



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UniCEUB
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

JOÃO PAULO SANTOS BORBA

A (IN)ADEQUAÇÃO DA SISTEMÁTICA DE PRECATÓRIO NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL: NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DA POLÍTICA DE RESOLUÇÃO ADEQUADA DE DISPUTAS COM O PODER PÚBLICO FEDERAL

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a todos os colegas e professores do programa de mestrado do CEUB por proporcionarem a aprendizagem e o tão importante intercâmbio de conhecimento que ocorreu na apresentação de seminários, debates e nas demais atividades curriculares realizadas durante o curso.

Devo agradecimentos ao Professor Gustavo Ferreira Ribeiro pelas suas valiosas ponderações ao longo da minha orientação na elaboração deste estudo.

Rendo meus agradecimentos aos colegas de trabalho da Advocacia-Geral da União que forneceram materiais e informações sobre a pesquisa realizada.

Agradeço, em especial, à minha querida Lívia por seu apoio ao longo do curso de Mestrado.

Por fim, agradeço imensamente a todas as pessoas que, direta ou indiretamente, colaboraram para a elaboração deste trabalho.

“A lição é a seguinte: nunca desista, nunca, nunca, nunca. Em nada. Grande ou pequeno, importante ou não. Nunca desista. Nunca se renda à força, nunca se renda ao poder aparentemente esmagador do inimigo.”

Winston Churchill

RESUMO

Esta dissertação trata da adoção da arbitragem pela Administração Pública como instrumento alternativo de resolução de conflitos e da sua relevância para a atração de investimentos do setor privado na execução de serviços públicos, o que torna necessário o aprimoramento da sistemática de cumprimento da decisão arbitral pelas entidades públicas. A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, estabeleceu, expressamente, a possibilidade de o Poder Público utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Contudo, não existe disciplina legal específica sobre a sistemática de cumprimento das decisões arbitrais proferidas em face das entidades públicas, o que pode gerar insegurança jurídica nos contratos administrativos já firmados, assim como pode representar um fator negativo para os investidores privados, notadamente estrangeiros, na participação de concessões de serviços públicos, principalmente na área de infraestrutura. A questão a ser abordada nesta dissertação é se o cumprimento da obrigação de pagar, fixada na sentença arbitral em face da Administração Pública pode ser realizado obrigatoriamente por meio da via do precatório sem comprometer os princípios arbitrais, como a celeridade e a efetividade.

Palavras-chave: Administração Pública. Solução alternativa de conflitos. Arbitragem. Cumprimento da decisão arbitral. Precatório.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT	Atos das Disposições Constitucionais Transitórias
AGU	Advocacia-Geral da União
ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
CIC	Câmara Internacional de Comércio
CISDI	Centro Internacional de Solução Disputas sobre Investimentos
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODESP	Companhia Docas do Estado de São Paulo
COMAB	Comissão Mista Argentino Brasileira
CPC	Código de Processo Civil (2015)
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
LAB	Lei de Arbitragem no Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional

Sumário	
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1	7
1. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	12
1.1. A Arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos.....	12
1.2. O sistema multiportas e a Arbitragem	15
1.3. A utilização da Arbitragem pela Administração Pública	20
1.4. As matérias submetidas à Arbitragem.....	27
1.5. O caráter jurisdicional da Arbitragem	30
1.6. A convenção de arbitragem	33
1.7. Adequação do processo arbitral ao regime jurídico de Direito Público.....	40
1.8. Análise de casos concretos	42
1.8.1. Cumprimento de decisão arbitral pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	42
1.8.2. Cumprimento de decisão arbitral internacional - Comissão mista Brasil e Argentina (COMAB)	44
CAPÍTULO 2	46
2. A ARBITRAGEM COMO PROGRAMA DE AÇÃO GOVERNAMENTAL	46
2.1. A adoção da arbitragem como expressão da política pública	47
2.2. A cláusula arbitral nos contratos de concessão de serviço público no setor de infraestrutura	51
2.3. A utilização da arbitragem como fator de atração de investimentos.....	55
CAPÍTULO 3	60
3. A EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL	60
3.1. Execução de quantia certa em face da Fazenda Pública	60
3.2. Procedimento de cumprimento da sentença arbitral.....	73
3.3. Cumprimento da sentença arbitral estrangeira	75
3.3.1. Distinção entre arbitragem doméstica e internacional.....	75
3.3.2. Ratificação da convenção de Nova Iorque.....	78
3.3.3. Execução da sentença arbitral estrangeira	81
3.4. Cumprimento pela Fazenda Pública de sentença arbitral condenatória	82
3.5. Aprimoramento da legislação sobre cumprimento da decisão arbitral	93
CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS:	101

INTRODUÇÃO

A arbitragem, como meio alternativo de solução de conflitos de interesses, ganha cada vez mais espaço no sistema jurídico pátrio, sendo informada pela celeridade, consensualidade, informalidade procedimental, conhecimento técnico dos árbitros, entre outras características.

A expressividade no emprego da arbitragem pode ser verificada em diversos estudos apresentados sobre o tema, como se verifica nas obras e artigos científicos escritos por Arnold Wald, Humberto Theodoro Júnior, Alexandre Santos de Aragão entre tantos outros doutrinadores brasileiros.

Além disso, o Brasil é um dos países em que o referido método de resolução de conflitos é mais utilizado no mundo, conforme ranking divulgado pela Câmara Internacional de Comércio (CIC).

O crescimento exponencial na aplicação da arbitragem também ocorre na resolução de conflitos relacionados à Administração Pública, constatando-se a existência de convenções arbitrais em diversos contratos administrativos, inclusive referentes à prestação de serviços públicos do setor de infraestrutura.

Após a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que alterou a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, foi estabelecida expressamente a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, havendo, portanto, a pacificação da sua admissibilidade por entidades de direito público.

Contudo, a legislação vigente, notadamente a Lei nº 9.307/1996 (LAB), é omissa quanto ao procedimento a ser adotado para o cumprimento de obrigação de pagar fixada em sentença arbitral condenatória proferida em face de pessoa jurídica de direito público.

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o Código de Processo Civil (CPC), estabelece, no art. 515, inciso VII, que a sentença arbitral é título executivo judicial, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com as normas do referido Código.

Por sua vez, o art. 100 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) estabelece literalmente que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente pela sistemática de precatório.

Conseqüentemente, deve ser objeto de análise se o cumprimento das decisões arbitrais que fixam obrigação de pagar em face da Administração Pública deve seguir obrigatoriamente a ritualística do precatório e se o termo **sentença judiciária**, existente no citado dispositivo da CRFB, abarca a decisão arbitral, que é tipificada como título executivo judicial.

Assim, surge a indagação sobre a problemática a ser enfrentada: o cumprimento da obrigação de pagar, fixada na sentença arbitral em face da Administração Pública, pode ser cumprido obrigatoriamente por meio da via do precatório, sem comprometer a celeridade e a efetividade que deve nortear a arbitragem?

A metodologia utilizada neste estudo é baseada na análise do conjunto normativo vigente, assim como na doutrina brasileira, no ordenamento jurídico brasileiro, na Lei Modelo da UNCITRAL, assim como em dados sobre a destinação de recursos financeiros para o pagamento de dívidas pela Fazenda Pública, por meio do precatório. Além disso, são citados casos concretos em que houve instauração de processo judicial para execução de título executivo fundado em decisão proferida em face da União e da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

O enfoque da pesquisa realizada é fundado no âmbito da Administração Pública Federal, notadamente no que concerne à área de infraestrutura dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Entretanto, as conclusões e reflexões sobre o assunto podem ser aplicadas a todas as entidades públicas de nível federal, estadual e municipal.

Com a finalidade de verificar como o assunto está sendo tratado no âmbito da Administração Pública, foram solicitadas informações junto às unidades de assessoramento jurídico da Administração Pública Federal sobre a existência de decisões arbitrais condenatórias em face de entidades federais com personalidade jurídica de direito público.

Segundo as informações prestadas pelo Núcleo de arbitragem e pelo Departamento de Assuntos Internacionais da Advocacia-Geral da União (AGU), assim como pelas Procuradorias Federais que atuam junto à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), à Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), à Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), à

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), foi constatada a existência de apenas dois casos concretos referentes à condenação de entidade pública federal ao pagamento de valor pecuniário por decisão arbitral: i) Newfield Brasil Ltda e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP); ii) Mercovia S.A e a Comissão Mista entre a República Federativa do Brasil e a Argentina (execução judicial contra a União).

É necessário refletir se a criação de garantias especiais, como fundos garantidores, fiança bancária, prestação de garantias reais e até a realização de acordo, podem representar uma alternativa para o adimplemento para o cumprimento da obrigação de pagar fixada na sentença arbitral ou se se configura burla ao sistema do precatório.

A efetividade do cumprimento da sentença arbitral condenatória pela Administração Pública possui importância singular, tendo em vista que a celeridade é uma característica relevante da arbitragem, que pode ser mitigada se não houver o adimplemento da obrigação de pagar em tempo oportuno.

É indiscutível a relevância de garantir celeridade à arbitragem em que a Administração Pública figure como parte, dado que sua disseminação na atividade comercial desenvolvida pelos entes públicos, que, por sua vez, necessitam atrair investimentos para a realização de grandes empreendimentos, principalmente na área de infraestrutura de transportes, que são relevantes para o desenvolvimento econômico do país, assim como para a melhoria do serviço público ofertado.

Diante dessa perspectiva, em sua primeira parte, o estudo aborda a utilização da arbitragem pela Administração Pública, sendo demonstrada que, atualmente, é pacífico o entendimento de que o referido método de solução de conflitos pode ser aplicado pelas entidades estatais, observando-se, contudo, determinadas nuances.

