



Revista Brasileira de
Alternative Dispute Resolution

RBADR

01

Ano 1 · Número 1
Jan./Jun. 2019

Publicação Semestral
ISSN: 2596-3201

Presidente

Gustavo da Rocha Schmidt

Editor-Chefe

Daniel Brantes Ferreira



CBMA | CENTRO BRASILEIRO DE
MEDIÇÃO E ARBITRAGEM

FORUM



Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018)

Gustavo Justino de Oliveira

Professor Doutor de Direito Administrativo na Faculdade de Direito da USP. Pós-Doutor em Arbitragem Internacional pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo-Alemanha) e em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). *Visiting Researcher* no Amsterdam Center for International Law da Universidade de Amsterdam (Holanda). Certificate Program in Global Arbitration Law and Practice: National and Transborder Perspectives – Queen Mary, University of London (Inglaterra). International Arbitration & Mediation Training and Assistance Institute (Iatai), Fordham Law School (New York, USA). Program on Negotiation, Harvard Law School (Boston, USA). Fundador e Coordenador do Grupo de Estudos “Arbitragem e Administração Pública” do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr (2012 – 2016). Membro da Comissão de Arbitragem e Mediação da OAB-SP. Associado à International Bar Association – IBA e à Câmara de Comércio Internacional – CCI. Coordenador Científico do Convênio Anape-EPMESC (Caesp), para capacitação e treinamento dos procuradores do estado nas áreas de Arbitragem, Mediação, *Disputes Boards* e MESC em geral (2016-). Árbitro especializado em Direito Público, atuante na CCI, CAM-CCBC, CAM-Bovespa, Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem, Camarb, Caesp e CBMAE.

Felipe Faiwichow Estefam

Doutor e Mestre em Direito Administrativo na PUC-SP. Mestre (LL.M) em Direito Arbitral pela Universidade de Rotterdam. Professor de Direito Administrativo da Cogeae/PUC-SP. Conselheiro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos (Conjur) da Fiesp. Advogado.

Resumo: Este artigo versa sobre a arbitragem como método de resolução de controvérsias entre a Administração Pública e particulares. A pesquisa analisa a minuta de decreto apresentada pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e tece considerações e recomendações para aperfeiçoar as arbitragens envolvendo a Administração Pública, a partir da edição de regulamentos de arbitragem.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Regulamentação. Cláusula compromissória.

Abstract: This article deals with arbitration as a method of dispute resolution between the Public Administration and private parties. The research analyses the minute of Decree presented by the General Attorney's Office of the State of São Paulo, and outlines considerations and recommendations for improving arbitrations involving the Public Administration, through the edition of arbitration statutes.

Keywords: Arbitration. Public Administration. Regulation. Arbitration clause.

Sumário: Introdução – **1** Regulamentação e arbitragem – **2** Comentários à minuta de proposta de regulamento de arbitragem apresentada pela PGE-SP – **3** Temas sensíveis à regulamentação: arbitrabilidade e escolha da câmara – **4** Próximos passos: a redação da cláusula arbitral – Considerações finais – Referências – Anexo único: minuta de decreto apresentada pela PGE-SP

Introdução

A arbitragem envolvendo a Administração Pública é uma realidade jurídica. Originalmente, a Lei nº 9.307, de 23.9.1996 (Lei de Arbitragem – LA) dava alguma margem de incerteza sobre a viabilidade do uso da arbitragem pela Administração, como um todo. Porém, desde 2015, com a alteração da LA pela Lei nº 13.129/2015, ficou expresso o reconhecimento legal da possibilidade de a Administração direta e indireta adotar a arbitragem.

Nessa linha, foram editados específicos instrumentos normativos sobre a arbitragem envolvendo a Administração, como a Lei nº 19.477/2011, do estado de Minas Gerais, embora anterior à Lei nº 13.129/2015, o Decreto Federal nº 8.465/2015 que regulamenta o uso da arbitragem no setor portuário e o Decreto nº 46.245/2018, do estado do Rio de Janeiro.¹

Agregue-se a este contexto a Lei nº 13.303/2016, que trata do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Esta lei estabelece, no parágrafo único do seu art. 12:

A sociedade de economia mista poderá solucionar, mediante arbitragem, as divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e acionistas minoritários, nos termos previstos em seu estatuto social.

Ainda, a Lei nº 13.448/2017 – que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública Federal – condiciona, em seu art. 15, III, a relicitação do contrato público à celebração de termo aditivo com o atual contratado, contendo obrigatória cláusula arbitral; e a arbitragem volta a ser mencionada no art. 31, *caput* e §1º da mesma lei.

Nessa evolução regulativa, o Projeto de Lei, em tramitação na Câmara dos Deputados, nº 6.814/2017, que visa alterar a Lei nº 8.666/93, é claro quanto à possibilidade de uso da arbitragem nesse regime.

Bem se nota que são diversos os instrumentos legais e regulamentares que versam sobre a arbitragem envolvendo a Administração. De fato, esse movimento é salutar, tendo em vista o fortalecimento da ideia de segurança jurídica, sobretudo

¹ Cf. igualmente Lei nº 10.885/18 do estado do Espírito Santo e o já aprovado PL nº 312/2017 do estado de Pernambuco. Ademais disso, desde 2017 agências reguladoras federais como ANP, ANTT e ANAC vêm promovendo debates públicos destinados à discussão de minutas de cláusulas arbitrais setoriais ou de resolução específica que tratem da matéria.

ditada pela recente pela LINDB – Lei nº 13.655, de 2018, cujo art. 30, *caput*, assim dispõe:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

No que tange ao estado de São Paulo, ainda falta uma normatização específica sobre a arbitragem envolvendo a Administração Estadual. Porém, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP) já apresentou uma proposta de decreto, colocada em consulta pública, a qual se aprovada converter-se-á no Regulamento de Arbitragem da Administração Pública do Estado de São Paulo, nos termos e limites ali especificados.

