desconfiança em relação ao cumprimento dos contratos por parte do ente público, posteriormente passou a se observar uma tendência mundial de *desconfiança da conduta das empresas privadas em suas relações com o Estado*, em especial após o estouro do escândalo dos carteis da Siemens, iniciado em meados da década de 2000, no qual a empresa alemã chegou a pagar mais de um bilhão de dólares em multas na Alemanha e no Estados Unidos¹¹.

A partir de 2008, a Siemens passou a colaborar com as autoridades nas investigações, adotando uma rígida política de *compliance* que atualmente é considerada como *benchmarking*.

Em 2013, o escândalo de corrupção da Siemens chega ao Brasil, após a empresa confessar ter participado de diversas licitações fraudulentas de grande vulto em território nacional em acordo de leniência celebrado com o CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Nesse novo contexto, com o pêndulo tendendo para a desconfiança das empresas privadas em face das denúncias de corrupção, foi aprovada no Brasil a lei anticorrupção (Lei Ordinária nº 12.846/13), que aplica severas sanções administrativas e civis às empresas consideradas corruptas, além de atribuir um tratamento diferenciado às empresas que possuem programas de “compliance”.

O resultado mais marcante do novo panorama legal foi a condução da chamada operação “Lava Jato”, iniciada em março de 2014, cujas consequências para inúmeros empresários e políticos ainda não são passíveis de estimar, dado o volume de informações ainda pendentes de apuração até a presente data.

O fato é que, dentro dessa linha do tempo traçada, verifica-se que a assinatura do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 se deu no limiar da guinada ocorrida na mudança dos paradigmas vigentes. Passou-se rapidamente da presunção de *desconfiança* do investidor privado que outrora vigia (que gerou a previsão da arbitragem para as PPPs) para o estouro de escândalos de corrupção nos quais estavam envolvidas grandes empresas que participavam com regularidade dos projetos de infraestrutura no Brasil.

11 Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,corrupcao-faz-siemens-pagar-mais-de-us-1-bilhao-em-multas,294537>>.

Assim sendo, todas as cautelas (voltadas à proteção do investidor privado) tomadas pelo Estado de São Paulo não impediram que a execução do contrato de concessão patrocinada da Linha 06 fosse paralisada, estando atualmente em processo de caducidade¹².

A existência de cláusula compromissória de arbitragem não impediu, ademais, a judicialização entre as partes, em vista do ajuizamento de ação de rescisão contratual pela Concessionária, cuja fase instrutória ainda se encontra em seu início¹³.

A questão de fundo encontra-se ainda pendente de decisão definitiva, mas já é possível inferir que a causa principal que levou a tal desfecho no contrato foi a ausência de captação de recursos pela Concessionária. Segundo consta de relatório do Tribunal de Contas da União, a Concessionária não obteve o financiamento de longo prazo junto ao BNDES pelo envolvimento de seus acionistas em fatos desabonadores investigados na chamada “Operação Lava-Jato”, que implicou aumento de seu risco reputacional e creditício¹⁴.

O cenário nacional se alterou, com um notável aumento da preocupação das empresas (ao menos aparentemente) com a adoção de boas práticas de governança corporativa e *compliance*¹⁵, mormente após os escândalos acima citados e as modificações legislativas, em especial após o advento da Lei Anticorrupção¹⁶.

12 Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/governo-de-sp-inicia-processo-para-encerrar-contrato-com-responsaveis-pela-linha-6-laranja-do-metro.ghtml>>.

13 Processo nº 1002909-09.2018.8.26.0053, 16ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital, SP.

14 Relatório de nº 024.399/2016-7, disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/2439920167.PROC%2520/%2520/DTRELEVANCIA%2520de%2520C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>.

15 “Falar em boas práticas de governança corporativa e compliance virou o assunto da moda, considerando todos os acontecimentos de corrupção e práticas antiéticas que envergonham o país e, principalmente, a ânsia pela busca de instrumentos capazes de transformar o cenário de incertezas e de desigualdades que temos visto, repetidamente, na mídia e nas redes sociais, todos os dias”. (Andrea Wiezbicki Strapasson, “Boas práticas de governança corporativa e compliance, uma necessidade real e imediata”. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286438,31047-Boas+praticas+de+governanca+corporativa+e+compliance+uma+necessidade>>.

16 Disponível em: <<https://www.valor.com.br/carreira/5021804/onda-de-denuncias-de-corrupcao-faz-compliance-ser-fundamental>>.

Num exercício de futurologia, na junção dos dois momentos históricos acima descritos (1. prestígio ao investidor, com o regime das PPPs e Arbitragens; e 2. Escândalos de corrupção e *compliance*) é possível inferir que, ao menos no que diz respeito ao assunto ora em exposição, a tendência é que a arbitragem seja cada vez mais utilizada nos contratos de PPPs num ambiente mais saudável de confiabilidade *entre as partes envolvidas*.

