

APEB

Associação dos Procuradores
do Estado da Bahia

Ano I - 2019

Revista

APEB

Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

**Arbitragem
na Administração
Pública**



Associação dos Procuradores
do Estado da Bahia

A Revista APEB - é uma publicação oficial da Associação dos Procuradores do Estado da Bahia de periodicidade bianual. Objetiva ser um espaço de disseminação da produção intelectual e acadêmica, com a publicação de artigos, relatos de experiência, textos técnicos e resenhas de temáticas jurídicas de interesse da Associação, dos Procuradores e da comunidade forense.

EQUIPE:

Editor Responsável
Raimundo Luiz de Andrade

Equipe Editorial
Secretaria APEB
Lume Assessoria de Comunicação
Gato de AP/Arnoldo Miranda

DIRETORIA

Presidente:
Cristiane Santana Guimarães

Vice-Presidente:
Tatiana Martins de Oliveira

Secretário Geral:
Ubenilson Colombiano Matos dos Santos

Diretor Financeiro:
Raimundo Luiz de Andrade

Diretor de Inativos/Pensionistas:
Alba Freire de Carvalho Ribeiro da Silva

Diretor Social e de Divulgação:
Arlley Cavalcante de Oliveira

Diretor Jurídico e de Prerrogativas:
Roberto Lima Figueiredo

Conselho Editorial e Científico

Roberto Lima Figueiredo
Marco Valério Viana Freire
Miguel Calmon Teixeira de C. Dantas
Marcos Antônio dos Santos Rodrigues
Analice Passos Costa Gramacho
Regina Celeste de Almeida Souza

MESA DA ASSEMBLEIA GERAL

Membro Efetivo:
Miguel Calmon Teixeira de Carvalho Dantas

Membro Efetivo:
André Luiz Peixoto Fernandes

Membro Efetivo:
Mariana Machado da Nóbrega

Membro Suplente:
Iara Alves de Paiva Lima

Membro Suplente:
Rosana Jezler Galvão

CONSELHO FISCAL

Membro Efetivo:
Paulo Borba Costa

Membro Efetivo:
Walsimar dos Santos Brandão

Membro Efetivo:
Evandro Dias Costa

Membro Suplente:
Roque Luiz Vaz Carvalho de Souza

Membro Suplente:
Márcio César Bartilotti

CONSELHO DE ÉTICA

Membro Efetivo:
Antônio Ernesto Leite Rodrigues

Membro Efetivo:
Mário César da Silva Lima

Membro Efetivo:
Dâmia Mirian Lâmega Bulos Sena

Membro Suplente:
Marcela Capachi Nogueira Soares

Membro Suplente:
Mário Rodrigues Coelho Neto

Revista APEB [Recurso eletrônico]/ Associação dos Procuradores do Estado da Bahia. V.1 n.1(2019) – Salvador : APEB, 2019-

Bianual
E-ISSN

1.Direito – Periodico 2. Procuradoria I. Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

CDD – 340

SUMÁRIO

O USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: VANTAGENS E DESVANTAGENS	7
Resumo	7
1. Introdução.....	9
2. Histórico	10
3. Limites da adoção da arbitragem pelo Poder Público	12
4. Princípio da Legalidade	15
5. Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional	15
6. Princípio da Indisponibilidade do interesse público.....	17
7. Vantagens e desvantagens da utilização da arbitragem pelo Poder Público	20
8. Conclusão	22
Referências.....	24
REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE	28
Resumo:.....	28
1. Introdução.....	30
2. Previsão legal da utilização da arbitragem pela Administração Pública.....	30
3. Arbitrabilidade subjetiva e objetiva.....	31
4. A incidência do Princípio da Publicidade em face da regra geral de Confidencialidade no Instituto da Arbitragem.....	32
5. Demandas arbitrais envolvendo a entidade pública e parâmetros utilizados quanto ao dever de publicidade.....	33
6. Os modelos contratuais e as medidas adotadas quanto ao sigilo	34
7. A delimitação da atuação do Órgão Arbitral no que tange ao controle de transparência	35
8. Considerações finais.....	36
9. Referências bibliográficas	37

A ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: NOVOS DESAFIOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... 39

1. Introdução.....	40
2. A justa indenização do particular na Desapropriação	41
3. A escolha da arbitragem para discussão dos valores relativos às indenizações na desapropriação.....	43
3.1. A inovação legislativa e a indisponibilidade do interesse público	43
3.2. As possíveis dificuldades a serem enfrentadas pelos particulares e Administração Pública	50
3.3. Da viabilidade econômica do processo arbitral	53
4. Conclusão.....	55
5. Referência.....	58

ATUAÇÃO DAS PROCURADORIAS NO PROCESSO ARBITRAL 63

Resumo	63
1. Introdução.....	65
2. O papel das procuradorias na arbitragem.....	65
2.1. Brevíssima notícia histórica.	65
2.2. A atuação no processo arbitral.....	67
3. O devido processo legal da arbitragem	69
3.1. O fundamento constitucional do processo arbitral	69
3.2. A flexibilidade processual.....	71
4. Aplicações específicas.....	72
4.1. As prerrogativas processuais.....	72
4.2 A aplicabilidade as vedações legais às tutelas provisórias contra a fazenda pública	73
4.3. A inaplicabilidade do pedido de suspensão de liminar	80
4.4. A inaplicabilidade de prazo em dobro.....	83
4.5. Inaplicabilidade da remessa necessária	85
5. Considerações finais	87
Referências	88



Associação dos Procuradores
do Estado da Bahia

NOVAS PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	93
1. Introdução.....	95
2. Recorte histórico-jurídico da arbitragem no Brasil	96
3. A Jurisprudência da Administração Pública como parte nas demandas arbitrais.....	97
4. Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas	100
5. As regulamentações no Rio de Janeiro e em São Paulo.....	103
6. A Lei nº 13.867 de 2019 e a arbitragem na desapropriação	105
7. O Projeto de Lei nº 4.257 de 2019 e a arbitragem na execução fiscal	108
8. Conclusão.....	112
9. Referências Bibliográficas.....	113

O USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA: VANTAGENS E DESVANTAGENS

Por:

Ariela de Almeida Serra
Verônica de Almeida Carvalho

O uso da arbitragem pela Administração Pública brasileira: vantagens e desvantagens

*Ariela de Almeida Serra
Verônica de Almeida Carvalho*

RESUMO

A arbitragem representa uma importante ferramenta de solução de litígios envolvendo, inclusive, a Administração Pública. A Lei nº 13.129/2015 estabelece a possibilidade de a Administração adotar o compromisso arbitral para solução de questões em seus contratos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Todavia, ainda permanece a discussão sobre seus limites. Contudo, trata-se de um instrumento relevante e de utilização crescente pelo poder público. O

presente artigo objetiva a apresentação da discussão sobre o juízo arbitral utilizado na solução de controvérsias surgidas em contratos públicos que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. Utilizou-se o método dedutivo, tendo como base uma revisão bibliográfica, por meio da análise das considerações de doutrinadores e da legislação específica referente tanto à arbitragem como à Administração Pública a respeito do tema.

Palavras-Chave: Arbitragem – Soluções de conflitos – Princípios da Administração Pública–Vantagens

ABSTRACT

Arbitration represents an important solution instrument of litigations involving, including, Public Administration. The law nº 13.129/15 established the possibility for the Administration to adopt the arbitral commitment in order to resolve issues in their contracts that address in terms of the available patrimonial rights. Nevertheless, a discussion about its limits still remains. It is a relevant instrument with growing utilization by the public power. This paper main to present a discussion about the arbitration judgment used in the resolution of controversies emerged in public contracts that address available patrimonial rights. The deductive method was used, resorting of bibliographic review, through the analysis of the legal Law scholars' consideration and the specific legislations referring both arbitration and public administration regarding the theme.

Key-words: *Arbitration. Conflict resolutions. Principles of Public Administration. Advantage*

1. INTRODUÇÃO

Os meios alternativos de soluções de conflitos são, basicamente, meios de resolução de uma contenda, sem submissão ao Poder Judiciário. As principais formas de métodos alternativos de soluções de conflitos são: a autocomposição, onde as próprias partes ajustam a questão, sem a presença de um terceiro imparcial; a conciliação, na qual as partes, por meio de um conciliador, terceiro imparcial, obtêm um acordo benéfico para ambas; a mediação, em que não há interferência de terceiro, mas um auxílio na interlocução entre as partes que devem encontrar, sozinhas, uma solução; e a arbitragem que, como se verá adiante, traz como um dos grandes benefícios a economia de tempo e a economia financeira.

O instituto da arbitragem representa hoje um importante meio alternativo de solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis e portanto, um instrumento de política pública para o enfrentamento da judicialização escalonada de conflitos, além do excesso de demandas que invadem o Judiciário, no qual as partes, por meio de um árbitro por elas escolhido, comprometem-se a cumprir determinada decisão arbitral, abstendo-se de arguir tal assunto judicialmente mais tarde.

A definição de arbitragem oferecida pela doutrina é a seguinte:

A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada (ALVIM, 2005, p. 14).

A utilização da arbitragem pela Administração Pública, como forma alternativa de solução de conflitos, está expressamente positivada na Lei de Arbitragem - Lei nº 9.307/1996 (1996, p. 1) que, após a edição da Lei nº 13.129/2015 (2015, p. 1), alterou artigos da Lei de Arbitragem para prever expressamente que as pessoas jurídicas de direito público podem se valer desta forma de solução de conflitos:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) (BRASIL, 1996, p.1).

O presente estudo visa a exposição de uma breve reflexão sobre a evolução do instituto na perspectiva do Poder Público e a sua utilização pela Administração nos contratos administrativos. Entretanto, é preciso levar em consideração os princípios que regem a Administração Pública, de modo que somente determinados bens podem ser submetidos a um processo arbitral, em respeito aos Princípios da Legalidade Administrativa - Lei nº 13.129/2015 (2015, p. 1), ao Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional e ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

Nesta toada, o texto aborda a evolução do instituto da arbitragem no âmbito administrativo, as principais características, os princípios que regem o Direito Administrativo, bem como as vantagens e desvantagens da utilização do compromisso arbitral ao ente público.

Com este propósito, este artigo traça o método dedutivo como abordagem metodológica, baseado em uma revisão bibliográfica, por meio da análise das considerações de doutrinadores e da legislação específica referente tanto à Arbitragem como à Administração Pública, além dos atos normativos.

2. HISTÓRICO

A previsão legal expressa acerca da participação da Administração Pública em procedimento arbitral – como já mencionado – foi utilizada em 2015 por meio da Lei nº 13.129/2015 (2015, p. 1) que, por sua vez, alterou a Lei de Arbitragem -Lei nº 9.307/1996 (1996, p. 1). No entanto, a utilização da arbitragem pela Administração Pública remonta do século XIX.

Segundo Ferreira Neto (2008, p.35), o instituto da arbitragem está presente em território brasileiro desde o tempo da colonização portuguesa, no contexto das Ordenações Filipinas de 1603.

A Constituição brasileira de 1824 (1824, p.21) previa a utilização da arbitragem, cujo teor é exposto da seguinte forma: “Art. 160. Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças são executadas sem recurso, se assim o convencionares as partes”(BRASIL, 1824, p. 160).

O Código Comercial de 1850 (1850, p. 21) previa a utilização da arbitragem em conflitos mercantis e até mesmo, tornava obrigatória a sua utilização em alguns casos.

Em seguida, o Decreto Imperial nº

7.959 de 29/12/1880 (1880, p. 2) permitia a utilização da arbitragem nos contratos de concessão de transporte ferroviário. A este respeito, vale registrar que a ausência de uma norma geral de autorização da utilização do instituto da arbitragem, pela Administração Pública, não impedia que o chefe do Poder Executivo editasse uma norma para aplicação nos contratos firmados pelos entes públicos.

Posteriormente, por meio de mais um ato normativo do governo federal foi determinado a incorporação ao patrimônio nacional dos bens pertencentes das empresas do grupo econômico Lage. A indenização referente à incorporação dos bens seria calculada por meio da arbitragem, conforme Decreto Lei nº 9.521 de 26 de junho de 1946 (1946, p. 1).

Todavia, a constitucionalidade da indenização prevista em juízo arbitral no caso Lage foi questionada e desta forma, a questão foi posta para análise no Supremo Tribunal Federal que, por sua vez, ao enfrentar o tema, entendeu pela legalidade da arbitragem, cuja ementa do agravo de instrumento nº 52.181 (1974, p.1) foi assim proferida:

Incorporação, bens e direitos das empresas Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo Arbitral. Cláusula da irrecorribilidade. Juros de mora. Correção monetária.

1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso di-

reito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda pública. Precedente do Supremo Tribunal Federal.

2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.

3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414, de 1964.

4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.

5. Agravo de instrumento a que se negou provimento (STF, Tribunal Pleno. AI 52181 GB Rel. Min. Bilac Pinto, j. em 14.11.1973, DJU de 15.02.1974).

Na perspectiva apresentada, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública. A questão lançada é a percepção de que as controvérsias jurisprudenciais surgiam em razão da utilização da arbitragem pela Administração Pública, tanto pela falta de uma legislação transparente acerca tema, quanto em razão dos direitos postos em análise pelo Tribunal Arbitral. Tais conflitos eram dirimidos à luz do arcabouço jurídico da época.

Nesta ordem de ideias, seguindo uma cronologia de atos normativos editados pelo Poder Executivo, o Decreto Lei nº 2.300/1986 (1986, p. 1) que trata dos contratos de concessão, impedia a utilização do juízo arbitral com pessoas físicas e jurídicas fora do Brasil. Todavia, dois anos após a edição deste

decreto, a referida cláusula proibitiva foi alterada para permitir a cláusula compromissória de arbitragem.

Em 1993, a Lei Geral de Licitações - Lei nº 8.666/1993 foi editada e silente acerca da possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública nos contratos por ela celebrados. Em razão da lacuna legislativa, surgiram muitas vozes na doutrina e jurisprudência que entendiam pela impossibilidade da participação da Administração Pública nos juízos arbitrais.

Todavia, a Lei Geral de Concessões - Lei nº 8.987/1995 (1995, p. 2) permitiu a solução dos conflitos decorrentes dos contratos de concessão por meio de transação. Assim, alguns doutrinadores afirmaram que era possível a utilização da arbitragem. Ato contínuo, foi incluído expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos de concessão:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (BRASIL, 1995, p. 2).

Com o advento da Lei da Arbitragem - Lei nº 9.307/1996), a normatização do instituto facilitou a utilização do me-

canismo e ultrapassou alguns entraves para a sua aplicabilidade. Contudo, ainda não havia previsão expressa da administração Pública como parte nos litígios arbitrais.

Vale notar que o histórico da arbitragem na Administração Pública não é o foco deste trabalho. Entretanto, a compreensão do desenvolvimento do instituto é fundamental para o entendimento das possibilidades e limites da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

3. LIMITES DA ADOÇÃO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO

Inicialmente, antes de adentrar no estudo dos Princípios Administrativos que regem o tema, é de extrema importância conceituar e diferenciar o interesse público primário do interesse público secundário, à luz do que ensina Mello (2010, p.57).

A este respeito, dentro do conceito de interesse público, existem duas modalidades: o primário (da coletividade) e o secundário (do ente estatal). Neste sentido, o interesse público não se confunde com o interesse estatal, uma vez que o primeiro representa a dimensão pública dos interesses individuais. E assim o é porque o Estado tem interesses particulares que são inerentes à máquina estatal, embora

subjete os interesses públicos. A estes interesses “individuais” do Estado, dá-se o nome de interesse público secundário, de modo que, para o Estado – criado para realizar o interesse público – defender seus interesses particulares é fundamental que os mesmos não conflitem com o interesse público primário.

Nesta senda, verifica-se que o interesse público primário não pode figurar em compromisso arbitral, uma vez que satisfazem necessidades coletivas. Por outro lado, as cláusulas que submetem a Administração a uma contraprestação financeira podem ser objetos de cláusula arbitral.

A primeira conclusão a que se chega é que os contratos administrativos só poderão ser submetidos ao juízo arbitral quando não versarem sobre a concretização do interesse público primário.

Como já mencionado, com o advento da Lei nº 13.129/2015, estabeleceu-se, definitivamente, que a Administração Pública pode dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis através do instituto da arbitragem.

A Administração Pública está, portanto, autorizada a utilizar deste tipo de solução de conflito, se observar os cri-

térios estabelecidos pelo legislador. O primeiro deles é o âmbito de aplicação do instituto: direitos patrimoniais disponíveis. Assim, os requisitos para que determinado conflito seja submetido à Arbitragem são: arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva.

A arbitrabilidade objetiva se refere às matérias que podem ser submetidas ao juízo arbitral e relativamente à Administração Pública, em outras palavras, se refere ao alcance do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis”. Já a arbitragem subjetiva relaciona-se aos sujeitos, isto é, quem pode assinar um compromisso arbitral em nome da Administração.

Neste sentido, o § 2.º do art. 1.º da Lei de Arbitragem (1996, p. 1) destaca que:

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações (BRASIL, 1996, p. 1).

Deste modo, conclui-se que a participação da Administração Pública em juízo arbitral é ato de liberalidade e é possível sua aplicação em contratos administrativos em que a atuação estatal se aproxima do Direito Civil.

Desta forma, quando o interesse pú-

blico primário está em jogo, significa dizer que envolve o interesse da coletividade e assim, por exemplo, abrange o bem-estar da sociedade, a segurança coletiva e com isto, refere-se a de direitos indisponíveis. No entanto, quando a Administração Pública operacionaliza estes direitos com o fito de atingir um fim de interesse público e quando há a possibilidade de os mesmos serem quantificados economicamente, eles podem ser submetidos ao instituto da Arbitragem, de maneira que, cabe à Administração, optando pelo juízo arbitral, equilibrar os interesses contrapostos. Isto não significa renúncia ao direito de fundo da contenda.

Cumprido destacar que somente alguns bens patrimoniais da Administração Pública são disponíveis (alienáveis), quais sejam, os bens dominicais ou disponíveis para alienação. Neste aspecto, pode-se exemplificar os bens públicos de uso comum e os bens de uso especial, tão somente com lei que os desafete é que deles poderão decorrer direitos patrimoniais disponíveis, relativamente à sua alienação.

Na lição de Gasparini (2009, p. 74), os bens dominicais são destituídos de qualquer destinação, prontos para serem utilizados ou alienados, ou ainda ter o seu uso trespassado a quem por

eles se interessar. Estes bens podem ser alienados, desde que seguidos os requisitos legais, conforme autoriza o artigo 101 do Código Civil (2002, p. 10): “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”.

Vale lembrar que quando a Administração Pública firma um contrato, ela está dispondo de seu patrimônio. A este respeito, conforme lição de Schimdt (2016, p. 75):

Se prevalecer o entendimento contrário à arbitragem, a Administração Pública nem sequer poderia participar de contratos administrativos. Nem se lhe poderia reconhecer autonomia para produzir qualquer manifestação de disposição sobre bens e direitos. Veja-se que uma contratação importa a transferência de bens ou direitos da órbita da Administração para a esfera de terceiros (SCHMIDT, 2016, p.75).

Desta maneira, a indisponibilidade dos bens públicos não é absoluta, até mesmo porque inviabilizaria que os entes públicos exercessem determinadas atividades, embora alguns bens públicos não sejam passíveis de alienação ou uso por particular. Os bens dominicais podem ser objetos de contratos administrativos e por conseguinte, podem estar submetidos à arbitragem.

Neste diapasão, o art. 1º da Lei nº 9.307/1996 ao prever que os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbi-

tragem, não excluiu os bens públicos pertencentes à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal, às empresas públicas e à sociedade de economia mista.

No âmbito das matérias que podem ser solucionadas pela arbitragem nos contratos administrativos, Parada (2014, p. x) traz em sua obra um rol de matérias que podem ser solucionadas mediante arbitragem, a exemplo de algumas delas: quebra do equilíbrio da equação econômico-financeira; identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes contratantes, inclusive as consequências do descumprimento; interpretação do contrato durante a sua execução, como a abrangência do seu objeto, o reajuste, a declaração de que um serviço foi cumprido segundo o que fora estipulado para fins de aplicação de multa contratual; e após, para apuração de haveres decorrentes de rescisão; dentre outras.

4. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade vem expressamente previsto pelo artigo 37, caput, da Constituição Federal e traduz a ideia de que a Administração Pública pode fazer apenas o que a lei permite. Sua origem remonta ao nascimento do Estado de Direito, uma vez que lhe qualifica e lhe dá identidade própria

(MELLO, 2010, p. 99-100).

Por outro lado, na perspectiva dos particulares, a legalidade traduz a ideia de que apenas a lei pode criar direitos e obrigações. Tal princípio deve ser interpretado de forma harmônica com todo ordenamento jurídico.

Neste contexto, anteriormente não havia norma proibindo a participação da Administração Pública em juízos arbitrais. Como já mencionado neste trabalho, algumas normas foram editadas pelo Poder Executivo para a aplicação em determinadas situações.

De todo modo, a Lei nº 13.129/2015 pôs fim à discussão, confirmando a possibilidade de uso da Arbitragem pela Administração em face do princípio da legalidade.

5. PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL

A Constituição de 1988 consagra Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, ao preceituar em seu artigo 5º, inciso XXXV: “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Grande parte da doutrina se utilizava desse dispositivo constitucional para afirmar o impedimento da utilização do juízo arbitral na solução de confli-

tos que envolvessem a Administração Pública. Entretanto, firmou-se o entendimento, inclusive no próprio Supremo Tribunal Federal – ora adotado no presente estudo – que o Princípio da Liberdade de Contratar, bem como o Princípio da Solução Pacífica dos Conflitos pertencem ao campo do Direito Privado, o que não conflitua com o Princípio constitucional da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional.

Neste contexto, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade dos juízos arbitrais, conforme sinaliza a ementa:

1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como

requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958)

Além disto, como se depreende da ementa do julgamento colacionado, o próprio legislador oferece outras alternativas à solução de controvérsias que não a judicialização, como visto alhures.

Deste modo, se a Administração pode dispor dos recursos públicos, ela também pode convencionar a forma pela qual os litígios decorrentes do contrato serão dirimidos.

6. PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

A indisponibilidade do interesse público significa que esta espécie de interesse é inapropriável, por ser próprio da coletividade e com isto, não estando à livre disposição. Entretanto, os interesses dele decorrentes, derivados com expressão econômica, passível de ser redutível a dinheiro e que podem ser objetos de disposição e portanto, instrumentos da coisa pública para satisfazer os interesses do próprio Estado, são disponíveis.

A distinção acerca da indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade de alguns bens e direitos da Administração Pública foi analisada com profundidade pelo Superior Tribunal de Justiça, cuja ementa contém conceitos e esclarecimentos pertinentes ao tema abordado neste artigo. A este

respeito, aponta-se a seguinte base legal:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentan). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)

4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de ju-

nho de 2004, Ato Administrativo nº 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB -001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Co-roa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei nº 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor: ?Cláusula 21.1 ? Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja.

Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06.

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in literis: “Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.” Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.

Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente

‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos.

Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” (in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como “disponíveis”, porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado interesse público secundário?. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao interesse público?. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às

empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incoerência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.” (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Atílios Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrichi, DJ 18.08.1999.)

15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267,

inc. VII do CPC à matéria sub judice, afasta a jurisdição estatal, in casu em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988).

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o «risco» de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

18. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.

19. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro “atentado” (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro.

20. A título de argumento *obiter dictum* pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: “In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem.

Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presen-

te controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (fls. 472/473)

22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes. (MS 11.308/DF, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008)

Como se depreende da ementa do acórdão colacionado, os direitos das entidades administrativas que podem ser objetos de alienação, renúncia ou transação são disponíveis e portanto, podem ser objetos de arbitragem (MUNIZ, 2015, p. 43)

7. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO

Em sede de compromisso arbitral, podem ser elencadas as seguintes vantagens: liberdade das partes em relação à escolha dos árbitros, da legislação, da flexibilidade do procedimento arbitral, da celeridade, dos efeitos da sentença arbitral e a questão da confidencialidade que, por sua vez, também se apresenta como uma desvantagem (AMARAL, 2010, p. 112). Por outro lado, no que diz respeito às desvantagens, segundo a maioria da doutrina as principais são: o custo do

procedimento, a ausência de prerrogativas estatais e a confidencialidade (sigilo x publicidade).

