

A Arbitrabilidade Envolvendo o Poder Público no Brasil e a Ruptura do Dogma do Interesse Público.

Haroldo Lourenço

Advogado e Sócio Sênior do escritório Lourenço Advogados Associados. Diretor Jurídico da ABAMI (Associação Brasileira de Advogados do Mercado Imobiliário). Professor Adjunto Doutor em Processo Civil na Universidade Federal do Rio Janeiro (UFRJ) e UNIGRANRIO, Professor Convidado na Fundação Getúlio Vargas (FGV), na Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), na Escola Nacional da Magistratura (ENFAM), na Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Rio de Janeiro (FESUDEPERJ). Doutor e Mestre em Direito Processual Civil. Pós-graduado em Processo Constitucional (UERJ) e Processo Civil (UFF). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), Academia Brasileira de Direito Processual Civil (ABDPC), do Instituto Carioca de Processo Civil (ICPC).

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Poder Público. Brasil.

RESUMO: O presente artigo busca analisar os caminhos traçados pelo legislador brasileiro na proposta de inserir o Poder Público na arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Houve uma época em que se negou a possibilidade da utilização da arbitragem para dirimir tais litígios, contudo, o legislador, de forma lenta e gradual, foi superando tal ideia, inserindo o Poder Público nesse contexto. Não obstante tais circunstâncias, muitos pontos ainda necessitam ser investigados, como a necessidade de licitação prévia para contratação do

órgão arbitral e a adoção ou não do regime jurídico do precatório previsto na Constituição Federal.

1. INTRODUÇÃO.

Os avanços da arbitragem no plano legislativo e concreto no Brasil são inegáveis.

No primeiro aspecto, sem a pretensão de exaurir, o CPC/15, em diversas passagens, insere a arbitragem em paralelo com o Judiciário, sepultando eventuais dúvidas que ainda pairavam sobre se a atividade arbitral seria ou não jurisdicional¹. A Lei nº 13.129/15 trouxe, definitivamente, o Poder Público para dentro da arbitragem, bem como o Decreto nº 46.245/18 regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

No plano concreto, há notícias de que conflitos resolvidos com o uso da arbitragem cresceram 73% nos últimos seis anos. Contudo, a maioria dos casos arbitrados tratam de Direito Societário, fornecimento de bens e serviços, aluguel, Direito Empresarial, construção civil e energia. Por outro lado, os números de arbitragem envolvendo o Poder Público ainda são inexpressivos, mostrando que ainda se tem muito para evoluir nesse campo².

É importante, de início, esclarecer que não pode se justificar a utilização da arbitragem sob o manto de que significaria um esvaziamento judiciário ou se estaria criando uma fuga mais eficiente, como fizeram o Senado Federal³ e a Câmara dos Deputados⁴ nos seus respectivos pareceres, pois o incentivo da arbitragem envolvendo o Poder Público justifica-se pela constatação de que em diversos casos ela se apresenta como um mecanismo mais adequado para dirimir conflitos, muitas vezes extremamente complexos, com valores elevados, sobressaltando inúmeras vantagens,

1 Somente a guisa de ilustração no CPC/15 basta notar que o art. 3º insere a arbitragem dentro da cláusula do acesso à justiça, o art. 42 traz sua previsão juntamente com a competência jurisdicional, o art. 62 §1º permite a cooperação nacional entre Justiça Pública e Privada, entre diversos outros artigos.

2 Tais informações podem ser obtidas com maiores detalhes no estudo desenvolvido pela Professora Selma Lemes: Arbitragem em números e valores, disponível: encurtador.com.br/nuyzP.

3 Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, relatado pelo Senador José Pimentel, datado de 11.12.2013, com adendo da mesma data da lavra do Senador Vital do Rêgo, disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143478&tp=1>, consulta em 22.04.2015.

4 Parecer da Comissão Especial designada para análise do projeto, relatado pelo Deputado Edinho Araújo, datado de 15.07.2014 e disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1265779.pdf>, consulta em 22.04.2015.

como a maior especialização decorrente da escolha consensual do árbitro e o curto tempo de duração do procedimento.

A arbitragem não é uma via de escape do Judiciário, mas uma solução adequada, inserida na lógica de um sistema “multiportas” de solução de disputas, sem que se possa identificar um mecanismo “preferencial” e outros “alternativos”, ao em analisar as circunstâncias do caso concreto para escolha do mecanismo mais “adequado”⁵.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM.

Na arbitragem, um terceiro, imparcial, da confiança das partes impõe a solução do conflito, sendo uma forma de heterocomposição privada, não oficial e que se desenvolve por um trâmite mais simplificado e menos formal do que o processo jurisdicional.

A solução por heterocomposição é impositiva, inclusive, em muito se assemelha à realizada no Poder Judiciário. Sua regulamentação base encontra-se na Lei nº 9.307/96 (LA), com as alterações da Lei nº 13.129/15, nos arts. 851 ao 853 da Lei nº 10.406/02 (CC/02) e prevista no art. 3º §1º da Lei nº 13.105/15 (CPC/15).

A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, eis que no direito arbitral brasileiro admite-se a escolha da norma material a ser aplicada, de modo a convencionar de que forma se dará o julgamento, aplicando, por exemplo, os princípios gerais do direito, usos e costumes (art. 2º §§1º e 2º LA).

Na primeira hipótese, os árbitros seguirão as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio; na segunda, poderão se afastar das regras de direito para buscar a solução que considerarem mais justa, sendo inclusive essa, em muitos casos, mais vantajosa para as partes, principalmente pela especialização do árbitro, como se pode cogitar em um litígio envolvendo uma questão inerente a engenharia que, se levada ao Judiciário, o magistrado fatalmente convocaria um perito para assessorá-lo e, dificilmente, sua sentença teria orientação diversa da atingida no laudo pericial.

Neste caso, com a arbitragem, se poderá entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista, retirando-se da composi-

5 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

ção do conflito o juiz, que funcionaria aqui, em verdade, como um mero intermediário entre as pessoas e o *expert*⁶.

A arbitragem não pode ser designada como um equivalente jurisdicional, pois no Brasil foi equiparada à própria jurisdição (teoria publicista ou jurisdicional), possuindo todos os seus requisitos e características da atividade jurisdicional desenvolvida no Judiciário⁷, inclusive com a definitividade de sua decisão, não cabendo revisão das suas decisões (art. 18, parte final, da LA), possuindo o Judiciário apenas competência para executá-la (art. 515, VII CPC/15 c/c art. 31 LA) ou invalidá-la⁸ (art. 33 e seus parágrafos da LA).