O presente artigo visa tecer comentários a respeito dessa minuta, apresentando algumas propostas de aperfeiçoamento e melhoria.

1 Regulamentação e arbitragem

Tratar de regulamento no cenário das arbitragens envolvendo a Administração é algo controverso.

Em primeiro lugar, nota-se que não deve haver restrição ao uso da arbitragem às hipóteses em que houver previsão expressa no edital e nos contratos, uma vez que não prosperou a proposta do Deputado Miro Teixeira, a qual pretendia acrescer à Lei nº 13.129/2015 dispositivo que restringia o uso da arbitragem à previsão no edital ou nos contratos da administração, nos termos de regulamento.

A proposta do referido deputado visava dar a seguinte redação ao art. 1º, §1º, da LA:

A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, desde que previsto no edital ou nos contratos da administração, nos termos do regulamento.

Também a favor de uma maior flexibilização da arbitragem em relação a regulamentações, o STJ sustentou que a ausência de previsão editalícia da arbitragem pode ser suprida caso as partes optem por celebrar supervenientemente um compromisso arbitral, como resultado de “ato voluntário da administração concessionária”.^{2 3} Nas palavras da Ministra Relatora Nancy Andrichi:

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 904.813/PR (2006/0038111-2). Rel. Min. Nancy Andrichi, 3ª T., pauta 20 out. 2011, j. 20.10.2011. *DJe*, 28 fev. 2012.

³ No mesmo sentido, o Enunciado nº 2 do CJF preceitua: “Ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral” (JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, 1., 22-23 ago. 2016, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho

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, [uma vez que] não se pode dizer que a licitação teria outro resultado ou dela participariam mais ou menos concorrentes unicamente pelo fato de estar ou não previsto determinado foro para solução de controvérsias.

Eis, porém, que o cenário atual conta com uma agenda voltada a viabilizar e aumentar a segurança jurídica de normas legais e contratuais. Essa busca pela racionalização da atividade pública ficou clara nas disposições da já citada Lei Federal nº 13.655, de 2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, LINDB.

Em razão disso, a proposta de regulamentação mais intensa ganhou força. Afinal de contas, a própria LINDB, como dito na Introdução, sugere a edição de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas, com o propósito de aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas (art. 30, *caput*).

De fato, a enaltecida ideia de respeito à legalidade administrativa não resolve sozinha o modo que as normas jurídicas serão implementadas. Ora, cabe à lei ditar princípios, finalidades, regras menos densas ou *standards*, e o regulamento assume a função de especificar o comando legal, de detalhar a execução legal, de descrever medidas técnicas ou variáveis.

Veja-se, na lição de José Manuel Sérvulo Correia, que há uma vinculação de conteúdo e não uma mera repetição, entre o preceito legal e o regulamentar, proporcionando ao primeiro uma execução revestida de segurança e uniformidade.⁴ É justamente esse papel que o regulamento assume no cenário das arbitragens público-privadas.

Não se quer aqui defender o obsoleto dogma da completude dos códigos e da sua capacidade de prever soluções para todos os problemas sociais.⁵ É sabido e reconhecido que tal ideia pertence ao passado e que não faz mais sentido. Afinal de contas, o exagerado culto à lei do século XIX era tal que a segurança jurídica prevalecia sobre a justiça.⁶

Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 15 fev. 2019).

⁴ CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 99.

⁵ Sobre a evolução do princípio da legalidade administrativa, ver ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Pólis; Brasília: UnB, 1989. p. 120-121.

Hoje em dia, pois, deve prevalecer os ideais constitucionais de reaproximação entre ética e direito, valorização dos direitos fundamentais, mas sem os efeitos colaterais negativos da principalização do direito administrativo, a saber: a) a frequência com que o administrador se basta em justificar a sua conduta com base em algum princípio constitucional, em desatenção ao que a legislação infraconstitucional dispõe e b) a tendência ampliada e desorganizada do exercício do controle da Administração.⁷

Nesse contexto, tem-se que, se arbitragens público-privadas estiverem alinhadas à natureza e à realidade dos contratos públicos, tendem a (i) reforçar a gestão eficiente dos contratos, fortalecendo o dever de aderência e de *compliance* das partes em relação às cláusulas e obrigações contratuais; (ii) atrair investimentos do setor privado, com a abertura da competição para novos e melhores *players*; (iii) reduzir custos de transação, desde que a sua previsão esteja combinada à existência de uma adequada matriz de risco e possa ser discutida em procedimentos prévios de MIP e MPPI; (vi) estimular a obtenção de proposta mais vantajosa formulada pelos licitantes e (v) prevenir litígios contratuais decorrentes de inexecução intencional, cláusulas e obrigações contratuais.⁸

Assim, o regulamento deve ter um papel bem peculiar, assegurando, junto com a cláusula arbitral, o planejamento estratégico da arbitragem.⁹ Um modelo institucional interessante é o dos Estados Unidos, cujo regime é delineado pelo *Administrative Dispute Resolution Act* (ADRA), que condiciona o uso da arbitragem à edição de orientações (*guidances*) pelo órgão público ou agência,¹⁰ estatuidando que:

- a agência deve considerar não usar a arbitragem se um precedente jurisprudencial definitivo sobre a questão for necessário;
- se a matéria envolve ou possa envolver questões significativas de política governamental que exijam procedimentos adicionais antes de uma decisão final;

⁷ ESTEFAM, Felipe Faiwchow. O Projeto de Lei 7.448/2017 e os novos paradigmas da administração pública. *O Estado de São Paulo (Estadão)*, 24 abr. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-projeto-de-lei-7-448-2017-e-os-novos-paradigmas-da-administracao-publica/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

⁸ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? Contraponto jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 28-44, 2018.

⁹ Nesse sentido, ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹⁰ É o que dispõe o §575 (c) do ADRA (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group. *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996*. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019).