É demonstrado, nessa parte, que a arbitragem está inserida na justiça multiportas, uma vez que a jurisdição estatal está sobrecarregada de processos judiciais e que as especificidades dos conflitos advindos de contratos administrativos, inclusive referentes ao setor de infraestrutura portuária e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, podem ser melhor dirimidos pelo referido método, tendo em vista a possibilidade de julgamento ser realizado por árbitros que tenham conhecimento específico da matéria.

Na segunda parte, é explicado que a existência de convenção de arbitragem em contratos administrativos para a concessão de serviço público nos setores

portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, evidencia que a arbitragem integra a política pública atualmente adotada, notadamente para atrair investidores, nacionais e estrangeiros.

Aborda-se, ainda, a necessidade da participação do setor privado na realização de investimentos na área de infraestrutura para que haja o tão necessário desenvolvimento econômico e social do país.

A Lei Modelo da UNCITRAL, elaborada pela Organização das Nações Unidas (ONU), possui relevância singular, visto que é seguida por diversos países, sendo parâmetro na produção da legislação interna sobre arbitragem.

Já no terceiro e último capítulo, analisa-se a peculiaridade do ordenamento jurídico brasileiro no que concerne à observância da sistemática de precatório para o pagamento de condenações judiciais contra a Fazenda Pública.

São apresentadas análises realizadas por doutrinadores brasileiros sobre os precatórios, destacando-se a origem, as reformulações que ocorreram e a sua aplicabilidade atual, bem como a perspectiva crítica a respeito da utilização da sistemática de precatório.

Aborda-se, também, o procedimento atualmente adotado para o cumprimento da decisão arbitral condenatória em face da Administração, que é considerada como título executivo judicial.

Avalia-se a legislação brasileira relacionada ao procedimento de execução da decisão arbitral em face da Administração Pública, e sua consonância com a Lei Modelo da UNCITRAL, com a convenção de Nova Iorque, que foi ratificada pelo Brasil.

Cita-se, também, o valor do orçamento total da União e a destinação de recursos para o pagamento de precatórios, no período de 2016 a 2020, assim como são mencionadas as emendas constitucionais que inseriram dispositivos nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) que resultaram na confirmação de moratórias no pagamento das dívidas decorrentes de precatórios.

Destaca-se, também, que não foi localizada, nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF), Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou nos Tribunais Regionais Federais, a existência de controvérsia judicial sobre a adequação da sistemática de precatório para o cumprimento de decisão arbitral condenatória em face da Administração Pública Federal.

No âmbito da doutrina, constata-se a existência de divergência sobre a necessidade de observância da sistemática de precatório para o cumprimento da decisão arbitral, apesar de que predomina o entendimento sobre a sua aplicabilidade.

Com efeito, o presente trabalho propõe-se uma reflexão crítica sobre a necessidade de conferir a efetividade necessária ao procedimento a ser adotado pela Administração Pública para a satisfação da obrigação de pagar fixada na decisão arbitral, imprimindo a almejada celeridade não só na resolução do conflito, como também no adimplemento da obrigação de pagar reconhecida na decisão arbitral. Nesse contexto e defendendo o posicionamento de que a sistema de precatório pode ser adotada no cumprimento da obrigação de pagar estabelecida na decisão arbitral, é necessário aperfeiçoar a política pública e conferir maior segurança jurídica na fase de adimplemento do cumprimento da decisão proferida em sede de arbitragem, inclusive mediante a edição de normas legais que estabeleçam as possibilidades pertinentes para o cumprimento da condenação pecuniária fixada pelo juízo arbitral em face da Administração Pública.

Por fim, é importante registrar que o presente trabalho não tem, em absoluto, a pretensão de esgotar o debate ou estabelecer que o sistema de precatório deve ser ou não o único método cabível para o adimplemento da obrigação de pagar estabelecida pelo juízo arbitral.

CAPÍTULO 1

1. A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No primeiro capítulo, apresentam-se aspectos gerais relevantes relacionados à arbitragem como instrumento alternativo de solução de litígios, bem como é demonstrada a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública.

1.1. A Arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos

A adoção de meios alternativos para a solução de controvérsias vem adquirindo maior relevância no sistema jurídico brasileiro, por diversos fatores, inclusive pelo assoberbamento do Poder Judiciário, e, também, por representar o avanço da sociedade que busca mecanismos eficientes para obter a pacificação social.

Dentre as diversas formas de solução alternativa de conflitos, que podem ser autocompositivas ou heterocompositivas, destacam-se a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem (OLIVEIRA, 2015).

A negociação, a mediação e a conciliação são formas de autocomposição de conflitos, uma vez que as partes, com ou sem o auxílio de um terceiro, solucionam suas controvérsias.

Na negociação, as próprias partes buscam a pacificação do litígio, sem a participação de terceiros. A solução do conflito ocorre mediante diálogo entre as partes envolvidas, não havendo participação ou intervenção de um terceiro. Além de ser um instrumento para a realização de negócios, a negociação representa um instrumento simples para a resolução de conflitos.

Na mediação, o mediador, neutro e imparcial, auxilia as partes na composição do conflito. O referido método de autocomposição é fundado na participação de um terceiro, cuja função é auxiliar, facilitar e incentivar os próprios envolvidos a celebrarem um acordo.

Segundo Fernanda Tartuce, a mediação consiste no método consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial age para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propicia que os mesmos possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar a

construção de saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2019).

Por sua vez, na conciliação, o conciliador, mantida a neutralidade e imparcialidade, pode exercer um papel mais ativo na condução do diálogo, na apresentação de sugestões e na busca pelo acordo (OLIVEIRA, 2015).

A partir dos citados conceitos, tem-se que existe uma linha tênue que distingue a negociação, a mediação e a conciliação, notadamente no que se refere aos dois últimos institutos jurídicos.

Pode-se indicar como pontos comuns à mediação e à conciliação: i) participação de um terceiro imparcial; ii) a promoção da comunicação entre os envolvidos; iii) a não imposição de resultados; iv) o estímulo à busca de saídas pelos envolvidos; v) o exercício da autonomia privada na elaboração de opções para os impasses (TARTUCE, 2019).

Já as distinções, referem-se à elaboração das propostas de solução, uma vez que o mediador não deve sugerir-las e na conciliação é possível a apresentação de sugestões. Na mediação, as questões subjetivas costumam ter maior espaço porque as relações envolvem relações continuadas, enquanto na conciliação o ponto principal tende a ser objetivo, porquanto as interações entre os envolvidos costumam ser episódicas (TARTUCE, 2019).

Já a arbitragem, que consiste em um mecanismo privado e alternativo de solução de controvérsias mediante a intervenção de uma ou mais pessoas que recebem poderes por meio de convenção firmada pelos interessados, julga o litígio com base no referido acordo, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial. O referido instrumento de solução de controvérsias é colocado à disposição de quem quer que seja, para resolução de litígios relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (CARMONA, 2009).

A arbitragem, como ensina José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luiz Monteiro, na obra *Teoria Geral da Arbitragem*, é um método de heterocomposição de litígio em que o árbitro, nos limites da convenção de arbitragem livremente estipulados pelas partes, dirime a controvérsia com autonomia e definitividade (FICHTNER, MANNHEIMER e MONTEIRO, 2019).

Conforme José Renato Nalini aborda, inicialmente, a evolução da resolução de conflitos, em que nos primórdios da civilização, as pessoas faziam justiça pelas

próprias mãos. Posteriormente, no estágio civilizatório qualitativamente superior, o Estado-Juiz, de forma imparcial, passou a possuir a incumbência de solucionar os desentendimentos, patamar em que a humanidade hoje se encontra (NALINI, 2017).

Contudo, o citado autor explica que a procura pelo processo judicial, inclusive para questões simplórias, foi tão excessiva que houve a exaustão do Poder Judiciário e o congestionamento dos tribunais inviabiliza o comando constitucional que determina a duração razoável do processo.

Além do expressivo quantitativo de processos, as respostas judiciais apesar de serem técnicas e imparciais, não são suficientes para solucionar o problema de forma adequada. Para encerrar uma lide, o jurisdicionado pode ser obrigado a percorrer quatro instâncias e se valer de dezenas de oportunidades de reapreciação do mesmo tema, ante um quadro recursal caótico, que posterga a resolução definitiva da controvérsia. Por esses e outros fatores, potencializa-se a preocupação e o interesse pela adoção de alternativas ao processo judicial convencional (NALINI, 2017).

Diante dessa situação caótica, defende-se que a conciliação, a mediação e arbitragem são métodos alternativos e atraentes para o mercado, pois a longa duração do processo judicial, o seu custo global em valores tangíveis e intangíveis e a alea natural que o sistema envolve despertou alguns nichos da sociedade para a busca de meios mais racionais de se resolver uma questão concreta (NALINI, 2017).

Nesse mesmo sentido, reforçando o entendimento acima apresentado, é apontado por Roberto Portugal Bacellar que a sobrecarga do Poder Judiciário atingiu limites inimagináveis, com quase 100 milhões de casos acumulados (Justiça em Números, 2015), o que motivou a adoção de medidas alternativas para solucionar os conflitos, como a negociação, mediação e arbitragem (BACELAR, 2016).

No ano de 2003, Ada Pellegrini Grinover já abordava o abarrotamento de processos no Poder Judiciário como justificativa para o estudo e adoção de meios alternativos de solução de disputas, defendendo-se a abertura de caminhos alternativos ao processo judicial ou que possam evitá-lo, como forma de superar a crise estrutural do Poder Judiciário (GRINOVER, 2003).