Em relação à liberdade de escolha dos árbitros, pode-se afirmar que ela garante uma maior segurança ao julgamento e confiança pelas partes que os escolheu. Isto porque, presume-se que o árbitro detenha o conhecimento técnico exigido para se debruçar sobre a matéria levado ao procedimento arbitral, podendo, inclusive, decidir por equidade, desde que assim seja convencionado pelas partes. Todavia, esta liberdade deve observância ao Princípio Constitucional do Devido Processo Legal considerando o art. 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, combinado com o art. 21, § 2.º, da Lei da Arbitragem.

Relativamente à celeridade do instituto, o prazo para apresentação da sentença arbitral é pactuado entre as partes, mas se assim não for estabelecido, o art. 23 da Lei de Arbitragem prevê o prazo máximo de seis meses para que a mesma seja proferida. No que toca aos efeitos da Sentença, segundo o art. 31, da Lei nº 9.307/1996, ela produz os mesmos efeitos da sentença judicial, fazendo coisa julgada material, podendo, inclusive, ser anulada (art. 33 da Lei de Arbitragem). Ademais, a sentença arbitral não está

sujeita a recurso (PINTO, 2005, p. 23).

No que se refere à confidencialidade, regra geral, o processo arbitral é sigiloso, pois, muitas vezes questões estratégicas de empresas privadas ou de empresas estatais estão em evidência, podendo afetar o mercado na divulgação dessas informações. A publicidade dos atos da Administração relaciona-se com o controle da coisa pública e não com o processo judicial que resolve o conflito.

Salienta-se, entretanto, que a lei de confirmação da participação da administração direta e indireta em procedimentos arbitrais, também determinou que fosse mantida a publicidade. Assim, com a finalidade de atender ao próprio interesse público, Klein (2010, p. 18) defende que, quando a Administração Pública for parte no compromisso arbitral deverá prevalecer a publicidade, podendo, contudo, ser estabelecido o sigilo de certas informações, desde que em caráter excepcional e justificadamente. Assim, defende-se no presente estudo o equilíbrio entre a necessidade de garantia da publicidade dos atos da Administração e o respeito ao sigilo da divulgação destes atos, em razão de configurar riscos à segurança do Estado.

Por fim, no que diz respeito a ausência

de prerrogativas estatais, esta lacuna representa uma das grandes desvantagens da utilização do instituto em epígrafe pois, a Fazenda Pública como parte no processo não detém prerrogativas processuais, o que prejudica os procuradores do Poder Público. Devido a este fator, o Tribunal de Contas da União tem demonstrado resistência na aceitação da utilização da arbitragem nos casos de contratos administrativos. É o que se depreende em diversos julgados da Corte Contas, como exemplo, o Acórdão 1271/2005, relatoria do Ministro Marcos Bemquerer:

(...) Volta-se a equipe apenas contra disposições contratuais, existentes em apenas um dos contratos, advindas da licitação internacional original, que prevêem o procedimento da arbitragem, nos moldes estabelecidos na Lei nº 9.307/1996, para a resolução de conflitos surgidos na execução do contrato. Sustenta a equipe que o art. 1º da referida Lei, ao excluir a possibilidade de resolução, por arbitragem, de conflitos em que estiverem em jogo interesses patrimoniais indisponíveis, afastou também, no mesmo passo, a possibilidade de que contratos administrativos, ou relações jurídicas que tutelem interesse de natureza pública, prevejam apelo à via arbitral pela parte que se julgar atingida na aplicação das demais disposições contratuais. Dito isto, importa aduzir algumas considerações que levam à conclusão de ser dispensável promover a audiência dos interessados no caso vertente. Primeiro, assiste razão à unidade técnica ao rejeitar a previsão contratual do mecanismo da arbitragem em contratos administrativos. Este tem sido, de fato, o entendimento predominante nesta Corte de Contas, que fundamenta sua crítica à previsão de arbitragem nos contratos administrativos na inexistência de expressa autorização legal para tanto, sem a qual não pode o administrador público, por simples juízo de oportunidade e conveniência, adotar tão relevante inovação. Nesse sentido, foi

a Decisão nº 286/1993-Plenário, proferida em sede de consulta a esta Corte, formulada pelo então Ministro das Minas e Energia. Poder-se-ia pensar que tal problema não mais existiria após a edição da Lei nº 9.307/1996, que, ao dispor sobre a arbitragem, introduz, verdadeiramente, o instituto no direito positivo brasileiro. No entanto, este Tribunal em julgado da 2ª Câmara sobre processo envolvendo contratos que a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE firmava com produtores independentes de energia, entendeu que o art. 1º da referida Lei, ao estabelecer que a via arbitral estava aberta aos detentores de direitos patrimoniais disponíveis, retirava os contratos administrativos da esfera de incidência de suas disposições, consoante se pode depreender pelo exceto do voto condutor do Acórdão nº 584/2003-2ª Câmara, verbis: “Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei nº 9.307/96, o seu art. 1º determina que poderão ser objeto de solução via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo os efeitos do racionamento de energia. E, conforme já mencionei, os serviços de energia elétrica são serviços públicos exclusivos do Estado. A própria CBEE só foi criada em função do racionamento de energia. Não se poderia admitir, por exemplo, que ela vendesse a energia contratada com os produtores independentes para empresas fora do país. A energia contratada destinava-se a atender à situação de emergência por que passava a sociedade brasileira. Claramente, portanto, não se estava tratando de direitos disponíveis da empresa”. Verifica-se que tese acima transcrita é a defendida pela Secex/RS e que foi também encampada no Acórdão nº 587/2003-Plenário, citado pela unidade técnica. No entanto, sem a pretensão de esgotar o tema, tenho que tal entendimento ainda não se encontra consolidado. Primeiro, porque não se configura plena convergência no posicionamento que o próprio (...) (Brasília, 2005)

https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/NUMACORDAO%253A1271%2520ANOACORDAO%253A2005/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0%20

?uuid=be05bd90-d35c-11e9-b750-235e-861d3b56

Conforme já exposto, o Tribunal de Contas tem demonstrado resistência com a utilização da arbitragem pela Administração Pública, embora o Supremo Tribunal Federal já tenha se pronunciado, em inúmeras oportunidades, a respeito da compatibilidade do instituto com os contratos administrativos. Assim, o posicionamento do Tribunal de Contas está superado.

Outrossim, a reforma operada pela Lei nº 13.129/2015 pôs fim a discussão de que não havia previsão legal de utilização da arbitragem pela Administração Pública. Além disto, a referida lei impôs limitações para os entes públicos, como: a limitação do conflito aos direitos disponíveis, a vedação à confidencialidade, assim como a impossibilidade de julgamento por equidade.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo tratou da possibilidade de utilização da Arbitragem pela Administração Pública, considerando que a matéria discutida está relacionada: ao equilíbrio econômico-financeiro; aos aspectos patrimoniais da execução do contrato; à interpretação das regras do mesmo, além de questões técnicas.

Demonstrou-se algumas das vantagens e desvantagens da adoção do compromisso arbitral pela máquina administrativa. Contudo, embora tenha se chegado à conclusão da legalidade da adoção do juízo arbitral para os contratos da Administração - Lei nº 13.129/2015 - o instituto dialoga com os princípios e a natureza dos temas de Direito Privado. Logo, é preciso cuidado com a adoção deste compromisso na esfera da Administração Pública como, por exemplo, devido ao afastamento das prerrogativas processuais da presença da Fazenda Pública em juízo.

O grande destaque é o papel da Arbitragem nos contratos celebrados

com a Administração, como solução para a excessiva judicialização de litígios, por ser mais econômico, célere e compatível com a realidade dos contratos. Defende-se, portanto, a sua utilização pela Administração Pública, desde que respeitados os princípios administrativos.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. Tratado geral da arbitragem. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades da arbitragem envolvendo o poder público. In: PEREIRA, Cesar Augusto G.; TALAMINI, Eduardo (coord). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010 cap.4
- BRASIL. Constituição Federal 1824
- _____.Constituição Federal 1988
- _____. Decreto-lei 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Decreto-Lei_2300>.htm Acesso em: 15 jun. 2019.
- _____. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- _____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- _____. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- _____. Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 15 jun. 2019.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 606.345/RS, Recurso Especial. Relator Ministro João Otávio Noronha. Brasília, DF. 17 de maio de 2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/relatorio-e-voto-14086269>> Acesso em:... . 30 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RESP 904.813/RS, Recurso Especial. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF. 20 de outubro de 2011. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>. Acesso em: 30 ago. 2019.

_____. Lei 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm. Acesso em: 15 jun. 2019.

CALMON, Eliana. A arbitragem e poder público. Revista de Arbitragem e Mediação, Rio de Janeiro, n. 24, ano 7, jan./mar. 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos al-

ternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista do Processo, São Paulo, n. 74, ano 19, - p. 82-97, abr./jun. 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário a Lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2006.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo v. 32, p. 14-20, 2000.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KLEIN, Aline Licia. A arbitragem nas concessões de serviço público. In: PEIREIRA, Cesar Augusto G.; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Arbitragem e Poder Público. São Paulo: Saraiva, 2010. Cap.5

LEMES, Selma Maria Ferreira. Por que criar amarras à arbitragem. Jornal Valor Econômico, Rio de Janeiro, 15 ago. 2014. Acesso em 19 jul. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. 13.ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2008a.

MEIRELLES, Hely Lopes Direito Administrativo Brasileiro. 34.ed. São Paulo: Malheiros, 2008b.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O conteúdo do regime jurídico administrativo e seu valor metodológico. Revista de Direito Público, São Paulo, vol. 2, p. 44-61, out./dez. 1967.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Mutações do direito administrativo. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2015.

PARADA, André Luis Nascimento. A arbitragem nos contratos administrativos: uma análise crítica aos obstáculos jurídicos normalmente suscitados para afastar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos em contratos administrativos. 2014. 181 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós Graduação em Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/8662>>. Acesso em: 20 jun 2018

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. In: WALD, Ar-

noldo (Coord). Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, n. 6, p. 25-36, jul./set. 2005.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. A arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública: Uma Proposta de Regulamentação. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/16218>>. Acesso em 28 nov. 2016.

**REFLEXÕES SOBRE
A UTILIZAÇÃO DA
ARBITRAGEM ENVOLVENDO
A ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA: UMA ANÁLISE
À LUZ DO PRINCÍPIO DA
PUBLICIDADE**

Por:
Julyanna Silva Renovato

REFLEXÕES SOBRE A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Artigo referente à linha temática “Arbitragem e Administração Pública”, submetido à publicação na Revista da APEB – Associação dos Procuradores do Estado da Bahia.

RESUMO:

O artigo aborda de maneira sucinta aspectos favoráveis na utilização da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos em que a Administração Pública figura como parte. As questões suscitadas se relacionam com as alterações promovidas na Lei 9.307/96, que regula a arbitragem no Brasil, através da confirmação legislativa trazida pela Lei 13.129/2015, especialmente no tocante ao dever de Pu-

blicidade por parte da Administração Pública em detrimento do sigilo inerente ao instituto da arbitragem. Para efeitos de esclarecimento, consideram-se compreendidos pela expressão Administração Pública, os seguintes entes: União, Estados, Municípios, Distrito Federal, sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Publicidade. Sigilo arbitral.

ABSTRACT:

The article briefly addresses favorable aspects in the use of arbitration as an alternative way of conflict resolution in which the Public Administration is a part. The issues raised relate to the changes promoted by Law 9.307/96, which regulates arbitration in Brazil, through the legislative confirmation brought by Law 13.129/2015, especially regarding the Public Administration's duty of detriment to the inherent secrecy to the arbitration institute. For the sake of clarity, the expression "Public Administration" includes the following entities: Union, States, Municipalities, Federal District, mixed capital companies, public companies, municipalities and foundations.

Keywords: *Arbitration. Public Administration. Publicity. Arbitral Confidentiality.*

1. INTRODUÇÃO

A adoção do instituto da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis tem sido cada vez mais utilizada. Nesse sentido, a alteração legislativa promovida pela Lei 13.129/15 confirmou o que já se intuía, a possibilidade da Administração Pública figurar como parte do procedimento arbitral. A necessidade do Estado se adaptar à arbitragem traz consigo algumas questões de caráter relevante, em especial, o dever de publicidade que incide nas arbitragens dessa natureza. O presente artigo visa analisar a adequabilidade da convenção arbitral que envolva a Administração Pública e os contornos adquiridos pelo dever de publicidade a que está submetida a entidade estatal.

2. PREVISÃO LEGAL DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, o instituto da arbitragem é disciplinado através da Lei 9.307/96, entretanto, a previsão que consolidou a possibilidade de utilização desse meio alternativo de resolução de disputas envolvendo a Administração Pública surgiu apenas com a confirmação legislativa trazida pela Lei 13.129/15, que contemplou o tema através das inovações contidas na reforma do mencionado dispositivo legal.

Com efeito, a previsão legal advinda da alteração constante na Lei 13.129/15 surge para ratificar presunção já existente, em âmbito jurídico, de que a Administração Pública poderia figurar como parte em demandas arbitrais que tivessem como escopo a solução de litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Tal concepção deriva da existência prévia de disposições legais acerca do tema, a exemplo da Lei 11.079/04, que disciplina as parcerias público-privadas (PPP's), em que se estimula a solução arbitral de disputas surgidas no âmbito dos contratos administrativos de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

A perspectiva retratada demonstra a necessidade de adaptação do Estado ao instituto da arbitragem para garantir melhores condições de competitividade no mercado, especialmente no âmbito das parcerias público-privadas. Nesse caso, o incentivo à utilização da arbitragem para relações jurídicas envolvendo a Administração Pública justifica-se pela constatação de que o instituto se apresenta como um mecanismo mais adequado de solução de conflitos.

Isto porque, tratando-se de conflitos pautados em contratos que regulem matéria de natureza complexa e que envolvam muitos agentes, inclusive,

investidores, a solução arbitral apresenta vantagens em relação ao tradicional processo judicial, dentre os quais se destaca a celeridade, o grau de tecnicidade propiciado mediante a possibilidade de escolha de árbitros com qualidades específicas, e a premissa contundente em assegurar a eficiência da prestação jurisdicional.

Constata-se que a inserção da arbitragem em contratos dessa natureza beneficia os princípios da eficiência e economicidade, aos quais a Administração Pública busca atender, uma vez que “os parceiros contratados, cientes da previsão em solucionar conflitos extrajudicialmente oferecerão preços menores. Estudos internacionais demonstram que a previsão de meios adequados de solução de conflitos em contratos de concessão pode gerar redução de até 20% no custo da tarifa cobrada dos usuários finais. Além disso, há redução dos custos no processo arbitral comparado ao processo judicial. A economia pode chegar a quase 60%.” [LEMES, 2016]

3. ARBITRABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

No tocante à adequabilidade da utilização do instituto, a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), em seu artigo 1º, estabelece critérios subjetivos e objetivos de arbitrabilidade. Denomina-se

arbitrabilidade “a viabilidade jurídica de submeter determinada controvérsia à arbitragem. O tema é relevante porque nem todas as partes podem se vincular à arbitragem e, além disso, não são todas as questões que podem ser apreciadas em juízos arbitrais” [TIBÚRCIO, 2014]. O critério subjetivo refere-se à capacidade das partes, enquanto o critério objetivo, por sua vez, diz respeito à matéria objeto do litígio a ser submetido à arbitragem, tendo em vista a admissão específica do instituto apenas para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Incontroverso que a Administração Pública é capaz de celebrar contratos, adequando-se, indiscutivelmente, ao aspecto subjetivo. No que diz respeito à limitação imposta pelo aspecto objetivo, que reputa a disponibilidade do direito e seu proveito pecuniário como fatores determinantes da viabilidade de utilização do instituto, tem-se que a Administração é titular de direitos patrimoniais disponíveis, nos limites traçados pelo ordenamento jurídico.

Na situação descrita, a existência de disponibilidade quanto a direitos patrimoniais por parte da Administração Pública não desconstitui a indisponibilidade do interesse público, tendo em vista que ao convencionar pela utilização do meio arbitral para solu-

ção de conflitos e dispor do seu direito, o Estado pode se beneficiar através de inúmeros aspectos proporcionados pela instituição da arbitragem no caso concreto. Ao acompanhar a dinamicidade atual do direito administrativo, pautado na consensualidade presente nas atividades administrativas, a Administração Pública amplia o seu poder de contratação e, por corolário, cria condições favoráveis a eventuais investimentos privados na gestão pública, que serão revertidos em proveito do interesse público.

4. A INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE EM FACE DA REGRA GERAL DE CONFIDENCIALIDADE NO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Por certo, há inúmeras questões a serem consideradas quando a demanda arbitral tiver como uma das partes a Administração Pública, dentre as quais evidencia-se: a) escolha do órgão arbitral; b) nomeação de árbitros; c) verbas honorárias; d) custas e despesas; e) sede da arbitragem; f) idioma; g) publicidade. Determinados pontos que, ao que tudo indica, seriam convencionados com maior facilidade tratando-se de uma arbitragem constituída por entes privados, adquirem certo caráter dificultoso em razão da natureza burocrática e sistematizada a que a Administração Pública está submetida.

Notável relevância adquire a questão

da Publicidade nos procedimentos arbitrais em que figura como parte a Administração Pública, por restar compelida a atender as normas de transparência que lhe são aplicáveis, consoante disposição do artigo 37 da Constituição Federal ao elencar os princípios basilares da Administração Pública, dentre os quais consta a Publicidade. Paralelo a isso, exsurge a regra geral de confidencialidade em que se pauta o instituto jurídico da arbitragem, a fim de preservar o sigilo e o interesse da parte privada.

A alteração legislativa promovida pela Lei 13.129/15 preocupou-se em determinar expressamente a incidência do princípio da publicidade nas demandas arbitrais de que o ente estatal faça parte. O artigo 2º da Lei 9.307/96, em seu parágrafo 3º, dispõe que “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.” Apesar disso, o legislador não especificou o que deve ser objeto de divulgação, quem seria responsável por tal divulgação e em que grau ocorreria.

Sem dúvidas, a parte que está sujeita ao princípio da publicidade é a Administração Pública, portanto, não seria razoável compreender a norma legal estipulada pelo artigo 2º, parágrafo 3º da Lei de Arbitragem como uma

regra de publicidade total e absoluta que incidirá sobre todos os atos da arbitragem, como ocorreria normalmente no processo judicial.

Nesse mesmo sentido foi o teor de recente Enunciado proveniente da 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios do Conselho Federal de Justiça, liderada pelo Ministro Luiz Felipe Salomão do STJ, em que restaram aprovados alguns enunciados que dispõem sobre arbitragem com a Administração Pública, especialmente no tocante à publicidade, tendo restado consignado no Enunciado de nº 4 que “Na arbitragem, cabe à Administração Pública promover a publicidade prevista no art. 2º, § 3º, da Lei n. 9.307/1996, observado o disposto na Lei n. 12.527/2011, podendo ser mitigada nos casos de sigilo previstos em lei, a juízo do árbitro.”

A solução mais adequada seria uma atuação colaborativa entre o órgão arbitral responsável pelo julgamento da arbitragem e a Administração Pública, em que as câmaras de arbitragem disponibilizassem os documentos de maior relevância, como certidões ou sentença arbitral, ao ente público que, por sua vez, restaria incumbindo em divulgar eventuais informações acerca do procedimento arbitral, quando assim fosse solicitado.

5. DEMANDAS ARBITRAIS ENVOLVENDO A ENTIDADE PÚBLICA E PARÂMETROS UTILIZADOS QUANTO AO DEVER DE PUBLICIDADE

Essa foi justamente a medida adotada no procedimento arbitral nº 78/2016/SEC7 em trâmite perante o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), em que a Administração Pública estava envolvida como parte. O paradigmático Caso Libra, um dos mais célebres e recentes procedimentos arbitrais com a participação da entidade pública, foi instaurado para dirimir divergências contratuais entre a Libra Terminais S/A e a Libra Terminais Santos S/A com a Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), que contou com a participação da União no mesmo polo da Administração Portuária. O objeto do litígio se referia aos contratos de arrendamento dos Terminais 35 e 37 do Porto de Santos.

No caso relatado acima, a Advocacia Geral da União (AGU) disponibilizou em sua página dados e informações acerca do procedimento arbitral do Caso Libra, como requerimentos realizados pelas partes, laudos, fichas técnicas e sentença arbitral, cumprindo com a regra de transparência que impõe o princípio da Publicidade. Evidentemente, nos procedimentos arbitrais de que faça parte, a entidade

pública será fiscalizada por determinado órgão que regule essa questão no âmbito administrativo, seja Tribunal de Contas da União, dos Estados ou dos Municípios. Isso demonstra a quem incumbe o encargo de realizar a Publicidade Ativa, ou seja, o dever de fornecer as informações acerca do procedimento arbitral em andamento.

Não parece apropriado transferir essa tarefa aos órgãos arbitrais que administram tais procedimentos, o que poderia tornar muito onerosa a solução do litígio, inviabilizando economicamente seu gerenciamento, além da incapacidade material das câmaras arbitrais em lidar com o contingente público. Por certo, a melhor adequação na hipótese de arbitragem envolvendo a Administração Pública presumiria uma colaboração entre os órgãos arbitrais e a entidade pública no que diz respeito à organização das informações que serão disponibilizadas ao público, propriamente como ocorreu no caso trazido a exame.

Em suma, a fim de evitar eventuais atritos entre as partes no que tange à regra da publicidade, “importa que na cláusula compromissória (ou no compromisso arbitral, se for o caso) as partes – entidade pública e entidade privada – deixem claro qual o grau de publicidade que pretendem estabe-

lecer, atribuindo às partes o dever de tornar públicos os atos e os documentos determinados” [CARMONA, 2016].

6. OS MODELOS CONTRATUAIS E AS MEDIDAS ADOTADAS QUANTO AO SIGILO

Diametralmente oposto ao que se verifica no processo judicial, embora as arbitragens, em geral, sejam confidenciais, a lei de arbitragem prevê, explicitamente, que aquelas que envolverem a Administração Pública devem observar o princípio da publicidade [art. 2.º, § 3.º]. A obrigação de não divulgar dados ou informações relativas à disputa abrange tantos os árbitros quanto às partes do procedimento arbitral, de modo que o sigilo visa resguardar as partes contra o uso indevido de informações por terceiros alheios à relação decorrente da convenção de arbitragem, além de evitar eventuais repercussões desfavoráveis no mercado à parte privada litigante.

Nessa perspectiva, insta destacar a recente resolução número 5.845 de 14 de maio de 2019, publicada pela Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT que dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT e seus entes regulados. A resolução regula detalhadamente a questão da publicidade da arbitragem, criando

uma regra acerca de questões sigilosas ao estipular a existência de uma versão pública e uma versão sigilosa dos documentos, se as partes assim convencionarem, conferindo-lhes discricionariedade para tarjar trechos dos documentos que não pretendam divulgar ao público. O texto legal determina, em seu artigo 22, parágrafo 3º, que “Caberá à ANTT indicar ao tribunal arbitral o sigilo das informações sob sua responsabilidade.”

Outro importante ponto suscitado pela resolução 5.845/19 da ANTT diz respeito à audiência arbitral. Em uma disposição que parece muito acertada, o artigo 22, parágrafo 4º disciplina que:

A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem.

Notadamente, nesse caso, a resolução demonstrou certa diligência do legislador em atender à regra geral de confidencialidade que permeia o Juízo arbitral, mesmo nas arbitragens em que a entidade pública fizer parte, haja vista que este princípio não pode ser absolutamente mitigado em razão da publicidade a que está submetida a Administração Pública.

Este dever atinge somente a Administração Pública, por previsão legal expressa da Constituição Federal, apesar dos efeitos decorrentes do seu ônus se estenderem ao órgão arbitral responsável pela administração do litígio e à parte adversa, pela sua exposição, muitas vezes compelida, em virtude da natureza da demanda arbitral que está compondo juntamente com a entidade pública.