- se houver a perspectiva de a arbitragem não gerar resultados consistentes em relação a decisões individuais;
- se a questão afetar significativamente pessoas ou organizações que não sejam partes no processo;
- se for importante ter uma documentação pública completa do processo e o processo arbitral não puder atender a isto;
- se a arbitragem interferir na autoridade da agência de alterar a disposição sobre a questão à luz de novas circunstâncias.¹¹

Especificamente quanto ao estado de São Paulo, mudanças são necessárias, já que o uso da arbitragem avançou, porém, até agora, “não decorreu de uma escolha amadurecida, que tivesse avaliado as potenciais vantagens dos métodos privados de solução de disputas contratuais”, mas de uma opção talvez pautada “em uma percepção receptiva do setor privado”.¹² Com isso na retentiva, passa-se a avaliar a minuta da proposta de regulamento em questão.

2 Comentários à minuta de proposta de regulamento de arbitragem apresentada pela PGE-SP

A Lei Orgânica da PGE-SP (Lei Complementar nº 1.270, de 25.8.2015) é expressa ao atribuir ao procurador a competência para atuar em procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública. Esta lei, em seu art. art. 23, IV, determina que cabem à área da Assistência de Arbitragens, dentro da estrutura da Subprocuradoria-Geral do Contencioso Geral, as seguintes atribuições:

- a) atuar em todos os procedimentos arbitrais de interesse da Fazenda Pública;
- b) promover a interlocução da Procuradoria Geral do Estado com os demais órgãos e entidades da Administração Estadual para subsidiar a defesa da Fazenda Pública nas arbitragens instauradas;
- c) coordenar a atuação das empresas e fundações nas arbitragens de interesse desses entes, quando não for o caso de representação direta pela Procuradoria Geral do Estado;
- d) opinar a respeito do juízo de conveniência de a Fazenda Pública submeter-se à arbitragem, prévia ou posteriormente ao conflito;
- e) emitir orientações genéricas ou específicas a respeito das questões relacionadas à arbitragem.

¹¹ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group. *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996*. §572. General authority. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.

¹² JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do estado de São Paulo*. 2017. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 238.

Diante dessas atribuições, há um conjunto de tarefas regulativas, contenciosas e consultivas que recaem aos procuradores. Quanto ao aspecto regulativo, foco das atenções, a PGE-SP apresentou a sobredita minuta de decreto,¹³ a qual deve ser recebida no meio jurídico com bons olhos, pois acompanha o momento jurídico de fortalecimento da ideia de segurança jurídica.

A minuta é dividida em sete capítulos e conta com vinte e um artigos. De um modo geral, os assuntos abordados são: (i) delimitação da arbitrabilidade subjetiva (Administração direta e autarquias); (ii) delimitação da arbitrabilidade objetiva (direitos patrimoniais disponíveis); (iii) preferência à arbitragem institucional; (iv) determinação das hipóteses em que a arbitragem pode ser escolhida pela Administração, desde que demonstrada a sua vantagem no caso concreto; (v) atribuição de competências à PGE-SP para redação da cláusula arbitral e os requisitos da cláusula; (vi) direcionamentos sobre o procedimento arbitral e sobre a escolha do árbitro; (vii) publicidade; (viii) cadastramento de câmaras arbitrais; (ix) disposição sobre a aplicação retroativa do decreto às cláusulas arbitrais anteriores, no que couber, e extensão do decreto às empresas estatais, no que for pertinente.

Bem se nota, primeiramente, que a redação do decreto está de acordo com as melhores práticas e em conformidade com a especialidade que a arbitragem recebe dentro do regime jurídico-administrativo, revelando o esmero, o zelo e a alta expertise da PGE-SP em matéria de arbitragem e de direito público.

Nesse passo, não se pode deixar de elogiar quatro pontos muito importantes da minuta. O primeiro deles é que o referido documento não adota como premissa que o pagamento dos custos do processo arbitral deva ficar, num primeiro momento ou exclusivamente, sob a responsabilidade do particular. Isso poderia gerar o risco de o particular vir a incluir valores em sua proposta, o que seria prejudicial aos interesses da Administração.

Outro ponto laudável é o que se refere à preferência à arbitragem institucional. Ainda que não haja o impedimento jurídico geral para a arbitragem *ad hoc*, entendemos que, em virtude da reforma da LA e do conteúdo da legislação federal que trata do uso da arbitragem pelo Poder Público (Decreto nº 8.465/15, Lei Federal nº 13.448/17), a arbitragem institucional revela-se mais adequada para a realidade da Administração Pública direta e indireta.

Aliás, do ponto de vista prático, é conveniente o fornecimento de infraestrutura específica para a realização de audiências, oitivas, reuniões, assim como para a conservação dos documentos a serem compulsados ao longo do processo.

¹³ A minuta pode ser visualizada em <http://www.pge.sp.gov.br/anexos.aspx>. Encontra-se, outrossim, anexada ao presente ensaio.

Ademais, a arbitragem institucional assegura que a administração da arbitragem seja feita de uma maneira mais organizada, previsível, eficiente e segura.

O terceiro ponto louvável é a regulamentação clara sobre o princípio constitucional da publicidade, materializando a clara diferença entre “privacidade” e “confidencialidade”. Vale dizer, a privacidade se refere à participação no procedimento arbitral pelas partes e os necessariamente envolvidos, facultando-se a participação de terceiros na medida do possível, ao passo que a confidencialidade diz respeito à obrigação de não divulgar informações sobre a arbitragem.

Por fim, o último ponto é a determinação do cadastramento de câmaras por meio de uma “lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos” (art. 14). Deveras, incumbe ao Estado promover e assegurar a economicidade das prestações, a adequação e a qualificação dos serviços vinculados à arbitragem, especialmente a indicação e a escolha da câmara arbitral, à qual caberá administrar o procedimento arbitral institucional.¹⁴

Dito isso, seguem-se as nossas contribuições, cujo propósito é o de trazer maiores aperfeiçoamentos ao texto sugerido. As ditas contribuições são, resumidamente: (i) consideração ponto a ponto sobre a minuta; (ii) necessidade de aperfeiçoar o sentido de arbitrabilidade objetiva e (iii) melhoramentos regulamentares sobre a escolha da câmara.