Grinover cita, ainda, a situação de morosidade da Justiça Portuguesa, decorrente do exponencial incremento do número de processos, como justificativa para submeter diversos assuntos à solução extrajudicial (conciliação e a arbitragem), retirando, conseqüentemente, determinadas matérias da competência jurisdicional, sendo essa a solução adotada para equacionar o problema, o que demonstra a

situação transnacional da inadequação e insatisfação com a jurisdição estatal como único ou principal meio de resolução de conflitos e da obtenção da pacificação social (GRINOVER, 2003).

Nessa linha argumentativa, vale citar Humberto Theodoro Júnior que faz a relação entre o incremento na litigiosidade e a conscientização social em torno da cidadania e da concepção de seus vínculos com a garantia de efetivo acesso à justiça, que facilita o ingresso de demandas judiciais, havendo, contudo, a impotência da jurisdição estatal de proporcionar a resposta cívica e eficaz a que o Estado Democrático de Direito se comprometeu a realizar (THEODORO JÚNIOR, 2001).

Cite-se a situação da Alemanha, que mesmo sendo um país desenvolvido e avançado tecnologicamente, enfrenta dificuldades financeiras para ampliar seus quadros, não se cogitando uma expansão indefinida de juízes. Ademais, já existe um esforço legislativo intenso para implementar modificações no direito processual, objetivando a simplificação de procedimentos e a maior rapidez na solução de litígios (THEODORO JÚNIOR, 2001).

Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que a realização da justiça pela via consensual, notadamente pela arbitragem, implica a abertura de novas alternativas para a sociedade civil brasileira que, ressentindo de um grande atraso em relação à comunidade das nações mais desenvolvidas, não encontrava outra alternativa juridicamente garantida, senão a submissão de todos os seus conflitos de interesses ao aparelho judicial do Estado, por isso, cada vez mais demandado e assoberto de trabalho e, também por este motivo, comprometido em suas mais elementares e necessárias condições de produzir decisões céleres e oportunas (MORREIRA NETO, 2007).

Diante da incapacidade da jurisdição estatal em oferecer solução satisfatória para as mais variadas controvérsias, as técnicas de negociação, mediação, conciliação, arbitragem, dentre outras, podem ser compreendidas como as múltiplas portas ofertadas para o enfrentamento do expressivo quantitativo de litígios, inclusive controvérsias com especificidades de natureza técnica, como será abordado em seguida (BACELAR, 2016).

1.2. O sistema multiportas e a Arbitragem

A Justiça Multiportas (*multi door justice*), como técnica de pacificação de conflitos, constitui uma alternativa relevante à jurisdição estatal, inclusive na solução de controvérsias relacionadas à Administração Pública (MEDAUAR, 2019).

O sistema multiportas é o complexo de opções que cada pessoa dispõe para buscar solucionar um conflito a partir de diferentes métodos. O referido sistema (que pode ser articulado pelo Estado) envolve métodos heterocompositivos (adjudicatórios) e autocompositivos (consensuais), com ou sem a participação estatal (BACELAR, 2016).

Afirma Roberto Portugal Bacellar que as múltiplas portas de resolução de conflitos refletem a diversidade de oferta de meios, métodos, formas e mecanismos (vinculantes ou não) colocados à disposição de todos, com estímulo do Estado, a fim de que ocorra o devido encaminhamento dos conflitos para os canais disponíveis (BACELAR, 2016).

Os meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem (*Alternative Dispute Resolution – ADR*) formam o modelo denominado de sistema de justiça multiportas. Portanto, haveria uma forma adequada de solução para cada tipo de controvérsia (CUNHA, 2020)¹.

A resolução do conflito deve ser realizada pelo meio mais adequado, conferindo maior eficiência e efetividade na pacificação do litígio, motivo pelo qual a jurisdição estatal não pode ser compreendida como único instrumento pertinente para dirimir litígios.

A respeito do monopólio da jurisdição estatal, vale dizer que, na sociedade contemporânea, os valores liberais e democráticos são exaltados, a jurisdição é e deve continuar a ser um monopólio indiscutível do Estado, pois é necessário que exista o terceiro neutro e dotado do atributo da coercitividade, para dar a última palavra em todas as controvérsias litigiosas. No entanto, essa prerrogativa não exclui, elimina, nem prejudica a busca da justiça, enquanto anseio e atividade humana, que não é monopólio de ninguém, nem mesmo de organizações políticas (MOREIRA NETO, 2007).

¹ O artigo escrito por Leonardo Carneiro da Cunha, denominado de Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil, esclarece o seguinte sobre o termo justiça multiportas: “A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.”
Idem.

A propagação de métodos alternativos à jurisdição estatal para dirimir conflitos, pode ser constatada na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que definiu a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos, incentivou a adoção de soluções pertinentes, em múltiplas portas, principalmente antes do ingresso de demandas judiciais, pretendendo, portanto, construir de forma sólida, no Brasil, uma política pública permanente de incentivo e aprimoramentos de instrumentos consensuais de resolução de conflitos (MEDAUAR, 2017)².

A justiça multiportas, como técnica para tutela de direitos e pacificação de conflitos, representa alternativa relevante à jurisdição estatal, sendo certo que a arbitragem possui relevância singular nesse contexto, inclusive na solução de controvérsias relacionadas à Administração Pública (MEDAUAR, 2017).

O sistema multiportas de solução de disputas alcança uma ampla variedade de hipóteses conflituosas, sendo compatível com o ambiente público e, conseqüentemente, não há óbice para que sejam aplicadas às controvérsias envolvendo a Fazenda Pública (CUNHA, 2020).

Como método de solução de disputas, a arbitragem, que é objeto do presente estudo, consiste em submeter a decisão de determinada questão a um terceiro imparcial que não o Estado-juiz, e que vincula as partes à decisão ali proferida. Isso pode ser enquadrada no sistema multiportas (GRINOVER, 2003).

A arbitragem representa um método alternativo e atraente para o mercado, pois a longa duração do processo judicial, o seu custo global em valores tangíveis e intangíveis e a alea natural que o sistema envolve despertam alguns nichos da

² A Resolução CNJ nº 125, de 29 de novembro de 2010, estabelece que cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação, fixando no art. 1º:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020)

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Resolução nº 326, de 26.6.2020).

Brasil. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>..

sociedade para a busca de meios mais racionais de pacificação de um caso concreto (NALINI, 2017).

A utilização da arbitragem pela Administração Pública, inclusive na esfera relacionada à atividade econômica, vem experimentando acelerada expansão, na medida em que estimula o interesse privado na participação de contratos administrativos, pois o referido método alternativo de resolução de conflitos permite que as controvérsias sejam dirimidas por especialistas na matéria e, também, com a celeridade almejada pelos investidores, inclusive estrangeiros (ARAGÃO, 2017).

A relevância da arbitragem no cenário mundial, é destacada por Sérgio Bermudes, sendo considerada, como ponto relevante, a possibilidade de a corte arbitral ser composta por árbitros que tenham conhecimento técnico específico sobre a questão a ser julgada (BERMUDES, 2016):

Não será exagero dizer que, dentre vários, o principal motivo determinante do uso da arbitragem, em qualquer parte do mundo, é a morosidade dos feitos judiciais. Afinal, para repetir Tomaz Antônio Gonzaga, “a glória que vem tarde já vem fria.”. Outros fatores pesam no recurso a essa instituição. Destaque-se, por exemplo, o fato de que a solução das lides pela arbitragem entrega o julgamento a pessoas familiarizadas com a questão a ser decidida, cumprindo lembrar que os árbitros não precisam, necessariamente, ter formação jurídica. A escolha de pessoas afeitas ao conflito avanta os juízes do Estado. Fora dos casos rotineiros, os postulantes da jurisdição sentem-se na espinhosa contingência de ensinar o magistrado para obter dele o julgamento da causa. Acrescente-se aos motivos de eleição da arbitragem a irrecorribilidade das decisões proferidas pelo tribunal arbitral, que impede o desdobramento do processo em sucessivas instâncias, pela interposição de recursos (veja-se o art. 994 do CPC) que bem poderiam ser identificados pelo nome alongaderas, com que se rotulavam as exceções dilatórias, no processo espanhol medieval.

Segundo Caio Cesar Vieira Rocha, a arbitragem é o mecanismo de resolução de conflitos que mais cresce e evolui no mundo. Essa expansão da arbitragem decorre do desenvolvimento do comércio internacional, que impõe a criação e aprimoramento de técnicas de solução de litígios céleres e eficientes, assim como da evolução legislativa e jurisprudencial que fomentou sua utilização como um relevante meio de composição de litígios (ROCHA, 2016).

Portanto, existe a compreensão de que a jurisdição estatal pode não ser o único meio eficaz para solucionar qualquer conflito envolvendo a Administração Pública, sendo a arbitragem, no sistema multiportas, compreendida como o meio adequado para equacionar determinados litígios relacionados aos entes estatais.

A opção pela adoção da arbitragem para solucionar conflitos envolvendo a Administração Pública demonstra a convergência para uma das tendências do direito administrativo contemporâneo, que é o direcionamento para a busca da consensualidade na condução da gestão administrativa.

A respeito da consensualidade e do diálogo como meios das ações da Administração Pública, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz que o consenso é inegavelmente uma forma alternativa de atuação estatal, representando para a Política e para o Direito uma renovação benéfica, visto que contribui para aperfeiçoar a governabilidade (eficiência), propiciando mais mecanismos contra os abusos (legalidade), garantindo a atenção de todos os interesses (justiça), proporcionando a decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evitando os desvios morais (licitude), desenvolvendo a responsabilidade das pessoas (civismo) e tornando os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (ordem) (MOREIRA NETO, 2007).