Tal ação, a rigor, veicula no Judiciário uma pretensão declaratória de nulidade da sentença arbitral (art. 33 LA), eis que a mesma não estará sujeita a recurso (art. 8º LA), no máximo embargos de declaração (art. 39 e 30 LA) e, como dito, o Judiciário analisará em tal ação anulatória somente os vícios formais previstos no art. 32 LA, não possuindo a câmara arbitral legitimidade para figurar em tal demanda, tampouco o árbitro⁹, bem como jamais será admissível ação rescisória contra a sentença arbitral¹⁰.

Não se trata de revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou errônea à apreciação da prova, senão de pedir sua anulação por *error in procedendo*, sendo uma espécie de ação rescisória¹¹ e, se ultrapassado o prazo nonagesimal, produzirá coisa soberanamente julgada.

A arbitragem tanto tem natureza jurisdicional que o STJ¹² já reconheceu a possibilidade, inclusive, de ocorrência de conflito de competência de juízo estatal e câmara arbitral.

A tese que defende a arbitragem como tendo natureza contratual não deve prevalecer, eis que, a uma, o Estado autoriza e reconhece a ar-

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem lei nº 9.307/96. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

7 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 2, p. 174; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5, p. 167.

8 O Judiciário somente analisa vícios formais eventualmente existentes na sentença arbitral, não ao seu conteúdo, isso no prazo de noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral. A declaração de nulidade da sentença arbitral pode ter por objeto a sentença a sentença parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

9 STJ, 3ª T., Resp 1.433.940/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017.

10 Enunciado 203 FPPC: Não se admite ação rescisória de sentença arbitral.

11 DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil* cit., 11. ed., v. 1, p. 83.

12 STJ, CC 111.230-DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 8/5/2013, informativo 522.

bitragem e, a duas, quanto à impossibilidade de execução dos próprios julgados, pode-se citar o caso do juiz penal, que tampouco executa seus julgados, que são executados pelo juiz da Vara de Execuções Penais (art. 65 da Lei 7.210/84). Até 1996, a decisão arbitral, no Brasil, deveria ser homologada pelo Juiz e, nessa linha, realmente não era jurisdição, mas com a extinção dessa exigência (art. 18 c/c 31 da LA), não há motivo relevante que impeça sua consideração como jurisdição. Ainda, como forma de reforçar esse entendimento, a sentença arbitral condenatória é título executivo judicial (art. 31 da LA c/c art. 515, VII, do CPC/15), justamente por ser o árbitro um juiz de fato e de direito (art. 18 LA).

Cappelletti, em 1973, ao iniciar o denominado Projeto de Florença, já afirmava que órgãos bem estruturados, cujos membros sejam dotados de independência técnica e funcional, podem também criar internamente sistemas de solução de conflitos que promovam julgamentos imparciais¹³.

Há, contudo, autores que ainda advogam a tese de que a arbitragem não é jurisdição, por não ser exercida pelo Estado, bem como em razão do magistrado não ter competência para executar suas decisões, posto que a execução se dará no Judiciário. É, inclusive, indevida a inclusão da sentença arbitral no rol dos títulos executivos judiciais¹⁴ (teoria contratual), onde a atividade jurisdicional somente poderia ser exercida por juízes, mediante concurso público, sendo uma prática alternativa, extrajudiciária, de pacificação de conflitos de interesses envolvendo os direitos patrimoniais e disponíveis, fundada no consenso, princípio universal da autonomia e da vontade, pela atuação de terceiro ou de terceiros, estranhos ao conflito, mas de confiança e escolha das partes em divergência¹⁵.

Como dito, esse não é o entendimento prevalente, eis que haveria uma manifestação da autonomia da vontade (art. 5º, II CR/88), implicando renúncia à atividade jurisdicional do Estado, não propriamente uma renúncia à jurisdição, pois é irrenunciável, passando a ser exercida por um órgão privado.

Existe um monopólio da jurisdição pelo Estado, mas não do seu exercício pelo Judiciário, existindo outros setores estatais que a exercem

13 CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973. p. 704-708.

14 ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução* – parte geral. 3. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 295.

15 VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994; FURTADO, Paulo. O juízo arbitral. *Revista do Direito Civil*, n. 72. p. 90; CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989. p. 20.

como, por exemplo, na hipótese de o Senado julgar o Presidente por crimes de responsabilidade (art. 52, I, da CF).

Atualmente, emerge um terceiro entendimento, mais conciliatório, afirmando que a arbitragem é um instituto *sui generis* ou híbrido, pois nasce da vontade das partes (caráter obrigacional e de direito privado) e, ao mesmo tempo, regula determinada relação de direito processual (caráter público)¹⁶, com o qual concordamos¹⁷, em que, no momento da instituição, há características tipicamente contratuais e, no segundo momento, o decisório, haveria uma natureza jurisdicional, em que seriam aplicáveis os princípios que lhe são inerentes¹⁸.

Arbitragem, inicialmente, se dá por meio de um negócio jurídico processual (art. 190 CPC), denominado de convenção de arbitragem, que a constitui como forma de solução de conflito, investindo e dando competência para o árbitro de solucionar o litígio, somente podendo ser convencionalizada por pessoas capazes (art. 1º LA). A convenção de arbitragem possui, principalmente, duas espécies, sendo a primeira denominada de cláusula compromissória, em que as partes decidem que eventuais conflitos que possam surgir, decorrentes de determinado negócio, serão solucionados pela arbitragem (art. 4º), portanto uma deliberação prévia ao litígio e em abstrato. A segunda espécie é o compromisso arbitral, que ocorre quando a arbitragem é escolhida como forma de solução de conflito quando este já se estabeleceu (art. 6º).

A existência de convenção de arbitragem em torno do objeto litigioso impede o exame do mérito pelo órgão jurisdicional. Portanto, a não existência de convenção de arbitragem é requisito processual de validade do procedimento, ou seja, um pressuposto processual negativo para a validade do processo e, assim, constatada a existência da previsão sobre a arbitragem, o processo deve ser extinto sem exame do mérito (art. 485, VII, do CPC/15).