Apenas para acrescer um dado para reflexão, se em relação às *partes*, nas PPPs, os mecanismos de mitigação de desconfiança já se encontram em razoável estágio de consolidação, em relação à figura das *Instituições (Câmaras) de Arbitragem* e dos próprios *árbitros* a questão ainda é tormentosa, considerando a peculiaridade de entes públicos serem julgados por árbitros não integrantes do corpo estatal.

Conforme esclarece José Nantala Bádue Freire:

... é providencial o movimento encampado pelos gestores dos centros de arbitragem nacionais no sentido de estruturar instâncias e políticas internas dedicadas ao *compliance*, inclusive através de assessorias que os auxiliem neste movimento e buscando certificações de relevo internacional sobre o tema (como é o caso da ISO 37001, por exemplo).

Como todos sabemos hoje em dia, a criação de um rigoroso programa de integridade não é apenas uma tendência de mercado ou uma medida recomendável à luz das melhores práticas de governança de qualquer instituição. Trata-se, efetivamente, de uma poderosa ferramenta de gestão, que permite a qualquer instituição não apenas melhor e mais rapidamente atacar desvios de conduta dentro de sua organização, mas aprimorar, constantemente, as suas práticas de gestão, conhecendo, de forma mais rápida e ampla, os pontos de atenção que carecem de melhorias, não apenas no diuturno esforço de combate a práticas ilícitas, mas com vistas a uma gestão mais transparente e eficiente.

Finalmente, centros de arbitragem que estejam melhor estruturados com relação ao seu programa de integridade servirão de *benchmark* para o mercado brasileiro como um todo e terão, fatalmente, relevante vantagem competitiva sobre os outros. Isso sempre é assunto de primeira importância para qualquer tipo de contratação/interação com o poder público e, também, com grupos multinacionais que já incorporaram o *compliance* em seus DNAs corporativos, preferindo

fazer negócios com fornecedores e parceiros que partilham dessa premissa¹⁷.

A preocupação já é notada na Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), que divulgou nota informativa às partes e aos tribunais arbitrais que lista uma série de medidas de *compliance* por ela implementadas¹⁸.

Muito há que ser discutido, mas espera-se que essa onda de boas práticas e *compliance*, que hoje é regra nas empresas, seja estendida às Câmaras e aos árbitros no exercício de seu mister. Diante da complexidade de tais relações jurídicas e a natureza *sui generis* da atribuição reservada aos julgadores privados, a mera positivação de normas de impedimento e suspeição¹⁹ parecem insuficientes, por ora, para garantia de um ambiente de efetiva cooperação e confiabilidade entre todos os entes envolvidos.

3. A EXPERIÊNCIA COM “CLÁUSULAS ESCALONADAS” NO ÂMBITO DO SETOR RODOVIÁRIO

A rápida resolução dos conflitos havidos no curso da execução contratual é comumente apontada como uma das vantagens da adoção do procedimento arbitral, quando em comparação com a completa tramitação processual no âmbito do Poder Judiciário. Do mesmo modo, indica-se como ponto positivo a abordagem técnica específica (não jurídica) dos litígios. Em contrapartida, o alto custo do procedimento destaca-se como um de seus principais inconvenientes.

Nessa ordem de ideias, de grande relevância é a avaliação de inclusão e, se o caso, da redação a ser conferida às chamadas cláusulas escalonadas, as quais podem prever meios autocompositivos de solução de controvérsias como etapas prévias à instauração da arbitragem propriamente dita, opção presente em alguns contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de São Paulo.

17 FREIRE, José Nantala Bádue. *A arbitragem e o compliance na realidade brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira>> Acesso em: 18 jul. 2019.

18 Disponível em: <<https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-icc-compliance-portuguese.pdf>>.

19 As diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional integram o arcabouço.

Com efeito, é comum a previsão de métodos autocompositivos, por meio dos quais as próprias partes poderiam alcançar a solução do litígio, como fases preliminares à instauração do procedimento arbitral, culminando, a um só tempo, com o deslinde célere da lide e com menores custos frente aos dos procedimentos arbitrais.

Como preleciona Selma Maria Ferreira Lemes²⁰:

(...) a cláusula escalonada é aquela que além de estabelecer a arbitragem, prevê a obrigação positiva de se submeter ao procedimento prévio de mediação ou conciliação. Enquanto a arbitragem é uma forma heterocompositiva de solução de conflitos, na qual o árbitro decide a controvérsia de forma vinculante, as demais formas (mediação e conciliação) são autocompositivas, ou seja, são as partes auxiliadas por terceiros (mediador ou conciliador) que alcançarão um acordo.

Os procedimentos são diferentes, mas harmônicos e consecutivos.

(...)

Uma cláusula escalonada não exclui nenhum dos institutos: ambos devem ocorrer seguindo a ordem, primeiro a mediação e após a arbitragem. A discussão doutrinária e jurisprudencial que se trava em matéria de cláusula escalonada se refere a seus efeitos no procedimento arbitral

(...)

