

DECRETO Nº 10.025: ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL EM SETORES REGULADOS

Cesar Pereira

*Doutor em Direito – FCI Arb
Sócio da Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*

1 Introdução

Foi publicado em 23.9.2019 o Decreto 10.025, que revogou o Decreto 8.465 e regulamentou o art. 31 da Lei 13.448 e o art. 62, §1º, da Lei 12.815.

Com a experiência de quatro anos de vigência do Decreto 8.465, o diploma manteve algumas das soluções bem-sucedidas da regulamentação anterior, mas eliminou os pontos que eram objeto de crítica. Também se beneficiou da prática de diversas agências reguladoras, como a ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural, ANAC – Agência Nacional de Aviação Civil e ANTT – Agência Nacional de Transporte Terrestre, que desenvolveram seus modelos de convenção de arbitragem, e da existência de atos normativos similares em diversos estados da federação.

2 Âmbito material e temporal de aplicação

Nos termos do art. 1º e coerentemente com o objeto das normas legais regulamentadas, o Decreto “dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário”. Os litígios passíveis de arbitragem segundo o Decreto são os que envolvam a União ou entidades da Administração Pública federal e “concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários”. Vão além de relações contratuais e abrangem conflitos derivados de atos unilaterais como autorizações, tal como prevê o art. 1º da Lei 9.307.

O Decreto elimina qualquer dúvida sobre a eficácia plena do art. 31 da Lei 13.448. A inexistência do Decreto não impediu a ANAC e a ANTT de celebrar suas próprias convenções de arbitragem. Ainda assim, a sua edição preenche a disciplina do dispositivo legal no que se refere à forma de credenciamento das instituições arbitrais aptas a administrar os procedimentos.

Nos termos do art. 16, o Decreto se aplica às arbitragens cuja convenção de arbitragem tenha sido firmada depois da sua publicação, em 23.9.2019. Porém, seu parágrafo único admite a aplicação retroativa mediante acordo entre as partes.

3 Segurança jurídica

Ao disciplinar os procedimentos para a submissão da Administração Federal à arbitragem, o ato normativo torna mais claros os deveres e limites de atuação dos agentes públicos envolvidos na celebração da convenção de arbitragem. Reduz-se a possibilidade de a Administração deixar de valer-se da arbitragem apenas pela insegurança dos agentes públicos em escolher esse método em cada situação concreta. A orientação normativa específica é útil para dar uniformidade e segurança à atuação dos agentes públicos responsáveis pela submissão do litígio à arbitragem e a sua condução.

O Decreto 8.465 havia a primeira iniciativa de regulamentação administrativa da arbitragem com a Administração Pública no âmbito federal, limitada ao setor portuário. O Decreto 10.025 o substitui e aprimora, ampliando seu âmbito material de aplicação.

Tais iniciativas de regulamentação são coerentes com as diretrizes da Lei 13.655, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Além de estabelecer em diversos dispositivos uma preferência pela consensualização na solução de divergências administrativas, o art. 30 da LINDB especificamente estabelece a diretriz de que devem ser adotados instrumentos normativos para se promover a segurança jurídica.

A posição da Administração Pública em relação à arbitragem envolve o exercício de competência para a formulação de uma multiplicidade de escolhas. A natureza consensual da submissão à arbitragem, baseada em uma convenção (negócio jurídico), induz a essa contingência. A disciplina do exercício de tais competências por meio de leis locais, decretos regulamentares ou atos regulatórios favorece a arbitragem e dá cumprimento ao art. 30 da LINDB por promover a segurança jurídica dos agentes públicos e das pessoas privadas envolvidos na submissão de litígios administrativos à arbitragem.

4 Limites da função regulamentar

A norma do art. 62, §1º, da Lei 12.815 tem eficácia plena e não dependeria de regulamentação. O art. 31, §5º, da Lei 13.448, embora aluda expressamente

à futura regulamentação do credenciamento de instituições arbitrais, também não impede a eficácia do dispositivo – um exemplo é a cláusula arbitral contida nos contratos da 5ª rodada de concessões da ANAC. As normas das diversas leis federais que disciplinam a arbitragem envolvendo a Administração Pública também não dependem de regulamentação e são autoaplicáveis e de eficácia plena.

Por decorrência, o Decreto 10.025 não se destina a preencher o conteúdo e dar eficácia a uma norma legal de eficácia limitada ou contida. Todo o quadro normativo em que se insere a arbitragem, inclusive nas hipóteses do art. 62, §1º, da Lei 12.815, e do art. 31 da Lei 13.448, é dado pela Lei 9.307, alterada pela Lei 13.129 justamente para tratar de modo mais explícito da arbitragem envolvendo entidades da Administração Pública direta e indireta.