Costuma-se dizer que a verificação dos pressupostos processuais pode ser feita a qualquer tempo pelo órgão jurisdicional (arts. 485 § 3º do CPC/15), no entanto o art. 337 § 5º da mesma legislação afirma que a

16 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997. p. 92.

17 LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018. p. 37.

18 LEMES, Selma. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. *Revista dos Tribunais*, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

“*convenção de arbitragem e a incompetência relativa*” não podem ser conhecidas de ofício, o que sempre foi aplaudido pela doutrina¹⁹.

Assim, deve-se considerar que o silêncio do réu quanto à existência da convenção de arbitragem deve ser compreendido como aceitação da proposta tácita feita pelo autor de um “distrato” tácito da convenção anteriormente celebrada (art. 337 §6º do CPC/15). Essa aceitação também pode revelar-se quando o réu, não obstante alegue a existência da convenção de arbitragem (art. 337, X, do CPC/15), apresenta uma reconvenção, em que se discutam questões que também deveriam ser resolvidas por árbitro, pois haveria, aí, um comportamento contraditório, conduta ilícita à luz da boa-fé objetiva (art. 5º CPC)²⁰, que deve orientar o comportamento das partes.

O advogado pode firmar uma convenção de arbitragem em nome do seu cliente, desde que possua poderes especiais (art. 105 do CPC/2015), lembrando que o poder de transigir no contrato de mandato não autoriza firmar compromisso (art. 661, § 2º do CC/02).

Já se questionou, incidentalmente, inconstitucionalidade da arbitragem nos autos de uma homologação de sentença estrangeira, que tramitou no STF por mais de cinco anos. E, pós intensos debates, foi decidido, por maioria, pela constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, garantindo a efetividade da arbitragem no ordenamento brasileiro²¹, uma vez que é voluntária, somente podendo ser utilizada por pessoas capazes e para solução de conflitos relacionados a direitos patrimoniais e disponíveis, não sendo a lei que afasta a possibilidade de acesso ao Judiciário, mas os próprios conflitantes.

Observe-se que a imposição da cláusula arbitral é que pode ser inconstitucional ou ilegal, bastando que não sejam cumpridas as exigências legais, como na hipótese do art. 4º §2º da LA ou do art. 51, VII, do CDC, adiante tratados.

O fundamento da arbitragem é o exercício da autonomia privada, portanto, a investidura e a competência do árbitro são fixadas pela conven-

19 Sobre a discussão, amplamente, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 63-68; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 387. Entendendo que a não arguição, pelo réu, da existência de compromisso arbitral é causa de renúncia: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. v. 1, p. 290.

20 Sobre a vedação a comportamentos contraditórios no processo civil: LOURENÇO, Haroldo. *Sobre a Boa Fé Objetiva no CPC/15. Reflexos do NCPC no Processo do Trabalho*. Org.: Fagner Sandes. Editora Multifoco, 2016. P. 69-104.

21 STF, SE 5.206/Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001. *Informativo* n. 254.

ção de arbitragem incidindo, inclusive, o princípio da *kompetenz kompetenz* (art. 8º, parágrafo único, da Lei 9.307/1996 e Enunciado 48 do FPPC)²².

Nos contratos de adesão, que não envolvam relação de consumo, a convenção de arbitragem só terá validade se a iniciativa de instituí-la couber ao aderente ou se este concordar expressamente com a sua instituição, *“desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou vista especialmente para essa cláusula”*, como se observa do art. 4º § 2º da LA.

Já se afirmou, com base no art. 51, VII, do CDC, que a arbitragem foi vedada em relação de consumo, principalmente em contratos de adesão²³ este, contudo, não é o entendimento que deve prevalecer. A arbitragem é um mecanismo moderno e salutar, fruto do desenvolvimento e amadurecimento no tratamento de controvérsias, e é muito utilizada em países desenvolvidos, bem como o CDC textualmente incentiva a utilização dos mecanismos paralelos ou alternativos de solução de conflitos de consumo (art. 4º), determinando a promoção da melhoria da qualidade de vida do cidadão, em harmonia com a transparência das relações de consumo, com a criação de meios que venham a solucionar conflitos desta ordem (inciso V), além de estimular a facilitação do acesso à justiça (art. 5º e 6º, incisos VII e VIII).

De igual modo, o legislador, em nenhum momento, proíbe a utilização da arbitragem, pelo contrário, a incentiva e, com muita precisão, o legislador somente tacha de nulidade de pleno direito a utilização compulsória da arbitragem. Observe-se que, como dito, a investidura do juiz arbitral se dá pela autonomia privada, portanto, sua principal característica é a voluntariedade. Assim, a possibilidade de sua instauração compulsória não encontra guarida em nenhum sistema jurídico, muito menos na relação de consumo.

Destarte, não se pode criar uma presunção absoluta de abusividade da inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, em matéria de consumo, sendo possível a convivência entre os dois sistemas²⁴.

22 A alegação de convenção de arbitragem deverá ser examinada à luz do princípio da competência-competência.

23 STJ, REsp 819.519/ PE, 3ª T., rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 09.10.2007, DJ 05.11.2007, p. 264, RDDP v. 58, p. 114.

24 Nesse sentido: NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado. 6. ed. rev. ampl. e atual. até 28 de março de 2008. São Paulo: RT, 2008. No comentário 7 ao art. 4º da Lei de Arbitragem, p. 1396, Joel Dias Figueira Júnior e Nilton César Antunes da Costa em: COSTA, Nilton César Antunes da. A convenção de arbitragem no contrato de adesão. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 8, p. 131, jan.-mar. 2006.

E, neste sentido, há regramento específico para os contratos de adesão genéricos (art. 4º §2º LA) e outro mais específico ainda se estes forem oriundos de uma relação de consumo (art. 51, VII CDC). Há autores que advogam a tese de que somente seria possível, nas relações de consumo, o compromisso arbitral, jamais a cláusula compromissória pela sua formação anterior ao litígio e, provavelmente, imposta ao aderente²⁵, com que não concordamos.

Enfim, a limitação em relação aos contratos de consumo não permite, contudo, afastar a possibilidade de realização de compromisso arbitral para dirimir conflito existente em uma relação de consumo, como já acentuado pelo STJ²⁶.