A questão que se coloca é saber se a mediação ou conciliação prévia à arbitragem é uma condição contratual ou um pressuposto processual, exclusivamente direcionados aos reflexos no procedimento arbitral. Se não for acatada a mediação prévia, representaria inadimplemento contratual (condição contratual)? Seria condição obrigatória para o processo arbitral se iniciar (pressuposto processual)? É por isso que se recomenda que a cláusula escalonada tenha redação adequada.

No âmbito do Estado de São Paulo, há a adoção, por diretriz-padrão, das chamadas cláusulas de tratativa negocial, a estimular a resolução amigável dos litígios havidos no curso da execução contratual. No entanto, tais previsões não se confundem com as cláusulas escalonadas acima conceituadas, as quais, como dito, preveem de maneira concreta

20 *Acordo de acionistas – Sistema de Solução de Conflitos. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 7 (abril/junho 2016).*

a obrigatoriedade de adoção precedente de procedimentos tendentes à solução autocompositiva dos litígios, para que, caso frustradas (ainda que parcialmente), seja franqueado o início da arbitragem.

De fato, o cunho obrigatório tem por finalidade não tornar inócua a disposição contratual, haja vista que, diante de conflitos envolvendo vultosos valores e, normalmente, desgastes cooperativos entre as partes, a mera faculdade de observância a soluções negociais poderia não se efetivar na prática.

Nesse sentido, importante registrar recente decisão proferida pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, no bojo da Apelação nº 0001233-28.2013.8.26.0043, que declarou a nulidade de sentença arbitral ante a não comprovação de cumprimento de necessária etapa negocial em contrato que continha cláusulas escalonadas²¹, valendo transcrever o seguinte excerto do Acórdão exarado:

Sem observar as disposições contratuais acima descritas, a apelada em 22 de julho de 2011 apresentou requerimento de arbitragem perante a ARBITAC – Câmara de Arbitragem da Associação Comercial do Paraná, com base na citada cláusula 15 do contrato²².

21 Em alinhamento com o estatuído no artigo 23 da Lei nº 13.140/2015.

22 CONTRATO DE OPERAÇÃO PORTUÁRIA

14 – SOLUÇÃO AMIGÁVEL DE CONTROVÉRSIAS

Antes de dar início a procedimentos formais de solução de controvérsias, as PARTES comprometem-se, em primeiro lugar, a tentar resolvê-las amigavelmente, da seguinte forma:

a) Mediante solicitação escrita de uma das PARTES, cada Parte deverá nomear um representante, os quais deverão reunir-se com a frequência que as PARTES julgarem necessária, a fim de coletar e fornecer reciprocamente todas as informações relativas à questão em pauta que as PARTES acreditem ser apropriadas à sua solução. Os representantes deverão discutir o problema e tentar solucionar a controvérsia sem a necessidade de qualquer procedimento formal; ou

b) Procedimentos formais para a solução de uma controvérsia não poderão ser iniciados até que os representantes designados pelas PARTES concluam de boa-fé, no prazo de 30 (trinta) dias, que uma solução amigável, através de negociações continuadas, não parecer provável.

15 – ARBITRAGEM

Se qualquer controvérsia entre as PARTES surgir e não for solucionada por acordo mútuo, nos termos da Cláusula acima, essa controvérsia deverá ser definitivamente resolvida por arbitragem de acordo com o Regulamento da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC, por três árbitros, os quais deverão ser indicados segundo as normas do referido Centro de Arbitragem. O local da arbitragem será na cidade de Antonina/PR e o idioma será o português.

Portanto, diferentemente da conclusão posta na sentença de primeiro grau, entendo que a aventada *inércia* da apelante em resolver a controvérsia de forma amigável não tem o condão de afastar o pleito anterior de arquivamento do procedimento arbitral e, via de consequência, de nulidade da sentença arbitral (art. 32 da LA).

(...)

Com efeito, a análise em questão não se trata de revisar o mérito da sentença arbitral, mas sim de verificar a legalidade do procedimento adotado naquela jurisdição, maculado evidentemente pela inobservância de disposições contratuais previamente estabelecidas (autonomia da vontade) e na inversão irregular de ônus probatório comparável à obrigação de produzir prova impossível.

(...)

Em conclusão, afasto a preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, dou provimento ao recurso e julgo procedente a presente ação declaratória para anular a sentença arbitral, em respeito aos princípios da arbitragem e às disposições contratuais estabelecidas entre as partes, devendo ser observada no caso a regra da cláusula 14 para solução do litígio.

Como cediço, as contratações realizadas pela Administração Pública possuem diversas peculiaridades que devem ser consideradas quando da redação das cláusulas contratuais, a refletir, também, naquelas destinadas à solução de divergências. Nesse sentido, Selma Maria Ferreira Lemes²³ afirma:

As previsões contratuais quanto às formas de solução de controvérsias para determinados setores podem ser descritas como *tailor-made*, sob medida, posto que se afinam às peculiaridades da área, tais como as presentes em contratos de engenharia, contratos de concessões de obras públicas e parcerias público-privadas. Esses contratos elegem formas diversas de solução de conflitos, combinando mediação, *dispute boards*,

Cada uma das PARTES obriga-se a cumprir suas obrigações consoante o presente Contrato, enquanto qualquer controvérsia estiver sendo solucionada, salvo se a questão controvertida impedir totalmente o cumprimento da obrigação, sendo certo que controvérsias sobre pagamento não serão consideradas impeditivas de cumprimento de obrigação.