Nesse contexto, o Decreto 10.025 é ineficaz para constituir deveres oponíveis a pessoas externas à estrutura hierárquica da Administração Pública federal. Não vincula os particulares nem a Administração Pública das demais pessoas políticas. Trata-se exclusivamente de ordem dirigida aos agentes públicos federais pelo chefe do Poder Executivo para disciplinar o exercício da competência atribuída a estes pela Lei 9.307 e pelos dispositivos regulamentados.

A vinculação dos particulares deriva exclusivamente da adoção, na convenção de arbitragem ou em outros atos de natureza negocial, das soluções preconizadas pelo Decreto 10.025 ou por qualquer outro ato normativo similar. Trata-se de autovinculação dos particulares, uma vez que a ordem contida no Decreto 10.025 tem como únicos destinatários os agentes públicos.

Bem por isso, os arts. 5º, §1º, IV, e 7º, II, do Decreto 10.025, preveem que as convenções de arbitragem devem incorporar as disposições do Decreto, tornando-o de aplicação obrigatória exclusivamente por fazer parte da convenção de arbitragem, a partir do consenso das partes. Porém, a eventual celebração de convenção de arbitragem sem tal incorporação do Decreto não é inválida nem ineficaz. O eventual descumprimento do Decreto tem efeitos exclusivamente funcionais ou administrativos. Jamais poderá afetar a validade da convenção arbitral ou do procedimento e sentença dela derivados.

5 Definição do escopo da convenção de arbitragem

O art. 2º define de modo exemplificativo as “controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis” como incluindo “I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de

indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo”.

A parte final do inc. III é relevante ao eliminar dúvida já manifestada acerca da possibilidade de se submeter à arbitragem a aplicação de sanções administrativas contratuais. Tanto a incidência quanto a definição do montante das sanções são abrangidas pelo Decreto.

A regra não diz respeito à arbitrabilidade objetiva, que não competiria ao Decreto regular, mas ao escopo pretendido pela Administração Federal em suas convenções de arbitragem.

6 Preferência pela arbitragem (compromisso arbitral)

O art. 6º do Decreto estabelece que, para a celebração de um compromisso arbitral – ou seja, de uma convenção de arbitragem relativa a um litígio já existente, é necessária avaliação prévia que analise “as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto”. Nesta avaliação, dar-se-á preferência à arbitragem “I - nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e II - sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa: a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou b) inibir investimentos considerados prioritários”.

Esta avaliação não se aplica na hipótese de celebração de uma cláusula compromissória, cujos requisitos são apenas os do art. 5º do Decreto. A solução é adequada, uma vez que a cláusula compromissória é celebrada em abstrato, sem que se conheçam as características de eventual litígio. Nesse momento, a análise dos requisitos do art. 6º, § 1º, seria meramente especulativa e artificial. Por isso, o Decreto dispensou qualquer análise similar como requisito para a inclusão da cláusula compromissória em contratos de modo originário ou por meio de aditivo contratual.

Há requisitos específicos para a celebração de compromisso destinado a submeter a arbitragem litígio já em curso perante o Poder Judiciário. O art. 6º, § 3º, exige manifestação da AGU “sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública federal e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário, quando possível de serem aferidas”. Novamente, trata-se de exigência aplicável apenas a esta situação específica, não imposta na generalidade das situações em que a Administração decide firmar convenção de arbitragem.

7 Competência para celebrar a convenção de arbitragem

O art. 17 elimina a dúvida acerca da necessidade de autorização do Advogado-Geral da União para a celebração de convenção arbitral. Como o § 2º do art. 1º da Lei 9.307 vincula a competência para firmar a convenção de arbitragem à competência para celebrar acordos ou transações e a Lei 9.469, com a redação da Lei 13.140, alude a tal autorização em diversos casos, o art. 17 do Decreto esclarece que tal autorização não é exigível (não se aplica) “nas hipóteses de celebração de convenção arbitral”.

8 Procedimento

O Decreto 10.025 estabelece parâmetros para o procedimento arbitral. Nos termos do art. 3º, a arbitragem será preferencialmente institucional, perante câmara arbitral “previamente credenciada” pela AGU. Será de direito, vedada a arbitragem de equidade, e se exige a aplicação do direito material brasileiro. Deve ser realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Não é vedada a arbitragem ad hoc, mas esta opção deve ser devidamente justificada (art. 3º, § 3º). Dificilmente haverá justificativa adequada para a arbitragem ad hoc, em face das vantagens de eficiência e previsibilidade da arbitragem institucional. Pode-se antecipar que a generalidade dos casos de arbitragem envolvendo a Administração Pública federal continuará a ser institucional, especialmente considerando a segurança proporcionada pelo regime de prévio credenciamento das instituições pela AGU.

O art. 3º, IV, trata da publicidade da arbitragem, e o inciso VI menciona a instituição responsável. Estes tópicos são referidos adiante com mais detalhe.