O crescimento do consensualismo na Administração Pública resulta na restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da atuação administrativa. Isso acarreta o florescimento da denominada Administração consensual, e a alteração do eixo do direito administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade permanentemente flexionada pela lógica do consenso. Portanto, o ato administrativo e o contrato administrativo são encarados como formas jurídicas adotadas pela Administração Pública para a consecução de seus objetivos, que são regidos pela mesma lógica, semelhante e direcionada à busca do consenso (OLIVEIRA, 2005).

Logo, a consensualidade, no momento de resolução de conflitos, caracteriza a Administração Pública dialógica, que expressaria a sua inserção no regime democrático. No ambiente de propagação da consensualidade, a arbitragem tem se expandido como instrumento para solução de disputas envolvendo entes da Administração Pública (CUNHA, 2020).

Vale esclarecer que a arbitragem não consiste em um meio consensual de solução de disputas, pois se trata de mecanismo heterocompositivo, e não autocompositivo. A consensualidade na arbitragem é exteriorizada em sua

instauração, na medida em que é imprescindível a anuência das partes envolvidas, incluindo a própria Administração Pública, para que o conflito seja resolvido por um tribunal arbitral e não pelo Poder Judiciário.

Diante do enquadramento da arbitragem no sistema multiportas e de sua consonância com a consensualidade, que representa um meio para obtenção da tão almejada eficiência na atuação administrativa, convém abordar a admissibilidade da utilização da arbitragem pela Administração Pública.

1.3. A utilização da Arbitragem pela Administração Pública

Atualmente, a arbitragem encontra-se disciplinada pela LAB, sendo essa a principal norma vigente que trata da matéria, cujo reconhecimento da constitucionalidade já foi objeto de debate pelo STF, no Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5206-07 (BRASIL, 2001).

Quando foi promulgada, a LAB dispunha, tão somente, que a arbitragem poderia ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, havendo omissão a respeito da aplicação do referido instituto à Administração Pública Federal.

No ano de 2003, a abordagem apresentada por Ada Pellegrini Grinover demonstra a dúvida existente à época sobre a (im)possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, tendo sido concluído pela referida autora que não subsiste dúvida sobre a admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração Pública, direta e indireta (GRINOVER, 2003).

Depois de mais de 19 (dezenove) anos, foi editada a Lei nº 13.129/2015, estabelecendo expressamente a possibilidade de a Administração Pública utilizar-se de forma ampla da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Por sua vez, a análise atual realizada por Alexandre Santos de Aragão ressalta que a utilização da arbitragem no campo da Administração Pública empresarial encontra-se em acelerada expansão em razão da demora crescente para a obtenção de uma decisão judicial definitiva, entre outros motivos (ARAGÃO, 2017).

Antes da edição da Lei nº 13.129/2015, já existia compreensão sobre a legitimidade de as entidades da Administração Pública submeterem-se à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva).

O STJ, nos julgamentos do Recurso Especial nº 606.345-RS, do Recurso Especial nº 612.439-RS e no Mandado de Segurança nº 11.308-DF, ocorridos nos anos de 2005, 2007 e 2008, solucionou controvérsias no sentido de admitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública³ (BRASIL, 2005, 2007 e 2008).

Contudo, após a edição da referida Lei nº 13.129/2015, foi facultada às entidades administrativas, por expresse permissivo legal, dirimir seus conflitos de interesses pelo método arbitral, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva).

No entanto, cumpre lembrar que a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995⁴, prevendo a possibilidade de o contrato de concessão estabelecer o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato administrativo, havendo possibilidade expressa de utilização da arbitragem.

A Lei nº 9.478, de 06 de agosto de 1997, que dispõe sobre a política energética, estabelece a possibilidade de a ANP utilizar a arbitragem para solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores⁵. Além disso, existe a possibilidade de utilizar o processo arbitral para resolver controvérsias relacionadas ao contrato administrativo de concessão de serviço público.

A Lei nº 10.233, de 05 de junho de 2001, que trata dos transportes terrestres e aquaviário, estabelece que no contrato administrativo de permissão e concessão deve ter como cláusula essencial a previsão da utilização da arbitragem como regra de solução de controvérsias relacionadas ao contrato e a sua execução⁶.

³ No julgamento do Recurso Especial nº 632.439/RS, do Recurso Especial nº 606.345/RS e no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, ocorrido no ano de 2005, no ano de 2007 e no ano de 2008, respectivamente, em todos os casos, restou decidida a eficácia da cláusula compromissória em contrato firmado entre uma sociedade de economia mista estadual e uma empresa privada.

⁴ Lei nº 11.196/2005.

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.

⁵ Lei nº 9.478/1997.

Art. 20. O regimento interno da ANP disporá sobre os procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento.

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;

⁶ Lei nº 10.233/2001.

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as

A Lei nº 10.848, de 15 de março de 2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, estabelece que as regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, os quais deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem.⁷

A Lei nº 11.909, de 04 de março de 2009, cujo teor dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, estabelece que no contrato de concessão deve haver existir cláusula essencial a respeito da possibilidade de utilização da arbitragem para solucionar controvérsias advindas do contrato ou de sua execução⁸.

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2004⁹, prevê a utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. Ademais, o art. 3º, § 1º, do CPC, estabelece que é permitida a arbitragem na forma da lei¹.

relativas a:

(...)

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

(...)

Art. 39. O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a:

(...)

XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem;

⁷ Lei nº 10.848/2004.

Art. 4º Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei.

(...)

§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

⁸ Lei nº 11.909/2009.

Art. 21. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais:

(...)

XI - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;

Art. 24. A concessionária deverá:

(...)

III - submeter à aprovação da ANP a minuta de contrato padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996;

(...)

Art. 48. Os contratos de comercialização de gás natural deverão conter cláusula para resolução de eventuais divergências, podendo, inclusive, prever a convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁹ Lei nº 11.079/2004.

O STJ já se posicionou sobre a utilização do juízo arbitral em demandas relacionadas à Administração Pública, como se verifica da decisão proferida no Conflito de Competência nº 151130/SP, consubstanciada na seguinte ementa (BRASIL, 2020):

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ARBITRAGEM OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO.

COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO.

1.No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001.

2. A referida exegese, contudo, não autoriza a utilização e a extensão do procedimento arbitral à União na condição de acionista controladora da Petrobrás, seja em razão da ausência de lei autorizativa ou estatutária (arbitrabilidade subjetiva), seja em razão do conteúdo do pleito indenizatório que subjaz o presente conflito de competência na hipótese, o qual transcende o objeto indicado na cláusula compromissória em análise (arbitrabilidade objetiva).

3. Nos exatos termos da cláusula compromissória prevista no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a adoção da arbitragem está restrita "às disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social".

4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, 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, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

ente público - circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" - sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia.

5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado. (Grifos do autor)

A referida decisão do STJ demonstra que o assunto sobre a arbitrabilidade subjetiva, relacionada à Administração Pública, direta e indireta, tem amparo legal e encontra-se pacificada.

O Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, institui a arbitragem como método para solucionar os conflitos de interesses.

Vale citar, também, o caso que foi enfrentado pela Consultoria-Geral da República, no ano de 1955, que era à época o órgão superior de consulta e de assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Por meio de parecer de Temístocles Brandão Cavalcânti, que era o Consultor Geral da República, foi enfrentada a possibilidade de a Administração Pública instituir juízo arbitral, com a concordância da Companhia São Paulo Railway, para dirimir controvérsia contratual existente entre ambas, relacionada à devolução de bens não compreendidos na encampação prevista no art. 1º do Decreto-Lei nº 9.869, de 13 de setembro de 1946 (CAVALCANTI, 1956).

Em 8 de novembro de 1946, a Companhia São Paulo Railway entregou todos os bens da rede ferroviária ao Poder Público, tendo em vista a encampação prevista no referido Decreto-Lei. Após o repasse dos bens, a referida companhia encerrou suas atividades no Brasil, após noventa anos como concessionária de estrada de ferro. Diante desse fato, surgiram, conseqüentemente, questões jurídicas a serem enfrentadas, dentre elas o direito de propriedade da Companhia São Paulo Railway sobre imóveis (prédios e terrenos), que eram utilizados diretamente para a execução do serviço (CAVALCANTI, 1956).

É apontado, também, no referido parecer, que existe previsão contratual para que a solução do conflito seja dada por juízo arbitral. A admissibilidade do citado meio alternativo para dirimir controvérsias era considerada controvertida no direito brasileiro

na época do Império, assim como na República, não obstante a cláusula arbitral constar de forma relativamente frequente em contratos de concessão, como se verifica no Decreto n° 7.959, de 29 de dezembro de 1880, que regulava as concessões de estrada de ferro.

Em seguida, é explicado que a cláusula compromissória, prevista no contrato, não constitui obrigação de recorrer à arbitragem. O compromisso representa o ato pelo qual as partes acordam em se submeter à decisão dos árbitros ao passo que o juízo arbitral, que é instaurado mediante ato solene em que as partes fixam os limites da controvérsia, traduz o cumprimento do compromisso.

Cita-se doutrina pátria sobre a relação do compromisso arbitral com a transação, no sentido de que o direito de optar pela arbitragem está relacionado ao direito de transigir, e só pode transigir se for possível dispor.