7. A DELIMITAÇÃO DA ATUAÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL NO QUE TANGE AO CONTROLE DE TRANSPARÊNCIA

Conquanto a análise desenvolvida sobre o tema aponte na percepção de que a publicidade trata-se de incumbência legal intrínseca às atividades da Administração Pública e que por ela deve ser viabilizada, cumpre destacar a existência de instrumentos contratuais que preveem soluções destoantes das apresentadas aqui, a fim de garantir consonância com o princípio constitucional da publicidade a que esta sujeita a entidade pública. Diante desta situação, afasta-se da relação meramente colaborativa entre órgão arbitral e entidade pública integrante do procedimento arbitral outrora suscitada.

Atendendo a essas características, é possível citar o contrato de concessão da 16º rodada de licitações da Agência

Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP para exploração e produção de petróleo e gás natural. Nessa hipótese, o instrumento contratual formulado pela entidade pública previa a utilização da arbitragem como meio de solução para controvérsias e estipulava item específico quanto à publicidade e divulgação de informações do processo arbitral, nos seguintes termos:

O procedimento arbitral deverá observar o princípio da publicidade, nos termos da Legislação Brasileira e resguardados os dados confidenciais nos termos deste contrato. A divulgação das informações ao público ficará a cargo da instituição arbitral que administrar o procedimento e será feita preferencialmente por via eletrônica.

Dessa forma, a instituição arbitral que se dispuser a administrar arbitragem envolvendo a entidade pública, nesse caso, a ANP, assumirá o dever de promover a publicidade ativa, além de divulgar ao público informações sobre os atos praticados no procedimento arbitral.

Entende-se pela necessidade de diligência no momento de delimitação da atuação dos órgãos arbitrais nas arbitragens em que a Administração Pública figura como parte. Não seria razoável admitir que as câmaras arbitrais sejam compelidas a fornecer certidões, requerimentos ou decisões do procedimento arbitral envolvendo a entidade pública a qualquer civil.

Adotar essa possibilidade poderia diminuir as chances de que os órgãos arbitrais aceitem administrar demandas compostas pela Administração Pública, tendo em vista que incumbir as câmaras da tarefa de divulgar os atos realizados no procedimento arbitral, necessariamente, implicaria no acréscimo de custos, seja através do fornecimento ilimitado de documentos ao público, ou até mesmo diante da necessidade de criação de uma plataforma para divulgação de dados sobre a arbitragem.

Indiscutivelmente, tal medida poderia inviabilizar a administração dos procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figura como parte, por tornar-se muito oneroso para as instituições arbitrais. De qualquer forma, “competirá à parte pública atender as normas de transparência que lhe são aplicáveis, preservando o sigilo protegido por lei e o interesse da parte privada” [LEMES, 2016].

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É evidente que a adoção da arbitragem pela Administração pública como método alternativo de solução de conflitos tem o condão de conferir celeridade e grau de tecnicidade apurado a litígios que são atraídos pelo juízo arbitral não somente pela

tendência de desformalização processual que se apresenta, mas diante da adequabilidade do instituto aos interesses perseguidos pela entidade pública, que pretende solucionar de maneira eficiente as suas demandas.

Convém garantir que os contratos nos quais se fundamentem a convenção arbitral atendam não somente às peculiaridades da entidade pública, mas adotem a premissa contundente de garantir a viabilidade administrativa do litígio. Deve-se pautar na configuração de relação cooperativa entre Administração Pública e órgão arbitral, uma vez claramente delimitado a quem pertence a incumbência legal de promover a publicidade ativa nas demandas da espécie.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LEMES, Selma Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública.** In Valor Econômico. p. 1. 2016.

TIBÚRCIO, Carmen. **Arbitragem Envolvendo a Administração Pública: estado atual no direito brasileiro.** *Direito Público*, Brasília v. 11, ano XI, n. 58, p. 62-82, jul./ago. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Administração Pública – primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública.** In Revista Brasileira de Arbitragem. 2016.

Resolução nº 5.845/19 ANTT

<http://www.in.gov.br/web/dou/-/resolu%C3%87%C3%83o-n%C2%BA-5.845-de-14-de-maio-de-2019-104559141>

Contrato de concessão da ANP

http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round16/edital/contrato_R16_08082019.pdf

LEMES, Selma Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública.** In Valor Econômico. p. 2. 2016.

A ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: NOVOS DESAFIOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por: Mariana Cerqueira Bezerra

A ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA: NOVOS DESAFIOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ARBITRATION IN PUBLIC UTILITY DISAPPOINTMENT: NEW CHALLENGES TO PUBLIC ADMINISTRATION

Mariana Cerqueira Bezerra¹

RESUMO:

Assunto de grande relevo é a utilização da arbitragem às relações em que a Administração Pública seja parte, utilizando-se como instrumento para resolução dos seus litígios. A Lei nº 13.129/2015, que modificou a Lei Brasileira de Arbitragem, gerou significativa mudança no contexto social atual. Não bastasse a referida alteração legislativa, o Legislador vem produzindo diversas modificações no ordenamento jurídico, a saber a Lei nº 13.867/2019, a qual alterou o Decreto-Lei nº 3.365/1941, a fim de prever expressamente a possibilidade do uso da arbitragem nas desapropriações por utilidade pública. O Direito Admi-

nistrativo tomou consciência acerca da necessidade de flexibilizar conceitos e formas de satisfazer as suas relações com o particular. Essa proximidade e, conseqüentemente, a horizontalização da relação tem trazido pontos positivos, sobretudo porque passou a utilizar meio eficaz e célere na resolução de controvérsias. A união desse instituto à atividade estatal cria uma nova concepção de Estado, desaguando, inclusive, na eficiência dos atos públicos, não permitindo que haja o engessamento dos conceitos e práticas administrativas. É necessário que haja o desenvolvimento do direito e que o Estado o acompanhe.

Palavras-chave: Intervenção Estatal. Propriedade privada. Arbitragem. Administração Pública. Cláusula Compromissória. Direito Administrativo.

Keywords: State intervention. Private property. Arbitration. Public Administration. Arbitration clause. Administrative law.

¹ Especialista em Direito Público pela PUC-Minas. Pós-graduada em Licitações e Contratos Administrativos pela Faculdade Baiana de Direito. Advogada. E-mail: marianacbezerra.adv@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo abordará a utilização da arbitragem nas desapropriações por utilidade pública, mais precisamente na definição dos valores relativos às indenizações a serem pagas pela Administração Pública.

A Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), até 2015, não trazia expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem nas relações envolvendo o ente público, o que gerava debates doutrinários acerca da juridicidade do citado instrumento.

O Legislador, a fim de infirmar dúvidas sobre o emprego da arbitragem nas relações envolvendo o ente público, editou a Lei nº 13.129, publicada no D.O.U. no dia 27/05/2015, a qual alterou a Lei de Arbitragem, passando a estabelecer de forma expressa tal permissiva.

Ao longo destes quatro anos, o Poder Judiciário instituiu normas que abordam expressamente o tema, mormente a Lei nº 13.867, publicada no D.O.U. em 28/08/2019, que prevê não só a arbitragem, mas, também, a mediação, como meio eficaz a dirimir controvérsias acerca da definição dos valores referentes às indenizações correlatas.

A arbitragem tornou-se meio eficaz, por força do advento das demandas em massa que envolviam o Estado, carecendo, a sociedade, que a atividade jurisdicional sofresse uma dilatação, a fim de evitar o falecimento do direito fundamental disposto na Constituição Federal de 1988².

Assim como os demais meios heterocompositivos de resolução de controvérsias, a Arbitragem mostrou-se válido e útil, sendo este o foco do presente trabalho. Ou seja, quer-se demonstrar a eficácia dos meios alternativos nas contendas em que a Administração é parte, especialmente na desapropriação.

Em que pese o reconhecimento da eficácia do processo arbitral, este ainda é pouco utilizado pela Administração, mas muito bem desenvolvido na seara privada. Deste modo, pretende-se que o debate seja enriquecido pelas práticas já aventadas pelo ente público.

Com efeito, o presente trabalho se debruçará no estudo do uso da arbitragem aos casos em que o particular queira debater o valor da justa indenização nos processos de desapropriação, podendo ser dividido em duas partes, sendo a primeira com enfoque na justa indenização ao particular expropriado, e a segunda, com foco nas

² Artigo 5º, XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

previsões legislativas e a discussão acerca da utilização da arbitragem no procedimento de desapropriação.

Não obstante o uso do processo arbitral na relação privada, estranha-se quando da sua utilização no âmbito público, visto que o regime jurídico de direito público possui peculiaridades não existentes no direito privado, tais como, os princípios da publicidade e da supremacia do interesse público sobre o privado.

Será demonstrada a viabilidade econômica do supramencionado instituto, bem como os limites impostos pelo Legislador e pelas restrições dos interiores brasileiros, as decisões dos Tribunais Pátrios e dos Tribunais de Contas.

Certo é que poderá a Administração Pública, direta e indireta, por meio da autoridade competente, realizar acordo e transações, em que se estabeleça a convenção de arbitragem, com o fito de resolver conflitos atinentes a direitos patrimoniais disponíveis, desde que se preserve o princípio da publicidade e demais cominações legais.

2. A JUSTA INDENIZAÇÃO DO PARTICULAR NA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação é o instituto pelo

qual o Poder Público ou seu delegado transfere para o Estado a propriedade privada, fundamentada na necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, mediante pagamento prévio da justa indenização em dinheiro, nos termos do artigo 5º, XXIV da Constituição Federal.

Há, ainda, a desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária, prescrita no artigo 184 da Carta Magna, por contrariedade ao Plano Diretor da cidade, fundamentada no artigo 182, § 4º, III do mesmo diploma legal, mediante prévio pagamento do justo preço em títulos da dívida pública, com cláusula de preservação do valor real do imóvel, ou por uso nocivo da propriedade, situação na qual não haverá indenização de qualquer natureza, conforme artigo 243 da supracitada norma constitucional.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “a desapropriação é o procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”³.

Trata-se, portanto, de processo admi-

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013, p. 167.

nistrativo, no qual ocorre a transferência do bem do particular ao domínio público, lastreado na necessidade ou utilidade pública ou no interesse social, objetivando o atendimento do interesse público.

Observa-se que tal modalidade de intervenção do Estado na propriedade privada possui natureza imperativa, apenas se concluindo com o pagamento prévio da justa indenização em dinheiro. E, ainda, por exigência imposta pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente o artigo 5º, XXIV da Constituição Federal, é indispensável o preenchimento dos pressupostos primários, vale dizer, a necessidade, a utilidade pública, o interesse social, as medidas urgentes, a situação de risco e as desigualdades sociais.

O Decreto-Lei nº 3.365/1941, alterado pela Lei nº 13.867/2019, dispõe sobre as situações consideradas de utilidade pública para fins de desapropriação. Já a modalidade de desapropriação por interesse social fora regulamentada pelas Leis Federais nº 4.132/1962 e nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade).

Por outro lado, a Constituição Federal garantiu o direito de propriedade no inciso XXII, do artigo 5º, ao passo que assegurou, nos casos de desapropriação por utilidade pública, indenização

justa e prévia, nos termos do inciso XXIV do mesmo dispositivo, não se submetendo ao regime de precatórios.

Isto porque, salvo nos casos de ações judiciais próprias que discutam o pagamento da indenização, a quitação do montante deve ser prévia ao ato de desapropriar, não se comunicando com o regime dos precatórios, o qual estabelece, como norma fundamental, a existência de uma ordem cronológica de pagamento.

Noutro sentido, a desapropriação se dá por meio de ato declaratório do Poder Público, em que expressa a sua intenção de adquirir compulsoriamente o bem do particular. A declaração de utilidade pública deve conter (i) a manifestação pública de vontade de submeter o bem à desapropriação; (ii) fundamento legal; (iii) destinação específica a ser dada ao bem expropriado; e (iv) a identificação e individualização do bem.

Declarada de utilidade pública, o Poder Público terá cinco anos para promover os atos específicos à efetivação da desapropriação, que apenas será transferida ao Estado quando do pagamento da indenização.

A problemática reside precisamente, e na maioria das situações, na fixação

do valor justo, uma vez que o particular tende a discordar da indenização. Até a edição da Lei nº 13.867/2019, a contenda deveria ser dirimida apenas junto ao Poder Judiciário. Entrementes, a alteração legislativa permitiu o debate a partir da mediação ou arbitragem.

Perfaz-se, por oportuno, que a desapropriação por utilidade pública é espécie que visa atender ao interesse coletivo, sendo o meio pelo qual o Poder Público transfere compulsoriamente o bem do particular ao seu domínio, mediante prévia e justa indenização cujo valor poderá ser discutido não só na via judicial, mas, também, através dos meios alternativos de resolução de conflito.

3. A ESCOLHA DA ARBITRAGEM PARA DISCUSSÃO DOS VALORES RELATIVOS ÀS INDENIZAÇÕES NA DESAPROPRIAÇÃO

3.1. A INOVAÇÃO LEGISLATIVA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Com a inovação legislativa, tornou-se possível ao Poder Público expropriante e ao particular a utilização da arbitragem, que, segundo Francisco José Cahali, pode ser conceituada como a forma heterocompositiva de resolu-

ção de controvérsias, estabelecida por cláusula contratual, a qual visa a solução do conflito por terceiro alheio ou colegiado⁴.

A atividade desenvolvida pelo árbitro não sofrerá intervenção estatal, sobretudo porque possui natureza jurisdicional de caráter extraordinário e público, tendo o Estado outorgado ao árbitro poderes, a fim de solucionar controvérsias, podendo, inclusive, tal atividade ser objeto de incidente de conflito de competência, conforme Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵.

A fim de evitar maiores delongas quando à constitucionalidade da arbitragem nas relações em que a parte for a Administração Pública, importante trazer ao debate casos ocorridos no direito brasileiro, a saber, caso Lage, Copel *versus* UEG Araucária e CEEE *versus* AES Uruguaiana, os quais consolidaram o posicionamento da jurisprudência.

A celeuma acerca da aplicabilidade ou não da arbitragem às atividades da Administração Pública ganhou destaque quando da edição da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, passando a prever a possibi-

⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 93.

⁵ BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Conflito de Competência nº 111.230, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2014.

lidade de utilização do instituto nas relações em que o ente for parte⁶.

Antes da mudança legislativa, o Tribunal de Contas da União⁷ considerava impossível o uso da arbitragem nos contratos administrativos pela Administração Pública, o que acarretava severos danos ao funcionamento estatal, uma vez que suas decisões convergiam sobremaneira daquelas proferidas pelos Tribunais Pátrios, notadamente o Superior Tribunal de Justiça.

Muito embora as referidas decisões da Corte de Contas possam ser questionadas em juízo, vinculam toda a Administração Pública federal, exercendo verdadeiro limite ao caso concreto⁸. A negativa perenizada por longos anos deu-se pela ausência de previsão legal, o que se findou, a contrário sensu, antes mesmo do advento da Lei nº 13.129/2015, com o acórdão nº 2145, publicado em 2013⁹.

Observa-se, portanto, que mesmo antes da previsão legal, a Corte de Contas

alterou o seu entendimento, no sentido de autorizar a arbitragem nos contratos celebrados pelas sociedades de economia mista sempre que a resolução do conflito for de ordem técnica, já que se refere à especialidade e, por consequência, às atividades-fim.

Entrementes, pontou o Tribunal de Contas da União, à época, que o convencimento do Judiciário ou do Juízo Arbitral não têm o condão de vincular a sua atividade, não podendo tais decisões serem utilizadas com exclusividade na apuração de fatos ou julgamentos da Corte de Contas, haja vista serem estes órgãos autônomos e independentes.

Em 2016, o mesmo Tribunal proferiu decisão¹⁰, no sentido de afastar a arbitragem, sempre que, em contrato internacional, o negócio jurídico seja lastreado em vontades viciadas, em razão da ofensa à ordem pública nacional.

Essencialmente, o cerne da questão

6 Artigo 1º, § 1º da Lei 9.307/1996: A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

7 *Idem*. **Tribunal de Contas da União**. Decisão nº 286/93, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Brasília, DF, 4 de agosto de 1993. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/Judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>. Acesso em 13 de set. de 2019.

8 SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 231.

9 BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2145, Rel. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/?NUMACORDAO%253A2145%2520ANOACORDAO%253A2013/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=65aac980-d675-11e9-9600-2d2e92ec1367>>. Acesso em 13 set. 2019.

10 *Idem*. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1720, Plenário, Rel. Vital do Rêgo. Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/arbitragem/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/?uuid=cb649320-d673-11e9-8a18-3775bf0e9c6f>>. Acesso em 13 set. 2019.

gira em torno da disponibilidade do bem a ser discutido na arbitragem. Acaso este esteja na esfera de indisponibilidade do Administrador, confundindo-se, conseqüentemente, com o interesse público primário, não poderá ser objeto de meio heterocompositivo de resolução de conflito.

Vale esclarecer que serão disponíveis aqueles direitos cuja tutela remete-se meramente aos interesses individuais. Já aqueles outros [indisponíveis] serão os que dizem respeito aos bens de interesse geral/coletivo.

Erro corriqueiro é determinar que a indisponibilidade esteja associada a toda e qualquer atividade da Administração Pública, como se a esta apenas pudesse vincular direitos de natureza indisponível¹¹.

É que autores, como, por exemplo, Luiz Roberto Barroso¹² e Lúcia Valle Figueiredo¹³, afirmam que a indisponibilidade do direito estaria diretamente ligada a todo e qualquer interesse da Administração, já que esta atua sempre em prol e na busca da satisfação do interesse público, razão pela qual não se poderia concluir pela utilização

de tal instituto às atividades do ente.

Fato é que a existência do Estado se justifica pela satisfação do interesse público, decorrendo deste a indisponibilidade tanto perquirida quando está-se diante do interesse coletivo. Pode-se, então, esclarecer que o interesse público possui característica de primário e secundário, este último conhecidamente como interesse da administração.

Justifica-se tais facetas, sobretudo porque o Estado, em inúmeros momentos, assumirá a postura de Poder Público e órgão governativo, objetivando a proteção e execução do interesse e da finalidade pública, desempenhando, assim, as suas funções política e legislativa na condução do interesse público primário ou originário. Do contrário, quando este atua no desempenho da função administrativa, assumindo e operacionalizando uma atividade do órgão governativo, realiza a execução do interesse público secundário.

A indisponibilidade é relativa, portanto, uma vez que a Administração, mesmo objetivando a consecução e

¹¹ *Idem*. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308, 1ª Seção, Brasília, DF, 09 de abril de 2008. Disponível em < https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3594076&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em 13 set. 2019.

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez.** Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem. São Paulo. RT. n. 19. 2004, p. 415-439.

¹³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

realização do interesse público, conta com determinada parcela de liberdade para agir, dispor e contratar¹⁴.

Ora, será neste momento, ou seja, em que o Estado realiza e executa o interesse secundário ou interesse público derivado, que incidirá a disponibilidade do bem, “zona de influência da Arbitragem”¹⁵. É o que ocorre quando a Administração, já declarada a utilidade pública do bem a ser desapropriado, passa a discutir com o particular o valor da justa indenização correlata.

Adilson Abreu Dallari esclarece que o interesse público não se deve confundir com o interesse da Administração, pois o primeiro está na exata aplicação da lei, conduzindo-se com a realização concreta da Justiça, devendo, por vezes, decidir contra a Administração para defendê-lo¹⁶, o que se vincula aos atos de império ou *jus imperii*.

Consequentemente, a Administração pode dispor de tudo aquilo não afetado pelo interesse público, ou seja, vinculado aos atos de gestão, os quais podem ser compreendidos como aqueles praticados pelo Poder Público sem o emprego de poderes co-

mandantes¹⁷, objetivando tão somente o mero funcionamento do aparato administrativo.

Certo é que, desde que a atividade estatal não esteja associada exclusivamente ao interesse coletivo, não se pode criar óbices ao aproveitamento da arbitragem às suas relações, inclusive na desapropriação.

3.2. O procedimento da desapropriação e a arbitragem como escolha do particular

Tem-se que o conjunto de atos que constituem a desapropriação não possuem, em sua totalidade, característica de interesse público primário. Isto porque, primeiramente o expropriado é cientificado da decretação de utilidade pública do bem, ao passo que, em segundo momento, lhe é ofertado um valor correspondente à justa indenização.

Neste sentido, o procedimento administrativo da desapropriação se divide em duas fases, vale dizer, a declaratória, a qual baseia-se na indicação da necessidade ou utilidade públicas ou interesse social, e a fase executória

14 LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 128.

15 *Ibid.*, p. 130.

16 DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na concessão de serviço público**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, n. 128, 1997, p. 64-67.

17 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014, p. 433.

discricionariedade é fundamento na decisão da Administração Pública, na segunda fase –definição e pagamento da prévia e justa indenização, a escolha do meio para dirimir tais controvérsias fica a cargo do particular, porquanto o poder do Estado fora exercido em sua plenitude na fase primeira. Trata-se, portanto, de faculdade do particular e consequente obrigatoriedade do ente.

É sabido que não havendo consonância sobre o *quantum* indenizatório, poderá o particular, neste sentido, optar por contestá-lo através da mediação ou arbitragem. Como o presente trabalho dedica-se ao estudo do processo arbitral na desapropriação, este tratará sobre tais aspectos.

Destarte, a resposta do particular à notificação do ente pela declaração de utilidade pública deverá conter ao menos, e segundo Flávio Henrique Unes Pereira e Felipe Faiwchow Estefam¹⁹, (i) aceite da proposta ou; (ii) não aceite da proposta, com consequente opção da definição dos valores da indenização pela mediação ou pela arbitragem; (iii) a indicação dos “órgãos ou instituições especializados em me-

dição ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação”²⁰.

O particular poderá, ainda, rejeitar a proposta e manter-se inerte quanto ao meio escolhido, o que ensejará, acaso este prazo ultrapasse 15 (quinze) dias, o ajuizamento da ação própria pelo Poder Público, consoante artigo 10-A do Decreto-Lei nº 3.365/1941²¹.

Optando pelo uso da arbitragem as partes deverão obedecer estritamente o regime jurídico que rege as relações da Administração Pública, a saber, o respeito aos princípios da legalidade e da publicidade.

Usualmente, a arbitragem envolvendo apenas particulares reger-se-á pelo próprio regulamento da instituição arbitral. No caso do ente público, prescreve o artigo 1º da Lei 9.307/1996 que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

A proibição em utilizar a equidade como meio decisório aos casos em que esteja envolvida a Administra-

¹⁹ PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. **Desapropriação: o direito à arbitragem e à mediação na Lei nº 13.867/2019**. 2019. Disponível em < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/desapropriacao-o-direito-a-arbitragem-e-a-mediacao-na-lei-no-13-867-2019/> > Acesso em 15 set. 2019.

²⁰ Artigo 10-B do Decreto-Lei 3.3365/1941: Feita a opção pela mediação ou pela via arbitral, o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação.

²¹ Artigo 10-A, § 3º do Decreto-Lei nº 3.365/1941: Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público procederá na forma dos arts. 11 e seguintes deste Decreto-Lei.

ção Pública, reflete sobremaneira os limites impostos às disputas envolvendo o ente²². Isto porque, a prática de decidir com fundamento naquilo que aparenta ser mais justo, razoável e equânime não se comunica com o princípio da legalidade.

TA grosso modo, acaso fosse permitido a utilização de qualquer regra para fundamentar o julgamento, desde que justo, razoável e equânime, estaria a passos largos de toda a estrutura legal construída em torno da atividade administrativa. Haveria, portanto, uma liberdade dos árbitros no momento decisório, já que não estariam vinculados tão somente ao ordenamento jurídico pátrio.

O artigo 37, *caput* da Carta Magna²³ é cristalino ao dispor que a vontade da Administração deriva da lei, podendo o Estado autorizar ou desautorizar apenas em virtude do dispositivo legal. Permitir o vasto campo da equidade nada mais seria do que consentir com elementos decisórios surpresas e indevidos, o que desencadearia extrema insegurança para os gestores e

administrados, subvertendo, inclusive, a lógica do Estado democrático²⁴.