23 *Acordo de acionistas – Sistema de Solução de Conflitos. Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 7 (abril/junho 2016).*

arbitragem e foro. A complexidade da matéria objeto do contrato e a minimização de custos são as razões preponderantes para incentivar os usos dos métodos alternativos e a combinação com as eleições de foro. São contratos que adaptam o sistema de solução de controvérsias aos interesses das partes e às disposições legais específicas.

Note-se, por exemplo, que no Contrato de Concessão Patrocinada da Rodovia dos Tamoios, cuja modelagem revela-se bastante peculiar (a dizer, o início da concessão e, portanto, da operação da via pelo concessionário, se dá concomitantemente à execução de obras integrantes do sistema rodoviário, tanto pelo Parceiro Público como pelo Parceiro Privado), a qual pode facilitar, ou mesmo estimular, o surgimento de contendas, há a conjugação de cláusulas de tratativas negociais²⁴, discussões técnicas²⁵ e arbitragem²⁶. Esta, obviamente, destinada a litígios que envolvam direitos disponíveis, paralelamente ao tratamento conferido aos pleitos administrativos de reequilíbrio econômico-financeiro²⁷.

Pois bem. De prêmio, cumpre ressaltar que a opção feita pela Administração Estadual em aludido ajuste foi no sentido de estabelecer uma etapa negocial antecedente obrigatória à instauração da arbitragem.

Assim, o escalonamento previsto em tal avença determina que a parte interessada deverá notificar a outra para realização de reunião entre seus representantes com vistas à solução da controvérsia, e, caso esta não se realize ou não haja consenso, qualquer das partes poderá, então, solicitar a formação de um Tribunal Arbitral²⁸.

Poder-se-ia indicar como vantagem da autocomposição, ainda que parcial, uma possível redução de custos do procedimento arbitral. Nada

24 V.g., cláusulas 53.1 e 53.2.

25 V.g., cláusulas 53.3 a 53.12.

26 Cláusula 54.

27 Cláusulas 26 a 28.

28 Cláusula 54.1 “As Partes se comprometem a buscar solução amigável para qualquer Controvérsia surgida ao longo da execução deste Contrato. Em caso de Controvérsia, representantes das partes se reunirão, dentro de 10 (dez) dias úteis contados da notificação de qualquer uma das Partes à outra, estabelecendo a Controvérsia, com vistas a solucioná-la. Caso a reunião não ocorra ou as Partes não cheguem a um consenso em até 10 (dez) dias úteis após a realização da reunião, qualquer uma delas poderá solicitar a formação de um Tribunal Arbitral.”

obstante, não se pode perder de vista que os gestores devem se acautelar técnica e juridicamente quanto ao deferimento de pleitos de forma administrativa, fundamentando e motivando suas decisões, de maneira a evitar posteriores questionamentos pelos órgãos de controle.

De outro lado, o contrato faculta a instauração de eventual junta colegiada, competente para emissão de relatórios não vinculantes, quanto a divergências de natureza técnica envolvendo as obras previstas no ajuste, não configurando, pois, pressuposto para a válida instauração da arbitragem. E é nesta seara, vale dizer, das divergências de natureza técnica, que exsurge a grande maioria dos litígios em contratos de infraestrutura.

Tal mecanismo se aproximaria de um *dispute review board ad hoc*, posto passível de ser instaurado para controvérsias técnicas pontuais, cujos relatórios teriam caráter não obrigatório, conquanto, de acordo com as regras do contrato, seja composto por profissionais “preferencialmente envolvidos nas atividades relacionadas à execução da(s) obra(s), podendo ser escolhidos, inclusive, profissionais vinculados às partes²⁹” o que o afastaria do conceito tradicional de *dispute board*, bem como poderia levar à indagação de qual seria o estímulo para sua instauração, haja vista tratar-se de procedimento facultativo, sendo o colegiado composto por técnicos vinculados às partes e, destarte, suscetíveis de parcialidade.

De acordo com Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado³⁰, o “amálgama contratual diferente” trazido pelas “características próprias à arbitragem, associadas especialmente à ideia de um pacto de confiança e cooperação” entre as partes contratantes, “estimula o desenvolvimento de um ambiente contratual de maior proximidade e autonomia entre os contratantes. Um verdadeiro refúgio contratual que incentiva uma dinâ-

29 Note-se que, de acordo com a definição da CAM-CCBC, “O *dispute board* é um mecanismo de solução de controvérsias que busca resolver conflitos na área corporativa, especialmente com relação a contratos de longa duração como os contratos de construção civil. Ele é formado por um comitê, composto por um ou mais profissionais independentes, que acompanham de forma periódica o andamento do contrato. Dessa forma, o *dispute board* proporciona uma espécie de gerenciamento que previne o acirramento das divergências e conflitos oriundos do desgaste natural das relações entre as partes envolvidas”. In: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/>>. Acesso em 25 de novembro de 2018.