Apenas os litígios que envolvem direitos coletivos não podem ser objeto de tutela fora da via jurisdicional, pois não seriam disponíveis. cremos, contudo, que em uma análise mais apurada, os direitos individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III CDC) poderiam ser submetidos à arbitragem, porém o tema ainda merece uma maior reflexão doutrinária no ordenamento brasileiro.

Na arbitragem o conflito deverá envolver direitos patrimoniais e disponíveis (art. 1º c/c art. 13 LA), contudo, o art. 852 do CC/02 veda o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Não obstante tal dispositivo, modernamente, por exemplo, Carlos Alberto Carmona²⁷, ao realizar digressão sobre direito de família, afirma que *“são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre*

25 Nesse sentido: ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 9, p. 13-21, especialmente p. 18, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006; ZULIANI, Evandro. Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, p. 7-58, especialmente p. 46, out.-dez. 2006; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 23-24, p. 33-40, especialmente p. 38, jul.-dez. 1997.

26 “[...] O art. 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. As regras dos arts. 51, VIII, do CDC e 34 da Lei nº 9.514/97 não são incompatíveis. Primeiro porque o art. 34 não se refere exclusivamente a financiamentos imobiliários sujeitos ao CDC e segundo porque, havendo relação de consumo, o dispositivo legal não fixa o momento em que deverá ser definida a efetiva utilização da arbitragem.” (STJ, REsp 1169841/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 14/11/2012).

27 Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39

que controvertem”, muito embora tal pensamento ainda não seja admitido na doutrina brasileira.

No âmbito trabalhista, a arbitragem possui *status* constitucional, como pode ser observado pelo art. 114 §1º da CR/88 (EC nº 45/04), no caso de dissídios coletivos de trabalho, não sendo válida, portanto, para os dissídios individuais conforme entendimento pacífico do TST²⁸.

O árbitro deve ser pessoa capaz, alfabetizada e designada pelos conflitantes, portanto, da confiança dos mesmos (art. 13 LA). É muito comum se buscar uma instituição especializada, sendo os árbitros equiparados a funcionários públicos para fins penais (art. 17), possuindo *status* de juiz de direito (art. 18). Neste sentido, ao ser indicado como árbitro, deve o mesmo revelar os fatos que sejam de seu conhecimento, bem como atentar para aqueles que deveria conhecer em razão da atividade e vinculação profissional desenvolvida, a existência de relação de amizade estreita com as partes, que possa gerar dúvida razoável quanto à sua independência e imparcialidade, ou seja, o árbitro se sujeita às causas de impedimento ou suspeição do CPC, denominado aqui de dever de revelação (art. 14 §1º LA)²⁹.

Cumprir registrar que o critério para definir se uma sentença arbitral é nacional ou estrangeira é o local da sua prolação, pouco importando se foi instaurada perante câmaras arbitrais localizadas fora do Brasil, tampouco a nacionalidade dos árbitros. Portanto, o critério adotado é unicamente da posição geográfica (*jus soli*), ou seja, sendo prolatada no território nacional, é uma sentença nacional, não dependendo de homologação pelo STJ³⁰.

A interferência jurisdicional na arbitragem deve ser sempre excepcional, limitando-se a aspectos formais relativos à validade do procedimento (arts. 32 e 33 da LA), não se admitindo, por exemplo, a revisão pelo Judiciário do mérito da decisão arbitral.

28 “Seja sob a ótica do artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, seja à luz do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996, o instituto da arbitragem não se aplica como forma de solução de conflitos individuais trabalhistas. Mesmo no tocante às prestações decorrentes do contrato de trabalho passíveis de transação ou renúncia, a manifestação de vontade do empregado, individualmente considerado, há que ser apreciada com naturais reservas, e deve necessariamente submeter-se ao crivo da Justiça do Trabalho ou à tutela sindical, mediante a celebração de válida negociação coletiva. Inteligência dos artigos 7º, XXVI, e 114, *caput*, I, da Constituição Federal” (E-ED-RR – 25900-67.2008.5.03.0075. Data de Julgamento: 16/04/2015. Rel. Min. João Oreste Dalazen, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais)

29 Enunciado 489 do FPPC: Observado o dever de revelação, as partes celebrantes de convenção de arbitragem podem afastar, de comum acordo, de forma expressa e por escrito, hipótese de impedimento ou suspeição do árbitro.

30 STJ, REsp 1.231.554/RJ, 3ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.05.2011.

A Lei nº 13.129/15, que trouxe consideráveis alterações à Lei de Arbitragem, permitiu a prolação de uma sentença arbitral parcial e, se o árbitro não decidir o restante da controvérsia em tempo razoável, a parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar (art. 33 §4º LA), contudo, nessa hipótese, o Judiciário não irá complementar a decisão ou substituir o árbitro, mas tão somente determinar que ele analise os demais pedidos que lhe foram submetidos, novamente exercendo um controle judicial dessa atividade arbitral.

Como a sentença arbitral condenatória gera um título executivo judicial (art. 515, VII CPC c/c art. 31 LA), é possível se cogitar em um processo de cumprimento de sentença no Judiciário, nos termos do art. 515 §1º do CPC/15, portanto, tal declaração de nulidade também poderá ser arguida na forma de impugnação ao cumprimento de sentença (art. 525 do CPC, na forma dos arts. 33 §3º LA e art. 1.061 CPC/15).

Outra participação judicial na esfera arbitral ocorre quando há necessidade de concessão de tutelas de urgência, seja cautelar ou antecipada, onde não haverá, propriamente dito, um controle, mas uma cooperação entre Judiciário e arbitragem, ambos focados na solução do litígio. Imagine, por exemplo, que duas empresas mantenham contrato para fornecimento de determinado serviço. Contudo, uma delas não cumprindo o avençado e existindo previsão arbitral em tal contrato sem qualquer detalhamento sobre como será tal procedimento, o que pode gerar demora na formalização do processo arbitral e graves danos, a lei permite que antes de instituída a arbitragem, as partes recorram ao Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência (art. 22-A da LA), funcionando o Judiciário como verdadeiro órgão de apoio³¹.

Deferido o pedido pelo Judiciário, se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de trinta dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão, a medida ficará sem efeito. Portanto, a decisão proferida pelo Judiciário será precária, não sendo possível se cogitar sequer em sua estabilização (art. 304 do CPC³²), o que é ratificado pelo art. 22-B da LA, eis que, ainda que a arbitragem seja instituída no prazo indicado, a lei permite que os árbitros modifiquem ou revoguem a medida (art. 22-B), não ficando vinculados à decisão judicial.