Logo, fácil concluir que o Decreto-Lei nº 3.365/1941, alterado pela Lei nº 13.867/2019, conduzirá o processo arbitral, assim como os princípios gerais do direito público. Pensar a *contrario sensu* é manifestamente inconstitucional, uma vez que a noção de decisão por equidade é excessivamente ampla e insegura.

O particular deverá indicar uma das câmaras arbitrais cadastradas no órgão expropriante e, não havendo cadastradas, compreende-se exequível a uso do cadastro de outros entes. E, ainda, especificar que a arbitragem seguirá o regulamento da mesma câmara, bem como o objeto a ser discutido, vale dizer, o valor da desapropriação.

Em atenção a Lei nº 8.666/93²⁵, o foro escolhido para dirimir qualquer questão contratual deverá ser o da sede da Administração celebrante, sem prejuízo das demais cominações legais, a destacar o respeito ao princípio da publicidade.

22 SUNDZFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O cabimento da Arbitragem nos Contratos** Administrativos. Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago., 2008. Disponível em: < <http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=Normal&vw=S&pdicntd=68517&idPublicacao=21>>. Acesso em 07 out. 2015.

23 Artigo 37 da Constituição Federal: A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

24 MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. **Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação**. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

25 Artigo 55, § 2º da Lei nº 8.666/1993: Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administra-

Assim como nas outras searas, nesta não será diferente admitir que a Administração Pública carece de legislação específica que atenda às necessidades do processo arbitral quando uma das partes for o ente público, sobretudo porque a aplicação do referido instituto nas relações públicas exige maior amadurecimento, o que apenas a prática poderá ofertar.

Não se pode olvidar da importância das mencionadas alterações legislativas, as quais, de certo modo, abriram as portas para uma revolução na condução das relações entre particular e ente público, especialmente porque a tendência é que tal vinculação seja mais horizontalizada.

Neste sentido, A principal ruptura que se pretende com a horizontalização das relações é a desconstituição da supremacia absoluta da Administração em determinadas situações, o que coloca o ente público, em certo aspecto, no mesmo patamar de discussão do particular. É dizer ao mesmo tempo que o Estado não deve ser provedor de fonte inesgotável de indenizações, ao passo que o indivíduo não poderá sofrer consequências injustificadas, já bastando a perda da propriedade.

É o equilíbrio destes dois fatores que desencadeará o verdadeiro objetivo de toda e qualquer atividade jurisdicional, vale dizer, a ordem jurídica justa, perquirida por meio do acesso à justiça, podendo se traduzir na busca pela paz social, não importando quem venha efetivar tais direitos e garantias fundamentais, se o Estado ou o árbitro. Cumpre evidenciar, que o mais relevante é que esses meios alternativos, caso da arbitragem, sejam tão eficazes quanto à atividade Estatal²⁶.

3.2. AS POSSÍVEIS DIFICULDADES A SEREM ENFRENTADAS PELOS PARTICULARES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fato notório é que o ponto mais atrativo da arbitragem na desapropriação é a celeridade. Convém esclarecer, por oportuno, que a dificuldade aqui apresentada não tem o condão de desconstituir os demais pontos positivos do instituto, servindo-se apenas para esclarecer as possíveis dificuldades a serem enfrentadas.

Apesar da celeridade do processo arbitral e do título executivo advindo da decisão proferida pelo árbitro, este poderá ser executado através do Judiciário. É por esta razão que se diz haver uma celeridade aparente, pois, ain-

ção para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.

26 BEZERRA, Mariana Cerqueira. **Uma nova leitura da arbitragem envolvendo a Administração Pública: os contratos administrativos à luz da reforma legislativa**. 2015. Universidade Salvador, Salvador, 2016.

da que o particular saia vitorioso do correlato processo, quiçá muito mais rápido do que pela via judicial, a execução da sentença, ou seja, o efetivo pagamento, acaso não seja procedido voluntariamente pelo ente, retornará indispensavelmente ao Judiciário.

Esclareça-se, acaso o ente seja condenado a pagar a diferença da justa indenização, e assim não proceda, o particular não poderá invocar a sentença arbitral sem que ingresse no Poder Judiciário, notadamente porque a referida decisão não é autoaplicável e possui natureza de título executivo judicial formal, conforme o artigo 515, VII do Código de Processo Civil²⁷, não possuindo força cogente e carga executória.

O poder executório das sentenças arbitrais apenas existe formalmente, razão pela qual, não havendo o cumprimento espontâneo da decisão, o particular deverá executá-la junto ao Poder Judiciário, respeitando os artigos 513 e seguintes e artigos 534 e seguintes do Código de Ritos, impondo-se, ainda, a quitação da indenização por meio do regime de precatórios estabelecido pelo artigo 100 da Cons-

tituição Federal²⁸, tema atualmente discutido pelo Supremo Tribunal Federal no RE 922.144/MG.

Outra dificuldade a ser pontuada é a falta de tribunais arbitrais nos interiores do país e os custos dispendidos com o referido processo. Patente é que muitos interiores brasileiros não possuem câmaras arbitrais, o que dificultará em demasia a aplicação do instituto.

Por certo, a arbitragem ganhou espaço no Brasil por meio dos esforços da categoria mais interessada, a própria sociedade, porquanto não era de interesse dos setores governamentais a sua alteração, outrora regulamentada pelo Código de Processo Civil. Isto porque, muitas das discussões levadas à arbitragem diziam respeito a questões metajurídicas, as quais exigiam elevada expertise e singularidade técnica.

A morosidade da atividade jurisdicional, a falta de conhecimento específico no julgamento foram fatores fundamentais ao aperfeiçoamento da arbitragem e sua regularização, sem contar nas massificações das deman-

²⁷ Artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil: São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral.

²⁸ Artigo 100 da Constituição Federal: 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.

das, tornando-se necessária a formalização de meios eficazes e capazes à efetivação da tutela jurisdicional, direito fundamental previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

A arbitragem mostrou-se válida e útil à efetivação desses direitos. No entanto, não estava ao alcance de todos, fosse pelos elevados custos ou pela difusão deste instituto no meio jurídico, sobretudo porque ocorrera por anos a discussão acerca da natureza jurídica da atividade desenvolvida pelo árbitro.

O processo arbitral se popularizou mais nos grupos cujos debates possuíam maior prestígio econômico, desenvolvendo-se nos maiores centros urbanos do Brasil, quais sejam, Rio de Janeiro e São Paulo. Apesar da crescente aplicabilidade do instituto, crê-se ser improvável e um pouco precoce que existam câmaras arbitrais em cada município do país.

Ainda que houvesse câmara arbitral em cada ou na maioria dos municípios, os custos que acompanham a arbitragem ainda são palco de debate. Pode-se dizer que desde a sua instituição, há maior popularização, o que se permite concluir que o advento de novas câmaras arbitrais ofer-

te ao mercado maior flexibilidade de preços.

Não obstante as dificuldades apresentadas, a arbitragem, ainda assim, possui características positivas inegáveis, mormente a expertise do árbitro, que é fundamental ao deslinde da controvérsia.

Cumprе esclarecer que o Projeto de Lei nº 10061/18²⁹, do Senado Federal, o qual culminou na Lei nº 13.867/2019, previa que as custas seriam suportadas pelo Expropriante, o que foi objeto de veto, não se sabendo ao certo a quem caberá suportar.

Por outro lado, atentando-se ao quanto disposto no ordenamento jurídico, tem-se que a “sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”³⁰.

Nota-se, portanto, que há a possibilidade de se discutir acerca dos custos a serem dispendidos com o processo arbitral. Lado outro, as características positivas deste instituto parecem ultrapassar as questões negativas, ao

29 BRASIL. **Projeto de Lei do Senado nº 10061/2018**. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172485>>. Acesso em: 16 set. 2019.

30 Artigo 27 da Lei 9.307/1996.

ponto de se concluir que, em muitos casos, a arbitragem é o melhor caminho a seguir.

3.3. DA VIABILIDADE ECONÔMICA DO PROCESSO ARBITRAL

O emprego da mediação ou da arbitragem, quando efetivamente finalizada com justo preço da indenização, culminará em uma economicidade processual, porquanto permitirá ao árbitro proferir sentença em caráter de definitividade, servindo de título hábil ao registro imobiliário, não desencadeando em eventuais recursos à segunda instância e, sequer, remessa necessária³¹.

A utilização da arbitragem surtirá o mesmo efeito que a desapropriação amigável prevista no artigo 10 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, fazendo-se por meio de escritura pública, dispensando o processo judicial, o qual figura-se sempre mais moroso.

A arbitragem possui o condão de aproximar as partes, o que abrevia, muitas vezes, o tempo de duração do processo, mormente, o modelo de prestação de atividade jurisdicional por parte do Estado vem sendo protagonista de severas críticas. Tais pontuações de-

correm, em síntese, de problemas de má gestão, lentidão procedimental e deficiências técnicas, as quais obstam consideravelmente a atuação do Poder Executivo.

Por outro lado, a problemática ganha destaque quando é observado no ordenamento jurídico brasileiro que as pessoas jurídicas de direito público são favorecidas pela aplicação de normas processuais especiais, as quais, na maioria das vezes, coloca o particular em uma posição injustificadamente desfavorecida, cooperando para o prolongamento das contendas³².

Ao somar as prerrogativas processuais atribuídas à Administração Pública e a deficitária prestação jurisdicional, o Estado passa a ser mais um prejudicado, além dos particulares. No caso em destaque, o ente é o principal interessado na formalização da desapropriação, a qual apenas ocorrerá em sua plenitude com o pagamento da justa indenização. A celebração de qualquer negócio jurídico depende sobremaneira da dinâmica jurisdicional, que muitas vezes não permite que eventuais conflitos sejam solucionados de forma célere e eficaz.

31 HARADA, Kiyoshi. Alterações na lei de desapropriação. 2019. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/76258/alteracoes-na-lei-de-desapropriacao> > Acesso em 15 set. 2019.

32 MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014, p. 224.

Carlos Alberto de Salles aponta algumas das vantagens do procedimento arbitral, quais sejam, a celeridade, a confidencialidade, a especialização sobre a matéria objeto do conflito, a economia de recursos materiais e humanos, a flexibilização, maior participação e proximidade das partes e o menor grau de enfrentamento entre elas³³.

Cumpra esclarecer, no entanto, que o processo arbitral nem sempre será mais vantajoso, dependendo de cada caso concreto. Outrossim, por ser faculdade da parte, entende-se haver um relativismo em relação a escolha dos meios heterocompositivos de resolução de controvérsias, mesmo em relação aos direitos patrimoniais disponíveis.

Por certo, será impossível assegurar, abstratamente, a maior celeridade ou economicidade do processo arbitral, bem como a qualidade e eficiência da sentença correlata, sobretudo porque não há a predominância de fatores estruturais dos mecanismos de resoluções de controvérsias, mas particularidades institucionais e funcionais específicas, cuja generalização acaba

por gerar conclusões equivocadas sobre o tema³⁴.

A redução de recursos e prazos para julgamento demonstra a celeridade do respectivo processo. Os recursos apenas são permitidos desde que se discuta tão somente a correção de erro material e esclarecimento quanto à algum ponto obscuro, duvidoso ou contraditório³⁵.

No que tange ao prazo para julgamento, a legislação aplicável ao caso é esclarecedora, no sentido de prever que, na falta de estipulação para a prolação da sentença, esta deverá ser proferida no prazo de seis meses, apenas podendo ser alterado se as partes e o árbitro, em comum acordo, assim o quiserem.

Não se pode perder de vista que o significado de duração razoável do processo não se confunde com curta duração, mas sim com prazo suficiente para o exaurimento da demanda. A celeridade na arbitragem não pressupõe, necessariamente, resolução instantânea do conflito.

33 SALLÉS, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 29.

34 *Ibid.*, p. 31.

35 Artigo 30 da Lei 9.307/96: No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral; II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá no prazo de 10 (dez) dias ou em prazo acordado com as partes, aditará a sentença arbitral e notificará as partes na forma do art. 29.

Talvez tão importante quanto a celeridade processual é a tecnicidade do julgador, o qual possui conhecimento técnico em relação a determinado assunto, tornando-se *expert*. A expertise preciso em certa matéria facilita e traz segurança à resolução do conflito.

A economicidade pode ser de recursos materiais, bem como de recursos humanos associada à celeridade processual. A curta duração da arbitragem culmina, na maioria das vezes, em custo mais baixo aos partícipes, sobretudo porque, em que pese o valor das custas da demanda ajuizada perante o Poder Judiciário afigurar-se menor inicialmente, a duração do processo é o inverso desta economicidade, já que se prolonga por anos a fio.

No caso da arbitragem, os processos tendem a ser solucionados em um menor tempo, o que o torna mais vantajoso sob a ótica da economicidade de recursos materiais e humanos. Possui, portanto, um custo benefício maior em relação ao processo judicial.

Noutro aspecto, é possível, ainda, auferir que a arbitragem é menos litigiosa, havendo reduzido combate entre as partes, as quais poupam energias para discutir a demanda.

Neste sentir, perpetrar um processo

por longos anos, não é salutar nem para o particular, tampouco para o ente público. Outrossim, o objetivo da arbitragem é evitar tais confrontos, salvaguardando a relação existente entre as partes, não podendo os custos, as vezes maiores do que aqueles dispendidos na demanda judicial, servirem como óbice à utilização do processo arbitral pela Administração Pública.

4. Conclusão

Pretende-se, com a facultatividade ofertada ao particular, que este utilize-se da arbitragem, meio heterocompositivo de resolução de controvérsia, em que um terceiro alheio à relação se presta a resolvê-la.

A atividade jurisdicional outorgada ao árbitro possui caráter extraordinário e público, e permitirá que este solucione a discussão trazida pelo particular expropriado e o ente expropriante no que tange ao valor da justa indenização no processo de desapropriação.

A desapropriação é tida como um procedimento administrativo, no qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, determinam a perda da propriedade particular, sendo o particular indenizado por tal ato.

A fim de não sobrecarregar o Judiciário com demandas deste porte, pretendeu o legislador ser possível a utilização da arbitragem nos casos em que houver convergência quando ao *quantum* estipulado pela justa indenização.

Certo é que o processo arbitral é mais célere e eficaz, ao contrário, muitas vezes, do processo judicial que, além de abarcar garantias próprias à Administração Pública, é deficitária quando se está diante da expertise do julgador.

A problemática do presente trabalho debruçou-se na compatibilidade da arbitragem à desapropriação. É que, em que pese ser atividade estatal, o ato de desapropriar possui, em suas fases procedimentais, momentos em que o particular e o ente público irão discutir sobre interesse público secundário.

Neste sentido, o objeto a ser discutido no processo arbitral não poderá ser aquele afeto ao interesse público, como bem comum, mas sim ao interesse da administração, carregado de transacionabilidade e alienabilidade.

As alterações legislativas, mais precisamente a Lei nº 13.129/2015 e a Lei nº 13.867/2019, passaram a admitir expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública. Questiona-se, portanto, quais os limi-

tes impostos a esse instituto, podendo-se concluir que o próprio regime jurídico de direito público é a limitação em essência.

Ora, caberá ao ente o cumprimento dos princípios e normas basilares ao ordenamento jurídico pátrio, mormente, os princípios da legalidade e publicidade. Por tais razões é que não poderá ser aplicada a confidencialidade no processo arbitral, quando o Estado for parte, salvo tratar-se das exceções legais.

Algumas dificuldades podem ser apresentadas na utilização da arbitragem à desapropriação, cabendo pontuar, principalmente, a ausência de câmaras arbitrais nos interiores brasileiros, além do poder executório das sentenças arbitrais, acaso estas sejam descumpridas pelo ente público. Isto porque, o não cumprimento voluntário da condenação, poderá ensejar novo processo judicial.

Não obstante as possíveis dificuldades a serem enfrentadas, a arbitragem permanece sendo meio eficaz à resolução de contendas envolvendo a Administração Pública, notadamente porque o referido processo tem a virtude de proporcionar significativa economicidade, a começar pelo tempo razoável de duração do procedimento.

Não se pode fechar os olhos às dificuldades patentes, mas há de convir que a redução dos recursos humanos e a expertise do julgador pode trazer inúmeros ganhos as partes, que participam ativamente na resolução da controvérsia. A litigância excessiva, inclusive, é colocada de lado quando o Estado abre mão de prerrogativas processuais, para atuar no mesmo patamar do particular, no que diz respeito ao seu poder de transacionar.

Conclui-se, portanto, que a arbitragem é meio eficaz e deve ser explorado para benefício não só do particular, mas da Administração Pública, que deverá usufruir de todas as conse-

quências positivas que o instituto tende a oferecer, principalmente quanto à celeridade.

Por fim, não se pretende com o processo arbitral excluir a atividade jurisdicional do Estado, sendo a arbitragem, muitas vezes inadequada ao caso concreto. Quer-se, então, a amplitude de direito do cidadão que não poderá ter excluída da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

5. REFERÊNCIA

AMARAL, Paulo Osternack. In PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 329/348.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014.

BEZERRA, Mariana Cerqueira. **Uma nova leitura da arbitragem envolvendo a Administração Pública: os contratos administrativos à luz da reforma legislativa**. 2015. Universidade Salvador, Salvador, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm>. Acesso em ago. 2019.

_____. **Decreto-Lei nº 9.521** de 26 de julho de 1946. Regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9521-26-julho-1946-417649-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 16 set. 2019.

_____. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta do art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em 28 ago. 2019.

_____. **Lei nº 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 10061/2018**. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172485>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Lei nº 13.129/2015**, de 26 de maio de 2015. Alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. **Lei nº 13.867/2019**, de 28 de agosto de 2019. Alterou o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. Disponível em: < <http://www.>

planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____. **Projeto de Lei do Senado nº 10061/2018**. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2172485>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Conflito de Competência nº 111.230, 2ª Turma, Brasília, DF, 03 de abril de 2014. Disponível em <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>. Acesso em 13 set. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Mandado de Segurança nº 11.308, 1ª Seção, Brasília, DF, 09 de abril de 2008. Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3594076&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=91&formato=PDF >. Acesso em 13 set. 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Decisão nº 286/93, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Brasília, DF, 4 de agosto de 1993. Disponível em <<http://www.tcu.gov.br/Consul->

tas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf>. Acesso em 13 set. 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 2145, Rel. Benjamin Zymler. Brasília, DF, 14 de agosto de 2013. Disponível em <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/*/NUMACORDAO%253A2145%2520ANOACORDAO%253A2013/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue?uuid=65aac980-d675-11e9-9600-2d2e92ec1367>. Acesso em 13 set. 2019.

_____. **Tribunal de Contas da União**. Acórdão nº 1720, Plenário, Rel. Vital do Rêgo. Brasília, DF, 06 de julho de 2016. Disponível em <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/arbitragem/%20/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/%20?uuid=cb-649320-d673-11e9-8a18-3775bf0e-9c6f>>. Acesso em 13 set. 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Sociedade**

de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e de Arbitragem. São Paulo. RT. n. 19. p. 415-439.

DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na concessão de serviço público.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, n. 128, 1997, p. 64-67.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo.** 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARADA, Kiyoshi. Alterações **na lei de desapropriação.** 2019. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/76258/alteracoes-na-lei-de-desapropriacao> > Acesso em 15 set. 2019.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Arbitragem: princípios jurídicos fundamentais: direito brasileiro e comparado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 686, dez. 1992. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176007/000469652.pdf?sequencia=1>>. Acesso em: 16 set. 2019.

_____. **Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. **Princípios e origens da lei de arbitragem.** São Paulo: Revista do Advogado nº 51, p. 32-35, out. 1997. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri16.pdf>. Acesso em: 16 set. 2019.

MARRARA, Thiago; PINTO, João Otávio Torelli. **Arbitragem e Administração Pública: considerações sobre propostas de alteração da legislação.** Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 46, p. 223-248, abr./jun. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2014.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes; ES-

TEFAM, Felipe Faiwichow. **Desapropriação: o direito à arbitragem e à mediação na Lei nº 13.867/2019**. 2019. Disponível em < <https://politica.estado.com.br/blogs/fausto-macedo/de-sapropriacao-o-direito-a-arbitragem-e-a-mediacao-na-lei-no-13-867-2019/> > Acesso em 15 set. 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, Renata Fabiana Santos. **A conciliação e sua efetividade na solução de conflitos repetitivos envolvendo a Fazenda Pública**. Revista da Unifacs, n. 177, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/3511/2511>>. Acesso em 14 set. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. **O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos**. Revista de Direito Administrativo – RDA, Belo Horizonte, ano 2008, n. 248, maio/ago., 2008. Disponível em: < <http://bid.editoraforum.com.br/PDlexibepdf.aspx?tipoConteudo=-Normal&vw=S&pdiCntd=68517&idPublicacao=21>>. Acesso em 07 out. 2015.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. In GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/135.

ATUAÇÃO DAS PROCURADORIAS NO PROCESSO ARBITRAL

Por: Alberto Jonathas Maia

ATUAÇÃO DAS PROCURADORIAS NO PROCESSO ARBITRAL

Alberto Jonathas Maia¹

RESUMO

Esse artigo tem como objetivo apresentar a compatibilidade entre o princípio do devido processo legal e a flexibilidade procedimental da arbitragem nos conflitos em que participe a Fazenda Pública. Trataremos da importância fundamental que terão as procuradorias no novo ambiente do contencioso. Abordadas tais questões, serão analisadas aplicações específicas na arbitragem no que se refere

a algumas de suas prerrogativas processuais. Constataremos que a regra procedimental da arbitragem tem independência e autonomia sendo imperativo reconhecer que as bases processuais decorrentes da Constituição Federal se aplicarão na arbitragem, mas as limitações previstas no CPC e outras leis não se incidirão aos processos arbitrais em que participe em face da Fazenda Pública.

Palavras chave: Fazenda Pública, Arbitragem, Processo Arbitral, Prerrogativas processuais. Devido processo legal.

¹ Doutorando em Direito pela UFPE. Fundador do Grupo Marco Maciel de Arbitragem (GMMA) Membro da Associação Brasileira de Processo (ABDPro) e da Comissão de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) da OAB/PE do GEDA- Grupo de Estudos em Direito Administrativo CNPq/UNICAP. Advogado e Professor.
alberto_maia_lima@hotmail.com

ABSTRACT

This article aims to present the compatibility between the principle of due process and the procedural flexibility of arbitration in the conflicts in which the Public Power participates. We will address the fundamental importance of the prosecution service in the new environment of litigation. When addressing such issues, specific applications in arbitration will be considered for some of its procedural

prerogatives. We will find that the procedural rule of arbitration has independence and autonomy, and it is imperative to recognize that the procedural bases deriving from the Federal Constitution will apply to arbitration, but the limitations set forth in the CPC and other laws will not apply to arbitration proceedings in which it participates in the Public Power.

Keywords: *Public Power, Arbitration, Arbitral Procedure, Procedural Prerogatives. Due process of law.*

1. INTRODUÇÃO.

A utilização da arbitragem pela Fazenda Pública tem se tornado cada vez mais frequente no contencioso público. Propõe-se aqui, apresentar as bases para uma melhor compreensão do processo arbitral e como extrair dela os seus resultados práticos.

A arbitragem demandará das procuradorias uma nova postura e um novo modelo de contencioso pautado na flexibilidade e com ausência de prerrogativas, ao mesmo tempo em que poderão aperfeiçoar o procedimento para a sua melhor adequação às necessidades da Fazenda Pública.

O processo de arbitragem não encontra seu fundamento e orientação no Código de Processo Civil brasileiro. Conquanto trate-se de norma fundamental para resolução de conflitos civis, poderemos verificar que os fundamentos processuais da Arbitragem se encontram na Constituição Federal e Lei 9.307/96. Dessa forma, observaremos que há perfeita compatibilidade entre o princípio do devido processo legal com a flexibilidade procedimental da arbitragem.

Dando seguimento ao estudo, analisaremos problemáticas relativas às principais prerrogativas processuais:

prazos em dobro, vedação a tutelas provisórias, suspensão de liminar e remessa necessária.