30 *A Economia da Arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 225.

mica própria, não adversarial”, o que, em última análise, justificaria a inserção das diversas previsões acerca de métodos autocompositivos de solução de divergências (mesmo que não obrigatórios).

Contudo, como menciona aludida doutrinadora,

Se por um lado a teoria permite efetivamente atribuir à arbitragem todas essas funcionalidades, mediatas e imediatas, é bem verdade que teoria e realidade podem não ser totalmente coincidentes. Para uma análise crítica e atual em torno dessas economias contratuais da arbitragem, exige-se o suporte empírico para identificação e verificação da ocorrência real dessas potencialidades.

Assim, somente a partir de verificações empíricas é que, de fato, será possível aferir se todos os ganhos conceituais mencionados pela doutrina entusiasta do instituto da arbitragem serão passíveis de concretização pela Administração Pública na vida real.

4. A EXPERIÊNCIA COM CONDENAÇÕES ARBITRAIS: A QUESTÃO DOS PRECATÓRIOS

Um fator frequentemente esquecido nos comentários sobre o uso de arbitragem pela Administração Pública é a forma do pagamento da eventual condenação fazendária.

Para alguns, os ares de “modernidade” da arbitragem e suas promessas de “celeridade” e “desburocratização” implicariam, quase intuitivamente, a supressão do regime de pagamentos pelo sistema de precatórios. Para outros, do ponto de vista do direito positivo, não há como se extrair outro entendimento senão o de que as sentenças arbitrais condenatórias de obrigação de pagar devem seguir a regra dos precatórios.

4.1. A incidência da regra constitucional do regime de precatórios

Em 2017, essa questão foi colocada à consulta da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo³¹, por ocasião de sentença arbitral que

31 Procedimento GDOC nº 18488-272258/2017.

julgou indevidas determinadas retenções de pagamento, feitas pelo Estado, ao longo de execução de determinado contrato, celebrado no âmbito do setor de transportes metropolitanos. No caso concreto, discutiam-se questões que ultrapassam os propósitos da presente exposição – como, por exemplo, a natureza da decisão arbitral, se declaratória ou condenatória, e, neste caso, a natureza da condenação, se de *obrigação de pagar quantia* ou de *obrigação de fazer*. Para fins da presente exposição, importa indicar a premissa fixada na referida consulta, no sentido de que as sentenças arbitrais condenatórias em obrigações de pagar quantia devem ser cumpridas com observância ao regime constitucional de precatórios:

SENTENÇA ARBITRAL. CONDENAÇÃO DE PAGAMENTO EQUIVALENTE A VALOR RETIDO EM CONTRATO ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO PELA FAZENDA PÚBLICA. APLICABILIDADE DA REGRA DE PRECATÓRIOS. 1 – O cumprimento de sentenças condenatórias de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública deve observar a regra dos precatórios. Sentenças arbitrais e judiciais constituem títulos executivos de idêntica natureza (jurisdicional) e eficácia (título executivo judicial) e estão submetidas às mesmas regras e procedimentos em matéria de execução, voluntária ou forçada. 2 – A sentença judicial ou arbitral condenatória de pagamento equivalente ao valor que fora retido pela Administração na execução de contrato administrativo deve ser cumprida com observância à regra dos precatórios³².

De fato, conforme apontado naquela consulta, o Código de Processo Civil (Lei Federal nº 13.105/2015) qualifica as sentenças arbitrais como título executivo *judicial* e a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/1996) é expressa no sentido de que sentença arbitral produz “os

32 Ementa da Manifestação nº 1/2017 da Assistência de Arbitragens (subscrita pelos procuradores Bruno Megna e Fábio Gastaldo), aprovada pelo Subprocurador-Geral do Contencioso (Dr. Fernando Franco), na qual se ratificou o entendimento dos Pareceres CJ/STM nº 187/2016 e 29/2017 (subscritas pelos procuradores Diego Cardoso e Thiago Nunes) e a qual foi ratificada pelo Parecer SubCons nº 62/2018 (subscrito pelo procurador André Junqueira), aprovado pela Subprocuradora-Geral da Consultoria (Dra. Cristina Mastrobuono), no procedimento GDOC nº 18488-272258/2017. – A questão se encontra *sub judice*, nos autos do Processo nº 1053854-97.2018.8.26.0053 (2ª Vara da Fazenda Pública da Capital do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder *Judiciário*”, de modo que é perfeito o enquadramento da sentença arbitral à regra dos precatórios prevista na Constituição Federal, a qual se aplica a todos os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas em virtude de sentenças *judiciárias*. Grifa-se:

Lei de Arbitragem – Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Código de Processo Civil – Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) VII – a sentença arbitral;

Constituição Federal – Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A doutrina ratifica o entendimento de que a identidade dos efeitos das sentenças arbitrais e judiciais implica a identidade de procedimentos executivos, afirmação esta que não se altera quando uma das partes é a Fazenda Pública. Nesse sentido:³³

(...) admite-se a possibilidade de entes públicos se submeterem à arbitragem. E a origem do título, se judicial ou arbitral, neste caso, não altera o procedimento da efetividade da sentença condenatória da Fazenda Pública³⁴.