2.1 Comentários ponto a ponto

Sobre o *art. 1º*: embora o escopo do decreto seja regulamentar a arbitragem no âmbito da Administração Pública direta e autárquica, seria interessante prever que suas regras, sempre que possível, também deverão ser seguidas pela Administração indireta como um todo. Conquanto esta regra esteja no art. 19 do decreto, talvez fosse o caso de trazê-la aqui para o início do texto.

A ideia maior de um decreto regulamentador de arbitragem é parametrizar e uniformizar os procedimentos administrativos para o bom uso da arbitragem e, nesse sentido, ainda que o decreto não seja cogente para as empresas estatais, suas regras podem ter força indicativa, ao menos. Bem por isso, seria essencial que o decreto fosse inaugurado com justificativas, que acabem por informar as diretrizes principais que o regulamento pretende disseminar.

Outrossim, por que não prever arbitragem em contratos de gestão firmados com organizações sociais? Os valores são bastante expressivos, e muitas vezes a desjudicialização dos litígios é a melhor opção também para contratos com objetos sensíveis, como saúde, cultura, educação etc.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.433.940-MG*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 26.9.2017.

Sobre o *art. 2º*: as arbitragens administrativas deveriam ser sempre institucionais, em virtude dos princípios da Administração Pública. Entretanto, mesmo considerando a possibilidade da arbitragem *ad hoc*, entendemos que jamais deveriam ser arbitragem de árbitro único – cuja possibilidade nesta minuta de decreto está no *art. 4º, inc. VI* –, pela complexidade dos temas e porque decisões colegiadas acabam fortalecendo a Administração Pública contra acusações de má-fé, desvio de finalidade, parcialidade etc.

Ainda, por vezes, pode ser necessário declarar para o caso concreto a inconstitucionalidade de uma lei, por exemplo, e como um árbitro único poderia fazê-lo, nos termos do *art. 97* da Constituição Federal? E, infelizmente, os casos de árbitro único, quando a arbitragem não é instaurada por negativa das partes, acabam tendo o árbitro indicado pelo juiz de direito, o que geralmente tem se revelado catastrófico. Sugerimos retirar a arbitragem *ad hoc*, ou dizer que mesmo sendo possível a *ad hoc*, deverá sempre ter o formato de Tribunal integrado por 3 (três) árbitros.

Sobre o *art. 3º*: pensamos ser necessário esclarecer o que o decreto entende como “instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Direta e suas autarquias”, porque isso não está claro na legislação nacional nem na legislação paulista. Quais seriam os tipos de contrato? Administrativos somente? Ou contratos de direito privado firmados pela Administração? E os contratos de gestão firmados com organizações sociais?

Também não está claro se a demonstração de vantagem para que a cláusula compromissória seja elegida e inserida no contrato deve cumprir isoladamente com uma das condições do §1º do *art. 3º*, ou com ambas, cumulativamente.

O §2º do *art. 3º* também gera dúvidas, pois quais seriam as condições para a justificativa da vantagem do uso da arbitragem? Seria imprescindível apontar algumas condições que devem ser levadas em conta pelo gestor/administrador, a exemplo do que ocorre na Lei Federal nº 11.079/04, *art. 4º*, Lei das PPP. Importa também verificar se a competência fixada pelo §3º do *art. 3º* está alinhada com a regra geral do *art. 1º, §2º*, da LA.

Sobre o *art. 4º*: importante a atuação da PGE-SP na redação das cláusulas compromissórias, e parece-nos que os requisitos aqui elencados são suficientes para uma boa redação de cláusula. Somente o *inc. VI*, a escolha de árbitro único, revela-se demasiadamente arriscada, seja pela complexidade dos objetos dos litígios, seja pela necessidade de se blindar a Administração de acusações de parcialidade na escolha do árbitro único.

Em relação ao §3º, mais uma vez, importa alinhar a competência do procurador-geral do estado com a regra do *art. 1º, §2º*, da LA.

Sobre o *art. 5º*: o tema da designação de árbitros, previsto no parágrafo único do artigo, no sentido de esta dever ser precedida de aprovação do procurador-geral, igualmente demanda, a nosso ver, alguma proceduralização para a justificativa desta decisão, por exemplo, a existência de uma lista ou cadastro de árbitros da PGE-SP, e requisitos objetivos para fins de garantia do princípio da impessoalidade.

Sobre o *art. 6º*: sugerimos que, nos casos de adoção da arbitragem *ad hoc*, esta seja sempre no formato de Tribunal integrado por três integrantes, e jamais de árbitro único, pelas razões acima já elencadas.

Sobre o *art. 7º*: absolutamente elogiável a escolha de cadastramento prévio de câmaras arbitrais (Capítulo VI do decreto), e por isso o procedimento escolhido para a escolha da câmara parece ser bastante razoável. Somente propomos que haja uma fase inicial, demarcada em um prazo de 15 a 30 dias, por exemplo, para que as partes cheguem a um possível consenso na indicação da Câmara Arbitral. Em não sendo possível, a escolha recairá nos moldes previstos pelo artigo. O consenso parece-nos ser mais adequado à natureza bilateral da arbitragem.

Sobre o *art. 8º*: elogiável também a redação e conteúdo deste artigo, pois o tema das despesas acaba sendo um tema de acaloradas discussões e dificuldades, quando a requerente da arbitragem é a Administração Pública. O único ponto de melhor esclarecimento seria o de elencar, ainda que exemplificativamente, a quais despesas do procedimento arbitral o parágrafo único do artigo faz referência, para fins de melhor compreensão do gestor, nem sempre afeito à prática arbitral. Por exemplo, despesas de arbitragem não são somente as custas iniciais, mas custas com perícias, assistentes técnicos, traduções juramentadas de documentos etc.