31 STJ, 4ª T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

32 LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método, p. 263.

Como pela convenção de arbitragem as partes afastam o litígio do Judiciário, é interessante analisar se há prescrição da pretensão arbitral. A Lei nº 13.129/15 acrescentou à Lei de Arbitragem o art. 19 § 2º, afirmando que “*a instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição*”, deixando claro que o fato de a demanda tramitar no juízo arbitral não permite que receba tratamento diferenciado em relação à prescrição para as demandas submetidas à jurisdição estatal. Portanto, pode ocorrer prescrição devido à não instituição do procedimento arbitral, como ocorreria pela não formulação da pretensão perante o Judiciário, nos exatos termos do art. 189 do CC/02.

O CPC/15 ampliou as hipóteses da produção antecipada de prova, prestigiando, de certa forma, a autocomposição, o estímulo aos métodos adequados de resolução de conflitos (art. 3º §§ 2º e 3º) e a racionalização da prestação jurisdicional (arts. 4º, 6º e 8º), eis que com a sua utilização é possível se evitar a ocorrência de um litígio ou facilitar uma solução consensual (art. 381, II).

Nesse sentido, havendo convenção de arbitragem, cabe investigar se é possível que uma das partes possa propor a produção antecipada de prova no Judiciário sem que isso venha a ferir a jurisdição e competência arbitral.

Havendo na convenção de arbitragem previsão expressa a respeito da possibilidade de produção antecipada de prova no Judiciário, não resta qualquer dúvida quanto ao seu cabimento, eis que se estaria cumprindo o pactuado pelas próprias partes, em prestígio ao autoregramento de vontade. De igual modo, se houver urgência na produção da prova e o juízo arbitral ainda não tiver sido instalado, a produção probatória deve ser admitida no Judiciário, pois tal produção teria uma natureza cautelar (art. 22-A da LA), já tendo o STJ admitido sua produção, seja de natureza cautelar ou antecipada, em relação ao conflito objeto da convenção arbitral³³.

O ponto mais complicado é na hipótese de omissão na convenção de arbitragem e de não se tratar de uma produção antecipada de prova de natureza cautelar, mas sim daquelas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 381 do CPC/15, eis que o juízo arbitral é o competente para co-

33 STJ, 4ª T., REsp 1.331.100-BA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Rel. para acórdão Min. Raul Araújo, julgado em 17/12/2015, DJe 22/2/2016.

nhecer a totalidade do litígio (art. 42 do CPC/15), bem como para deferir as provas necessárias (art. 22 da Lei nº 9.307/96), podendo o Judiciário funcionar somente como órgão de apoio a tal atividade (art. 22 §2º LA c/c art. 260 §3º CPC).

Cremos, contudo, que o ajuizamento da produção antecipada de prova é perfeitamente possível e não viola a jurisdição arbitral, eis que o juiz togado não se pronunciará “*sobre a ocorrência ou a inoocorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas*”, nos exatos termos do art. 382 § 2º do CPC. Ou seja, não há vencido e vencedores, tampouco a formação de coisa julgada, remontando a atividade que faz lembrar o *disclosure* do direito norte-americano, bem como não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário (art. 382 §4º CPC), o que confirma a intenção do legislador de não burocratizar o procedimento.

De igual modo, em razão do caráter dúplice da produção antecipada de prova, que é capaz de beneficiar tanto o requerente como o requerido, eis que o juízo não sabe, de antemão, do seu resultado, não havendo prejuízo para qualquer das partes, desequilíbrio, desigualdade ou ausência de paridade de armas, bem como tal produção probatória tem um escopo maior do que o objeto da convenção arbitral, que é solucionar o litígio, pois pode evitá-lo, além de ser mais econômica e eficiente do que todo um processo arbitral (art. 8º CPC), em que, por exemplo, uma perícia realizada antes da instituição da arbitragem pode evitar tal procedimento e fomentar a autocomposição. Por outro lado, a prova produzida antecipadamente no Judiciário pode não impedir a instauração do procedimento arbitral e, nessa hipótese, o árbitro não estará vinculado a tal prova, podendo determinar novamente a sua realização se assim entender. Todavia, no mínimo, o material produzido servirá como prova emprestada (art. 372 do CPC/15).

3. ARBITRAGEM E O PODER PÚBLICO.

3.1. Considerações iniciais.

Já se encontrava em nosso ordenamento a possibilidade do emprego da arbitragem perante a Administração Pública, como se observa do art. 23-A da Lei nº 8.987/95 e art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, o que

era autorizado pelo TCU³⁴, pela doutrina³⁵ e pela jurisprudência³⁶ e, recentemente, a Lei nº 13.129/15 modificou a lei da arbitragem e melhor regulamentou o tema.

A tão propalada indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar determinadas pretensões. Na arbitragem não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito, ou seja, o objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela jurisdicional³⁷.

Há, contudo, como todos os institutos jurídicos, evidentes limites, como a arbitragem se restringir a direitos patrimoniais e disponíveis, a convenção de arbitragem ser celebrada pela autoridade, ou o órgão competente da administração pública direta para realização de acordos ou transações ser somente de direito, com fundamento no princípio da legalidade, não podendo ser de equidade e, ainda, respeitar a publicidade, o que relativiza a confidencialidade normalmente encontrada na arbitragem dos contratos privados.

Assim, a arbitragem em contratos privados da Administração Pública, como os celebrados por empresas estatais onde, por exemplo, seja ela a locatária, sempre contou com uma maior aceitação especialmente em razão da preponderância da aplicação do regime jurídico de direito privado e pela ausência, em regra, das cláusulas exorbitantes (art. 62 §3º, I, da Lei 8.666/93). Porém, mesmo nos contratos administrativos, a arbitragem representa uma solução eficiente para controvérsias contratuais que digam respeito às questões predominantemente patrimoniais ou técnicas, referentes a direitos disponíveis.

34 TCU, Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013

35 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*, 4. ed., São Paulo: Método, 2015 – p. 249-250; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004; TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

36 STJ, 2.ª Turma, REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006, p. 299 (Informativo de Jurisprudência do STJ n. 266). Nesse caso, a Corte admitiu a arbitragem em contratos celebrados por sociedade de economia mista: “são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”.