33 No mesmo sentido: TONIN, Maurício Morais. *Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem*. Tese (Doutorado) orientada por Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 216.216; ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) orientada por Marcelo José Magalhães Bonício. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016, p. 228; OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 44, p. 150-171. São Paulo: RT, jan./mar. 2015, p. 169; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: o processo devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação (Mestrado) orientada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017, p. 258 [na versão editada: _____. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 284].

34 CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 379.

São os efeitos da sentença arbitral que, nos termos da lei, equiparam-se aos da sentença judiciária. A sentença arbitral é uma decisão de caráter privado ao qual a lei confere o *status* de sentença judiciária e que, por esta razão, não pode produzir efeitos além dos que uma sentença prolatada por magistrado possui quando decide uma lide. (...) O processo de execução deve obedecer às regras do artigo 100 da Constituição de 1988 e do Código de Processo Civil³⁵.

Por outro lado, há de se reconhecer que eventual execução da sentença arbitral no tocante ao pagamento de quantia certa se realizará em juízo e, portanto, não poderá fugir do regime constitucional de precatórios (CF, art. 100)³⁶.

(...) a sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada ainda que se trate de arbitragem³⁷.

A jurisprudência, finalmente, tem igual ratificação do entendimento de que o cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública se dá de forma idêntica. No Tribunal de Justiça de São Paulo há, nesta data, dois procedimentos de cumprimento de sentença arbitral, que seguem o procedimento dos artigos 534 e seguintes do Código de Processo Civil, que envolvem pessoas jurídicas de direito público do Estado de São Paulo³⁸.

No mesmo sentido, o Decreto do Estado do Rio de Janeiro nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, prevê expressamente que o pagamento das obrigações de pagar condenações pecuniárias impostas por sentenças arbitrais à Fazenda Pública deve ocorrer pela sistemática constitucional dos precatórios, conforme previsto no artigo 100 da Constituição da República:

35 MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 162-163.

36 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. In: CAHALI et al. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 286

37 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 649.

38 Autos nº 1047237-63.2014.8.26.0053 (13. Vara da Fazenda Pública da Capital), 1046529-13.2014.8.26.0053 (unidade de processamento de execuções contra a Fazenda Pública da Capital).

Art. 15 – Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República.

Parágrafo Único – Na hipótese de que trata o caput, a parte interessada solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso, observadas, no que couber, as disposições do art. 534 e seguintes do Código de Processo Civil.

A ideia central, portanto, é a de que as sentenças arbitrais, na medida em que têm natureza e efeitos de título executivo *judicial*, não podem ser tratadas *nem menos nem mais* do que uma sentença judicial.

Nesta linha de raciocínio, a minuta de decreto submetida à consulta pública pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo prevê o tratamento igualitário entre sentença arbitral e sentença judicial para fins de cumprimento:³⁹

Artigo 9º – As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária serão cumpridas conforme o regime de Precatórios ou de Obrigações de Pequeno Valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais.

O objetivo dos referidos decretos, obviamente, não é o de inovar a legislação federal, mas o de deixar claro a interpretação dada pelos respectivos entes a respeito do direito já posto. Tal previsibilidade quanto à interpretação administrativa sobre essa questão é fundamental, dado que há quem insista em requerimentos administrativos em que se pleiteia seja dada interpretação diversa a este respeito. Com os referidos decretos, a orientação interpretativa passa a ser conhecida desde logo, de forma previsível e expressa: a sentença arbitral vale tanto quanto a sentença judicial, para todos e quaisquer efeitos.

39 ESTADO DE SÃO PAULO. Minuta de Decreto que “Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Direta e suas autarquias sejam parte”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=3900>>. Acesso em 27/01/2019.

4.2. A questão dos fundos garantidores para satisfação de sentença arbitral

Uma outra questão que se coloca é a possibilidade de serem utilizados fundos especiais para a satisfação de obrigações de pagar impostas em sentença arbitral. Tal hipótese foi proposta por FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMANN, pensando especialmente no fundo garantidor das parcerias público-privado, existente no âmbito federal (art. 8º, I da Lei nº 11.079/2004)⁴⁰.

Conforme aponta MARCOS VINICIUS ARMANI ALVES, o uso do fundo federal para este propósito dependeria de alteração legislativa, pois, atualmente, sua lei regulamentadora o reserva para pagamento de “título exigível aceito” e “débitos constantes de faturas emitidas (...) desde que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado” (art. 18, § 5º, I e II da Lei nº 11.079/2004)⁴¹. Na medida em que a sentença arbitral só tem lugar em casos de pretesão resistida discutida em contraditório, pressupondo, portanto, rejeição expressa motivada, não nos parece que a legislação federal contemple a possibilidade de se valer do fundo garantidor de parcerias público-privadas para satisfação de obrigações de pagar impostas em sentença arbitral⁴².