Além disso, o Parecer da Consultoria-Geral da República esclarece que a possibilidade de solução do conflito a pessoas de confiança, ao invés de expor a situação perante o Estado-Juiz, é antiquíssima.

Sustenta-se, ainda, que o arbitramento é um direito natural e que na origem das sociedades seria o meio mais comum e ordinário de resolver os conflitos de interesses. A referida forma alternativa de resolução de conflitos tem como finalidade precípua permitir a aceitação da decisão arbitral e mitigar a aspereza da lide.

Ao final, é recomendado por Temistocles Brandão Cavalcânti, que o juízo arbitral seria adequado para solucionar esse tipo de controvérsia, devendo ser resolvido se os bens adquiridos pela Companhia São Paulo Railway depois de 1901, que não foram destinados aos fins da concessão, deveriam ser devolvidos ou não. Ademais, restou destacado, na conclusão, que a constituição do juízo arbitral dependeria de prévia anuência da citada companhia.

Outro caso emblemático foi o julgamento histórico realizado pelo STF, no Agravo de Instrumento n° 52.181 e no Recurso Extraordinário n° 71.467/GB, no ano de 1973, há quase meio século atrás, que ficou conhecido como “Caso Lage” (BRASIL, 1974).

O citado caso versou, em síntese, sobre a incorporação pela União de bens e direitos das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage, sob a justificativa de interesse na defesa nacional. De forma consensual, foi instituído juízo arbitral para que fosse definido o valor final a ser restituído aos antigos proprietários. Após a emissão do laudo arbitral sobre o valor a ser pago pela Fazenda Pública ao espólio

de Henrique Lage, a União recusou-se a efetuar o pagamento e buscou contestar judicialmente a constitucionalidade do respectivo processo de arbitragem.

Contudo, o STF reconheceu a legitimidade de decisão proferida em sede de processo arbitral em desfavor da União, sendo o julgamento do “Caso Lage” uma das discussões mais relevantes a respeito da admissão da arbitragem para dirimir litígio envolvendo a Administração Pública Federal (ROCHA, 2016)¹⁰.

À época, o STF expressou o posicionamento de que seria possível a Administração Pública submeter-se ao Juízo Arbitral, porquanto a adoção de entendimento diverso implicaria restrição indevida à autonomia contratual do Estado em assumir obrigações em negócios jurídicos de direito privado em que for parte. Isto é, o compromisso arbitral foi instituído por mútuo consentimento das partes, que é da essência da arbitragem, motivo pelo qual a União, no exercício da sua capacidade de contratar, submeteu-se ao juízo arbitral por sua própria vontade, não havendo justificativa para não cumprir a decisão arbitral.

O julgamento realizado pelo STF em 1973, antes mesmo da edição do conjunto normativo vigente, já abordava de forma esclarecedora, sob o critério da arbitrabilidade subjetiva (*ratione personae*), que não existia óbice para que pessoa jurídica de direito público fosse submetida à jurisdição arbitral.

Além dos casos históricos no direito brasileiro sobre a admissão do juízo arbitral como método de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, convém citar que é acolhida a possibilidade do manejo da arbitragem por entidades públicas em outros países.

¹⁰A primeira discussão que se tem notícia sobre arbitrabilidade de litígio envolvendo entes ligados à Administração Pública deu-se no julgamento do famoso “Caso Lage”, em 1973, pelo STF. Naquela ocasião, por unanimidade, decidiu-se que “impedir o uso da arbitragem pela Fazenda Pública em suas relações de natureza contratual ou privada constituiria indevida restrição à autonomia de vontade”. O processo em questão decorreu de incorporação pela União (Dec.-lei 4.648/1942) de bens e direitos das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage, sob alegação de interesse da defesa nacional. Após avaliação dos bens, determinou-se sua venda para pagamento de débitos para com a União, devendo o saldo ser restituído à família (antigos proprietários). Esta propôs a criação de um juízo arbitral, para processar a avaliação e o conseqüente encontro de contas, o que foi aceito pela União. Foi proferido laudo, fixando-se indenização a ser paga pela União. Após aceitar a decisão dos árbitros, a União posteriormente buscou contestar a arbitragem, sob o fundamento de que o juízo arbitral instaurado para decidir questão envolvendo o Estado seria inconstitucional. ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 49. ano 13. p. 103-126. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

Arnold Wald destaca que as legislações dos Estados Unidos, da Inglaterra, da Alemanha, da Holanda, da França e de países escandinavos utilizam cláusula de arbitragem em contratos administrativos (WALD, 2005).

Deste modo, tem-se que a arbitragem possui amplo amparo no sistema jurídico brasileiro e de outros países, havendo embasamento para sua utilização nas controvérsias relacionadas ao direito patrimonial disponível da Administração Pública.

1.4. As matérias submetidas à Arbitragem

Após a abordagem a respeito da pacificação da admissibilidade da arbitragem como método para dirimir litígios em que a Administração Pública figure como parte, quer seja como pessoa jurídica de direito público (entes estatais e autarquias) ou de direito privado (sociedade de economia mista e empresa pública), o que se identifica como arbitrabilidade subjetiva, convém analisar a arbitrabilidade objetiva, que versa sobre o objeto da matéria que pode ser objeto da arbitragem.

A interpretação literal do art. 1º, § 1º, da LAB, delimita a possibilidade de manejo da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, para solucionar litígios alusivos a direito patrimonial disponível¹¹.

A compreensão de arbitrabilidade objetiva está relacionada à delimitação do que seria direito patrimonial disponível. Na seara administrativa, são considerados como direitos indisponíveis as matérias em que o ente público age com poder de império, ao passo que são considerados como direitos patrimoniais disponíveis, quando as entidades públicas agem com base no poder de gestão, em que existe margem de negociação, desde que não implique violação ou conflito com o interesse público.

A explanação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que o interesse público pode ser dividido em interesse público primário ou secundário (derivativo), sendo que o primeiro é indisponível e o regime público é obrigatório, ao passo que o segundo possui natureza instrumental, existindo para que o primeiro seja satisfeito, e

¹¹ Lei nº 9.307/1996.

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)

resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, são considerados como disponíveis na forma da lei, independentemente do regime (MOREIRA NETO, 1997).

Explica, ainda, Moreira Neto que são disponíveis todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, isto é, que possam ser quantificados monetariamente, estejam no comércio, e que são, por este motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a adotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado ((MOREIRA NETO, 2007).

A partir da referida distinção entre interesse público primário e secundário, assim como da possibilidade de disponibilidade dos direitos com expressão patrimonial, afigura-se que é possível a utilização da arbitragem para solucionar questões disciplinadas no contrato administrativo, inclusive de concessão de serviço público, desde que sejam relacionadas a direito patrimonial disponível.

Assevera Selma Maria Ferreira Lemes que se houver reflexo patrimonial e estiver relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido mediante arbitragem (LEMES, 2021).

Inexiste qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. A disponibilidade dos direitos patrimoniais está relacionada à possibilidade de transferência para terceiros, porquanto disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados (GRAU, 2002).

A Administração Pública, para a consecução do interesse público, executa diversos atos, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não seja possível fazê-lo em relação a outros deles. E, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade dos direitos patrimoniais, poderá convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso importe em disponibilidade de interesse público (GRAU, 2002).

A respeito do tema em questão, explica Adilson Abreu Dallari que, ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, assim como não está abdicando do instrumento de defesa de interesses públicos. Deve-se compreender o interesse público como a correta aplicação da lei, não se confundindo, portanto, com mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública. E, muitas

vezes, é necessário decidir contra a Administração Pública para defender o interesse público.

Além disso, a possibilidade de utilização da arbitragem para resolver conflitos relacionados a contratos administrativos não implica em vedação de acesso ao Poder Judiciário, mas, tão somente, proporciona uma alternativa, que pode ser utilizada com maior ou menor intensidade, para certas espécies de conflitos (por exemplo, questões técnicas ou econômicas), não havendo supressão incondicional do controle jurisdicional da Administração Pública (BRASIL, 2004).

Nesse ponto, é imperioso lembrar a decisão paradigmática proferida no *leading case*, anteriormente citado sobre a constitucionalidade da LAB, no sentido de que a opção pela utilização da arbitragem não compromete a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário, na medida em que a LAB não obriga a trilhar a via alternativa da arbitragem, não havendo, conseqüentemente, vedação à submissão do litígio ao Judiciário, caso a parte interessada assim queira submeter (BRASIL, 2004).

O art. 2º do Decreto nº 10.025/2019, que, dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, classifica os seguintes assuntos como de direito patrimonial disponível e suscetíveis de as controvérsias serem dirimidas mediante arbitragem: i) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; ii) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parcerias; iii) inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo¹².

O critério estabelecido por Alexandre Santos Aragão para definir a arbitrabilidade de um direito administrativo seria avaliado com base na sua procedência. Se o direito examinado decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), a matéria será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Já

¹² Decreto nº 10.025/2019.

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

se o direito, mesmo previsto em Lei (ou outro ato normativo estatal), requerer a anuência do particular para sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, a questão controvertida poderá ser objeto de arbitragem (ARAGÃO, 2017).

Com efeito, não subsiste dúvida de que a utilização da arbitragem nos contratos administrativos preserva a convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público, significando, também, a mudança do paradigma de que a preservação do interesse público em litígio deve ser realizada na via da jurisdição estatal quando as pessoas jurídicas de direito público figurarem como partes.

1.5. O caráter jurisdicional da Arbitragem

Após a edição da LAB, para a maioria dos doutrinadores, foi pacificada a discussão sobre a natureza jurídica da arbitragem, sendo certo que o assunto possui relevantes implicações teóricas e práticas.