O art. 3º, VIII, se refere ao objeto da arbitragem. Na linha do que prevê o art. 31, caput, da Lei 13.448 (“após decisão definitiva da autoridade competente”), o inc. VIII estabelece que “a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo”. Tal definitividade pode derivar tanto da inexistência normativa de recurso quanto da renúncia do particular ao prosseguimento na via administrativa, dando encerramento ao processo administrativo e tornando a decisão insuscetível de reforma. Não há, portanto, um dever de exaurimento de todos os recursos administrativos cabíveis como requisito prévio da arbitragem.

O art. 8º prevê um prazo mínimo de sessenta dias para a resposta. Embora possa ser incomum, nada impede que a arbitragem seja iniciada pela Administração Pública, o que assegura ao contratado o prazo mínimo de resposta. Este prazo mínimo também deve ser aplicado à reconvenção ou pedido contraposto, exceto acordo em sentido contrário.

O art. 8º também prevê um prazo máximo da arbitragem de 24 meses contados do termo de arbitragem (ou ato equivalente, se o procedimento adotado não o previr). Prevê também a possibilidade de uma prorrogação (i) por acordo entre as partes e (ii) desde “que o período não exceda quarenta e oito meses”. Como a redação do Decreto não é clara se os 48 meses são o prazo máximo já prorrogado ou o prazo de prorrogação (passando o prazo máximo total então para 72 meses), convém que a convenção de arbitragem ou o termo de arbitragem estabeleçam claramente tais limites.

Os custos da arbitragem são disciplinados no art. 9º. A regra geral é a antecipação pelo contratado (definido no § 1º do art. 9º). O § 4º alude à antecipação de custos com a “produção de prova pericial, incluídos os honorários periciais”, e atribui sua antecipação ao contratado. O § 3º estabelece que cada parte custeia os seus assistentes técnicos. Desse modo, os procedimentos realizados com base no Decreto 10.025 devem, como regra geral, seguir o sistema de um perito nomeado pelos árbitros (cujas despesas são adiantadas pelo contratado), com cada parte contando com seu assistente técnico. O sistema de cada parte apresentar o seu próprio perito pode implicar dúvida sobre o tratamento das despesas, ou seja, se se aplica a tais técnicos o regime de custas de peritos ou assistentes técnicos. Na hipótese de isso ocorrer, sendo exigível dos terceiros que sejam independentes e que estejam sujeitos aos deveres próprios dos peritos, o sistema de antecipação de despesas pelo contratado será aplicável. Tais peritos trazidos pela parte não se confundem com seus assistentes técnicos.

O art. 4º assegura a possibilidade de as partes, antes de dar início à arbitragem, acordarem pela adoção de procedimentos consensuais prévios à arbitragem, como a negociação direta ou a submissão do caso à câmara administrativa da AGU.

9 Publicidade

O art. 3º, IV, estabelece uma solução simples para o tratamento da publicidade, em cumprimento ao art. 2º, § 3º, da Lei 9.307. Prevê a publicidade das informações do processo de arbitragem e ressalva “aquelas necessárias à

preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”. Não prevê de quem seria a competência, no âmbito da Administração Federal, para decidir acerca das informações submetidas a este regime de sigilo.

A solução tem potencial de gerar dificuldades práticas. Nos termos do § 1º, “Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput”. Não poderá caber à instituição arbitral a decisão sobre quais seriam as informações sigilosas do procedimento. As soluções adotadas pela regulamentação do Estado do Rio de Janeiro (art. 13 do Decreto 46.245) e pela ANTT (art. 22 da Resolução nº 5.845) podem oferecer maior segurança jurídica neste campo. Considerando a abertura do Decreto para uma convenção entre as partes, pode ser recomendável que as partes disciplinem a publicidade na convenção ou no termo de arbitragem.

10 Credenciamento e escolha da instituição arbitral

Segundo o art. 3º, VI, a arbitragem será administrada por uma instituição arbitral previamente credenciada pela AGU. Na cláusula compromissória, deverá ou ser indicada desde logo uma instituição ou se estabelecer o momento, critério e procedimento para escolha da instituição (art. 5º, § 2º).

O regime de credenciamento e escolha da instituição é previsto no art. 10. Há requisitos mínimos (funcionamento como instituição arbitral há três anos; idoneidade, competência e experiência na condição de procedimentos arbitrais; e regulamento próprio em português), sem prejuízo de a AGU exigir outros.

O § 1º define que o credenciamento não estabelece direito subjetivo à indicação em convenções de arbitragem ou em procedimentos arbitrais, nem caracteriza a existência de um contrato entre o Poder Público e as instituições arbitrais credenciadas.