37 Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/15. Revista de Processo, 2017. RePro 264, p. 83- 107.

A utilização da arbitragem envolvendo o Poder Público reforça a necessidade de releitura de diversos dogmas, como o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, a tendência de releitura das cláusulas exorbitantes e o princípio da legalidade, propiciando solução de litígios por juízos técnicos, com um espaço reduzido de tempo, prestigiando a eficiência administrativa e a boa administração.

Há, a rigor, peculiaridades inerentes à jurisdição estatal e não estatal, principalmente no que se refere à participação do Poder Público. Vários institutos, procedimentos e regras do processo judicial não se aplicam ao procedimento arbitral, como a remessa necessária (art. 496 CPC), os prazos processuais diferenciados da Fazenda Pública (art. 183 CPC), as isenções de taxas e emolumentos (art. 91 CPC), as disposições específicas sobre os honorários sucumbenciais (art. 85 §3º CPC), sem falar na inexistência de vinculação dos árbitros ao Conselho Nacional de Justiça, bem como o fato de os mesmos não gozarem de todas as prerrogativas inerentes aos juízes, entre outras peculiaridades.

Da mesma forma, muitas regras da arbitragem não têm aplicabilidade no processo judicial, como escolha do julgador (art. 13 §1º LA), existência de prazo fixado em lei para a prolação da sentença (art. 23 LA) e possibilidade de instituição de um julgamento por equidade em casos que não envolvam a Administração (art. 2º LA) etc.

3.2. Direitos patrimoniais e disponíveis.

Indiscutivelmente, o ponto que sempre gerou manifestações contrárias ao cabimento de arbitragem envolvendo o Poder Público foi a existência ou não de disponibilidade quanto aos direitos patrimoniais da Fazenda Pública³⁸. Atualmente já se afirma que a disponibilidade do direito patrimonial envolvendo o Poder Público tem seus limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na legalidade, definindo o que os agentes públicos podem dispor, os limites e condições e, não por outra razão,

38 Veja-se, por exemplo, peremptório julgado do Tribunal de Contas das União proferido em sessão de 05.07.2006, o qual assentou ser “ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 1099/2006, Plenário, Relator Ministro Augusto Nardes). Outro julgado da mesma Corte destaca que “É ilegal a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos” (Acórdão n. 537/2006, Segunda Câmara, Relator Ministro Alencar Rodrigues, j.: 14.03.2006). Esse entendimento demorou a ser alterado, mas se consolidou, sendo dominante atualmente (v.g., Acórdão n. 2145/2013, Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, j.: 14.08.2013).

que as alienações de bens públicos são possíveis³⁹, os créditos tributários podem ser excluídos por anistia⁴⁰ e advogados públicos podem celebrar transação⁴¹, além de inúmeras outras circunstâncias que ultimamente cresceram substancialmente⁴².

Assim, disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira, como a fixação de indenizações por rescisão unilateral dos contratos em geral, a encampação de uma concessão ou a solução de disputas envolvendo a reversão de bens ao final da concessão são espaços “naturais” para a utilização da arbitragem. Por outro lado, disputas envolvendo a execução de contratos administrativos – como serviços públicos objeto de concessão ou que envolvem o exercício de “autoridade” por parte do ente público face ao particular – podem gerar desafios em torno da definição sobre sua arbitrabilidade⁴³.

3.3. Da impossibilidade de cláusula de confidencialidade.

Uma das características mais recorrentes dos procedimentos arbitrais, o que atrai e fomenta a arbitragem empresarial, é que na maioria dos litígios arbitrais há uma cláusula sobre a confidencialidade do litígio, o que é inviável no Judiciário por força do art. 93, IX da CR/88, eis que tal ne-

39 Nesse sentido: arts. 100 e 101 do Código Civil: “Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar” e “Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. No caso de terras públicas com área superior a 2.500 hectares, não basta a autorização legal; há também a exigência de autorização do Congresso Nacional (art. 49, XVII, da Constituição Federal), salvo se o objetivo da alienação gira em torno da reforma agrária (art. 188, §2º, da mesma Carta).

40 Conforme exige o art. 180 do CTN.

41 Por exemplo, art. 1º da Lei n. 9.469/97, com redação dada pela Lei nº 13.140/2015 (“Art. 1º. O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.”); art. 10 da Lei n. 10.259/01 (“Art. 10 (...) Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”); e art. 8º da Lei n. 12.153/09 (“Art. 8º. Os representantes judiciais dos réus presentes à audiência poderão conciliar, transigir ou desistir nos processos da competência dos Juizados Especiais, nos termos e nas hipóteses previstas na lei do respectivo ente da Federação”) e, de resto, os arts. 32 a 40 da Lei nº 13.140/2015.

42 art. 23-A da Lei n. 8.987/95 (relativo aos contratos de concessão em geral); arts. 93, XV e 120, X, da Lei n. 9.472/97 (contratos de concessão e permissão de serviços de telecomunicações). art. 43, X, da Lei n. 9.478/97 (contratos de concessão na área de petróleo e gás); arts. 35, XVI, e 39, XI, da Lei n. 10.233/01 (contrato de concessão e permissão de transporte aquaviário e terrestre); art. 11, III, da Lei n. 11.079/04 (contratos de parceria público-privada); art. 4º, §4º e §5º, da Lei n. 10.848/04 (litígios na Câmara de Comercialização de Energia Elétrica); art. 4º, XII, da Lei n. 11.668/08 (contrato de franquia postal); art. 21, XI da Lei n. 11.909/09 (contrato de concessão de transporte de gás); art. 62, §1º, da Lei n. 12.815/13 (contratos de concessão portuária) etc.

43 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 4.

gócio jurídico processual seria inválido se dispusesse sobre um processo jurisdicional. É interessante que, na hipótese de existir cláusula de confidencialidade, sendo cumprida uma carta arbitral perante o Judiciário, deverá observar o segredo de justiça, na forma do art. 189, IV do CPC/15⁴⁴.

Por outro lado, na arbitragem que envolva o Poder Público, é vedada a celebração de tal cláusula, por força do princípio da publicidade, esculpido no art. 37 da CR/88 c/c art. 2º §3º LA.

3.4. Previsão no edital de licitação.

O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente, como já firmou o STJ e é consagrado em boa parte da doutrina⁴⁵.