Existem quatro teorias que versam sobre a natureza jurídica da arbitragem, que são as seguintes: i) privatista (contratual); ii) jurisdicional (publicista); iii) intermediária ou mista (contratual – publicista) e a autônoma (CAHALI, 2015).

A teoria privatista, também denominada de contratualista, adota o entendimento de que a arbitragem representa manifestação da vontade das partes e a decisão proferida pelos árbitros é o reflexo do negócio jurídico, motivo pelo qual não se pode enquadrar como ato jurisdicional, pois não é emanado do Estado, que possui o monopólio da jurisdição.

No Brasil, a teoria privatista da arbitragem não constitui a corrente majoritária, sendo defendida pela doutrina processual civil, notadamente sob o enfoque de que o exercício da jurisdição é exclusividade do Estado (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

A teoria jurisdicional ou publicista atribui a arbitragem o caráter jurisdicional sob o fundamento de que o Estado, mediante disposição legal, outorga poderes ao juiz e ao árbitro para dirimir o litígio existente (CAHALI, 2015).

No artigo denominado de Arbitragem e Jurisdição, Carlos Alberto Carmona sustenta que a arbitragem possui caráter substitutivo da jurisdição, na medida em que um terceiro, que não integra o litígio, deverá buscar a verdade e julgar de forma imparcial a lide. No entanto, o árbitro não possui competência para determinar o

cumprimento forçado da decisão arbitral, máxime no que se refere à expropriação de bens (CARMONA, 1990).

O referido autor sustenta ainda que é indiscutível a natureza jurisdicional da fase executória, sendo certo que a ausência da competência funcional do árbitro para executar suas próprias decisões não afasta o caráter jurisdicional da arbitragem (CARMONA, 1990).

A teoria intermediária ou mista representa uma mescla das teorias anteriormente citadas, adotando-se a ideia de que mesmo a arbitragem esteja baseada em negócio jurídico realizado entre as partes e sendo dele decorrente, não se pode desenvolvê-la fora de um sistema jurídico, pois a citada técnica de resolução de conflitos encontra-se vinculada ao sistema legal, mesmo que não esteja controlada integralmente por este sistema (CAHALI, 2015).

Por último, a teoria autônoma sustenta que a arbitragem seria um sistema autônomo e diverso de qualquer sistema jurídico existente. A citada teoria representa o exacerbamento da autonomia da vontade na medida em que seria necessária a criação de uma jurisdição autônoma para solucionar os conflitos (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

É importante citar o posicionamento de José Cretella Júnior, em artigo publicado em 1988, anterior, portanto, a referida Lei, em que se defende a natureza contratual do Juízo Arbitral, apesar da divergência doutrinária sobre o assunto (CRETELLA JUNIOR, 1988).

O caráter não jurisdicional da arbitragem é defendido por Sérgio Cruz Arenhart com base na prévia análise da definição de jurisdição. A coisa julgada é uma nota fundamental da atividade jurisdicional, sendo certo que não existe o referido instituto na arbitragem (ARENHART, 2005).

É destacado, ainda, por Arenhart que a jurisdição, como típica atividade estatal, é exercitada com base no direito estatal, ao passo que a arbitragem pode realizar-se conforme a lei ou segundo critérios de equidade, o que afastaria eventual natureza jurisdicional. Além disso, se for necessária a execução da decisão proferida pelo juízo arbitral, é imprescindível a atuação do juízo estatal para fazer cumprir a decisão prolatada no âmbito do procedimento arbitral (ARENHART, 2005).

Em razão do disposto no art. 31 da LAB, cujo teor é no sentido de conferir a decisão arbitral os mesmos efeitos da sentença proferida no âmbito do Poder Judiciário, o entendimento doutrinário majoritário é no sentido de adotar a tese da

jurisdicionalidade da arbitragem, como é perceptível pelo posicionamento de Carlos Alberto Carmona (CARMONA, 2009), Francisco José Cahali (CAHALI, 2015), Georges Abboud (ABBOUD, 2012), dentre outros.

O STJ já consolidou o entendimento jurisprudencial no sentido de que a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem possui caráter jurisdicional, como se constata da seguinte ementa de decisão proferida pelo citado Tribunal (BRASIL, 2018):

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. JURISDIÇÃO ESTATAL (JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL) E JURISDIÇÃO ARBITRAL. DETERMINAÇÃO ARBITRAL DE CARÁTER PROVISÓRIO PARA EMISSÃO DE GARANTIA BANCÁRIA. REPERCUSSÃO NO PATRIMÔNIO DA RECUPERANDA. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Aplicabilidade do NCPC neste julgamento conforme o Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A questão jurídica a ser dirimida está em definir a competência para determinar a emissão de carta de fiança bancária por empresa em recuperação judicial para garantia de dívida em discussão no juízo arbitral.

3. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento. (Grifo do autor)

(...)

A abordagem realizada por Moreira Neto sustenta que a juridicidade na natureza jurídica da arbitragem está vinculada aos contratos celebrados pela Administração Pública, em que se admite a possibilidade do uso da arbitragem pelo Estado, como técnica social para dirimir disputas de interesses com particulares, como alternativa à jurisdição estatal e pela necessidade de inserção da vida econômica do Brasil no contexto global (MOREIRA NETO, 2007).

O estudo da natureza jurídica constitui tópico relevante para a compreensão da própria arbitragem e dos seus institutos, como, por exemplo, a (im)possibilidade de revisão judicial da decisão arbitral, assim como o cumprimento da sentença arbitral, que será abordado adiante.

1.6. A convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem representa um acordo de vontade por meio do qual os interessados se comprometem a submeter os litígios ao juízo arbitral. A referida manifestação de vontade em que os interessados abdicam voluntariamente da jurisdição estatal e aceitam a decisão a ser proferida pelos árbitros pode ocorrer mediante a celebração de uma cláusula compromissória ou de compromisso arbitral.

A convenção de arbitragem engloba o compromisso arbitral e a cláusula compromissória, como estabelece expressamente o art. 3º da LAB¹³.

Em ambos os instrumentos (cláusula compromissória e compromisso arbitral), é de fundamental relevância a existência de uma manifestação expressa das partes em optar pela arbitragem como método de resolução de eventuais controvérsias surgidas durante a relação negocial.

A existência de convenção de arbitragem, nas relações contratuais, implica na produção de efeitos significativos, quais sejam: i) suprime da jurisdição estatal o poder de processar e julgar controvérsias surgidas entre as partes (efeito negativo); ii) confere poderes jurisdicionais aos árbitros para a instituição da arbitragem e julgamento do conflito (efeito positivo).

Tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral podem ser utilizados para a instituição da arbitragem. Contudo, os referidos instrumentos possuem finalidades distintas, sendo a opção realizada pelo legislador no sentido de conferir funções distintas para as citadas espécies de convenção de arbitragem.

O art. 8º da LAB¹⁴ estabelece que a cláusula compromissória possui autonomia em relação ao contrato celebrado, razão pela qual a configuração de nulidade ou outros vícios não resultam, obrigatoriamente, em nulidade da cláusula arbitral.

¹³ Lei nº 9.307/1996.

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

¹⁴ Lei nº 9.307/1996.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal

O compromisso arbitral, por sua vez, deve ser compreendido como o acordo firmado entre os litigantes para submeter o conflito ao juízo arbitral, renunciando, por consequência, à jurisdição estatal.

É oportuno lembrar que o ajuizamento de demanda judicial não obsta a firmação do compromisso arbitral, sendo o mesmo firmado por termo nos autos do processo judicial em tramitação. Se não houver a instauração de processo judicial, será celebrado compromisso arbitral por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas, consoante o disposto no art. 9º, §§ 1º e 2º, da LAB¹⁵.

Em razão da relevância prática do compromisso arbitral, é oportuno citar a abordagem apresentada por Carlos Mário da Silva Velloso (VELLOSO, 2013):

(...)

4.4 O compromisso arbitral é “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial” (artigo 9º). Do compromisso são exigidos requisitos obrigatórios (artigo 10), além dos facultativos (artigo 11).

Pode o compromisso ser definido como sendo o ato pelo qual as partes se submetem à jurisdição privada, designando os árbitros ou fixando a forma de sua designação. É, pois, o instrumento no qual serão delimitados os pontos controvertidos que serão submetidos à consideração do árbitro ou dos árbitros. É dizer, o compromisso arbitral revelasse como um “verdadeiro minicódigo processual, que pode ser confeccionado sob medida, dependendo da natureza do negócio ou do contrato, ou mesmo do litígio ocorrido entre as partes”.

4.5 Assinale-se, pois, que a fonte instituidora da justiça privada é a convenção de arbitragem, ou seja, “a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (artigo 3º). Sem a convenção não será possível o seu regular desenvolvimento. Ou seja, não havendo convenção de arbitragem válida, não haverá o deslocamento da controvérsia da jurisdição estatal para a jurisdição privada.

O STJ, analisando um pedido de homologação de sentença estrangeira, asseverou que as duas espécies de convenção de arbitragem, que são a cláusula

sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

¹⁵ Lei nº 9.307/1996.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

compromissória e o compromisso arbitral, originam o processo arbitral, pois nos referidos ajustes as partes aquiescem que eventual conflito relativo ao contrato firmado será submetido ao juízo arbitral.

O referido julgado esclareceu que a diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória tem o objetivo de submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato, como se verifica no teor da ementa (BRASIL, 2007):

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS. LEI 9.307/96 E RESOLUÇÃO 9/2005 DO STJ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. EXISTÊNCIA. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ANÁLISE DE CONTROVÉRSIA DECORRENTE DO CONTRATO. JUÍZO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. MÉRITO DA DECISÃO ARBITRAL. ANÁLISE NO STJ. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM PÚBLICA. PRECEDENTES DO STF E STJ.