Sobre o *art. 9º*: aqui o artigo está alinhado com a doutrina majoritária até hoje existente sobre o tema do pagamento da obrigação fixada pela sentença arbitral, nos termos do art. 100 da Constituição de 1988 (precatórios e OPV). Entretanto, entendemos não ser inconstitucional prever-se a possibilidade de cumprimento espontâneo da dívida fixada no laudo arbitral, desde que haja prévia dotação orçamentária para este fim (com rubrica própria). A nosso ver, desde que atendidas algumas condições de índole financeira e orçamentária, o pagamento espontâneo não se revela inconstitucional, ao contrário, coaduna-se melhor com a intenção de eficiência ínsita à arbitragem.

Sobre o *art. 10*: embora não seja usual nas arbitragens a condenação em honorários advocatícios, nada impede que as providências assinaladas neste artigo sejam adotadas pelos procuradores. Somente cabe uma reflexão se esta providência ou possibilidade não deve ser objeto de consenso entre as partes, previstas previamente na cláusula arbitral, ou ao menos explicitada no termo de arbitragem.

Sobre os *arts. 11 e 12*: para fins de tratamento isonômico entre os árbitros potenciais e para atender ao princípio da impessoalidade, entendemos que seria importante que a PGE-SP tivesse uma lista de árbitros – ou cadastro de árbitros, similar ao procedimento previsto nos arts. 14 a 16 do decreto – que deveriam preencher requisitos mínimos e objetivos, e que esta lista pudesse ser sazonalmente atualizada. Sem prejuízo disso, um requisito que não foi previsto no art. 12 e que obrigatoriamente deve ser previsto é o requisito da especialidade do árbitro, para evitar a escolha de árbitros com nenhuma relação com o objeto do litígio a ser resolvido na arbitragem. E a especialidade do árbitro aqui, a ser objetivamente aquilatada, deverá ser a especialidade em direito público, sem prejuízo de outras formações técnicas que possam ser exigidas caso a caso.

Sobre o *art. 13*: os sentidos de publicidade e as formas de garanti-la e assegurá-la no processo arbitral, pelo ente público, foram bem dispostas no artigo. Todavia, seria indicado que a depender do tema objeto do litígio e das características do litígio, a figura do *amicus curiae* possa ser prevista na arbitragem, e dela possa participar, com o fim de trazer maiores e melhores elementos para a resolução adequada do conflito. Além disso, no que diz respeito às audiências, o dever de privacidade pode e deve ser assegurado às partes, mas a publicidade da audiência poderá ser garantida por meio da transmissão *on-line* da audiência, *streaming* ou tecnologias similares.

Sobre os *arts. 14 a 16*: excelente a previsão de um cadastramento de câmaras arbitrais. Somente a título de inovação, e levando-se em conta que a Administração Pública é um grande *player* na arbitragem hoje, talvez fosse o caso de prever como um diferencial da câmara aquela que estipular custas mais reduzidas quando o requerente da arbitragem for a Administração Pública. Esta redução de custos e custas parece-nos salutar, e poderia servir de incentivo para a utilização da Câmara, considerando, sobretudo, que se tratam de recursos públicos a serem dispendidos.

Sobre os *arts. 18 a 21*: excelentes as disposições finais, nenhum reparo ou sugestão a ser feito.

3 Temas sensíveis à regulamentação: arbitrabilidade e escolha da câmara

Consta na LA que, se a controvérsia for relativa a direitos patrimoniais disponíveis, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir as controvérsias envolvendo a Administração Pública direta e indireta. Visando dar mais concretude ao que se entende por “direitos patrimoniais disponíveis”, a doutrina criou alguns parâmetros, destacando-se os seguintes: (i) interesses públicos primários e secundários; (ii) ato de império e de gestão; (iii) ordem pública; (iv) reconhecimento espontâneo

pela Administração de que não tem razão; (v) direitos transacionáveis ou renunciáveis; e (vi) direitos alienáveis.

Entre nós, não há um critério geral que permita definir os direitos disponíveis da Administração Pública. O que pode ser afirmado é que há diferentes graus de restrições e, pois, de indisponibilidades impostas à Administração. Assim, afastando qualquer relação maniqueísta entre a jurisdição e a arbitragem, é adequado que esta última seja aplicada a situações que revelem relações jurídicas que admitam uma maior flexibilidade, possibilidade de negociação e contratação no âmbito de operações comerciais.

De um modo geral, são arbitráveis: (i) as cláusulas econômico-financeiras e monetárias; (ii) as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro; e (iii) as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular.

Visando trazer uma concreção gradual ao direito, não basta ao regulamento repetir os termos da LA, falando em “direitos patrimoniais disponíveis”, como fez a minuta da PGE-SP, nem impedir a arbitragem de temas sobre interesse público primário, como traz o decreto do Rio de Janeiro. Isso nada agrega, apenas repete.

Assim, tanto o art. 1º da minuta de decreto da PGE-SP quanto outros decretos precisam de um melhor detalhamento material para estarem realmente afinados com os ditames de segurança e previsibilidade jurídicas que provêm da sobredita Lei Federal nº 13.655/18. Isso não quer dizer que os decretos devam limitar sobremaneira a ação administrativa concreta que elabora o contrato e a cláusula arbitral, mas que termos mais definitórios sejam traçados no regulamento, quiçá tal como ocorre nos Estados Unidos, onde cabe ao órgão público editar orientações (*guidances*) a respeito do uso da arbitragem.

Sobre a questão, convém assinalar que poder-se-iam já constar no decreto da PGE-SP alguns assuntos arbitráveis, como questões relacionadas (i) à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) à revisão de tarifas; (iii) a indenizações decorrentes da extinção de contrato; (vi) a consequências patrimoniais de penalidades contratuais e seu cálculo; (v) ao inadimplemento de obrigações contratuais. Mais detalhamentos recaíram à cláusula arbitral.