Em cumprimento ao art. 5º, § 2º, o art. 11 dispõe que a convenção de arbitragem poderá prever que o contratado será o responsável por escolher uma das instituições credenciadas. Segundo o § 1º, a Administração poderá em quinze dias impugnar a escolha, o que exigirá do contratado que indique outra, em igual prazo de quinze dias.

11 Escolha dos árbitros

O art. 12 disciplina a escolha dos árbitros. Além das determinações esperadas acerca da capacidade civil e conhecimento dos árbitros, bem como das causas de impedimento ou suspeição previstas no CPC, o diploma inova ao fazer referência às diretrizes internacionalmente aceitas neste campo, como as regras da International Bar Association (IBA) ou do CI Arb – Chartered Institute of Arbitrators, bem como às “regras da instituição arbitral escolhida” (art. 12, III).

O par. único do art. 12 trata da participação de árbitros ou equipes de apoio estrangeiros, estabelecendo que ficarão sujeitos apenas à titularidade de visto para visita de negócios. Isso elimina uma possível discussão sobre o tema.

12 Representação da União e da Administração federal direta e indireta

Outra inovação consiste na definição de que tanto a Administração Pública federal direta quanto as entidades da Administração Pública indireta serão representadas pela AGU, no âmbito de suas competências legais e constitucionais (art. 13).

Caberá definir se esta determinação se aplica também a sociedades de economia mista ou empresas públicas não dependentes ou a outros entes da Administração federal com representação judicial própria. Se o dispositivo for aplicado de modo literal, a representação das Companhias Docas em arbitragem, por exemplo, passará a ser realizada pela AGU.

13 Assessoramento técnico da Administração federal

O art. 14 busca endereçar um tema de especial dificuldade prática para a condução de arbitragens pela Administração federal, consistente na obtenção de apoio técnico nos processos arbitrais. Assegura a disponibilidade dos recursos necessários – servidores ou órgãos com a expertise adequada – mesmo que as entidades a que se vinculem não sejam parte da arbitragem.

14 Cumprimento da sentença arbitral

Por fim, um dos pontos mais relevantes do Decreto consiste na disciplina do cumprimento da sentença. O ato normativo vai além de meramente prever a incidência do regime de precatórios ou requisições de pequeno valor, como fazia o Decreto 8.465. Ao contrário, prevê que, mediante acordo, o cumprimento da sentença arbitral pode ocorrer por um ou mais dos seguintes métodos: “I -

instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira”.

Como o Decreto é incorporado às convenções de arbitragem, essa previsão passa a integrar o consenso entre as partes e, implicitamente, o pedido de condenação pecuniária na arbitragem. Por decorrência, não há que se cogitar de ofensa ao art. 100 da Constituição Federal ou ao regime de precatórios. Reputa-se que o pedido formulado na arbitragem traz consigo tais hipóteses de cumprimento alternativo, igualmente incorporadas na sentença condenatória.

15 Conclusão

A arbitragem envolvendo a Administração Pública brasileira tem tido um grande desenvolvimento a partir de decisões importantes do Superior Tribunal de Justiça e de sua aceitação cada vez mais ampla pelo Tribunal de Contas da União. Desde meados da década de 1990, houve uma variedade de diplomas legais – inclusive no setor portuário, mas também em muitos outros – que a previram expressamente. É uma realidade em contratos de concessão e parcerias público-privadas e explicitamente valorizada por instituições financiadoras como um fator de redução de risco. Essa evolução culminou em maio de 2015 com a alteração da Lei 9.307 pela Lei 13.129. O texto legal introduzido por esse diploma é simples e direto e tem a virtude de dispor acerca da arbitragem envolvendo a Administração Pública com naturalidade, mera derivação do regime geral aplicável a qualquer outro objeto de arbitragem. Os requisitos da liberdade de contratar e da natureza do objeto (direitos patrimoniais disponíveis) são os mesmos impostos a qualquer outro sujeito ou objetivo envolvido em arbitragem.

A introdução do Decreto 10.025, que revogou e substituiu o Decreto 8.465 e regulamentou a arbitragem para os setores de portos, navegação aquaviária, ferrovias, rodovias e aeroportos, foi mais um avanço na consolidação da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil. E mais: a precisão dos conceitos subjacentes ao ato normativo e a adequação e consciência prática com que as soluções foram concebidas – as regras do art. 15 sobre o cumprimento da sentença arbitral são um bom exemplo disso – ilustram a sofisticação da Administração Pública federal no campo da resolução de disputas e o seu compromisso com a eficiência na utilização dos métodos adequados a cada litígio. Prevalecem no Decreto a clareza e o prestígio a

soluções consensuais, para superar preconceitos e proporcionar a necessária segurança jurídica para investidores e agentes públicos.

Referência do texto para citação

PEREIRA, Cesar. Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini* nº 151, setembro/2019, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em [data].