1. As regras para a homologação da sentença arbitral estrangeira encontram-se elencadas na Lei nº 9.307/96, mais especificamente no seu capítulo VI e na Resolução nº 9/2005 do STJ.

2. As duas espécies de convenção de arbitragem, quais sejam, a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, dão origem a processo arbitral, porquanto em ambos ajustes as partes convencionam submeter a um juízo arbitral eventuais divergências relativas ao cumprimento do contrato celebrado.

3. A diferença entre as duas formas de ajuste consiste no fato de que, enquanto o compromisso arbitral se destina a submeter ao juízo arbitral uma controvérsia concreta já surgida entre as partes, a cláusula compromissória objetiva submeter a processo arbitral apenas questões indeterminadas e futuras, que possam surgir no decorrer da execução do contrato.

4. Devidamente observado o procedimento previsto nas regras do Tribunal Arbitral eleito pelos contratantes, não há falar em qualquer vício que macule o provimento arbitral.

5. O mérito da sentença estrangeira não pode ser apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ato homologatório restringe-se à análise dos seus requisitos formais. Precedentes do STF e do STJ.

6. Pedido de homologação deferido.

Em relação à Administração Pública, pode-se afirmar que as duas espécies de convenção de arbitragem (cláusula compromissória e compromisso arbitral) podem ser aplicadas sem maiores controvérsias.

A existência de cláusula compromissória nos contratos administrativos a serem celebrados reforça a compreensão de que a Administração Pública está optando claramente pela utilização da arbitragem como método de solução de conflitos.

Já os contratos administrativos que foram firmados sem a existência de cláusula compromissória, podem ter os eventuais conflitos submetidos ao juízo arbitral mediante a celebração de compromisso arbitral.

Além disso, a instauração da jurisdição estatal para resolver litígios decorrentes de contrato administrativo não impede que seja celebrado compromisso arbitral para que o conflito seja dirimido pelo juízo arbitral e, conseqüentemente, ocorra a extinção do processo judicial.

Por oportuno, convém destacar que a alternativa adotada de utilizar a arbitragem pela Administração Pública para solucionar conflitos de interesses, amplamente amparada pelo sistema jurídico brasileiro, delineando a atual política pública, tem relevância prática significativa, visto que foi a opção seguida pelo legislador de conferir prevalência à competência do tribunal arbitral, em detrimento da jurisdição estatal, para processar e julgar os litígios.

A eleição da arbitragem como forma de resolução de conflitos tem como consequência o estabelecimento da competência do juízo arbitral para dirimir eventual controvérsia sobre a existência, a validade ou a eficácia da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem, haja vista a aplicação do princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz), estabelecido no art. 8º, Parágrafo único, da LAB (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

A respeito do princípio da competência-competência, Carlos Alberto Carmona afirma que compete ao juízo arbitral decidir sobre sua própria competência, apreciando as impugnações que surjam acerca de sua capacidade de julgar, da extensão de seus poderes, da arbitrabilidade da controvérsia, avaliando, portanto, a eficácia e a extensão dos poderes que as partes outorgaram por meio de cláusula compromissória ou compromisso arbitral (CARMONA, 2009).

O juízo arbitral deverá decidir o assunto de ofício ou mesmo por provocação das partes interessadas, devendo ser declarada a sua competência ou incompetência para resolver a controvérsia advinda.

Assim, o árbitro tem independência e preferência cronológica para avaliar sobre a sua competência, sendo, portanto, prematura a judicialização da controvérsia antes da existência de decisão arbitral sobre a definição da sua atribuição para processar e julgar a controvérsia.

O CPC estabelece no art. 337, inciso X, e no art. 485, inciso VII, que a parte interessada deve alegar, em sede de contestação, a existência de convenção de arbitragem e que é atribuição do juiz estatal acolher a alegação ou reconhecer que já houve apreciação da competência pelo juízo arbitral e extinguir o processo sem julgamento de mérito¹⁶¹⁷.

É possível constatar que a regra da competência-competência possui efeito positivo à medida que compete ao juízo arbitral avaliar sua competência para dirimir o conflito, ao passo que o efeito negativo decorre de que o juízo estatal não pode se manifestar antes que haja pronunciamento no processo arbitral.

O STJ, no julgamento do REsp 1717677/PR, já se manifestou expressamente sobre a aplicação do princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz), sendo esclarecido que a legislação sobre arbitragem estabelece uma precedência temporal do juízo arbitral para solucionar a controvérsia e eventual submissão do caso concreto à apreciação do Poder Judiciário somente poderá ser realizada após a edição de sentença arbitral (BRASIL, 2019)¹⁸¹⁹:

¹⁶ Lei nº 13.105/2015.

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

(...)

X - convenção de arbitragem;

¹⁷ Lei nº 13.105/2015.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

(...)

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

¹⁸ O princípio da competência-competência (Kompetenz-Kompetenz) possui relevância singular no processo arbitral em razão de afastar a controvérsia da jurisdição estatal, quando o conflito for relacionado à existência, à validade e eficácia da cláusula compromissória ou da convenção de arbitragem, visto que compete ao juízo arbitral examinar sua própria competência.

É preciso observar, assim, a regra da Kompetenzkompetenz do juízo arbitral: é do juízo arbitral a competência para examinar a sua própria competência.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Jus Podivum, 2017, p. 727.

¹⁹ A respeito do princípio da competência-competência, cumpre destacar que a Lei nº 9307/96 está em consonância com a Lei Modelo da UNCITRAL, como se verifica da leitura dos arts.8º e 16.

AUSTRIA, Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, 1985, com emendas adotadas em 2006, Organizações das Nações Unidas – ONU, 2020. Disponível em: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration>.

RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO. SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO QUE ACOLHE ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA ARBITRAL. POSSIBILIDADE.

1. Ação ajuizada em 22/10/2012. Recursos especiais interpostos em 22/03/2017 e 25/04/2017 e atribuídos a este gabinete em 30/01/2018.

2. O propósito recursal consiste em determinar: (i) se a execução de obrigação constante em contrato com cláusula compromissória pode ser suspensa ou se deve ser extinta, sem julgamento do mérito; e (ii) se o Poder Judiciário pode se manifestar em embargos à execução nessa mesma circunstância.

3. A legislação brasileira sobre arbitragem estabelece uma precedência temporal ao procedimento arbitral, permitindo que seja franqueado o acesso ao Poder Judiciário somente após a edição de sentença arbitral. Precedentes.

4. No âmbito do direito processual civil, a principal consequência do princípio competência-competência é a necessária extinção do feito que houver sido proposto com fundamento no contra de desconstituição de sociedade em conta de participação.

5. Não há como reconhecer a incompetência do Poder Judiciário para a apreciação dos embargos à execução opostos pela recorrente FMM, pois, na hipótese, era o instrumento processual à sua disposição para se contrapor à execução iniciada pela recorrente CITTÁ, inclusive para arguir ao Poder

6. Não há como reconhecer a incompetência do Poder Judiciário para a apreciação dos embargos à execução opostos pela recorrente FMM, pois, na hipótese, era o instrumento processual à sua disposição para se contrapor à execução iniciada pela recorrente CITTÁ, inclusive para arguir ao Poder Judiciário a existência de cláusula compromissória.

7. Recurso especial de FMM conhecido e provido.

8. Recurso especial adesivo de CITTÁ conhecido e desprovido.
(Grifo do autor)

Em outro julgamento, no AgInt no AREsp 976.218/SP, o STJ afirma que a jurisprudência do Tribunal orienta, com fundamento no princípio da competência-competência, que qualquer discussão relativa à validade, eficácia ou extensão da cláusula compromissória deve ser submetida, primeiramente, ao juízo arbitral, com o escopo de evitar a judicialização desnecessária de questões que devem ser submetidas ao processo arbitral (BRASIL, 2019):

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
RECURSO INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DO CPC/73. AÇÃO

DECLARATÓRIA DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE, CUMULADA COM APURAÇÃO DE HAVERES. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO SOCIAL. DEFINIÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE.

DISCUSSÃO QUANTO A EFICÁCIA DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Aplicabilidade do NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. A jurisprudência desta Corte, com fundamento no princípio da competência-competência, orienta que qualquer discussão relativa a validade, eficácia e extensão da cláusula compromissória deve ser submetida, em primeiro lugar, ao próprio árbitro. Isso como forma de evitar a judicialização prematura de questões que bem poderiam ser solucionadas na instância arbitral.

3. Diz-se que a cláusula compromissória é cheia quando indica a forma para a instituição da arbitragem ou se reporta, desde o início, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Diz-se que é aberta quando não há acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem. Inteligência dos arts. 4º e 5º da Lei nº 9.307/96.

4. O fato de a cláusula compromissória ser do tipo aberta não constitui empecilho ao estabelecimento da competência do Juízo arbitral.

5. O reconhecimento da competência do Juízo arbitral não pode ser mitigado ou flexibilizado em nome dos princípios da celeridade e da efetividade processual.

6. Em virtude do não provimento do presente recurso, e da anterior advertência em relação a incidência do NCPC, incide ao caso a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do NCPC, no percentual de 3% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º daquele artigo de lei.

7. Agravo interno não provido, com aplicação de multa. (Grifo do autor)

As referidas decisões judiciais, emanadas pelo STJ, sobre a prevalência temporal do juízo arbitral sobre o juízo estatal possuem relevância significativa na medida em que demonstram o estabelecimento e aceitação de limites à atuação do Poder Judiciário quando as próprias partes elegerem a via arbitral como método de solução de conflitos.