Ao fim – e reforçando a proposta do estudo – apresentaremos a aplicabilidade ou inaplicabilidade de cada prerrogativa, abrindo um debate necessário ao aperfeiçoamento do sistema diante do aumento da participação da Fazenda Pública nos processos arbitrais

2. O PAPEL DAS PROCURADORIAS NA ARBITRAGEM

2.1. BREVÍSSIMA NOTÍCIA HISTÓRICA.

No momento em que o fisco (*fiscus*), patrimônio do Imperador, diferenciou-se do erário (*aerarium*), patrimônio do Estado, e começaram a ser criadas as instituições organizadas do Estado-Administração, surgiu a necessidade de promover a sua defesa em juízo (LOSTAO, 1990, p. 479).

Salvará Scoca (1957) noticia que a representação processual do fisco ficava a cargo dos “procuradores *caesaris*”. Posteriormente, o imperador romano Adriano (73-138 d.C), com ideais de bem-estar fiscal e econômico do Império, instituiu os “advogados fiscais” (*advocati fiscali*) ou “patronos fiscais” (*patroni fiscali*). No império seguinte, de Antonio Pio (138-161 d.C),

esses profissionais dividiram-se em duas categorias: alguns nomeados e pagos pelo imperador e outros sem uma remuneração fixa, ambas ficavam encarregadas da representação e defesa do Fisco.

O jurista espanhol afirma ainda que, após as ideias de Charles de Montesquieu serem delineadas com afirmação do princípio da divisão de poderes, a submissão da Administração ao princípio da legalidade e a possibilidade de controle judicial das ações do Estado, tornou-se essencial a presença de profissionais especializados que atuavam interna e autonomamente dentro do Estado para representá-lo e defendê-lo nas demandas perante as cortes judiciais. Fala-se na existência de uma “*Abogacía Erarial*” ou “*Avvocatura dello Stato*”. Advogados responsáveis pela defesa do patrimônio do Estado, da Fazenda Pública.

Nos dias atuais, a doutrina traça um paralelo das questões e dos interesses econômico-financeiros com o fato de a Administração estar em juízo, em razão de ser o erário público que poderá suportar os encargos patrimoniais da demanda.

No Constituição, verifica-se que o termo “Fazenda” está ligado às questões financeiras: tem-se a “administração

fazendária” (art. 37, XVIII) e as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais (art. 100, *caput*). Dessa forma, a partir dos subsídios históricos, em conjunto com as disposições legais atuais, há certa identidade entre as expressões de Fazenda Pública, Erário e Fisco.

Explica-se que a expressão “Fazenda Pública” pode ser observada i) em sentido orgânico, como o conjunto de entidades associadas à ideia de Fisco e de Erário; ii) em sentido material, como o conjunto de bens e direitos que constitui em o Erário; e, iii) como a atividade desenvolvida por determinadas pessoas públicas na administração do Erário, na defesa de seus interesses em processos judiciais.

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco (2009, p. 148, a Fazenda Pública “é a personificação do Estado, especialmente consideradas as implicações patrimoniais das relações jurídicas ou financeiras das quais se envolve”.

Na arbitragem, como se verá, estão em jogo direitos patrimoniais disponíveis (Lei 9.307/96, art. 1º). São claras as implicações econômicas do conflito. É o dinheiro público (erário) que está em questão e isso não é pouco. Conforme bem aponta a doutrina, em

condenações pecuniárias contrárias à “Fazenda Pública”, entra em evidência o patrimônio público, os recursos financeiros do erário – todos esses, ou em sua maioria – advindos os impostos pagos pela população (ASSIS, 2015, p. 26).

O fato de haver capital público envolvido no processo de arbitragem impõe uma série de cautelas tanto no âmbito acadêmico quanto no pragmático. É inegável que a Administração Pública está autorizada a fazer uso da arbitragem para dirimir seus conflitos, mas não sem observar todas as consequências que isso pode ocasionar e tampouco sem atentar para as prescrições legais. Tanto é assim que, por décadas, essa possibilidade foi negada e até hoje encontra embasadas críticas (Cf. MELO, 2009. p.78).

A “Fazenda Pública” é o vocábulo consagrado no estudo do Direito Processual. Aliás, a legislação, os tribunais e a doutrina utilizam tal expressão com razoável regularidade, sendo esse o termo mais apropriado para temas que envolvem a atuação contenciosa e resolutiva do Estado.

Por fim, cabe registrar, que a “Fazenda Pública”, na arbitragem, atua na defesa de seus interesses patrimoniais. Na arbitragem, a Fazenda despe-se de suas prerrogativas, entra em uma

órbita privada de resolução de conflitos, assemelhando-se, assim, com um particular (DINAMARCO, 2009, p. 148).

2.2. A ATUAÇÃO NO PROCESSO ARBITRAL.

A Fazenda Pública se fará presente em juízo arbitral através de seus procuradores. Essa afirmação encontra base no CPC, em seu art. 182, o qual prevê que incumbe à Advocacia Pública defender, representar e promover, em âmbito judicial e extrajudicial, os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

É possível inferir que cabe ao representante processual da Administração firmar o termo de arbitragem, marco inicial do procedimento jurisdicional privado. Leciona Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 668) que “cada advogado público, que tem poder para praticar atos processuais, pode celebrar negócios jurídicos processuais” dos quais a convenção e o termo de arbitragem se incluem.

Em âmbito federal, uma das atribuições do Advogado-Geral da União é nas ações de interesse da União (Lei Complementar 73/93, art. 4º, VI). O tex-

to contempla a convenção de arbitragem em eventual demanda arbitral da qual a União e seus órgãos participem. No entanto, o Decreto 8.465/15 entabula que a União e suas entidades autárquicas serão representadas perante o juízo arbitral pela Advocacia-Geral da União (AGU) e seus órgãos vinculados, conforme as suas competências constitucionais e legais (art. 10). O texto vai além, estabelece que caso já tenha sido proposta ação judicial, a celebração de compromisso arbitral o órgão competente para a celebração do compromisso arbitral solicitará ao órgão da Advocacia-Geral da União responsável pelo acompanhamento da ação judicial um relatório sobre as possibilidades de decisão favorável à administração pública e a perspectiva de tempo necessário para o encerramento do litígio perante o Poder Judiciário (art. 8º).

Além disso, fazendo uso do §2º do art. 1º da LArb junto ao art. 1º da Lei nº 9.469/97, pode-se indicar que a convenção de arbitragem tem que ser autorizada pela AGU, diretamente ou mediante delegação, ou pelos encarregados máximos das empresas públicas federais, e associado com o dirigente estatutário da área referente ao assunto.

De igual forma, os procuradores e

advogados, no âmbito de Estados e Municípios, tendem a possuir a mesma autorização, já que representam, em processo judicial ou arbitral, os interesses dos seus entes e “a competência para fazer transação ou firmar acordos depende do que dispuser a respectiva legislação. As leis estaduais e municipais que organizam a respectiva advocacia pública costumam indicar a quem compete autorizar as transações ou acordos em juízo. A essa mesma autoridade caberá autorizar a arbitragem” (DI PIETRO, 2018).

Pelo que se extrai das entrelinhas dos dispositivos acima analisados somado ao atual contexto do contencioso da Fazenda e a participação desta em procedimentos de arbitragem, exigirá maior reflexão no momento de celebração dos contratos com cláusulas compromissórias e gerenciamentos dos riscos por parte da Advocacia Pública que terá esse novo campo de atuação. Por essa razão, Selma Lemes (2018) alerta que “os advogados públicos devem estudar as regras da arbitragem e participar de grupos de discussão sobre a matéria. Assim, poderão desenvolver estratégias mais eficazes para defender a administração pública nos procedimentos”.

A qualidade da arbitragem não está apenas atrelada aos árbitros. A boa

qualidade do contencioso desenvolvido pelos representantes das partes é fundamental. Para Arnaldo Wald (2009), “a qualidade da arbitragem também está atrelada à atuação dos advogados. Quando eles não se comportam de forma adequada na arbitragem, fica, normalmente, afetada a relação com o árbitro e, por conseguinte, o resultado da arbitragem pode não ser satisfatório” O autor explica que a advocacia que auxilia o árbitro no cumprimento de seu papel integra valor substancial à demanda, a advocacia que, por outro lado, não contribui com o tribunal torna a arbitragem um campo judicioso e em total contraste daquilo que se busca em um ambiente privado.

No mesmo ensaio o arbitralista exemplifica algumas questões que vale nossa leitura:

A prática tem mostrado que os advogados atuantes em arbitragem devem observar determinadas regras de conduta específicas a fim de manter intacto o espírito do instituto. O advogado deverá, portanto, ser objetivo e preciso e saber ser sintético. Uma descrição clara e concreta dos fatos efetivamente relevantes é essencial para se atingir a melhor solução possível para o caso. Quando o árbitro não entende os fatos não pode decidir bem. A produção volumosa de provas, além de tumultuar o procedimento, acaba tirando o foco das questões que são realmente importantes, ocultando, muitas vezes, a verdade. Ela também acaba minando a credibilidade dos advogados em face dos árbitros, que podem vislumbrar nesse comportamento uma tática de distração ou dilação. Em qualquer dos casos, o resultado não é proveitoso para

a arbitragem, que se desvirtua e acaba por impedir o tribunal arbitral de alcançar a sua finalidade precípua, que é a prolação de uma sentença justa, no menor prazo e com os menores custos possíveis (WALD, 2012)

O Campo territorial de atuação também amplia, ainda que o procurador ou advogado público tenha a sua atuação principal no país e suas unidades federativas, pode também atuar de arbitragens internacionais que ensejam maiores desafios e nos demandam a estudar o direito estrangeiro e a prática internacional, mas propiciam grandes satisfações pela contribuição, que pode ser dada à pacificação dos conflitos, o conhecimento de culturas distintas e o convívio fecundo com juristas de outras nacionalidades (WALD, 2012, p. 105).

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL DA ARBITRAGEM

3.1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ARBITRAL

A tutela jurisdicional, através do processo garantido na Constituição tem como objetivo principal garantir a acomodação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que decorrem da própria ordem constitucional, não importando qual seja a sua ramificação.

Com efeito, o processo arbitral não se fundamenta no Código de Processo Civil e sim na Constituição. O CPC/15

cuida de procedimento judicial tal como a Lei de Arbitragem cuida do procedimento arbitral. Portanto, não se confundem. Conforme explica Eduardo Fonseca Costa (2018), “a instância originária-originante do fenômeno é a Constituição (que é a morada do processo), não a lei (que é a morada do procedimento)”.

O *due process of law* se revela numa perspectiva mais ampla: é o “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição” (CITRA, GRINOVER, DINAMARCO, 2012, p. 91). A esse respeito, explica-se que “a consciência da natureza jurisdicional da arbitragem põe à margem qualquer dúvida a imperiosidade de abrigá-la sob o manto do direito processual constitucional”. Além disso, “o modelo institucional do processo arbitral é pois representado pelo conjunto de características emergentes das garantias constitucionais, das normas gerais do processo que a ele se aplicam e, finalmente, dos preceitos aderentes às suas peculiaridades” (DINAMARCO, 2013, p. 25).

No processo arbitral, como não podia deixar de ser, é assegurado o exercício de garantias e deveres processuais

constitucionalmente estabelecidos, fazendo-o, dessa forma, uma garantia de tutela jurisdicional, seja para Fazenda Pública, seja para os particulares.

A Lei estabelece que serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento (art.21. §2º). Realmente, há clara referência ao devido processo que se fundamenta na Constituição e não no Código de Processo Civil. Essa base de sustentação constitucional deve ser inerente a todo e qualquer processo. No que se refere à arbitragem, Francisco Cahali (2015, p. 233) afirma que a incidência de tais princípios se faz em toda a arbitragem e não apenas na fase postulatória. Além disso, é aplicado de forma cogente e “não pode ser afastado pelas partes, mesmo diante da marcante autonomia da vontade existente na arbitragem”.

O processo arbitral deve ser observado de forma diversa do processo judicial. Devido ao alto grau de autonomia e flexibilidade presente na arbitragem, e tendo como orientação o fato de que na fase processual da arbitragem deve-se obedecer às regras processuais decorrentes da Constituição (e não do Código de Processo Civil), as partes e

o árbitro podem estabelecer as regras que se adequem ao seu conflito.

3.2. A FLEXIBILIDADE PROCES-SUAL.

Na arbitragem o procedimento se adequará às partes, ao objeto da disputa e ao tipo de conflito: “todos os aspectos pode ser moldados pelas partes ou pelo tribunal, embora dentro dos limites legais, mas tendo como escopo adequar a arbitragem às necessidades do caso concreto” (COSTA, 2014, p. 103).

Tenta-se oferecer todos os benefícios que uma não podem ser alcançados numa ação judicial. A lógica arbitral visa a atender ao seu público, é, como já defendemos: um *serviço* (MAIA, 2018). Um procedimento flexível, célere e eficiente é um serviço a ser oferecido pelas instituições de arbitragem para os atores do mercado (e agora para o Administração Pública) para resolver da forma mais adequada seus conflitos. O que tenta se oferecer é, acima de tudo, eficiência.

Como bem observa Guilherme Cardoso Sanchez (2013, p. 69), “na arbitragem, vem ganhando força a discussão da adoção de diferentes técnicas destinadas a abreviar e racionalizar o procedimento, buscando, de um lado, a tutela mais adequada às partes, as-

sim como visando ao emprego racional dos recursos – tempo e dinheiro – disponíveis”.

A autonomia da vontade é a lei fundamental da arbitragem e no seu procedimento é possível observar esse princípio de forma mais latente. Essa ampla liberdade garante que as partes escolham o procedimento que melhor se adequa as suas necessidades ou, se for o caso optem por seguir as regras de algum órgão arbitral institucional, conforme analisado no tópico anterior. A LArb autoriza também que o árbitro, na ausência de consenso, indique o procedimento.

A flexibilização não diminui a segurança jurídica da arbitragem. Sob a direção do árbitro deverão ser sempre respeitados o princípio do devido processo e do contraditório. No que tange a este último, é pacífico na doutrina que contraditório é participação; é influir concreta e ativamente nos resultados do processo; participar na arbitragem é construir o seu próprio processo e também *participar pedindo, participar provando, participar alegando* (DINAMARCO, 2013, p. 260) A Fazenda Pública e seus procuradores encontrarão na arbitragem um ambiente completamente novo. Compreendendo bem o objeto da demanda os procuradores poderão

selecionar as melhores opções, adotar providências, e selecionar o modelo procedimental que atenda às possibilidades do órgão fazendário e com isso defender os interesses do Estado de forma muito mais ampla.

4. APLICAÇÕES ESPECÍFICAS

4.1. AS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS

A Fazenda Pública possui um trato diferenciado nos processos judiciais. Há, o que a doutrina costumou indicar como *prerrogativas processuais*.

São exemplos dessas prerrogativas: i) prazos diferenciados (CPC, art. 183); ii) remessa necessária (CPC, art. 496); iii) enrijecimento para concessão de tutelas de urgência (Lei 8.437/92); iv) pedido de suspensão de liminar; v); processo diferenciado de execução (CF, art. 100); vi) isenção de despesas processuais (CPC, art. 27); dentre outras. Tratam-se de direitos processuais garantidos para estabelecer certa igualdade diante da realidade jurídico-material na qual a Fazenda se insere, conforme explica Juvêncio Vasconcelos Viana, “não se pode ignorar o fato de que a Administração Pública é detentora de um regime próprio, contando dentre outras características, com a supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade de

seus atos”.

José Roberto de Moraes (2003, p. 69), por sua vez, ressalta uma questão importante: segundo o autor “quando Fazenda Pública está em juízo, ela está defendendo o erário. Na realidade, aquele conjunto de receitas públicas que pode fazer face às despesas não é de responsabilidade do governando do momento. É de toda a sociedade que contribui para isso.

Marco Antonio Rodrigues (2016, p. 30) explica que tais prerrogativas processuais são justificáveis já que existe uma maior “necessidade de tempo para a atuação da Fazenda Pública dado o enorme tamanho de sua estrutura e os princípios constitucionais da Administração, que a vinculam”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 769), na mesma linha, explica que a Administração Pública, quando é parte em ação judicial “dispõe de algumas prerrogativas e sujeita-se a restrições próprias do regime jurídico administrativo, que desigualam, muitas vezes, a situação das partes nas relações processuais, sem que ocorra infringência ao princípio da isonomia, tendo em vista a natureza pública dos interesses que tutela”.

De fato, os representantes da Fazenda

precisam, quase sempre de maiores períodos para colher informações, comunicar-se com outros órgãos e setores de apoio para adquirir subsídios e elaborar suas manifestações de forma adequada.

Pois bem.

A questão fulcral neste tópico é averiguar: as prerrogativas processuais da Fazenda Pública se aplicam ao processo arbitral? Entendemos que sim, mas apenas em determinadas circunstâncias.

Aponta-se que atualmente “prevalece a ideia de que a maioria das prerrogativas processuais aplicáveis à Administração Pública em juízo não se aplicam ao processo arbitral” (SICA, 2016). É que o princípio constitucional do devido processo legal não conduz a aplicação automática dos ritos e regras do CPC na arbitragem, aliás “diferentemente do processo civil comum, o arbitral não é obrigatória e exclusivamente regido pelas leis processuais do País” (DINAMARCO, 2013, p. 47).

As disposições do CPC só se aplicam na arbitragem i) se a LArb expressamente determinar ii) se as partes assim anuírem ou, na ausência de consenso, iii) por decisão do árbitro.

O direito a tais prerrogativas não é absoluto. Não se pode inseri-las no procedimento arbitral de maneira forçada. A lei de arbitragem é muito clara quando estabelece a órbita em que vai se inserir a discussão – direitos patrimoniais disponíveis –.

As matérias em debate não poderão, em regra, envolver matérias sensíveis. Interesses coletivos relativos a políticas públicas ou direitos sociais não tem espaço na arbitragem. Observe-se que, no âmbito dos juizados especiais, onde se discutem matérias seríssimas, como questões previdenciárias, não há prazo em dobro para a prática de atos processuais pelas pessoas jurídicas de direito público, inclusive para interposição de recursos (Lei 12.153/10, art. 7º).

O perfil da Fazenda Pública, com seus tradicionais limites, prerrogativas e estruturas, deve se adequar e corresponder à nova realidade dos métodos de solução de disputas. Assim sendo, cremos que o ambiente processual é o que justificará a incidência de tal prerrogativa.

A seguir, trataremos dos pontos mais sensíveis.

4.2 A APLICABILIDADE AS VEDAÇÕES LEGAIS ÀS TUTELAS PROVISÓRIAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA

O processo judicial que envolve a Fazenda Pública traz consigo algumas peculiaridades. Uma dessas peculiaridades é encontrada no regime jurídico processual aplicado às tutelas provisórias que são concedidas em desfavor da Fazenda Pública. Constituiu-se como uma de suas prerrogativas a proibição de concessão de tutelas provisórias em determinados casos previstos na legislação.

O que se pretende verificar aqui é se esse regime é aplicável à arbitragem e quais os impactos que eventualmente podem ser verificados em razão dessas ordens proibitivas.

A lei 9.307/96 foi clara em dizer que a arbitragem que envolva a Administração Pública será *sempre* de direito. Assim sendo, aplicam-se, integralmente as limitações legais no que se refere às medidas de urgência em face da fazenda pública.

A princípio, a afirmação acima pode trazer descontentamentos para os arbitralistas mais conservadores, mas quando observamos as vedações, constatamos que todas elas terão um potencial enfraquecido pela sua pró-

pria natureza e pela dinâmica arbitragem possui.

É que as matérias que são objeto de vedação, em sua maioria, dizem respeito a direitos indisponíveis, logo, sequer podem ser objeto de conflito em um processo arbitral.

De fato, não poderia cogitar, por exemplo, um conflito de arbitragem relativo ao aumento ou extensão de vantagens/vencimento de servidores públicos. Esse tipo de matéria não se insere no contexto de arbitragem tanto interna quanto internacional. É conflito típico do Poder Judiciário com a participação das entidades legitimadas, sem prejuízo de que sejam aplicadas outras formas de solucioná-los utilizando-se do modelo multiportas como conciliação e mediação.

A problemática que envolve a arbitragem, a Fazenda Pública e as suas respectivas medidas de urgência ainda encontra pouca análise doutrinária. Descarta-se, desde logo, qualquer afirmação simplista que diga, sem compromisso dogmático algum, que não se aplicam as leis impeditivas de medidas de urgência na arbitragem por falta de compatibilidade entre os sistemas arbitral e fazendário.

Não se pode dentro da normatida-

de, advogar a possibilidade de algo – notadamente que diga respeito a coisa pública – sem designar seu fundamento normativo. Afinal, qual fundamento legal para essa ou aquela afirmação?

A questão não pode ficar silente e gerar esse ambiente intranquilo.

O tema é sensível. Tem razão Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (2015, p. 213-223) ao afirmar que “a peculiaridade da concessão de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, em ações individuais e coletivas, reside em suas restrições, tanto em razão do interesse público, como em razão da organização orçamentária anual”.

De fato, a presença da Fazenda em determinada demanda impõe uma análise cuidadosa das questões em jogo. Dito de outro modo: autorizações ou impedimentos procedimentais ou substanciais dependem de expressa previsão legal – fonte do direito público.

Por essas breves linhas, almeja-se, a partir do que se concebe por tutelas provisórias contra Fazenda Pública, demonstrar que as ditas leis impeditivas ou vedações legais devem ser observadas com sobriedade e ao mesmo tempo sem tanto receio pelos

interessados na arbitragem.

Sujeitos internacionais e os *players* do mercado devem ser orientados que o ambiente jurídico brasileiro é plenamente fértil e seguro para arbitragem no que se refere às medidas de urgência, e que suas eventuais vedações terão impacto mínimo (ou nenhum) em conflitos com entes públicos.

Como se observará, quase que a totalidade das vedações legais sequer resvalam as matérias das quais a arbitragem pode enfrentar. O caso concreto indicará a necessidade da tutela provisória, as hipóteses de vedação, como não poderiam deixar de ser, são pontuais, não havendo que se cogitar um impedimento absoluto.

Deve-se ter atenção, mas não receios excessivos.

A legislação que nos interessa para esse estudo é bastante intrincada decorrente uma técnica legislativa que deixa muito a desejar e detém um forte viés político e paternalista na tentativa de proteção dos “interesses do Estado”, aponta-se ainda que “todas essas restrições sempre estiveram ligadas a determinada conjuntura econômica. Tinham, até certo ponto, um fundo ideológico” (2016, p. 647).

Desses diplomas erigiu um microssistema legal restritivo para as liminares em face da Fazenda Pública, proibindo a concessão das decisões de tutela provisória em um rol específico de temas

Nesse estudo, não adentraremos no antigo debate doutrinário acerca da possibilidade ou não de se conceder tutela provisória contra a Fazenda. Concordamos com Fredie Didier Jr que após elaborar um panorama doutrinário do tema arremata que “parece não haver mais discussão sobre a possibilidade de tutela provisória em face do Poder Público, até mesmo porque existe lei que a disciplina. Se a lei veio regulá-la é porque é possível. Só não o será nas hipóteses nela mesma previstas” (2016, p. 648).

De qualquer forma, concentremos nossas atenções para as disposições contidas nas leis 8.473/92, 9.494/97.

De acordo com esse conjunto de leis, não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (Lei nº 8.437/92, art. 1º). Mais ainda, não será

concedida medida liminar que tenha por objeto a i) compensação de créditos tributários, ii) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, iii) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a iv) concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (Lei 9.494/97, art. 1º).

Ambos os dispositivos encontram reforço no art. 1.059 Código de Processo Civil.

Existe outra vedação, não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (Lei 8.437/82, §3º do art. 1º). A legislação não permite decisão cautelar de cunho satisfativo; o objetivo desse tipo de pedido provisório é tão somente assegurar o resultado da ação principal. Dessa forma a tutela de urgência deverá demonstrar que a medida é vital para acautelar o possível direito de quem a requer, ante a iminência de dano irreversível ou de difícil reparação.

Pela interpretação dos dispositivos é possível inferir que as vedações legais pertinentes à tutela cautelar contra a Fazenda Pública são aplicáveis à tutela antecipada e, principalmente, que todas formam um rol de hipóteses taxativas.

Se o objeto litigioso não diz respeito aos temas ali elencados, não há impedimento legal para concessão, modificação ou revogação de tutelas de urgência na arbitragem já que, tal como um magistrado, o árbitro tem o poder geral de cautela.