Cabe consignar que, durante a tramitação do projeto de lei que culminou na reforma da LA, o Congresso Nacional cogitou instituir essa limitação, exigindo inserção da cláusula compromissória nos editais licitatórios ou nos contratos administrativos. Todavia, essa limitação ficou de fora do texto final, e há que se considerar que a inclusão posterior de cláusula compromissória em contrato administrativo já celebrado esbarra-ria no entendimento de que as hipóteses de aditamento contratual estão taxativamente previstas no art. 65 da Lei nº 8.666/93 e que nenhuma delas abriria ensejo para tal alteração. Portanto, o ponto urge por um amadurecimento na doutrina e enfrentamento pela jurisprudência.

3.5. Escolha do órgão arbitral.

Um aspecto relevante concerne à escolha do órgão arbitral (em se tratando de arbitragem institucional) e à escolha dos árbitros (seja na arbitragem institucional ou na arbitragem *ad hoc*, apesar de essa última ser bem incomum), face à exigência de que todo serviço prestado à Administração

44 Enunciado 13 do FPPC: “O disposto no inciso IV do art. 189 abrange todo e qualquer ato judicial relacionado à arbitragem, desde que a confidencialidade seja comprovada perante o Poder Judiciário, ressalvada em qualquer caso a divulgação das decisões, preservada a identidade das partes e os fatos da causa que as identifiquem”. Enunciado 15 do FPPC: As arbitragens que envolvem a Administração Pública respeitarão o princípio da publicidade, observadas as exceções legais (vide art. 2º, § 3º, da Lei 9.307/1996, com a redação da Lei 13.129/2015).

45 STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012. Enunciado 571 do FPPC: A previsão no edital de licitação não é pressuposto para que a Administração Pública e o contratado celebrem convenção arbitral.

Pública – e o árbitro não deixa de ser um prestador de serviços – deve ser contratado mediante licitação, por força do art. 37, XXI, CR/88⁴⁶.

Como o árbitro escolhido deve ser da confiança das partes (art. 13 da LA), deve haver consenso entre o ente público e o litigante particular. Essa situação somente explicaria a dispensa de licitação para escolha de árbitro único, porém, em se tratando de tribunal arbitral, cada parte escolhe livremente ao menos um dos membros, derrubando tal argumento.

A necessidade da confiança do agente público na pessoa escolhida para exercício de uma função pública é circunstância apta a afastar a exigência do concurso público, nos termos do art. 37, V da CR/88. Muito embora árbitro não seja servidor público, ele exerce uma função pública (art. 17 LA) revestida de confiança, o que permite a analogia, porém, tais justificativas não alinham para a contratação direta de um órgão arbitral, cujo papel apenas é fornecer serviços relativamente padronizados de administração do processo arbitral, pois não há como se reconhecer, aqui, o cabimento da inexigibilidade de licitação, porque não existe singularidade e exclusividade na prestação desses serviços, que tampouco se revestem de notória especialização.

3.6. Da desnecessidade de observância do regime do precatório.

Na dicção do art. 100 da CR/88, o pagamento de obrigações pecuniárias pelo Poder Público, oriundas de sentenças judiciais, deverá seguir o rito do precatório ou da requisição de pequeno valor (RPV).

Nesse sentido, se o credor do Poder Público é obrigado a realizar um cumprimento de sentença de uma obrigação pecuniária fixada na sentença arbitral (art. 515 §1º CPC), o pagamento deve respeitar o sistema de precatórios ou do RPV. Da mesma forma, não há necessidade de precatório ou de RPV quando for sociedade de economia mista ou uma empresa pública⁴⁷, o que se justifica pelo fato de a elas se aplicarem o regime de direito privado (art. 173, *caput*, da CR/88), embora com a submissão a algumas regras típicas do direito público, como a exigência de concurso

46 Enunciado 572 do FPPC: A Administração Pública direta ou indireta pode submeter-se a uma arbitragem ad hoc ou institucional.

47 Arts. 3º e 4º da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais). Destaque-se que, de forma excepcional, o STF aplica, por exemplo, o regime do precatório e outras prerrogativas típicas da Fazenda Pública à Empresa de Correios e Telégrafos – ECT, especialmente em razão das prerrogativas previstas no DL 509/59, o que acarreta uma espécie de “autarquização” desta empresa pública federal (STF, RE 220.906/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 14/11/2002, p. 15).

público para provimento da maioria de seus quadros e a obrigatoriedade de licitação para celebração de contratos (arts. 37, XXI, e do 173 §1º, III, da CR/88), sobretudo quando se trata de dirimir conflitos atinentes aos atos de gestão do exercício de atividade econômica⁴⁸.

O problema, realmente, ocorre na análise da possibilidade de o Poder Público realizar o pagamento espontâneo, sem necessidade de precatório, em decorrência de uma sentença arbitral.

Há quem afirme a impossibilidade de tal pagamento espontâneo, sob pena de ocorrer burla ao sistema do precatório, criando uma casta privilegiada de credores e violando a isonomia, impessoalidade e moralidade⁴⁹. Por outro lado, há os que defendem a possibilidade de tal pagamento, eis que o Poder Público está autorizado, pela via administrativa, a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo, podendo reconhecer a dívida cristalizada em sentença arbitral e efetuar o pagamento de forma espontânea, dispensando a execução do título na esfera judicial, desde que haja “*previsão na lei orçamentária anual, na linha do disposto no art. 167, II, da Constituição da República*”.⁵⁰ Portanto, será necessária dotação orçamentária específica, para não prejudicar a dotação orçamentária para o pagamento do precatórios, não sendo novidade que o Poder Público pode realizar pagamentos sem precatórios, realizando acordos, como na desapropriação, reconhecendo dívidas⁵¹.

Ademais, não há que se falar em violação à impessoalidade, eis que a arbitragem é uma solução prevista em lei, sendo considerada pelos interessados que participam da licitação, tendo plena ciência de tal possibilidade, prestigiando a autonomia privada e o autoregramento da vontade, princi-

48 Interessante notar que se o ato praticado pela Sociedade de Economia Mista ou pela Empresa Pública foi um ato típico do regime de direito público, portanto um *ato administrativo*, as regras inerentes a tal sistema deverão ser observadas, cabendo, inclusive, mandado de segurança na hipótese de sua inobservância, porém, se for somente um *ato da administração*, meramente de gestão comercial, o legislador sequer admite mandado de segurança, como se observa do art. 1º §2º Lei 12.016/09.