No caso do Estado de São Paulo, embora não exista um fundo como o federal, há, na sua Administração indireta, sociedade de economia mista (Companhia Paulista de Parcerias – CPP) autorizada a “assumir, total ou parcialmente, direitos e obrigações decorrentes dos contratos [vinculados a parcerias público-privadas]” (art. 15, II da Lei nº 11.688/2004 do Estado de São Paulo). Não há a limitação, existente no âmbito federal, para a satisfação de débitos não rejeitados. Não quer isso dizer, porém, que o acesso aos recursos desta companhia sejam de livre acesso

40 WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64. p. 116-137. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2009. p. 116.

41 ALVES, A *Fazenda Pública na arbitragem* cit., 2016. p. 228.

42 Em sentido próximo: MAROLLA, *A arbitragem e os contratos da Administração Pública* cit., 2016. p. 169, em que, porém, afirma que a autorização da Lei nº 11.079/2004 para que os recursos do fundo garantidor de PPP cubram obrigações contratuais não abarca a obrigação decorrente de condenação por sentença arbitral, a qual precisaria de específica autorização para tanto.

para qualquer credor de contratos de parcerias público-privadas com o Estado de São Paulo: a uma, porque Estado e CPP são pessoas jurídicas diferentes e esta não responde pelos débitos daquela senão quando se comprometer expressamente a fazê-lo; a duas, porque é preciso conformar este acesso com a lógica constitucional, a qual restringe esta hipótese à satisfação de créditos assegurados por garantia dada prévia e validamente, até o limite do valor dado em garantia.

De fato, a despeito da opção legislativa, parece-nos mais importante compreender a lógica que se coloca para a satisfação de obrigação de pagar em face da Administração Pública.

Em primeiro lugar, conforme dito anteriormente, a sentença arbitral vale tanto quanto a sentença judicial, para todos os efeitos. Logo, deve-se ter como premissa que sentenças arbitrais e sentenças judiciais compartilham o mesmo universo de meios de cumprimento. Não se pode constituir instrumento de satisfação de sentença arbitral que, em tese, também não se prestasse ao cumprimento de sentença judicial; ambas são títulos executivos de mesma natureza.

Em segundo lugar, deve-se ter em vista que o regime constitucional de precatórios estabelece a diretriz, da impessoalidade no pagamento dos credores fazendários, e de ser concretizada por meio do respeito à ordem cronológica de vencimentos das dívidas. Garante-se, assim, aos credores da Fazenda Pública, acesso igualitário às verbas orçamentárias reservadas para quitação de dívidas. Tal lógica deve ser observada no cumprimento de sentenças arbitrais, assim como ocorre no cumprimento de sentenças judiciais.

Em terceiro lugar, deve-se considerar as hipóteses em que o contrato é assegurado com prestação de garantias. Neste caso, houve prévia dotação orçamentária, autorizada por lei, para satisfação de débitos até determinado valor. Conquanto haja quem entenda que esta reserva viole a lógica, acima citada, do regime constitucional de precatórios⁴³, o entendimento majoritário entende que é válida a concessão de garantias contratuais pela Administração Pública, especialmente nas hipóteses em que a própria celebração do contrato seria inviável (ou não tão vantajoso para a Administra-

43 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 767.

ção Pública) sem esse instrumento de equacionamento de riscos⁴⁴. Havendo cláusula contratual nesse sentido, portanto, a satisfação da condenação arbitral poderá ocorrer por meio da execução da garantia, até o limite do valor garantido; no que exceder tal valor, o credor deverá ser satisfeito com as verbas orçamentárias reservadas para quitação de dívidas em geral e, portanto, deverá concorrer em igualdade com os demais credores fazendários de sentenças jurisdicionais, por meio do sistema de precatórios⁴⁵.

Portanto, a satisfação de obrigações de pagar impostas por sentença arbitral à Administração Pública (i) só podem ser satisfeitas pelos mesmos meios que, em tese, também poderia satisfazer uma sentença judicial; (ii) não pode servir de quebra de isonomia entre os credores fazendários em relação ao acesso ao orçamento público reservado para o pagamento de dívidas decorrentes de sentenças judiciárias em geral; (iii) podem ser satisfeitas por meio de execução de garantias contratuais, desde que prévia e validamente constituídas, devendo observar, no que exceder o valor previamente garantido, o regime geral de pagamentos de dívidas fazendárias decorrentes de sentenças jurisdicionais, ou seja, o regime de precatórios.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo o de expor experiências do Estado de São Paulo no uso da arbitragem como método de solução de conflitos decorrentes de contratos de parcerias público-privadas.

