Opinião: arbitragem, segurança jurídica e capital estrangeiro

O Decreto n.º 10.025, publicado na segunda-feira no Diário Oficial, regulamenta o uso da arbitragem pela Administração Pública federal em diversos setores de infraestrutura, vindo ao encontro de um contexto em que recentes mudanças legislativas passaram a positivar a ampla utilização da via arbitral por entes públicos. O que se vê, atualmente, é uma desejável guinada histórica em prol da arbitragem nessa seara, contrapondo-se ao panorama observado até meados do século passado, em que a arbitragem era estranha aos contratos firmados com entes do Estado.

Nesse contexto, além da atualização da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/96) em 2015, que introduziu dois parágrafos ao artigo 1º e um parágrafo ao artigo 2º da lei com o intuito de permitir, explicitamente, a utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta em litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, outro importante passo na mesma direção foi dado em 2017, quando a Lei n.º 13.448 passou a regular, no art. 31, seu uso em contratos de infraestrutura.

Prosseguindo a evolução legislativa no detalhamento e disciplina desses temas, o mais recente diploma é responsável por revogar o Decreto n.º 8.465/2015, que dispunha sobre a arbitragem como método de resolução das disputas surgidas no setor portuário, e passa agora a abranger um espectro mais amplo de setores de infraestrutura, estendendo-se também a transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Seu texto teve por finalidade, entre outros, aprofundar a regulamentação das especificidades inerentes à presença do Poder Público em arbitragens, que não são aplicáveis em contendas apenas entre particulares. Tanto assim que um de seus objetivos foi o de regulamentar o §5º do art. 31 da Lei n.º 13.448/17, estabelecendo, para tanto, os critérios de credenciamento das câmaras arbitrais a fim de que possam futuramente administrar os procedimentos arbitrais, facultando, inclusive, que o contratado indique a câmara de sua preferência dentre aquelas credenciadas, mas é assegurada à Administração Pública a possibilidade de impugnar a escolha. Não é demais lembrar, neste tocante, o entendimento consolidado de que a contratação das câmaras se enquadra nas hipóteses de dispensa de licitação previstas na Lei n.º 8.666/93, porquanto há caráter de notória especialização.

No mais, confirmam-se vários dispositivos da Lei n.º 13.448/17, na medida em que o decreto repete que a arbitrabilidade objetiva dos litígios estará adstrita ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, cálculo de indenizações ou inadimplemento contratual, de forma idêntica ao §4º do referido art. 31. Como sói ocorrer, a publicidade dos procedimentos foi reafirmada, afinal se trata de princípio tão caro a ponto de ter sido incluído na atualização da Lei de Arbitragem, bem assim repetiu-se a obrigação de recolhimento antecipado das custas e despesas pelo contratado (à exceção de assistentes técnicos).

O decreto inova ao estabelecer situações nas quais, inexistindo previsão de arbitragem, a administração avaliará os prós e contras de recorrer à arbitragem, privilegiando-a, por exemplo, sempre que a divergência se relacionar a “aspectos eminentemente técnicos”; ou seja, reconhece o alto grau de especialização das decisões arbitrais, traduzindo em norma uma pré-disposição que, décadas atrás, era absolutamente inimaginável do ponto de vista estatal.

De maneira geral, o principal efeito positivo do Decreto é o de consolidar a arbitragem como uma realidade entranhada – e indissociável – na vida da Administração Pública brasileira, acelerando a marcha das adaptações que o setor público vem fazendo para a ela se adequar. Apesar de essa realidade ser mais firmemente notada nos últimos anos, a iniciativa da discussão não é nova.

Em 2007, o Ministro Toffoli assumiu o cargo de Advogado-Geral da União e fez questão de ampliar os horizontes em prol do emprego de instrumentos mais eficazes na consecução de justiça material, sugerindo que se pensasse em “*instrumentos de solução de conflitos que aproximem a Advocacia-Geral da União e o Poder Judiciário dos cidadãos e do setor produtivo do país, estabelecendo-se a distribuição de uma justiça horizontal, em que as partes envolvidas se submetam à decisão por elas negociada*”.

O ápice, por assim dizer, que deu concretude a este movimento no âmbito da AGU aconteceu no final de 2018, quando foi editada a Portaria n.º 226/18 para criar o núcleo especializado em arbitragem, capitaneado pela procuradora da Fazenda Nacional Paula Butti, que vem atuando em procedimentos envolvendo a União em disputas no mercado de capitais, concessões e energia elétrica. O art. 13 do Decreto n.º 10.025 ratifica que a União e seus entes serão representados por membros da AGU, frisando a importância do trabalho desenvolvido pelo núcleo especializado.

Esse cenário de mudanças que favorecem o uso da arbitragem é, decerto, uma *win-win situation* para todos os envolvidos.

Para a *Administração Pública*, todas suas prerrogativas são mantidas e é o particular quem tem que arcar antecipadamente com as custas e despesas, mantendo-se o pagamento de eventual condenação por meio de precatório ou requisição de pequeno valor, de modo que os desembolsos obedecerão ao mesmo critério válido para condenações judiciais.

Para os *investidores estrangeiros*, acreditamos tratar-se de iniciativa que será extremamente bem recebida.

A um só tempo, a solução pela via arbitral aumenta a segurança jurídica e reduz os custos de transação. Há a possibilidade de indicação de julgadores especializados na respectiva matéria, o que se traduz em decisões igualmente com maior minúcia técnica.

A *contrario sensu*, se é certo que o procedimento se revelará, a princípio, mais custoso para o particular em razão da obrigação de antecipação das custas, é igualmente certo que o *trade-off* compensa. Afinal, é preferível, sob a perspectiva econômica, que o investidor receba a prestação jurisdicional dotada de maior grau de tecnicidade e possa “precificar” a certeza de que uma decisão final e definitiva será proferida em até 4 anos, conforme impõe o art. 8º do Decreto, ao invés de ser obrigado a litigar e aguardar, indefinidamente, pelo julgamento de um sem-número de recursos até que a demanda judicial finalmente transite em julgado.

Por fim, também vislumbramos benefícios indiretos para o *governo*, eis que os potenciais ganhos com a retomada de investimentos em infraestrutura – que a arbitragem poderá facilitar – representam a concretização de uma de suas principais pautas econômicas. Afinal, alavancar e destravar os setores de infraestrutura através de diversos pacotes de concessões e privatizações depende, necessariamente, de investimento externo, e para isso a arbitragem pode funcionar como verdadeira externalidade positiva.

Date Created

25/09/2019