49 CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 47. *A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opinioao-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16. COUTO, Leonardo Lício. Parecer 58/PGF/LLC/2008. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twj:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

50 SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

51 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

palmente no momento de se firmar a convenção de arbitragem, onde será possível se escolher entre a jurisdição estatal e não estatal.

3.7. Do descabimento de reexame necessário.

Não cabe reexame necessário (art. 496 CPC) da sentença arbitral⁵², eis que não há previsão na LA o CPC não se aplica, sequer, subsidiariamente ao processo arbitral, o qual é regido pelas regras escolhidas pelas partes ou, à falta delas, por aquelas fixadas pelo árbitro, a teor do art. 21, *caput* e §1º LA, além do procedimento arbitral ser desenvolvido em instância única e sem previsão recursal (art. 18 LA), o afasta o anacrônico instituto do reexame.

3.8. Do afastamento dos prazos diferenciados.

Há também que se afastar a observância de prazos processuais ampliados (art. 183 CPC/15), pela falta de previsão específica na LA, da necessidade de observância das regras procedimentais pactuadas pelos signatários da convenção arbitral ou, subsidiariamente, pelo árbitro, há que se acrescentar que essa prerrogativa também não se mostra inerente a todo processo envolvendo a Fazenda Pública (art. 9º da Lei nº 10.259/01 e do art. 7º da Lei nº 12.153/09), o que ratifica o seu afastamento.

3.9. Da inaplicabilidade da isenção de despesas.

A isenção de que goza a Fazenda Pública quanto à taxa judiciária e aos emolumentos processuais (art. 91 CPC) mostra-se igualmente inaplicável para o processo arbitral, cujas despesas ostentam natureza inteiramente diversa, sendo uma contraprestação que o Estado entrega ao particular (órgão arbitral, árbitro e seus auxiliares) em razão de serviços prestados em regime diverso da prestação do serviço público judiciário, o que é ratificado pelo STJ⁵³ como no pagamento de honorários periciais. Tais razões justificam, ainda, o afastamento do art. 85 §3º CPC, pois será matéria reservada à convenção de arbitragem (art. 11, V LA).

52 Enunciado 164 do FPPC: A sentença arbitral contra a Fazenda Pública não está sujeita à remessa necessária.

53 Enunciado da Súmula 232 STJ: A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.

3.10. Das limitações às tutelas provisórias.

No tocante à disciplina das tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, a questão ganha contornos mais complexos e dramáticos, pois há restrições decorrentes do regime constitucional de precatórios, além do fato de o STF entender que tutela de urgência que ordene pagamento de quantia seria contrária ao art. 100 da CF⁵⁴, além de diversas normas infraconstitucionais, como a Lei nº 8.437/92 (arts. 1º ao 4º), Lei nº 9.494/97, art. 7º §2º da Lei nº 12.016/09, na forma do art. 1.059 CPC/15, seja no tocante ao estabelecimento de procedimentos prévios à concessão, seja com relação a matérias para as quais a tutela de urgência é defesa seja, por fim, ao cabimento da famigerada “suspensão” de liminar ou sentença.

Concordamos com o entendimento de que a melhor solução é a de reconhecer que as restrições decorrentes da CR/88 se aplicarão integralmente, mas as limitações previstas nas leis infraconstitucionais haverão de ser observadas apenas nos procedimentos judiciais pré-arbitrais, aforados pelo particular em face da Fazenda Pública antes da instauração do processo arbitral. Porém, no curso do processo arbitral, as regras processuais aplicáveis são outras, e nelas não se incluem aquelas que impedem a concessão de tutelas urgentes⁵⁵.

4. CONCLUSÃO.

Não obstante ainda restarem algumas indagações sobre como o Poder Público poderá lançar mão da arbitragem em seus contratos, pois o legislador pouco resolveu, tais pontos merecem maiores reflexões e consolidações, sob pena de se comprometer as regras estruturantes da arbitragem, podendo ocasionar a sua judicialização.

Outro pilar é a necessidade de maior especialização dos árbitros para conhecimentos aprofundados do funcionamento do aparato estatal em todas as suas dimensões, bem como dos operadores do direito em geral, o que pode estimular a utilização da arbitragem pela Administração Pública, criando uma nova tendência no meio jurídico. ❖

54 ADC 4, Relator: Min. Sydney Sanches, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2008.

55 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16, p. 7.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 3, n. 9, São Paulo: RT, abr.-jun. 2006.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *A arbitragem e o direito do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: RT, n. 23-24, jul.-dez. 1997.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Fundamental guarantees of parties in civil litigation*. Milano: Giuffrè, 1973.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELLUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Santís Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1989.

COUTO, Leonardo Lício. *Parecer 58/PGF/LLC/2008*. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm3O0xzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=p-t-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 09.12.16.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Opinião 47. *A Arbitragem e a Administração Pública*. Disponível em <http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opinio/opinio-47-a-arbitragem-e-a-administracao-publica-2/>. Acesso em 12.12.16.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Manual da arbitragem*. São Paulo: RT, 1997.

FURTADO, Paulo. *O juízo arbitral*. Revista do Direito Civil, n. 72.

LEMES, Selma. *Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado*. Revista dos Tribunais, v. 686, p. 73-89, dez. 1992.

LOURENÇO, Haroldo. *Processo Civil Sistematizado*. 4ª ed. Ed. Método.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Jurue-na Villela. *Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais*. RDA, n. 236, p. 215-261, abr.-jun. 2004.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios*. In: Revista Brasileira de Direito Público n. 51, p.59-79, out./dez., 2015.

_____. *Licitações e contratos administrativos*. 4. ed., São Paulo: Método, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. Dissertação apresentada para obtenção do título de Mestre em Direito da Regulação pela Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito, Rio de Janeiro, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>. Acesso em 09.12.16.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. RDA, n. 210, p. 111-115, out.-dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/15. Revista de Processo, 2017. RePro 264, p. 83- 107.

VIANA DE LIMA, Cláudio. *Arbitragem: a solução*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 4. ed. São Paulo: RT, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de execução – parte geral*. 3. ed. São Paulo: RT, 2004.

ZULIANI, Evandro. *Arbitragem e os órgãos integrantes do sistema nacional de defesa do consumidor*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: RT, ano 3, n. 11, out.-dez. 2006.