Sim, a arbitragem é jurisdição, o árbitro tem os poderes para avaliar, instruir e julgar as questões antecedentes, incidentais e de mérito do conflito existente entre as partes. O poder geral de cautela e o poder de antecipar os efeitos tutela satisfativa é intrínseco aos próprios poderes jurisdicionais confiados pelo árbitro. Apenas o poder de forçar o cumprimento é reservado ao Judiciário.

Pois bem, por mais que as vedações, em si, sejam histórica e sistematicamente uma forma de proteção do Estado contra eventuais gastos não previstos no orçamento sobretudo no que dizia respeito à concessão de vantagens pecuniárias, à reclassificação ou à concessão de aumentos vencimentos de servidores públicos, é inegável que elas também podem a vir de encontro com eventuais interesses de particulares e agentes econômicos privados.

Informar ao particular que numa possível demanda contra o Estado po-

derão existir vedações a medidas urgentes pode trazer à tona um possível desequilíbrio de forças. É imprescindível, portanto, reforçar que a tutela provisória contra a Fazenda é apenas *uma possibilidade*. Conforme se destaca, “não há, em princípio, maiores restrições à concessão da tutela provisória para obrigação de fazer, não fazer e entrega de coisa em face do Poder Público, até mesmo porque não há a exigência constitucional do precatório” (DIDIER JR, 2016, p. 633).

As vedações que visam proteções determinados interesses do Estado foram, a propósito, objeto de questionamento perante do Supremo Tribunal Federal, com especial destaque para a ADI 1.576 e a ADC 4, na oportunidade, entendeu-se que são admissíveis e constitucionalmente amparadas as leis restritivas, fundamentadas pelo interesse público, ao poder geral de cautela do juiz (BRASIL, 2008).

No julgamento da declaratória asseverou-se que desde que fique garantido o direito à ação principal, nada impede coíba o legislador, por interesse público, vede em casos específicos a concessão de tutelas provisórias. É que em determinadas demandas a tutela antecipada ensejava uma ordem judicial para despesas imediatas a Fazenda Pública sem qualquer

previsão orçamentária. O prejuízo poderia ser incalculável e os valores aportados poderiam, em tese, não ser mais estornados ao Tesouro Estatal em caso de improcedência do pedido principal. Os seus efeitos práticos dessa decisão antecedente ou incidental fariam com que o “provisório” se tornasse “definitivo”.

Além disso, o efeito financeiro de uma tutela provisória nas situações previstas na lei questionada poderia ensejar “desarranjos nas contas públicas, ao arrepio, não só das disposições do art. 1, da Lei n.9.494/97, como, principalmente, do disposto no art. 100, da Constituição, que impõe a execução do julgado via precatório” (BRASIL, 2008).

A questão é financeira. Pretende-se, na prática, preservar o orçamento público previamente estabelecido por lei. Se a medida guerreada dizer respeito a uma obrigação de fazer ou não fazer, não haverá impedimento algum para que o árbitro decida e, se necessário, requirite que o Judiciário empregue esforços para efetivar a decisão em desfavor da Fazenda Pública.

Acerca das vedações aqui tratadas a doutrina tem manifestações dignas de destaque.

Conforme explica Leonardo Carneiro da Cunha (2017, p. 309) “embora tenha reconhecido a constitucionalidade das restrições e vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público, o STF vem conferindo *interpretação restritiva* ao referido dispositivo” e com efeito, reduz “seu âmbito de abrangência para negar reclamações constitucionais em algumas hipóteses em que lhe parece cabível a medida antecipatória, mesmo para determinar o pagamento de soma em dinheiro”. O professor pernambucano ressalta que caso se esse tipo de decisão que “se apoie em entendimento já consolidado no STF também não ofende o julgamento da ADC 4” já que, “cumprir privilegiar a uniformidade de entendimento, pondo-se em relevo a autoridade da Suprema Corte e a normatividade do próprio texto constitucional”

Haroldo Lourenço da Silva (2017, p. 164), por sua vez, aponta que apesar desse indesejável regime jurídico, “é possível se concluir que nas hipóteses não alcançadas por tais vedações legais, é plenamente possível a concessão o Poder Público, pois tais vedações merecem interpretação restritiva”.

As limitações legais não são um “capricho” e possuem uma razão de ser razoável com a realidade financeira

da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios, e promove um equilíbrio do ponto de vista material, já que a medida de antecipação dos efeitos do provimento final pela cognição sumária que possam gerar prejuízos à Fazenda tem impactos diretos no orçamento e nos recursos voltados à execução de políticas públicas (SILVA, 2017, p. 165).

Eduardo Fonseca Costa (2011, p. 42) indica que existem situações da vida que exigem inevitavelmente uma tutela provisória. Com efeito, tal como o juiz, o árbitro não pode deixar de concedê-la. E pontua “essas leis circunscrevem-se a enrijecer o pressuposto do *periculum in mora*, e não impedir a concessão da tutela de urgência. Atribui-se a elas, assim, uma força que elas não têm”.

Há mais.

As matérias em que mais se concentram medidas de urgência contra a Fazenda Pública são as relativas à i) saúde (fornecimento de medicamentos, custeio de cirurgias complexas e tratamentos específicos em países estrangeiros etc); ii) concurso público; iii) questões tributárias; iv) licitações e obras de infraestrutura; v) meio ambiente.

Como se observa algumas dessas ma-

térias sequer tangenciam à arbitralidade objetiva exigida para apreciação do juízo arbitral, e outras não se encaixam nas hipóteses legais de vedação e no caso de licitações não observamos maiores problemas.

É plenamente possível a concessão de tutela provisória no âmbito de litígios contratuais decorrentes da atividade empresarial e privada do Administração Pública. A doutrina indica que uma das à matéria que justificam a concessão da liminar, no âmbito de contratos de construção, é justamente a ordem de continuidade dos serviços ou meios que possibilitem o seu correto andamento.

Sob o ponto de vista da Fazenda Pública é comum pronunciamentos judiciais que, sob o fundamento da continuidade do serviço público, concedem medidas de urgência com o fim de evitar comprometimento da execução dos serviços.

Na verdade, medidas de urgência relacionadas a licitações, cumprimento de termos do edital, contratos administrativos e concessões públicas quase sempre são relacionadas de atividades de infraestrutura e construção civil, decorrente atividade de gestão do Estado. Tais questões não estão no rol de vedações.

Do que se poderá extrair da análise legislativa, doutrinária e também da prática vivenciada nos tribunais judiciais, é possível apontar que as vedações são bastante restritas e eventual impacto em processos de arbitragem será mínimo já que os temas ali elencados não poderiam ser objeto de litígio arbitral, não havendo que se falar em mera falta de compatibilidade entre o sistema e sim de ausência de suporte fático para que ocorra a incidência da norma.

Já se ressaltou, inclusive, que para o mercado arbitral tais medidas “não constituirão impeditivos absolutos à concessão de liminares acautelatórias contra o Poder Público no âmbito do processo arbitral nem na forma preparatória, nem na forma incidental” (AMARAL, 2012, p. 121).

É necessário aclarar que, diante de um pedido de tutela de urgência em face da Fazenda Pública, o árbitro deve observar a solução mais justa e adequada ao caso concreto para que o direito seja preservado. Além disso, o julgador privado estar atento a eventual vedação legal imposta por lei, se não for o caso, preenchidos os pressupostos é possível a concessão de tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, em caráter antecedente ou incidental no processo de arbitragem.

Em suma, as hipóteses são taxativas, as proibições não são de caráter absoluto, a sua maioria não preenche o critério de arbitrabilidade objetiva exigida não vedam genericamente a concessão de medidas provisórias, apenas enrijecem os seus pressupostos e tão impacto mínimo em processos arbitrais (COSTA, 2011, p. 42).

4.3. A INAPLICABILIDADE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

O pedido de suspensão, tem como escopo sustar o implemento de medida de urgência, sustando seus efeitos, com o que se desobriga a Fazenda Pública ao cumprimento de tal medida.

Leonardo Carneiro da Cunha também orienta que “o pedido de suspensão cabe em todas as hipóteses em que se concede tutela provisória contra a Fazenda Pública ou quando a sentença produz efeitos imediatos, por ser impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo automático”. Para o professor, no pedido de suspensão não se examina o mérito da controvérsia principal, “aquilatan-do-se, apenas, a ocorrência de lesão a interesses públicos relevantes” (2017, p. 612).

É uma prerrogativa processual, com escopo de proteger o interesse público enquanto não se decide de defini-

tivamente, se assiste razão ao particular ou à Fazenda Pública. A legislação prevê três situações para justificar o pedido de suspensão: i) manifesto interesse público; ii) flagrante ilegitimidade; iii) grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública².

Quanto à natureza, há amplo debate doutrinário que, por razões metodológicas resumiremos em três correntes. Uma primeira corrente entende que o pedido de suspensão é sucedâneo recursal, ou seja, não é recurso mas faz suas vezes (ASSIS, 2016, p. 804).

Outra corrente entende que o pedido de suspensão é ato postulatório, uma ação cautelar específica “destinada a retirar da decisão sua executoriedade; serve, simplesmente, para suspender a decisão, mantendo-a, em sua existência, incólume. No pedido de suspensão, há uma pretensão específica à cautela pela Fazenda Pública”. Argumenta-se que tal medida contém pedido e causa de pedir e dirige-se a tutelar interesse difuso. Além disso, para essa corrente, o pedido de suspensão não poderia ser considerado recurso já que i) não está no rol taxativo do art. 998 do CPC; ii) não contém efeito substitutivo do art. 1.008 do CPC, concluindo-se que não é possível “conferir natureza recursal, por não haver

a reforma, a desconstituição nem a anulação da decisão; esta se mantém íntegra, subtraindo-se tão somente os seus efeitos, sobrestando seu cumprimento” (CUNHA, 2017, p. 610).

Uma terceira corrente doutrinária indica que o pedido de suspensão é incidente processual “que se manifesta por intermédio de uma questão incidente por sua vez provocada por uma defesa impeditiva arguida por parte da Fazenda Pública”(RODRIGUES, 2017, p. 97

Delineadas os aspectos gerais do instituto, vem o questionamento objeto desse tópico: é possível que a Fazenda Pública ofereça pedido de suspensão de decisão arbitral perante o Tribunal de Justiça competente no intuito de sustar os efeitos de decisão arbitral?

Entendemos que não e, será possível verificar que os reflexos de tal incidente na arbitragem têm aproximação com o que verificamos no que se refere às vedações as tutelas provisórias. Primeiramente, deve-se levar em consideração que a decisão acerca da concessão de tutela urgência proferida pelo árbitro em face da Fazenda Pública ou particular não é recorrível e não pode ser objeto de análise pelo Poder Judiciário em razão do efeito

² Para fins desse estudo tomamos como referência a Lei 8.437/1992, art. 4º caput.

negativo da convenção de arbitragem. Esse provimento urgente pode ser reconsiderado, modificado ou revogado, mas apenas pelo próprio órgão jurisdicional que as concedeu (LArb, art. 22-B).

Em segundo lugar, cabe lembrar que se o conflito procede de contrato que envolva direito patrimonial disponível, dificilmente envolverá questões de natureza indisponível. De toda forma, se for o caso, será objeto de escrutínio primeiramente pelo próprio árbitro e, em momento posterior, e apenas se for o caso, pelo magistrado, seguindo a sistemática da própria Lei de Arbitragem.

Atende-se: os temas que justificam o manejo do pedido de suspensão são a grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas ou o interesse público (primário). Essas questões passam ao largo da arbitragem que só é utilizada em conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

A possibilidade de uma decisão dessa natureza ser proferida é mínima, para não dizer risível.

Diante disso, em nosso entender, dois são os óbices que tornariam o pedido de suspensão inviável e inequívoca-

mente incabível no procedimento arbitral. Vejamos.

O primeiro diz respeito à própria arbitrabilidade da matéria. O interesse público a que se refere o legislador são os de natureza *primária*, que não são, em regra, objeto de análise pelos árbitros. As relações negociais conflituosas decorrentes da atividade privada do Estado que poderiam ensejar a utilização da arbitragem dificilmente podem afetar à ordem, saúde e segurança e economia pública.

O segundo diz respeito à competência do árbitro ou tribunal arbitral para avaliar todas as questões se concentram no conflito e dele decorrem. Esse provimento exercido por órgão judicial competente é atividade tipicamente jurisdicional e sendo incidente processual, sucedâneo recursal ou ação cautelar autônoma (ou que quer que seja, o pedido de suspensão é acessório ao processo principal que tramita e pertence ao juízo arbitral. Assim não é possível uma intervenção judicial dessa natureza. Cogitar tal manobra ou decisão judicial por ela induzida na provocaria uma anômala coexistência de jurisdições sob uma mesma demanda.

Esse expediente processual só existe e só é manejado porque há uma de-

manda em curso do qual é dependente e no qual o arbitro detém *competência exclusiva* sobre *todas* as questões envolvidas.

O único provimento jurisdicional que pode ser ofertado nesses casos é o do árbitro e de nenhum outro órgão jurisdicional.

Como se não bastasse, caberia às Cortes Judiciais locais analisarem tal pedido e até com possível participação do Ministério Público. Isso tudo geraria uma indesejável e inaceitável interferência no processo arbitral.

Além disso, não é admissível o manejo de pedido de suspensão pela Fazenda Pública em decorrência de concessão de medida de urgência proferida por árbitro já que isso permitiria que as cortes judiciais realizassem um reexame e até revisão, dos pressupostos de concessão ou mesmo de lesão à interesse público de tal medida (*error in iudicando*) o que é absolutamente vedado em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem (ASSIS, 2016, p. 804).

Insistimos: provocar tal movimento processual configura evidente má-fé e um comportamento processual contraditório. Não existem “atalhos procedimentais”, nem espaço para

prerrogativas da Fazenda Pública quando uma demanda tramita na arbitragem. O pedido de suspensão é instrumento à disposição exclusiva do Poder Público e vedada aos particulares. Utilizar-se desse expediente configuraria verdadeira desigualdade e típica situação de medida anti-arbitragem o que é proibido no direito brasileiro.

É bem verdade que um conflito envolvendo a Fazenda Pública ensejará reflexões e cautelas na atividade dos árbitros, mas o direito brasileiro oferece um sólido sistema de bloqueio contra as injustificadas intervenções judiciais no processo arbitral.

Diante disso, entendemos que não é cabível o manejo de pedido de suspensão de tutela de urgência no Poder Judiciário que vise sustar a eficácia de decisão provisória arbitral em desfavor da Fazenda Pública.

4.4. A INAPLICABILIDADE DE PRAZO EM DOBRO.

A Fazenda Pública não pode invocar ou impor prazos em dobro no procedimento arbitral com fundamento no art. 183 do CPC.

É possível, no entanto, atender às necessidades fazendárias e de seus procuradores de forma muito mais

adequada do que o processo judicial. É verdade que o CPC/15 estipula genericamente a duplicidade de prazos, mas será que isso é suficiente para atender o interesse público?

Na arbitragem essa questão pode ser aperfeiçoada. É possível estabelecer que, ao invés igualdade de prazos, a Fazenda Pública tenha períodos mais dilatados ou mesmo possibilidade de prorrogação das datas limites mediante justificativa prévia. Cada ato processual pode ter um prazo determinado e não necessariamente uniformizado (x dias para manifestações, x dias para produção de provas, x dias para apresentação de memoriais etc). Não há espaço para imposição de tal prerrogativa da Fazenda no ambiente arbitral. Tudo deve ser estabelecido em condições de igualdade e ponderação. Se os procuradores necessitarem de mais tempo para produção de determinada prova, ou pratica de qualquer outro ato, isso deverá ser estipulado no termo de arbitragem, sem que se configure sobreposição de ente público em prejuízo do particular.

Dito de outra forma: não pode o órgão fazendário invocar prazo em dobro estabelecido no CPC (art. 183) no ambiente jurisdicional privado regulado pela Lei de Arbitragem e os regimen-

tos institucionais. O CPC/15 só se aplica na arbitragem quando a lei autoriza nesse sentido. Porém, será possível requerer uma maior periodicidade para prática de determinado ato processual. Na prática, se ficar estabelecido o prazo de 10 dias úteis para apresentação de memoriais, esse prazo não será automaticamente dobrado com relação à Fazenda. O que é pode ficar acertado é prazo de 10 dias para o particular e 20 dias (ou 15 dias, ou 30 dias) para a Fazenda, ou qualquer outra forma, mas tal estipulação é decorrente de uma convergência e não imposição (CABRAL, 2016, p. 143).

No que se refere a intimação pessoal prevista no §1º do art. 183 do CPC, não enseja maiores problemas. Caberá a Fazenda Pública indicar no termo de arbitragem o procurador ou advogado responsável para receber as notificações relativas ao procedimento de arbitragem, garantindo sempre a ciência expressa e inequívoca da prática dos atos procedimentais.

As regras procedimentais elaboradas pelas partes e árbitros ou mesmos as estabelecidas por órgãos institucionais é que regularão o procedimento de arbitragem, não há incidência do CPC nesse procedimento. Essa constatação leva, inclusive, a doutrina a apontar que “a Lei de Arbitragem

sobrepõe-se ao Código de Processo Civil, mas só se aplica naquilo quem não haja sido disciplinado pelas próprias partes, diretamente ou mediante remissão ao regulamento de alguma instituição arbitral” (DINAMARCO, 2013, p. 46-47).

Parece-nos válido repisar que o processo arbitral não se fundamenta no Código de Processo Civil e sim na Constituição. É processo que se fundamenta na Lei constitucional e nela encontra fundamento. O CPC/15 cuida de procedimento judicial tal como a Lei de Arbitragem cuida do procedimento arbitral. Portanto, não se confundem.

Assim como já dito, dentro dos limites da coerência e razoabilidade, sem sobrelevar a Fazenda por ser ente público e nem lhe exigindo o dinamismo de um ator privado, antes de se instaurar o procedimento arbitral, será possível prescrever regras procedimentais específicas para os diferentes atos processuais, aderente às necessidades de cada contendente, sem isso enseje qualquer violação ao princípio da igualdade das partes.

4.5. INAPLICABILIDADE DA REMESSA NECESSÁRIA

O instituto da remessa necessária

remonta ao século XIV na época das ordenações afonsinas. O CPC dispõe que está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 496).

Quanto à natureza jurídica, a doutrina ainda não parece ter chegado a algum consenso. Araken de Assis, em embasada tese, aponta que a remessa oficial faz as vezes de um recurso funcionando como uma espécie de apelação *ex-officio* (ASSIS, 2016, p. 789-795). Outra corrente lhe empresta natureza jurídica de condição suspensiva de eficácia da sentença (NERY JUNIOR, 2006, p. 138). Há quem diga também que a remessa necessária é “um *recurso de ofício*, interposto, geralmente, na própria sentença. Essa linha de entendimento explica que a remessa necessária “é uma ordem para que os autos sejam remetidos à instância superior de segundo grau. O juiz provoca a remessa, a fim de que o tribunal promova o reexame pelo tribunal. Tanto a remessa como o reexame são necessários” (DIDIER JR, 2016, p. 405).

A remessa necessária aplica-se apenas às sentenças. Não é cabível, por-

tanto, em decisões interlocutórias e aos acórdãos, mesmo aqueles decorrentes de órgãos de competência originária (TALAMINI, 2016. p. 129-145). Explica-se ainda que “apenas haverá coisa julgada se houver a reapreciação da decisão pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida a reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não produzindo coisa julgada” (DIDIER JR, 2016, p. 405).

A remessa necessária se presta a reanalisar o mérito do que foi decidido pelo juiz singular. Nesse sentido a súmula n. 325 do STJ enuncia que a remessa necessária devolve ao Tribunal o reexame de *todas* as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado. Ressalva-se, a toda evidência o agravamento da condenação imposta a Fazenda em razão do proibitivo do *reformatio in pejus*.

Superada essa breve análise vamos direto ao ponto: é cabível remessa necessária da sentença arbitral condenatória em desfavor da Fazenda Pública? A resposta, para nós, é negativa e vamos explicar o porquê.

Fredie Didier Jr e Leonardo Carneiro da Cunha (2016, p. 409) explicam que “por se tratar de processo conven-

cional, e não haver divisão entre instâncias, a sentença arbitral proferida contra o Poder Público não se submete à remessa necessária”. Os autores apontam ainda que “nem haveria para onde ela ser remetida”.

Heitor Sica (2016, p. 285) orienta que no que se refere a remessa necessária da sentença arbitral “sua inaplicabilidade é manifesta, seja porque não há previsão na LArb, seja porque o CPC não se aplica sequer subsidiariamente ao processo arbitral”. O professor da Universidade de São Paulo aponta ainda que “não há imposição absoluta e inerente ao regime processual aplicável aos processos envolvendo a Fazenda Pública de que todas as decisões a ela contrárias seja necessariamente revistas em grau superior”.

No processo judicial o primeiro e o segundo graus de jurisdição podem apreciar o mérito da demanda. É possível que em decorrência do efeito devolutivo, a matéria seja reavaliada. Como ressalta Hélio do Valle Pereira (2003. p. 138-139), na esfera judiciária “é insuficiente a decisão prolatada pelo juízo de primeiro grau, sendo imprescindível o novo julgamento da causa pela instância superior”.

Na arbitragem, contudo, não há duplo grau de jurisdição, ao convencio-

nar pelo uso da via privada abdica-se, via de regra, de tal garantia. Todo o mérito é apreciado em única instância e exclusivamente pelos árbitros. É processo jurisdicional desenvolvido em única instância. Não há, órgão superior para reexaminar a decisão seja para mantê-la ou reforma-la. Não há, da mesma forma, possibilidade ou imposição legal de reanálise de mérito da sentença arbitral por órgãos judiciários; a impossibilidade de aplicação dessa remessa da sentença arbitral não decorre apenas de sua irrecorribilidade, mas também pela restrição da análise do conflito ser restrita à arbitragem, consequência do efeito positivo da convenção de arbitragem.

Concluída a arbitragem os árbitros não remeterão o procedimento para qualquer outro órgão jurisdicional. Diante disso, não é possível que a Fazenda Pública invoque tal prerrogativa para apoiar a eventual pretensão de reexaminar a decisão do árbitro, no âmbito judiciário, por meio da remessa oficial.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo arbitral encontra seu primeiro fundamento no texto constitucional onde assegura o direito da liberdade e ao mesmo tempo o dever de respeito ao devido processo legal. Os procuradores estão diante de um

novo tipo de contencioso que demandará novas reflexões e novo planejamento processual para defender os interesses da Fazenda Pública. As procuradorias estão igualmente autorizadas, pela sua própria qualidade institucional, a participar da elaboração de uma estrutura procedimental que encontre aderência com seu caráter de ente público (estrutura, tempo, quadro de pessoal, recursos disponíveis, etc) e pelo direito material envolvido.

A concepção das prerrogativas processuais deve se adequar e corresponder à nova realidade dos métodos de solução de disputas. Será o ambiente processual que justificará a incidência ou não de tais prerrogativa. Além disso, é possível conceber um modelo procedimental arbitral que atenda as possibilidades do órgão fazendário garantindo que se defenda os interesses do Estado de forma muito mais ampla

Não obstante a isso, confirmou-se que o CPC só tem influência na arbitragem nos momentos em que a própria Lei determina. O ambiente, na arbitragem, é diferente; permite-se que, ao invés de aplicar imperativamente as prerrogativas processuais da Fazenda, se adapte o processo às características subjetivas da Administração,

não por imposição, mas por convenção

No que concerne as prerrogativas processuais concluímos pontualmente que:

a) As vedações às tutelas provisórias contra a Fazenda Pública devem ser observadas pelo árbitro, se for o caso, mas provavelmente terão um impacto mínimo nos procedimentos arbitrais já que

a.1) a sua maioria não preenche o critério de arbitrabilidade objetiva exigida e;

a.2) não se veda genericamente a concessão de medidas provisórias, apenas se enrijece os seus pressupostos

b) É inaplicável o pedido de suspensão de liminar já que isso permitiria que as cortes judiciais realizassem um reexame dos pressupostos de concessão o que é absolutamente vedado em razão do efeito negativo da convenção de arbitragem.

c) É inaplicável o prazo em dobro, sem prejuízo de adaptação temporal para a prática dos atos processuais em razão das peculiaridades e sobretudo, necessidades da Fazenda Pública.

d) É inaplicável o regime de remessa necessária à sentença arbitral pela sua natureza irrecorrível e pela restri-

ção da análise do conflito ser restrita à arbitragem em decorrência do efeito positivo da convenção de arbitragem.