Por sua vez, quanto à escolha da Câmara, a ideia de a instituição arbitral já constar na minuta do contrato ou ser escolhida unilateralmente não parece estar em consonância com a ideia de aumento da participação popular nas decisões e medidas advindas da Administração Pública.

Assim como grafado na minuta da PGE-SP, entendemos cabível e pertinente que o estado de São Paulo adote um procedimento administrativo prévio, a fim de selecionar/credenciar/cadastrar previamente instituições arbitrais. Aliás, este

procedimento é uma tendência incorporada na ordem jurídica (art. 31, §5º da Lei nº 13.448/17, que exige regulamento do Poder Executivo para fins de credenciamento de câmaras arbitrais para os fins da referida lei). Este procedimento visa assegurar a qualificação da Câmara, de seus árbitros, de seu regulamento, assim como a conformidade do preço dos serviços com as possibilidades financeiras públicas.

Entendemos, porém, que a redação do art. 7º da minuta da PGE-SP pode gerar confusão, devendo ser aperfeiçoada. Conforme este dispositivo: “Caberá ao requerente da arbitragem escolher, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara arbitral encarregada de administrar a arbitragem, dentre as cadastradas na forma do Capítulo VI deste decreto”.

Parece que seria mais adequado que as partes contratantes, quando da assinatura do contrato, escolhessem uma câmara arbitral a ser responsável por administrar eventuais arbitragens oriundas da relação jurídica. É que a redação do art. 7º, tal como posta, pode dar azo a situações caóticas, como a instauração de diversas arbitragens, oriundas de um mesmo contrato, iniciadas em múltiplas câmaras, o que pode gerar, aliás, sentenças arbitrais conflitantes. Na esfera do estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 46.245/18 assim determina:

Art. 8º Caberá ao contratado escolher, no momento da celebração do instrumento contratual, o órgão arbitral institucional encarregado de processar a arbitragem, dentre os cadastrados, na forma do art. 14.

Parágrafo único. Caso o órgão arbitral institucional referido na cláusula compromissória deixe de manter a condição de cadastrado na forma do art. 14 deste decreto, caberá ao requerente da arbitragem a escolha da instituição arbitral dentre aquelas que constarem do cadastro.

Com base nesse decreto, recomenda-se que a redação do art. 7º da PGE-SP seja aperfeiçoada para prever que, no momento da celebração do contrato, o órgão arbitral institucional encarregado de processar a arbitragem, entre os cadastrados, seja escolhido, ao menos em um primeiro momento, em comum acordo entre as partes.

4 Próximos passos: a redação da cláusula arbitral

No que se refere à redação da cláusula arbitral, foco das atenções deste ensaio, três procuradores, em artigo científico,¹⁵ já defenderam:

¹⁵ JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

a necessidade premente de adoção de um modelo de Arbitragem padrão para as parcerias público-privadas no Estado de São Paulo, tanto como forma de garantir uma coerência dentro da Administração, como para oferecer maior segurança para a execução futura destes contratos.

Razão pela qual sugeriram um modelo de cláusula, qual seja:

1. Qualquer disputa ou controvérsia entre as partes contratantes que não seja dirimida de forma consensual ou pela Comissão Técnica será submetida à ARBITRAGEM, de acordo com a Lei federal no 9.307/96. 2. A arbitragem será institucional e realizada em língua portuguesa, com sede no Brasil e utilização da legislação de direito material nacional. 3. Os atos do processo arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo decorrentes da lei, de segredo de justiça, de segredo industrial ou quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 4. Os árbitros não poderão proferir juízo de equidade. 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) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou anuentes; (iii) cálculo e aplicação do reajuste previsto no Contrato de Concessão; (iv) acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no Contrato de Concessão; (v) valor da indenização no caso de extinção do Contrato de Concessão; (vi) inconformismo de qualquer das partes com a decisão da Comissão Técnica. 6. 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. 7. A instauração do procedimento arbitral não desonera as partes de cumprirem suas obrigações contratuais. [...].¹⁶

Em consideração às cláusulas até hoje inseridas nos contratos estaduais, tem-se que ainda não se chegou a um consenso sobre uma cláusula padrão a ser adotada, nem mesmo se uma padronização deve ser adotada. Entre nós, devem-se evitar cláusulas compromissórias de última hora e sem zelo (conhecidas como *midnight clauses*), devendo haver amplo planejamento estratégico ao se redigir as cláusulas arbitrais.

¹⁶ JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013. Os autores estudaram o contrato firmado pelo Metrô para Linha 4, o contrato firmado pela Sabesp na PPP de São Lourenço e o contrato firmado pelo DAE para Sistema de Reservatórios de Controle de Cheias.

Nesse planejamento, a Administração deve considerar que há assuntos essenciais e há assuntos acidentais às cláusulas arbitrais. Um dos mais problemáticos é o da previsão dos temas da arbitragem, sobre o qual já se propugnou a preferência pela:

redação de cláusula arbitral que contemple exemplificativamente uma lista de hipóteses e de situações em que a arbitragem irá incidir para a resolução de conflitos, obviamente desde que se trate de hipóteses relativas a direitos patrimoniais disponíveis.¹⁷

De todo modo, a Administração deve adotar, na etapa interna da licitação, todas as medidas para melhorar a qualidade, a seriedade, a determinabilidade e a clareza da cláusula arbitral. Inclusive, antes mesmo de assinar o contrato público, as partes podem afinar o texto da cláusula. Roger I. Abrams assim elucida:

Em geral, negociar previamente à arbitragem é apenas um *good bargaining*. As partes que negociam previamente à arbitragem esforçar-se-ão por clareza em seu delineamento; elas lidarão com disputas previsíveis; elas completarão o seu contrato pela inclusão de todos os pré-requisitos necessários à sua administração. Elas definirão certos termos para especificar suas intenções. [...] Finalmente, elas delinearão o escopo do poder do árbitro e estabelecer os procedimentos para o seu uso [...] Ao seguir estes nortes, as partes podem controlar sua própria criação – o tribunal de arbitragem – para que as decisões tomadas pelos árbitros sejam consistentes em relação a como as partes decidiram a disputa caso fossem por si próprias compelidas a chegar a uma final e obrigatória resolução [...].¹⁸

Assim, dentro da ideia de racionalização do direito, tem-se que uma cláusula arbitral bem redigida evita problemas no procedimento arbitral e dá mais credibilidade ao instituto.

¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Arbitragem em contratos públicos. *SLC – Solução em Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 2, n. 10, p. 7-18, jan. 2019.

¹⁸ ABRAMS, Roger I. Negotiating in anticipation of arbitration: some guideposts for the initiated. *Case Western Reserve Law Review*, v. 29, n. 2, 1979. p. 431. No original: "In general, negotiating in anticipation of arbitration is just good bargaining. Parties who do bargain in anticipation of arbitration will strive for clarity in their draftsmanship; they will deal with foreseeable disputes; they will complete their agreement by including all the necessary prerequisites to its administration. They will define certain terms to specify their intentions. They will recognize the implications of bargaining over what might be termed 'clauses without boundaries.' [...] Finally, they will delineate the scope of the arbitrator's power and establish procedures for its use. [...] By following these guideposts, parties can control their own creation – the arbitration tribunal – so that decisions reached by arbitrators are consistent with how the parties would have decided a dispute had they been forced to come to a final and binding resolution themselves".

Considerações finais

Como um todo, o exercício da atividade administrativa deve equalizar-se aos mandamentos de transparência e governança pública. A solidificação e implementação de regras claras e seguras tendem a provocar mudanças significativas na gestão pública, respondendo, inclusive, à crise de credibilidade que acomete a Administração Pública.

A escolha pela arbitragem, como método de resolução de conflitos nos contratos públicos, não foge dessa regra. É preciso que a arbitragem advenha de uma escolha consciente e planejada do administrador. Assim, é preciso que a lei seja interpretada e que os seus decorrentes atos normativos deem segurança ao administrador, ao procurador e aos investidores.

Nesse passo, diga-se mais uma vez, que é digna de encômios a postura da PGE-SP, podendo a minuta de regulamento de arbitragem, aqui avaliada e comentada, ser ainda mais aperfeiçoada, por meio de amplos debates com a comunidade jurídica e arbitral em geral, para que a arbitragem se solidifique como um instrumento viável aos anseios da agenda de infraestrutura, fixada para os próximos anos.

Referências

- ABRAMS, Roger I. Negotiating in anticipation of arbitration: some guideposts for the initiated. *Case Western Reserve Law Review*, v. 29, n. 2, 1979.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. São Paulo: Pólis; Brasília: UnB, 1989.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.433.940-MG*. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª T., j. 26.9.2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 904.813/PR (2006/0038111-2)*. Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., pauta 20 out. 2011, j. 20.10.2011. *DJe*, 28 fev. 2012.
- CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Interagency Alternative Dispute Resolution Working Group. *The Administrative Dispute Resolution Act of 1996*. Disponível em: <https://www.adr.gov/pdf/adra.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2019.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo*. 2017. 245 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.
- ESTEFAM, Felipe Faiwichow. O Projeto de Lei 7.448/2017 e os novos paradigmas da administração pública. *O Estado de São Paulo (Estadão)*, 24 abr. 2018. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-projeto-de-lei-7-448-2017-e-os-novos-paradigmas-da-administracao-publica/>. Acesso em: 15 fev. 2019.

JORNADA “PREVENÇÃO E SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE LITÍGIOS”, 1., 22-23 ago. 2016, Brasília. *Enunciados aprovados*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 18 dez. 2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem na Administração Pública: estudo de caso sobre a eficiência do instituto nas parcerias público-privadas do estado de São Paulo*. 2017. 313 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *Fórum Administrativo: Direito Público – FA*, Belo Horizonte, v. 5, n. 52, jun. 2005. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDIO006.aspx?pdiCntd=29555>. Acesso em: 15 fev. 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Alvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). *Enciclopédia jurídica da PUC-SP: tomo direito administrativo e constitucional*. Coordenação de tomo Vidal Serrano Nunes Jr.; Maurício Zockun; Carolina Zancaner Zockun; André Luiz Freire. 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>. Acesso em: 15 fev. 2019.

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

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: “mais do mesmo” ou há espaço para inovação? Contraponto jurídico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 28-44, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Arbitragem em contratos públicos. *SLC – Solução em Licitações e Contratos*, São Paulo, ano 2, n. 10, p. 7-18, jan. 2019.

Anexo único: minuta de decreto apresentada pela PGE-SP

DECRETO n. XX.XXX, DE XXXX DE 2018

Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Direta e suas autarquias sejam parte

xxxxxxxxxxx, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais,

Decreta:

CAPÍTULO I

DO USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO DIRETA E SUAS AUTARQUIAS

Artigo 1º – Este decreto dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis da Administração Direta e suas autarquias.

Artigo 2º – A arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, por acordo entre as partes, ser constituída arbitragem ad hoc.

Artigo 3º – Os instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Direta e suas autarquias poderão conter cláusula compromissória, desde que respeitadas as disposições deste decreto.

§1º A cláusula compromissória poderá ser utilizada, demonstrada a vantagem de tal medida, em:

1 – contratos de concessão comum e parcerias público-privadas;

2 – instrumentos obrigacionais com valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

§2º Os demais instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Direta e suas autarquias poderão conter cláusula compromissória, desde que justificada a vantagem de tal medida.

§3º 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 suas diretrizes.