Com relação à redação da cláusula arbitral, verificou-se que houve tentativa de transportar para tais contratos o costume (típico de contratos de construção entre pessoas de direito privado) de se incluir “cláusulas escalonadas”, associando-se a arbitragem a outros métodos de solução de conflitos. Assim, por exemplo, há contratos do Estado de São Paulo que preveem fases prévias à arbitragem com o objetivo de evitá-la ou, ao menos, reduzir o escopo da controvérsia a ser dirimida pelo processo arbitral. Tais previsões contratuais ocorrem com ou sem expressa referência a outros institutos, como *negociação*, *mediação*, *conciliação* e

44 Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____ (coord.). *Parcerias público-privadas*. p. 15-44. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43.

45 MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 291-292.

dispute boards – com destaque para este último, cuja carência de compreensão pelas autoridades públicas é inversamente proporcional à segurança jurídica e utilidade do instituto.

Com relação ao desenvolvimento do processo arbitral, verificou-se que não se pode ignorar o fato de que os contratos públicos passam por uma crise de desconfiança que se protraí no tempo em razão das reiteradas notícias de escândalos de corrupção que têm ocupado os diários dos jornais. Neste contexto, é natural que o clamor por *compliance* desses contratos perpassa todas as cláusulas dos referidos contratos; a cláusula de arbitragem não é exceção, assim como não é o procedimento que nasce da referida cláusula. Tratando-se a arbitragem de procedimento instituído pelas opções contratuais das partes, é imperioso que todos os atores envolvidos estejam em *compliance* com as boas práticas e padrões existentes, sob pena de que as mazelas que têm contaminado os contratos públicos contaminem também esse instituto de solução de conflitos.

Por fim, com relação ao cumprimento das decisões arbitrais, verificou-se que a legislação brasileira optou por dar à sentença arbitral os exatos mesmos efeitos – *nem menos nem mais* – que os da sentença judicial. A sentença arbitral, título executivo *judicial* que é, seguirá o mesmo procedimento de cumprimento que o previsto pela legislação para os demais títulos executivos *judiciais*. A origem arbitral ou judicial do título é irrelevante para este efeito. Por consequência, a satisfação de obrigações de pagar impostas por sentença arbitral à Administração Pública (i) só podem ser satisfeitas pelos mesmos meios que, em tese, também poderia satisfazer uma sentença judicial; (ii) não pode servir de quebra de isonomia entre os credores fazendários em relação ao acesso ao orçamento público reservado para o pagamento de dívidas decorrentes de sentenças judiciárias em geral; (iii) podem ser satisfeitas por meio de execução de garantias contratuais, desde que prévia e validamente constituídas, devendo observar, no que exceder o valor previamente garantido, o regime geral de pagamentos de dívidas fazendárias decorrentes de sentenças jurisdicionais, ou seja, o regime de precatórios.

O uso da arbitragem em contratos de parceria público-privadas está em fase de pleno desenvolvimento. Caberá àqueles que lidam com tais novidades imprimir seriedade e honestidade intelectual para enfrentar seus dilemas, não só em prol do sucesso do instituto, mas, principalmente, em prol do seu uso em benefício do interesse público.

6. BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA PRADO, Maria da Graça Ferraz de. *A Economia da Arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

ALVES, Marcus Vinicius Armani. *A Fazenda Pública na arbitragem*. Dissertação (Mestrado) orientada por Marcelo José Magalhães Bonício. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.546/2003*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=88B44612C6E81B68BF3BE024BEE9B6F8.proposicoesWebExterno1?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003>. Acesso em: 18 jul. 2019.

CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*, 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CORRÊA, Priscila Pereira Costa. *Direito e Desenvolvimento*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*, 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ESTADO DE SÃO PAULO. Minuta de Decreto que “Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Direta e suas autarquias sejam parte”. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/visualizanoticia.aspx?id=3900>>. Acesso em 27 jan. 2019.

FREIRE, José Nantala Bádue. *A arbitragem e o compliance na realidade brasileira*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/jose-nantala-arbitragem-compliance-realidade-brasileira>>. Acesso em: 18 jul. 2019.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

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

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: o processo devido e adequado ao regime jurídico administrativo*. Dissertação (Mes-

trado) orientada por Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem e PPPs. *Revista Direito do Estado*, vol. 29, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 44, p. 150-171. São Paulo: RT, jan./mar. 2015.

PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infraestrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. In: CAHALI et al. *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129/2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.

STRAPASSON, Andrea Wiezbicki Strapasson. *Boas práticas de governança corporativa e compliance, uma necessidade real e imediata*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286438,31047--Boas+praticas+de+governanca+corporativa+e+compliance+uma+neccsidade>>. Acesso em 29 jul. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: _____ (coord.). *Parcerias público-privadas*, p. 15-44. São Paulo: Malheiros, 2009.

THE WORLD BANK. *Relatório “Doing Business – 2018”*. Disponível em: <<https://portugues.doingbusiness.org/pt/data/exploretopics/enforcing-contracts>>. Acesso em 29 jul. 2019.

TONIN, Maurício Moraes. *Solução de controvérsias e Poder Público: negociação e arbitragem*. Tese (Doutorado) orientada por Antônio Carlos Marcato. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2016.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 64. p. 116-137. Rio de Janeiro: Governo do Estado, 2009.