A discussão não se esgota aqui, tampouco tivemos a pretensão encerrar o debate. Pelo contrário, a doutrina, árbitros e os tribunais judiciais quando se debruçarem sobre casos concretos poderão dar a sua resposta para cada tema tratado aqui, oportunidade em que tornaremos a discutir a questão de forma mais casuística

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo OSTERNACK. **Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência, e instrumentos de controle**. Belo Horizonte, 2012.

ASSIS. Araken. **Manual dos Recursos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: Influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000;

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**. 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

CARRETEIRO. Mateus Aimoré. **Tutelas de urgência e processo arbitral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

COSTA, Cynara Barros. **A arbitragem comercial internacional e seus princípios norteadores: um estudo sobre o Princípio da Celeridade e da Flexibilidade e o Fast Track Arbitration**. In: Barza, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro; Silva Neto, Francisco Antônio de Barros e; Weberbauer, Paul Hugo. (Org.). *Integração Regional, Globalização e Direito Internacional*. Recife: Editora UFPE, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **As**

leis “impeditivas” de liminar realmente impedem?. Revista do Tribunal Regional Federal da 3. Região v. 107, 2011.

_____. **Ciência Processual, Ciência Procedimental e Ciência Jurisdicional** <<https://bit.ly/2PzZNBi>> Acesso em 06 de dezembro de 2018.

_____. **processo garantia de liberdade *freedom* e garantia de liberdade *liberty***. Disponível em <<https://bit.ly/2ynZcfw>> acesso em 31 de novembro de 2018.

COSTA, Sérgio de Freitas; ALMEIDA, Lise. **Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?** Revista Brasileira de Arbitragem, v. 25, p. 76-83, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.309

_____. **A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo Código de Processo Civil brasileiro**. Revista de Processo, v. 233. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 769.

DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito**

Processual Civil. v. 2. 11. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 3. 13. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 409.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Arbitragem na Teoria Geral do Processo.** São Paulo: Malheiros, 2013.

_____; Vocabulário do Processo Civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 2009, p. 148.

LOSTAO, Eduardo Arbizu. **Avvocatura dello stato Assistenza, representación y defensa de la Administración en derecho italiano.** Revista de administración pública, n. 122, 1990

MAIA, Alberto Jonathas. **O árbitro de urgência possibilidade de concentração de atos decisórios na arbitragem e aspectos processuais do modelo internacional.** Revista De Processo v. 286. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. **Restrições à tutela de urgência em face da Fazenda Pública em demandas individuais e coletivas.** Revista de Processo, v. 242, p. 213-223, 2015.

MORAES, José Roberto. **Prerrogativas e o interesse da Fazenda Pública.** In: Direito Processual Público. (Org.). SUNDFIELD. Carlos Ari; BUENO, Cassio Scarpinella. Fazenda Pública em Juízo. .São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral.** Tese de Doutorado - Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2010

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PARENTE, Eduardo Albuquerque. **Processo arbitral e sistema.** São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Princípios constitucionais integram processo arbitral** (grifo nosso) < <https://bit.ly/2QOlxhD>> Acesso em 16 de novembro de 2018

PEREIRA. Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil,** tomo V. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva.

Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. In: Olavo de Oliveira Beto; Maria Elizabeth de Castro Lopes. (Org.). Princípios processuais civis na Constituição Federal. 1ed. Rio de Janeiro: Elseier, 2008.

SANCHEZ, Guilherme Cardoso. **Sentenças parciais no processo arbitral.** Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Arbitragem e fazenda pública.** In: Francisco José Cahali; Thiago Rodovalho; Alexandre Freire. (Org.). Arbitragem: estudos sobre a Lein. 13.129, de 26-5-2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA. Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil.** 6. ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 135.

SILVA, Haroldo de Araújo Lourenço da. **Uma (Re)leitura do poder público em juízo à luz das legislações processuais brasileiras.** Tese de Doutorado em Direito. Universidade Estácio de Sá. Rio de Janeiro, 2017.

SCOCA, Salvátore. **Avvocatura dello Stato.** Nuovissimo Digesto Italiano, Turín, 1957,

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sus-**

penção de segurança: sustação de eficácia da decisão judicial proferida contra o poder público. 4. Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

TALAMINI, Eduardo”. **Competência-competência e as medidas antiarbitrais pretendidas pela Administração Pública.** Revista de Arbitragem e Mediação, v. 50, 2016

_____. **Remessa necessária (reexame necessário).** Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 24, 2016.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. **Arbitragem em juízo.** Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Efeti-vidade do processo em face da Fazenda Pública.** São Paulo: Dialética, 2003.

NOVAS PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por:

João Luís Sá Freire Vaz Sampaio
Victor Chang Almeida Carvalho

NOVAS PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*João Luís Sá Freire Vaz Sampaio¹
Victor Chang Almeida Carvalho²*

RESUMO

O presente artigo visa estabelecer uma análise do atual estado de utilização da arbitragem na Administração Pública direta e indireta, verificando a evolução histórica do instituto no Brasil e o seu atual estágio de crescimento diante de novas perspectivas decorrente do cenário econômico pautado no livre comércio cada vez mais global. Dessa forma, incontestemente que a arbitragem, enquanto meio alternativo de resolução de disputa, pautado na

agilidade e tecnicidade, se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro em razão das demandas provenientes do mercado, sobretudo internacional, que busca maior segurança jurídica como pressuposto de investimento, e consequente desenvolvimento econômico local. Destarte, tradicionais conceitos do direito administrativo como interesse público e indisponibilidade do patrimônio público enfrentam necessárias releituras.

PALAVRAS CHAVES: Arbitragem – Administração Pública – Interesse público – Desenvolvimento econômico.

¹ Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia, membro do Núcleo de Arbitragem do NCJ – UNEB; membro da Comissão de Jovens Arbitralistas da Bahia – CJA-BA. E-mail: sampjoaluis@gmail.com

² Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia; membro do Grupo de Pesquisa sobre Arbitragem Empresarial da Universidade Federal da Bahia; membro do Núcleo de Arbitragem do NCJ – UNEB; membro da Comissão de Jovens Arbitralistas da Bahia – CJA-BA; embaixador da Associação Brasileira de Estudantes de Arbitragem – ABEArb. E-mail: changvictor12@gmail.com

ABSTRACT

This article aims to establish an analysis of the current state of use of arbitration in direct and indirect public administration, checking the historical evolution of the institute in Brazil and its current stage of growth in view of new perspectives resulting from the economic scenario based on free trade. more global. Thus, it is undisputed that arbitration, as an alternative means of dispute resolution, based on agility and technicality, was consolidated in the Brazilian legal system due to the demands from the market, especially international, which seeks greater legal certainty as an investment assumption, and consequently local economic development. Thus, traditional concepts of administrative law as public interest and unavailability of public assets face necessary re-readings.

KEYWORDS: *Arbitration – Public administration – Public interest – Economic development.*

1. INTRODUÇÃO

A crise do judiciário ao redor do mundo faz ressurgir a demanda pelos métodos alternativos de resolução de disputas, que são, em geral, formas utilizadas pelas partes para pacificar um determinado litígio, sem a necessidade de utilização de um processo judicial perante o Judiciário. Trata-se de institutos tradicionalíssimos, usados em Roma e nos grandes centros de comércio desde a Idade Média.

Cappelletti (1988, p. 255), em seu clássico estudo sobre o acesso à justiça, destaca a relevância dos métodos alternativos de solução de disputas na pacificação dos conflitos sociais:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

Entre os métodos alternativos de solução de disputas, a arbitragem e a mediação revelam sua importância. A arbitragem, foco deste artigo, é o método pelo qual as partes outorgam a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio. São pessoas escolhidas pelas partes para

proferirem decisões com o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais. Dessa forma, as partes designam pessoas da confiança delas, que entendem do objeto discutido no conflito e permitem que estes terceiros componham o litígio existente entre elas. A doutrina especializada aponta como principais benefícios da arbitragem a celeridade, a confidencialidade, o conhecimento técnico da matéria objeto do litígio pelo árbitro que decidirá o litígio, a informalidade do procedimento e o custo, este último questionado por muitos.

A arbitragem pode ser definida, assim, como o meio privado e alternativo de solução de conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis por meio do árbitro, normalmente um especialista na matéria controversada, que apresentará uma sentença arbitral que constitui título executivo judicial.

Destarte, as crescentes relações econômicas internacionais, decorrentes da aproximação de empresas e estados de diferentes nacionalidades, vêm acompanhadas de uma necessidade de se estabelecer um padrão para resolução de litígios, em face da diversidade e peculiaridades dos ordenamentos jurídicos estatais. Neste interim surge a arbitragem como

um pressuposto para proporcionar a segurança jurídica necessária para a realização desses negócios jurídicos, em que também são protagonizados pela Administração Pública.

Com isso, diante da crescente demanda mercadológica de se estabelecer a cláusula compromissória arbitral para celebrar negócios com a Administração Pública brasileira, sobretudo em parcerias público-privadas, a superação do dogma de se utilizar a arbitragem nas controvérsias em que o Estado figura como parte se torna evidente, seja pelo avanço legislativo decorrente da criação de dispositivos legais, como a Lei nº 13.867/2019, que autoriza o uso de mediação ou arbitragem para definir os valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública projetos de lei ou o projeto de lei 4.257/2019, que propõe a possibilidade da instauração de juízo arbitral em matéria tributária; seja pelo aumento considerável de contratos celebrados com a previsão de arbitragem em parcerias público-privadas.

O que antes parecia ser um tabu hoje é realidade. Sendo assim, tanto a academia quanto a advocacia pública

precisam superar a barreira histórica imposta entre a arbitragem e a Administração Pública, para que se possa acompanhar efetivamente as novas perspectivas do direito brasileiro.

2. RECORTE HISTÓRICO-JURÍDICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Estudar a história da arbitragem no país requer um surpreendente regresso à época do “Brazil” Império, precisamente na Constituição Federal de 1824, no art. 160³, em que havia uma simples menção da possibilidade de nomeação de Juízes Árbitros pelas partes. Posteriormente, o Código Comercial de 1850, em seu art. 294⁴, estabelece a obrigatoriedade de adotar o método arbitral, caso a demanda seja relativa aos sócios durante a existência da sociedade, sua liquidação ou partilha. Foi elaborado, no mesmo ano, o Decreto 737/1850, que regulamentava o Juízo no processo comercial, com minuciosa disposição legal acerca do juízo arbitral em disputas societárias.

Nos diplomas legais seguintes, a exemplo dos Códigos Civil de 1916, Processual Civil de 1939 e o Processual Civil de 1974, pouco se trouxe no que importa à arbitragem, sem inovar o

³ Art. 160. Nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

⁴ Art. 294 - Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral.

que dispuseram os atos jurídicos do século anterior, a despeito da ratificação do Protocolo de Genebra em 1932, que determinava o reconhecimento e validade das cláusulas compromissórias firmadas entre partes subordinadas a jurisdições de Estados diferentes, que teria como consequência a exclusão da jurisdição estatal de ambas. Contudo, somente era aplicável se uma das partes tivesse domicílio no exterior, conforme pontua Lobo (2016, p. 81).

Ainda que a arbitragem tenha, em âmbito internacional, se consolidado como um efetivo método extrajudicial de solução de litígios processuais, sobretudo pela publicação da Convenção de Nova Iorque em 1958, inclusive sob o amparo da ONU, no Brasil o instituto permaneceu adormecido por várias décadas. O tratamento legislativo inadequado só veio a ser sanado com a publicação da Lei de Arbitragem, em 1996, ainda que o referido dispositivo só tenha sido declarado constitucional em 2001⁵. Ressalta-se que a ratificação da referida Convenção, considerada como referência para a arbitragem comercial, acontece no ano de 2002, quando a Lei de Arbitragem já se encontrava em vigor.

3. A JURISPRUDÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO PARTE NAS DEMANDAS ARBITRAIS

O receio histórico do Brasil em acompanhar a desenvoltura da arbitragem, resultou em uma esparsa adoção em perspectiva nacional, pouquíssima jurisprudência e negligência da academia em tratá-la como objeto de estudo. Possivelmente, o maior desestímulo em reconhecer a capacidade de se utilizar da arbitragem como método efetivo de composição extrajudicial de conflitos se deu pela necessidade de homologação judicial do julgamento arbitral, fato que só veio a ser superado na referida Lei de Arbitragem⁶. Mesmo assim, existiram alguns momentos que marcaram a história da relação da arbitragem brasileira com a Administração Pública, inclusive, antes da própria Lei de Arbitragem.

Em 1873, ainda na época de Brasil Império, o filho de Lord Cochrane propôs a arbitragem contra o governo brasileiro, com o intuito de reaver a parte que cabia a seu pai, já falecido, das presas de guerra obtidas dos combates contra as frentes portuguesas que não aceitavam a independência, onde se instaurou um Tribunal Arbi-

⁵ AgRg na SE 5206/ES, rel. Ministro Sepúlveda Pertence.

⁶ Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

tral composto pelos embaixadores dos Estados Unidos e da Itália.

Já em 1913, o Estado de Minas Gerais foi parte em procedimento arbitral proposto pelo Sr. Américo Werneck, por causa de rescisão unilateral, pelo estado, do contrato que celebrava a arrendação, ao Sr. Werneck, da estância hidromineral de Lambari. O contrato tinha um prazo de 90 anos, mas em decorrência da inadimplência culposa por parte do governo mineiro, o Sr. Werneck se viu compelido a propor a rescisão contratual, onde instaurado o conflito, ambas as partes concordaram com a escolha de um juiz arbitral. O Juízo arbitral determinou a condenação mútua de Sr. Werneck e o Estado de Minas Gerais, respectivamente, a pagar para este 2 contos de réis e a pagar indenização correspondente a totalidade do prazo de vigência contratual para aquele. O ente público, inconformado com a decisão apelou ao STF, em que escolheu como seu procurador um dos mais ilustres brasileiros da história, Rui Barbosa. Apesar de mantida a decisão, a arbitragem saiu prejudicada. A Águia de Haia,

nas razões de apelação, não só atacou os fundamentos da decisão arbitral, como o instituto do juízo arbitral, salientando que o *“o juízo arbitral, em si, não é um meio eficaz de verificar e aplicar o direito”* e que a *“irrecorribilidade das suas decisões é uma suposição que não encontra base em nenhuma legislação do mundo”*. Credita-se na história, a esta disputa, uma das poucas que Rui Barbosa se viu derrotado, a justificativa da resistência de positivar a arbitragem no ordenamento jurídico pátrio⁷.

Insta ressaltar também o que é considerado o precedente da arbitralidade dos litígios da Administração Pública: o caso do espólio de Henrique Lage contra a União⁸. Em 1946, o Decreto-Lei nº 9.521 foi publicado com o intuito de se valer, a União, da incorporação dos bens da Organização Lage, sobretudo navios, por causa do contexto político e econômico decorrente da Segunda Guerra Mundial, determinando, em seus arts. 4º e 12º, a instituição do Juízo Arbitral para decidir sobre eventuais impugnações do espólio e arbitrar sobre as avaliações dos bens e direitos

⁷ Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1104371,41046-Questao+Lambary+O+instituto+da+arbitragem+e+questionado+por+Rui>>. Acesso em: 16 set. 2019.

⁸ STF, AI n. 52.181/GB, rel. Ministro Bilac Pinto.

9 Art. 4º A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de 8 Setembro de 1942, e o respectivo “quantum” será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acordo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei. Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: I - Decidir sobre:

a) as avaliações dos bens e direitos a que aludem os arts. 2º e 4º deste Decreto-lei

incorporados. Após o arbitramento do valor indenizatório, encaminhou-se para o Congresso projeto de lei com o intuito de abertura de crédito para realização do pagamento, sendo arquivado pelo Procurador Geral da Fazenda Nacional. Diante da situação adversa, os herdeiros do espólio de Henrique Lage recorreram ao judiciário comum para buscar a execução da sentença proferida pelo Juízo Arbitral, que tramitou até o STF, sendo reconhecida a aplicação da sentença em todas as instâncias.

O status de *leading case* conferido à disputa entre o espólio de Henrique Lage e a União, no que tange a utilização da arbitragem pelo Poder Público, se confere justamente pela relevância dos atores (Plenário do STF e União Federal, na qualidade de pessoa jurídica de direito público integrante da Administração Pública Direta) bem como pela discussão da constitucionalidade da instituição do juízo arbitral em controvérsias envolvendo a União. Esta última alegava, ainda que de forma contraditória, posto que a própria tinha instituído o juízo arbitral no Decreto-Lei do caso em comento, a inconstitucionalidade da arbitragem em litígios em que figurava como parte, sobre o fundamento de que, caso ocorrida a instituição da arbitragem, constituiria foro privilegia-

do ou até mesmo tribunal de exceção. Entretanto, o argumento da União restou afastado por unanimidade do Plenário do STF, pois, como expôs precisamente o voto do Ministro Rodrigues Alckmin (1973, p. 80/81), acompanhando o relator Ministro Bilac Pinto, não se pode confundir a arbitragem com tribunal de exceção, já que este não aconteceria mediante a concordância de ambas as partes, cristalina no caso:

Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, as partes podem transigir, como podem aceitar o compromisso – tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço ao arbítrio de terceiro. Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos do poder de jurisdição. É que, como evidente este poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu exercício se não submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula compromisso não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que – ressalvados os casos na Constituição previstos – ao Judiciário se reconhece.

Assim, não é jurídica a afirmativa de que o DL. 9521/46 seria ilegítimo por ter, o Presidente da República, criado órgão judicante estranho à justiça ordinária; ou de ter sido criado tribunal de exceção, ou foro privilegiado; ou de não poder, a União, submeter-se a Juízo Arbitral (o que suporia sua incapacidade, ainda que a lei o dispusesse, para atos negociais); ou de ofensa ao princípio da isonomia pela criação de processo especial. Todas essas arguições à evidência, não atentam para a distinção a ser feita entre a manifestação do poder jurisdicional e situação decorrente da vontade dos interessados.

Saliente-se que o referido voto, bem como todo o julgamento do Agravo de Instrumento, trouxe para a superfície do ordenamento jurídico brasileiro que a arbitragem possui legitimidade consolidada pela vontade das partes, e, caso instituída por estas, deve ser respeitada pela jurisdição estatal.

Com a Administração Pública não seria diferente. Caso evidente a sua manifestação de vontade na instituição de juízo arbitral em cláusula compromissória, não se pode restringir à autonomia contratual do Estado que,

como toda a pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só estas podem comportar solução pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação. A hipótese para a qual se instituiu o juízo arbitral pelo DI. 9.521 entra na primeira categoria (MELLO, 2015, p. 63).

À essa altura, já se fazia necessária uma normatização específica no país que elaborasse um sistema de resolução de litígios mediante arbitragem. Com a já defasagem jurídica em comparação com os signatários da Convenção de Nova Iorque, de 1958, associada com a explosão do interesse externo decorrente do desenvolvimentismo iniciado na década de 50, o Brasil foi compelido a elaborar a Lei de Arbitragem.

Com isso, a comunidade jurídica e acadêmica, embaladas pela tão esperada positividade do procedimento arbitral no país, começou a ampliar os estudos e serviços referentes à arbitragem. Acompanhando o cenário global, a resolução de conflitos através da arbitragem tomou corpo e se consolidou como método extrajudicial confiável.

No que tange a relação com a Administração Pública, ainda que diante dos entraves dogmáticos da aplicação da arbitragem nos casos em que figura como parte, a adequação aos anseios dos agentes econômicos estrangeiros, que esperavam por um alinhamento com a arbitragem internacional, pouco a pouco foi se positivamente a possibilidade da Administração Pública figurar como parte em procedimentos arbitrais, cenário diametralmente oposto ao dogmatismo inflexível existente anos atrás.

O Estado, que anteriormente reconhecia como incompatível a relação entre a Administração Pública e particular através da arbitragem, passa a adotar papel fulcral no desenvolvimento deste método alternativo de resolução de conflitos no país, inclusive reconhecendo a possibilidade de ser parte, como será visto nos próximos tópicos do presente artigo.

4. ARBITRAGEM E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, em seu art. 23, inciso XV, prevê que é uma cláusula essencial do contrato de concessão à relativa “ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”. No entanto essa redação não possibilitava, segundo a interpretação da maioria da doutrina especializada, de forma inequívoca a utilização da arbitragem nos contratos de serviços públicos.

Com o advento da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, houve a previsão expressa da possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de concessão especial (PPPs), desde que fosse utilizada para a solução de questões que envolvessem necessariamente direitos patrimoniais disponíveis.

Essa inovação estimulou a inclusão taxativa da arbitragem no regime jurídico das concessões comuns, quando em 2005, a partir da Lei n.º 11.196, fora incluído o art. 23-A na Lei 8.987/1995, que estabelece:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá

prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Segundo Ribeiro (2007, p. 102), a arbitragem, enquanto meio para solução de conflitos no âmbito de contratos administrativos, tem sido considerada uma alternativa apta a garantir celeridade. Assim, ao indicar especialistas, as partes decidem as questões controversas que surgirem durante a execução desse contrato (que por definição tem uma duração de médio a longo prazo), tem-se o aumento da segurança jurídica, evitando que o parceiro privado incorpore os custos de transação jurídicos ao preço cobrado pelo parceiro privado, ricocheteando no Poder Público e usuário.

No entanto, Bandeira de Mello (2019, p. 781) discorda dessa utilização sob o argumento de que não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestações, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desidera-

to, recursos necessários para o bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares.

Nesse sentido, Fortini (2009, p. 136) esclarece que o interesse público real primário efetivamente é indisponível, o que limita a margem de aplicação do art. 11, inciso III da Lei das PPPs. No entanto, discorda em relação à constitucionalidade, uma vez que em litígios contratuais que envolvam questões “extra-erário público”, seria possível a adoção da arbitragem para consagrar assim o Princípio da Eficiência, dada a sua agilidade.

A princípio não há correlação entre direitos patrimoniais, interesse público e suas (in) disponibilidades. Isso, porque segundo Grau (2002), dispor de direitos patrimoniais significa transferi-los a terceiros, ou seja, implica em um potencial de alienação. O poder público, para a consecução do interesse público, pratica atos que repercutem em disposição de alguns direitos patrimoniais, ainda que existam direitos patrimoniais não passíveis de disponibilidade (como por exemplo, os direitos patrimoniais sobre os bens públicos de uso comum). Assim, inúmeras vezes a Administração Pública dispõe de direitos patrimoniais objetivando o

alcançe do próprio interesse público. Neste diapasão, é de se rejeitar as eventuais críticas decorrentes da ideia de que a arbitragem em PPPs seria proibida porque incidente sobre bens e serviços *extra commercium*. Vez que se são bens e serviços *extra commercium*, não poderiam ser objeto de contratos. A bem da verdade, está-se diante de uma comercialidade diferenciada, pautada pelo Direito Administrativo Econômico e pela disponibilidade dos direitos postos em conflito. Uma coisa é a indisponibilidade da função administrativa; outra, completamente diversa, é a disponibilidade condicionada do próprio contrato (e da quantificação monetária do seu objeto). Os diferentes graus de afetação da coisa implicam o corresponde plano de incidência de sua exploração econômica (em intensidade e extensão).

Por fim, é de se frisar que a arbitragem não precisa consubstanciar uma despesa previamente quantificada e alocada nas contraprestações e no fundo garantidor da PPP. Não é um custo orçamentário presente e certo, mas é futuro e incerto. Pode ou não ocorrer. A cláusula compromissória é como um seguro de vida: existe para dar conforto aos signatários, a fim de que o conflito não se instale – e não para ser usada no cotidiano do contrato administrativo. Por isso, é uma

despesa extraordinária, contingencial, que não pode – e não deve – ser quantificada e alocada na matriz econômico-financeira do contrato (sobretudo como uma “despesa obrigatória” do parceiro público). Mesmo porque tais cálculos são faticamente inviáveis para um contrato de 30 anos. A cláusula de arbitragem não depende, portanto, de quantificação e alocação prévias no orçamento público.