CAPÍTULO II

DAS COMPETÊNCIAS DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Artigo 4º A Procuradoria Geral do Estado será responsável pela redação das convenções de arbitragem a serem utilizadas nos instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Direta e suas autarquias, que deverão conter os seguintes requisitos:

- I – a capital do Estado de São Paulo como a sede da arbitragem;
- II – a escolha das leis da República Federativa do Brasil, vedado o julgamento por equidade;
- III – a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável à arbitragem;
- IV – a eleição do juízo da comarca sede da arbitragem como competente para o processamento e julgamento das demandas correlatas ou cautelares, quando cabível;
- V – o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem;
- VI – a composição do Tribunal Arbitral por três membros, indicados de acordo com o regulamento da câmara arbitral escolhida, podendo ser escolhido árbitro único em causas de menor valor, mediante critérios estabelecidos pela Procuradoria Geral do Estado, ou por acordo entre as partes.

§1º Para fins do inciso III, o idioma aplicável à arbitragem não impede a utilização de documentos técnicos redigidos em outro idioma, facultado o recurso à tradução juramentada em caso de divergência entre as partes quanto à sua tradução.

§2º Os requisitos para convenção de arbitragem previstos neste decreto não se aplicam aos projetos contemplados com recursos provenientes de financiamento ou doação de agências oficiais de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, quando essas entidades estabelecerem regras próprias para a arbitragem.

§3º Independentemente de previsão no contrato ou edital de licitação, o Procurador Geral do Estado poderá celebrar compromisso arbitral para submeter divergências a arbitragem após o surgimento da disputa, respeitadas as disposições deste decreto.

Artigo 5º – Cabe à Procuradoria Geral do Estado, por meio de sua Assistência de Arbitragens, atuar em todas as etapas do procedimento arbitral.

Parágrafo único. A designação de árbitros pela Administração Pública Direta e autarquias será precedida de aprovação do Procurador Geral do Estado.

CAPÍTULO III

DO PROCEDIMENTO

Artigo 6º – O procedimento arbitral será regido pelo regulamento de arbitragem da câmara arbitral eleita ou, nos casos de procedimento ad hoc, pelas regras de arbitragem da United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

Artigo 7º – Caberá ao requerente da arbitragem escolher, no momento da apresentação de seu pleito, a câmara arbitral encarregada de administrar a arbitragem, dentre as cadastradas na forma do Capítulo VI deste decreto.

Parágrafo único - Nos casos em que couber à Administração Pública a escolha da câmara arbitral, tal ônus recairá sobre o gestor do instrumento obrigacional, ouvida a Procuradoria Geral do Estado.

Artigo 8º – As despesas com a realização da arbitragem serão adimplidas na forma como dispuser o regulamento da câmara arbitral escolhida, observado o disposto no inciso V do artigo 4º deste decreto.

Parágrafo único – Os gestores públicos responsáveis por contratos que contenham cláusula compromissória adotarão providências de sua alçada para solicitação de previsão orçamentária apta ao adimplemento de despesas incorridas com o procedimento arbitral.

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.

Artigo 10 – Os Procuradores do Estado que atuarem nos procedimentos arbitrais solicitarão aos árbitros a fixação de regras equitativas ao ressarcimento de honorários advocatícios pela parte sucumbente na disputa e a expressa vedação de condenação ao ressarcimento de honorários exclusivamente contratuais.

CAPÍTULO IV

DOS ÁRBITROS

Artigo 11 – Os Procuradores que atuarem em procedimentos arbitrais não indicarão árbitros que possuam interesse direto ou indireto no resultado da arbitragem.

Artigo 12 – Para aferição de sua independência e imparcialidade, além do dever de revelação previsto na Lei de Arbitragem (Lei federal n. 9.307, de 23 de setembro de 1996), será solicitado ao árbitro que atue em outras atividades liberais informação sobre eventual prestação de serviços que possa colocá-lo em conflito de interesses com a Administração Pública Direta ou Indireta.

Parágrafo único – Será solicitado ao árbitro que exerça a advocacia informação sobre a existência de demanda patrocinada por ele ou seu escritório contra a Administração Pública Direta ou Indireta, bem como a existência de demanda

patrocinada por ele ou seu escritório na qual se discuta tema correlato àquele submetido ao respectivo procedimento arbitral.

CAPÍTULO V

DA PUBLICIDADE

Artigo 13 – Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça.

§1º Para fins de atendimento deste dispositivo, consideram-se atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congênere e decisões dos árbitros.

§2º A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

§3º – As audiências do procedimento arbitral poderão ser privadas, sendo reservadas aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

CAPÍTULO VI

Do Cadastramento das CÂMARAS arbitrais

Artigo 14 – O cadastramento de câmaras arbitrais consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Direta e suas autarquias.

Art. 15 – A criação do cadastro das câmaras arbitrais, que não se sujeitará a prazo, será atribuição da Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado, que fará publicar anualmente edital de cadastramento aos interessados.

Parágrafo único – A inclusão no cadastro referido no “caput” não gera qualquer direito subjetivo de escolha para as câmaras arbitrais nos contratos e instrumentos obrigacionais celebrados pela Administração Direta e suas autarquias.

Artigo 16 – Poderá ser incluída no cadastro da Procuradoria Geral do Estado a câmara arbitral nacional ou estrangeira, que atender aos seguintes requisitos:

I – apresentar espaço disponível para realização de audiências e serviços de secretariado, sem custo adicional às partes, na cidade sede da arbitragem;

II – estar regularmente constituído há, pelo menos, cinco anos;

III – atender aos requisitos legais para recebimento de pagamento pela Administração Pública;

IV – possuir reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais com a Administração Pública.

CAPÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Artigo 18 – As disposições deste decreto se aplicam aos instrumentos obrigacionais celebrados com cláusula compromissória antes de sua vigência, no que couber.

Artigo 19 – Os representantes do Estado nas Assembleias Gerais das empresas estatais atuarão para que as obrigações previstas no presente decreto sejam incorporadas aos seus atos e regulamentos internos, naquilo que for pertinente.

Artigo 20 – O Procurador Geral do Estado poderá editar normas complementares para cumprimento deste decreto.

Artigo 21 – Este decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Palácio dos Bandeirantes, xx de xxxx de 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018). *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 01, p. 55-76, jan./jun. 2019.