Em conclusão, o que se espera é que, cada vez mais, o incentivo instalado pela Lei de PPPs e pela Lei de Arbitragem seja prestigiado pela Administração Pública brasileira. Uma vez que existem tais previsões legislativas, seria um equívoco aos editais suprimir essa possibilidade de composição de conflitos em sede de PPPs – transmitindo aos interessados uma sinalização bastante negativa a propósito do projeto concessionário e da postura cooperativa da Administração Pública.

Com relação às vantagens da utilização do mecanismo da arbitragem, no âmbito dos contratos administrativos, além da já mencionada agilidade na resolução da controvérsia, a expertise do órgão julgador, a confiança das partes nesse órgão, a desburocratização dos procedimentos, ausência de duplo grau de jurisdição e reforço da noção de equilíbrio entre as partes

dada o desapego das prerrogativas pelos entes públicos (BRANDT, 2008, 77).

Assim, uma vez que a majoritária doutrina conclui pela constitucionalidade da utilização da arbitragem, as características da arbitragem como a celeridade, a especialidade e a manutenção do relacionamento entre as partes, aspecto extremamente positivo em determinadas situações, como no caso em que as partes são signatárias de um contrato comercial de longo prazo, fazem da arbitragem o melhor mecanismo para a solução de referidas controvérsias.

5. AS REGULAMENTAÇÕES NO RIO DE JANEIRO E EM SÃO PAULO

O Estado do Rio de Janeiro, em 2018, editou o Decreto nº 46.245, no qual regulamentou o uso da arbitragem no âmbito da administração direta e indireta. Tal movimento ganhou força com o advento da Lei 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), possibilitando expressamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública (direta e indireta) para a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

O Decreto limita a aplicação da arbitragem aos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, controvérsias que possuam natureza

pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários. Ademais, dispõe que caberá à Procuradoria Geral do Estado do Rio cadastrar os órgãos arbitrais institucionais, podendo fazê-lo a qualquer momento, dependendo unicamente do interesse do órgão arbitral postular o referido cadastro. A instituição do procedimento de arbitragem será limitada aos órgãos já cadastrados na PGE-RJ e a escolha será da empresa contratada pelo Estado, no momento da celebração do instrumento contratual.

Os contratos de concessão de serviços públicos, as parcerias público-privadas patrocinadas e administrativas e concessões de obra, e quaisquer outros contratos ou ajustes de valor superior a R\$ 20 milhões, poderão ser dirimidos por arbitragem. Contudo, independentemente de previsão no contrato ou no edital de licitação, as partes poderão recorrer à arbitragem para resolver os litígios caso ambas concordem com tal solução.

Quantos às despesas, o Decreto estabelece que elas deverão ser adiantadas pela empresa contratada, quando a mesma for a requerente do procedimento arbitral, incluindo os honorários de árbitros e peritos, e os demais custos com o procedimento.

Em suas disposições finais, o Decre-

to esclarece que, quando se tratar de contratos com recursos provenientes de financiamento, doação de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, a arbitragem será regida pelas regras próprias de tais entidades.

No mesmo diapasão, o Estado de São Paulo editou, no dia 31 de julho de 2019, o Decreto nº 64.356, que, da mesma forma, regulamentou o uso da arbitragem no âmbito da sua Administração Direta e suas autarquias, nos termos da Lei Federal n.º 9.307/1996.

A análise dos atos regulamentares acima citados denota que, em sua maior parte, possuem eles disposições cujo conteúdo é bastante assemelhado, o que ocorre, por exemplo, com a vedação a que a sentença arbitral condene o vencido a ressarcir os honorários advocatícios contratuais pagos pela parte adversa. Isso, claro, sem contar o fato de que o artigo 1º da Lei de Arbitragem possui alguns nortes para a utilização de arbitragem por partes de entes da Administração Pública.

Ainda assim, é possível identificar algumas diferenças conceituais entre os Decretos, sendo a primeira delas a falta de especificação, no Decreto editado pelo Estado de São Paulo, do

teor do conceito da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, tema que gera intenso debate e, portanto, pode causar grandes problemas na instituição de um procedimento arbitral envolvendo o Poder Público.

A segunda grande diferença que pode ser apontada é a de que, enquanto o Decreto do Rio de Janeiro obriga que a arbitragem seja institucional, o Decreto de São Paulo admite a utilização da arbitragem *ad hoc*, desde que haja justificativa para tanto. Neste particular, o Decreto Paulista previu, em seu artigo 6º, que na hipótese de ser adotada arbitragem “ad hoc” as regras a serem utilizadas no procedimento serão as da UNCITRAL.

Como não poderia deixar de ser, ambos os Decretos atribuem aos respectivos órgãos de representação judicial a atribuição de elaborar as cláusulas compromissórias, inclusive indicando alguns elementos mínimos e obrigatórios que delas devem constar, indo o Decreto de São Paulo além ao prever expressamente que o Procurador Geral do Estado poderá celebrar compromisso arbitral, seja para submeter à arbitragem conflito para o qual não haja sido pactuada cláusula compromissória, seja mesmo para dirimir eventual questão interpretativa surgida a partir de cláusula compromissó-

ria já celebrada (artigo 4º, §3º).

Apesar das distinções constantes em ambos os Decretos que regulamentam a utilização da arbitragem na Administração Pública direta e indireta, sem dúvida que ambos os entes federativos conferem maior segurança jurídica para as estipulações de cláusulas compromissória, e até mesmo, compromissos arbitrais tanto para a Administração quanto para o particular.

6. A LEI Nº 13.867 DE 2019 E A ARBITRAGEM NA DESAPROPRIAÇÃO

A recentíssima Lei 13.867, de 27 de agosto de 2019, autoriza o uso de mediação ou arbitragem para definir os valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública e tem por finalidade viabilizar uma resolução mais rápida dos processos de desapropriação de imóveis.

A norma busca a utilização desses mecanismos para assegurar o direito fundamental à justa e prévia indenização da desapropriação, conforme o inc. XXXIV do art. 5º, da Constituição. Dá maior agilidade e efetividade à definição do valor devido pelo ato desapropriatório e escapa da tradicional lentidão do Poder Judiciário – no qual são usuais processos de desapropriação que levam mais de uma década para serem concluídos.

Essa perspectiva da *ratio* da norma – da arbitragem como direito do particular e mecanismo de garantia – é observável na justificação do projeto de lei que a originou (PLS 135/2017 – Sen. Antonio Anastasia) A saber: “Este projeto de lei pretende dar um passo adiante [...] prevendo o direito do particular de definir o valor da indenização pela via arbitral. Como se sabe, a Constituição de 1988 considera a indenização justa e prévia como uma garantia fundamental [...]” Tais aspectos foram mantidos nos pareceres da Câmara.

Esses mecanismos permitem maior agilidade e a utilização de experts na matéria como julgadores da causa, sendo que a opção por eles é feita pelo particular e não pela Administração.

A agilidade, inerente à lógica do procedimento arbitral, é essencial não apenas aos particulares, mas principalmente para a implementação de obras de infraestrutura necessárias ao país e atração de investimentos do setor privado. São comuns casos em que projetos importantes, como a duplicação de rodovias, que aumentam a segurança dos usuários, ou a instalação de estações de tratamento de água ou de esgoto, que ampliam o acesso ao saneamento básico, se encontram parados devido às dificuldades do poder público (ou dos conces-

sionários) para desapropriar.

O artigo 10-A define o processo negocial simplificado a ser conduzido pela Administração a partir da publicação do decreto de utilidade pública que dá início à desapropriação. Determina a notificação do proprietário com a apresentação da oferta de indenização (que deverá estar acompanhada da cópia da declaração de utilidade pública, da descrição do bem, do valor da oferta e da informação de que o usuário pode aceitá-la ou rejeitá-la em até quinze dias). A notificação abre, então, ao usuário quatro possibilidades de resposta: (i) aceite da oferta; (ii) rejeição expressa ou (iii) inércia (na prática, recusa por omissão); (iv) o pedido para a instauração de mediação ou arbitragem.

Caso a oferta seja recusada ou não haja resposta do usuário, caberá à Administração dar início ao processo judicial de desapropriação, na forma dos artigos 11 e seguintes da Lei de Desapropriação (Decreto-Lei n.º 3.365/1941). Por sua vez, se for aceita a proposta, será lavrado termo de acordo e levado para o registro de imóveis. Contudo, as hipóteses mais interessantes certamente são as relacionadas à utilização da mediação e arbitragem para a solução de controvérsias.

O art. 10-B estabelece que, ao se definir a via da mediação ou da arbitragem, o particular deverá escolher a câmara ou o órgão para conduzir o procedimento. Estes devem estar previamente cadastrados pela Administração que, ainda, poderá criar câmaras de mediação para tanto. As regras do procedimento arbitral e/ou de mediação são aquelas definidas nas Leis n.º 9.307/1996 e 13.140/2015 e, subsidiariamente, os regulamentos da câmara responsável pela sua condução.

A norma ainda reitera a opção preferencial pela arbitragem institucional em relação à ad hoc (que se desenvolve sem uma Câmara) em conflitos com o Estado. Tal medida traz maior segurança jurídica ao procedimento e na definição de regras para conduzi-lo. Assim, a arbitragem tem maior probabilidade de ter resultado satisfatório quanto à efetividade na proteção dos direitos dos sujeitos privados.

Além disso, é a primeira lei federal que estabelece para o Poder Público a obrigatoriedade da formação de cadastro prévio de câmaras arbitrais a serem escolhidas pelo particular.

A referida questão ainda gera controvérsias em arbitragens com a Administração Pública em outras áreas e, assim, a sistemática adotada pode indicar o caminho para sua solução.

Na hipótese de não haver o cadastramento prévio de câmaras e inércia da Administração, deverá o particular requerer a indicação no Judiciário.

Importa destacar que foram vetados os dispositivos que obrigavam o poder público a adiantar os honorários do mediador ou árbitro, sob o argumento de que o pagamento adiantado impediria a opção por situações mais vantajosas ao erário, como o pagamento parcelado ou ao final do processo. Ainda, a medida pode acabar gerando vácuo legislativo que permita a interpretação quanto à cobrança do particular das custas iniciais do procedimento, apesar de ter sido a Administração quem deu causa a este. Assim, a norma acaba por remeter à definição da forma de pagamento das custas ao compromisso arbitral, que necessariamente terá que ser formado para viabilizar o procedimento arbitral já que não há contrato prévio entre as partes.

O veto apresentado à proposta do Legislativo ao art. 10 retira o processo arbitral como meio de interromper o prazo de cinco anos de validade do decreto desapropriatório, sob o argumento de evitar a interpretação que a mera propositura da ação não seria suficiente para interromper o prazo, sendo então preferível a redação

anterior. Ocorre que o texto original do Decreto-Lei nº 3.365/1941, mantido pelo veto, não prevê a arbitragem como meio de interrupção do prazo, o que pode gerar dificuldades de interpretação, inclusive quanto aos limites de duração do procedimento.

De igual modo, foi retirada da lei a obrigação de que a notificação ao proprietário do imóvel informasse sobre a possibilidade de uso da mediação ou arbitragem, sob o argumento de que a proposta permite interpretação de que a negociação é facultativa ao expropriado, mas obrigatória ao poder público. No entanto, a lei tem por objetivo principal garantir efetividade ao procedimento desapropriatório em favor do particular, para assegurar a prévia e justa indenização ou, caso esta não ocorra, que ele possa se opor ao ato expropriatório. Portanto, a Administração não tem o direito de recusar a medida ou de atuar contrariamente a ela, por se tratar da consecução de direitos fundamentais de primeira dimensão (legalidade e direito de propriedade) que garantem a proteção do particular frente ao poder do Estado.

Ademais, os vetos e sua motivação não vinculam nem orientam a interpretação da lei, vez que integram a chamada *mens legislatoris*, que não

informa a percepção do sentido do texto legal. A lei, em sua redação final, vale pelo seu próprio conteúdo e pela sua interação sistemática com o direito objetivo pré-existente, de forma que os vetos e sua motivação gozam de valor histórico e político, mas não se prestam a determinar a compreensão da referida lei.

A Lei 13.867/2019 representa grande avanço no regime da desapropriação no Brasil. Independentemente do peso que se dê aos seus vetos e de como venha a ser interpretado o direito de opção do expropriado, a afirmação de que a definição da indenização deverá ser realizada em mediação ou arbitragem e a disciplina legal do procedimento a ser adotado são úteis e relevantes para a efetividade dos direitos dos expropriados e para a realização concreta dos propósitos do regime jurídico da desapropriação.

7. O PROJETO DE LEI Nº 4.257 DE 2019 E A ARBITRAGEM NA EXECUÇÃO FISCAL

A introdução no ordenamento jurídico brasileiro da arbitragem em matéria tributária, como forma alternativa de resolução jurisdicional de conflitos no domínio fiscal, reforça a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos e imprime uma maior celeridade

na resolução de litígios que opõem a administração tributária ao sujeito passivo, além de reduzir a pendência de processos nos tribunais judiciais e administrativos.

Várias são as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que tentam delimitar quais seriam os temas, no Direito Brasileiro, que permitem às partes se socorrerem do juízo arbitral para solucionar seus conflitos.

Dentre os temas, desponta de importância no cenário nacional atual a questão relativa à possibilidade das controvérsias tributárias serem submetidos à arbitragem. Tendo em vista a dinamicidade das relações tributárias na atualidade, necessária se faz a busca por mecanismos extrajudiciais e céleres de resolução dos litígios, dentre os quais se destaca a arbitragem.

Entretanto, a utilização deste mecanismo como alternativa à composição dos litígios relativos ao Direito Tributário, no Brasil, supostamente encontra a barreira imposta pelo Artigo 1º da Lei de Arbitragem, que dispõe sobre arbitrabilidade no direito brasileiro. Neste sentido, importa rediscutir tradicionais conceitos e figuras do direito tributário, objetivando a verificação se alguma matéria tributária seria dotada de arbitrabilidade, tal como “in-

teresse público”, “(in) disponibilidade do crédito tributário” e o processo de desjudicialização da execução fiscal, em consequência do longo e interminável processo judicial.

Neste prisma, o tema se reveste de fundamental importância político-social, vez que a tributação é o meio pelo qual o Estado arrecada e cumpre com suas funções estabelecidas na Constituição Federal, sobretudo na promoção dos direitos fundamentais que exigem custeio público. A sobrecarga judicial e a mora na apreciação e satisfação das controvérsias tributárias representam verdadeiro óbice às prestações sociais provenientes do Estado.

Diante deste cenário, o Projeto de Lei nº 4257, de 2019, de iniciativa do Senador Antonio Anastasia, visa modificar a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980) para permitir ao executado, a opção pela adoção de juízo arbitral, caso a execução esteja garantida por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, bem como permite à Fazenda Pública optar pela execução extrajudicial da dívida ativa de tributos e taxas que especifica, mediante notificação administrativa do devedor.

O referido PL, em sua justificativa, aduz que “para ser interessante para

a Fazenda Pública, o procedimento arbitral, após julgar o embargos, deve permitir a imediata satisfação do crédito”. De modo que a circunstância de o devedor garantir a execução por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, permite que, se a Fazenda vencer o julgamento, poderá logo levantar o valor, extinguir a execução e não terá o ônus de procurar bens ou se submeter aos procedimentos de alienação de bens imóveis ou de outras modalidades de garantia.

Por outro lado, para que não haja ônus adicional à Fazenda Pública, o projeto prevê que, caso o executado opte pelo procedimento arbitral, procedimento que deverá ser autorizado por lei de cada ente federado, ele deverá antecipar as custas. Se a Fazenda for vencida, ressarcirá tais despesas na forma da legislação local, e arcará com honorários advocatícios arbitrados consoante previsão do CPC, os quais serão, após definidos, reduzidos pela metade. Os custos com o procedimento arbitral não poderão exceder esse valor. Tem-se, assim, critério que não implica ônus adicional para a Fazenda, caso opte pelo procedimento arbitral e fique vencida.

Embora o presente PL institua no plano concreto a possibilidade do emprego de arbitragem em matéria tributá-

ria, há algumas fragilidades, passíveis de serem questionadas, vez que a premissa fulcral é a desjudicialização da execução fiscal frente ao congestionamento considerável e pouca eficiência judicial na arrecadação das demandas judiciais existentes.

Inicialmente, a instituição da arbitragem sem a devida atualização no Código Tributário Nacional, via lei complementar, pode ser questionada, e criar desconforto e desconfiança na sua utilização pelo Fisco ou pelos contribuintes, já que grande parte da doutrina nacional considera necessária a previsão expressa da sentença arbitral como causa extintiva da relação jurídica tributária.

É bem verdade que essa crítica poderia ser superada pelo fato de que a jurisprudência, assim como o artigo 31 da Lei nº 9.307/96 (Lei da Arbitragem), deixam clara a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial. Portanto, as menções a sentença e decisões do CTN deveriam ser interpretadas e lidas com essa amplitude. Ainda assim, a alteração do artigo 156 do Código, para contemplar expressamente a sentença arbitral, traria maior segurança jurídica ao instituto.

Controverso o teor do artigo 16-F, no qual é previsto a possibilidade de de-

claração de nulidade caso “a sentença arbitral contrarie enunciado de súmula vinculante, decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade ou acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de repercussão geral”, pois estabelece novos critérios para nulidade de sentença arbitral que até então protagonizou relevantes debates sobre a vinculação dos precedentes judiciais no procedimento arbitral.

De outro lado, uma vez que o PL parte do pressuposto de que a arbitragem se instalaria após a existência do processo de execução fiscal e garantia do débito respectivo, não haveria motivo para as partes se preocuparem com a suspensão da exigibilidade. Embora pareça óbvio, contudo, seria recomendável que houvesse orientação expressa para suspensão processual, a fim de que não haja movimentação concomitante de tribunal arbitral e judiciário.

Tal constatação acaba por fragilizar o objetivo precípuo da instauração do mecanismo, de acordo com o PL, que é justamente a desjudicialização das demandas arbitrais.

Neste contexto, a lentidão do julgamento, o excesso de processos em tramitação, falta de qualificação especializada

são algumas das razões que autorizam o apelo a medidas que não sejam o processo judicial ordinário ou o processo administrativo em matéria tributária.

A recuperação de tributos envolvidos em litígios pelas administrações tributárias não chegam a superar 5% (cinco por cento) do total do passivo, mesmo com os programas de parcelamento. Tal cenário é suficiente para comprovar que a continuidade dessa ineficiência desvelada não atende ao interesse público, mas apenas a quem prefere a via do conflito como forma de vantagem na concorrência, por apostar na incapacidade do Estado em dar respostas processuais rápidas e qualificadas.

Neste cenário, faz-se necessária a adoção de medidas alternativas de solução de controvérsias em matéria tributária, sem qualquer impedimento constitucional ou do Código Tributário, gozando de plena legitimidade, pois, se bem examinados tanto o art. 150 § 6º da CF quanto o art. 171, do CTN, verifica-se que asseguram plena validade para normas gerais ou específicas de transação ou de qualquer outra forma processual que tenha por fim a eliminação do litígio em matéria tributária.

8. CONCLUSÃO

O debate acerca da possibilidade da utilização da arbitragem na Administração Pública está superado junto às objeções iniciais, dado o avanço da legislação, da doutrina e da jurisprudência nos últimos anos. De forma que a pauta atual de discussão versa acerca dos limites, possibilidades e perspectivas no avanço da consolidação deste importante instituto.

Neste diapasão, necessário se faz revisar e rediscutir conceitos consagrados como indisponibilidade do bem público, interesse público e autonomia da vontade e demais dogmas que já não correspondem aos avanços perpetrados pelas necessidades dos novos mercados.

É preciso, portanto, aprofundar a discussão a respeito da utilização da arbitragem pela Administração Pública, a fim de se estabelecer respostas suficientes às temáticas relativas ao aparente paradoxo entre o sigilo do procedimento arbitral e a necessária publicidade dos atos públicos; a possibilidade da arbitragem *ad hoc*; o julgamento por equidade; possibilidade da celebração de compromisso arbitral; a escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais; o pagamento das custas e dos honorários dos árbitros

e demais questões que surgem ante a consolidação do instituto na resolução dos litígios entre entes públicos e particulares.

A viabilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública ainda representa a modernização da estrutura de negócios do país, significando verdadeiro incentivo para que os agentes econômicos, sobretudo internacionais, contratem com os entes públicos com maior segurança jurídica e menor custo de transação, de modo a criar um ambiente institucional mais propício ao investimento privado, que, por certo, enseja maior desenvolvimento econômico e criação de riqueza no Brasil.

Nesta tessitura, o ritmo de inovações legislativas explorados no presente artigo demonstra a indiscutível consolidação da arbitragem, como meio alternativo de resolução de disputa (e até mesmo entre entes públicos), a fim de garantir maior segurança aos investidores na obtenção de julgamentos céleres e especializados dos possíveis litígios decorrentes de contratos com a Administração Pública.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 34^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019.

BRANDT, Caroline Botsman, Arbitragem e contratos administrativos de PPP, in SOUZA, Mariana Campos de (coord.); Parceria Público Privada: aspectos jurídicos relevantes. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei do Senado n° 135, de 04 de maio de 2017. Brasília, 2017. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129101>>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n° 4.257, de 06 de agosto de 2019. Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Decreto n° 4.311, de 23 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Decreto n° 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Decreto-lei n° 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.365, de 21 de junho de 1941. Diário Oficial da União. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3365.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/

Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 11.196, de 26 de maio de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Diário Oficial da União. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.867, de 26 de agosto de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13867.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Diário Oficial da União. Brasília, 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0556-1850.htm>. Acesso em: 16 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Diário Oficial da União. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Diário Oficial da União. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União. Brasília, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/

19307.htm>. Acesso em: 14 set. de 2019.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal no 71.467 GB. Relator: Ministro Bilac Pinto. Guanabara, 14 de novembro de 1973. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=167284>>. Acesso em 16 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento no 52.181 GB. Relator: Ministro Bilac Pinto. Guanabara, 14 de novembro de 1973. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em: 16 set. 2019.

FORTINI. Cristiana. Contratos Administrativos: Franquia, Concessão, Permissão e PPP. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo (In): Revista da Escola Paulista da Magistratura, v. 3, nº 2, julho/dezembro, 2002. Disponível em: <http://www.epm.tjsp.jus.br/FileFetch.ashx?id_arquivo=20533>. Acesso em 10/09/2019.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. História e Perspectivas da Arbitragem no Brasil. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, v. 13, n. 50, jul./set. 2016, p. 79-94. Disponível em: < <http://>

www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RArb-Med_n.50.06.PDF>. Acesso em 16 set. 2019.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de, Transação e Arbitragem nas controvérsias tributárias. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito). São Paulo – SP, 2013.

MORAIS, Carlos Yuri Araújo de. Transação e Arbitragem em matéria tributária. In: Arbitragem e mediação: arbitragem aplicada. WALD, Arnaldo (Org.) – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUESTÃO Lambary – O instituto da arbitragem é questionado por Rui Barbosa. Migalhas. 30 mar. 2010. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,-MI104371,41046-Questao+Lambary+O+instituto+da+arbitragem+e+questionado+por+Rui>>. Acesso em: 16 set. 2019.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro M. Comentários à lei de PPP: Parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

RIO DE JANEIRO. Governo Estadual. Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2018. Acesso em: 14 set. de 2019.

SÃO PAULO. Governo Estadual. Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Diário Oficial do Estado de São Paulo. São Paulo, 2019. Acesso em: 14 set. de 2019.

SILVA, Natália Alves da. A aplicação da arbitragem na resolução de conflitos da Administração Pública. Revista de Direito da Administração Pública, n. 2, volume n. 1, edição n. 3, jul./dez. 2017, p. 110-147. Disponível em: < <http://www.redap.com.br/index.php/redap/article/view/130/81>>. Acesso em 16 set. 2019.

TORRES, Heleno Taveira. Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes – Simplificação e Eficiência Administrativa. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, mar. 2003.