É necessário esclarecer, ainda, que eventual ilegalidade da decisão emitida pelo juízo arbitral acerca de sua competência pode ser objeto de questionamento na seara judicial, nas hipóteses previstas nos arts. 32 c/c 33 da LAB²⁰.

1.7. Adequação do processo arbitral ao regime jurídico de Direito Público

A partir da abordagem acima apresentada, que demonstra entendimentos já consolidados na seara doutrinária, legal e jurisprudencial sobre a arbitragem, é necessário esclarecer que a evolução do entendimento de diversos institutos jurídicos permitiu a formação da atual compreensão da utilização do referido método de solução de conflitos pela Administração Pública.

A análise do “Caso Lage”, julgado pelo STF, e do caso da Companhia São Paulo Railway, enfrentado à época pela Consultoria-Geral da República, por meio de parecer de Temistocles Brandão Cavalcânti, evidenciam, por exemplo, a construção do entendimento formado ao longo do tempo sobre a possibilidade de utilização ou não da arbitragem pela Administração Pública, o que, hodiernamente, é entendimento pacífico, inclusive no STJ, que é o guardião da legislação federal²¹.

Pode-se afirmar também que a compreensão sobre a natureza jurídica segue a mesma lógica na medida em que, atualmente, o posicionamento majoritário é de

²⁰ Lei nº 9.307/1996.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nula a convenção de arbitragem; (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

~~V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;~~ (Revogado pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

²¹ Constituição Federal de 1988.

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;

b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

considerar a arbitragem como possuindo caráter jurisdicional, tendo em vista as disposições existentes no arcabouço legal atual. Contudo, já prevaleceu o entendimento do caráter privatista.

A opção pela utilização das regras de julgamento baseada unicamente no direito, quando a Administração Pública figure como parte, não sendo, portanto, aplicáveis regras de equidade, demonstra a opção consciente do legislador ordinário em delimitar a autonomia da vontade, tendo em vista as peculiaridades que norteiam as entidades públicas, máxime o princípio constitucional da legalidade.

A impossibilidade legal de submeter de forma indiscriminada toda e qualquer controvérsia ao juízo arbitral configura a opção legal pela restrição de matéria (arbitrabilidade objetiva), haja vista a necessidade de observância do significado e alcance da expressão interesse público (MORREIRA NETO, 1997)²².

Não obstante o reconhecimento da relevância da arbitragem como meio de resolução de conflitos, estando inserido, inclusive, no sistema da justiça multiportas, a opção pela sua aplicação em conflitos relacionados à Administração Pública requer a criação de rearranjo exigido pelo regime jurídico de Direito Público, como ocorreu, por exemplo, com a edição da Lei nº Lei nº 13.129/2015.

A necessidade da adaptação da arbitragem ao regime jurídico de Direito Público advém do seu formato que é expressão da autonomia da vontade e fundado no pressuposto de que é lícito aos particulares agir em conformidade com seu interesse, desde que não haja proibição legal, ao passo que a Administração Pública só é facultada agir nos termos estabelecidos pelo sistema jurídico.

Com efeito e para ser utilizada como método de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, a arbitragem deve observar o regime jurídico-normativo a que se encontra vinculada, inclusive no tocante à sistemática de cumprimento da sentença arbitral pela Administração Pública, que será enfrentada posteriormente.

²² Convém lembrar que a disponibilidade do interesse ou o direito patrimonial disponível identifica as matérias que podem ser submetidas à arbitragem. No Direito Administrativo, ramo regido pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, é necessário avaliar se o interesse público é classificado como primário ou secundário, sendo os primeiros disponíveis e o regime público é indispensável e os segundos têm natureza instrumental, resolvendo-se em relações patrimoniais, e, por isso, são disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime, como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

MORREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997.

Deste modo, a abordagem dos tópicos anteriores demonstra a relevância de avaliar os institutos que envolvem a arbitragem no contexto do regime jurídico seguido pela Administração Pública, tendo em vista a efetividade que deve nortear o referido método de solução de conflitos.

A relevância de conferir harmonia na aplicação da arbitragem pela Administração Pública está atrelada à obrigatoriedade de conferir confiança, previsibilidade e segurança jurídica nas regras que deverão ser seguidas no processo arbitral.

Assim, o estabelecimento e consolidação da arbitragem como política pública requer o debate e o aperfeiçoamento de diversos institutos jurídicos, como os que foram abordados alhures neste primeiro capítulo e que se encontram de certa maneira pacificados.

1.8. Análise de casos concretos

1.8.1. Cumprimento de decisão arbitral pela Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)

Não obstante a ampla utilização da cláusula arbitral nos contratos de concessão de serviço público, como foi mencionado anteriormente, verifica-se que ainda são raras as decisões arbitrais condenatórias proferidas em face da Administração Pública Federal, direta ou indireta.

Contudo, a disseminação na utilização da arbitragem pela Administração Pública como método de resolução de conflitos conduz à intelecção de que haverá um exponencial crescimento das decisões arbitrais, inclusive aquelas que tratam da condenação de entidade pública à obrigação de pagar.

Diante desse contexto, é imperioso analisar a decisão condenatória proferida pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, que apreciou e julgou controvérsia existente entre a Newfield Brasil Ltda e a ANP.

O processo arbitral foi instaurado com fundamento na cláusula compromissória prevista no Contrato de Concessão nº 48.610.00912150/2002, cujo objeto do acordo era a exploração e produção de petróleo e gás natural, entre a ANP, como concedente, e a Newfield, como concessionária.

A Newfield Brasil Ltda solicitou a instauração do processo arbitral, alegando, para tanto, que ficou impedida de executar o citado Contrato de Concessão em razão de ato praticado pela própria Administração Pública, motivo pelo qual solicitou rescisão do contrato e condenação da ANP no pagamento de justa indenização, referente aos seguintes pontos: i) valores incorridos para obter a concessão na área; ii) gastos com taxas ou obrigações contratuais de todo gênero; iii) despesas administrativas, operacionais e não operacionais relacionadas à área de exploração e ao licenciamento ambiental pertinente; iv) lucros cessantes decorrentes da impossibilidade de explorar a área.

O Tribunal Arbitral decidiu que a extinção do contrato de concessão ocorreu por motivo de força maior, sem culpa de qualquer das partes, a ANP foi condenada apenas a restituir à Newfield Brasil Ltda as quantias pagas por esta a título de Bônus de Assinatura e à Taxa de Ocupação ou Retenção. Foi julgado improcedente o pedido da Newfield Brasil Ltda de que a ANP fosse condenada a ressarcir danos emergentes e lucros cessantes.

A ANP foi condenada ao pagamento em favor da Newfield Brasil Ltda da importância de US\$ 240.000,00.

Após o encerramento do processo arbitral, havendo a formação do título executivo judicial, correspondente à sentença arbitral, foi ajuizada demanda judicial na Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no mês de abril de 2009.

O referido Processo Judicial de nº 0009665-56.2009.4.02.5101 (Proc. Judicial nº 0019013-98.2009.4.02.5101/RJ), tramitou na 16ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, uma vez que a ANP possui sede naquele estado e é considerada para todos os fins como uma autarquia federal.

Nos autos do Processo Judicial nº 0019013-98.2009.4.02.5101/RJ, que tratava da ação de embargos à execução proposta pela ANP em face da Newfield Brasil Ltda, foi firmado acordo entre as partes, havendo a devida homologação judicial, cabendo à citada Agência Reguladora o pagamento de R\$ 5.380.910,45, com valores atualizados até março de 2012.

No mês de agosto de 2012, o Juízo da 16ª Vara Federal do Rio de Janeiro determinou a expedição de precatório, com a finalidade de que houvesse o pagamento da quantia anteriormente mencionada em favor da Newfield Brasil Ltda. E, no final do ano de 2014, os autos do Processo Judicial foram arquivados em razão

do adimplemento da dívida e, conseqüentemente, houve a extinção da execução (Proc. Judicial nº 0019013-98.2009.4.02.5101/RJ).

Depreende-se do caso concreto acima citado que houve o transcurso de aproximadamente 5 (cinco) anos entre a propositura da ação de execução do título executivo, consubstanciada na decisão arbitral, e o pagamento da dívida por meio de precatório.

1.8.2. Cumprimento de decisão arbitral internacional - Comissão mista Brasil e Argentina (COMAB)

Além do cumprimento da sentença arbitral relacionada à ANP e à Newfield Brasil Ltda, cumpre citar a homologação pelo STJ da sentença arbitral estrangeira proferida pelo Tribunal Arbitral Nacional, em 17 de junho de 2010, em face da Comissão Mista Argentino-brasileira (COMAB).

Em razão da necessidade da construção de uma ponte sobre o Rio Uruguai foi criada uma Comissão Mista entre a República Federativa do Brasil e a Argentina, que detinha competência para organizar e conduzir a licitação pública para a realização da obra.

Houve a celebração de um contrato internacional de concessão de obra pública entre a citada Comissão, que era denominada de COMAB, e entidades privadas. Posteriormente, foi instaurado procedimento arbitral para realizar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do citado contrato de concessão.

A Corte Arbitral, em 17 de junho de 2010, proferiu decisão no sentido de condenar a COMAB na quantia de R\$ 9.590.328,35 e de R\$ 16.796.201,83, correspondente aos juros de mora devidos, em favor da Mercovia S.A, que representava um consórcio de entidades privadas.

A citada decisão arbitral internacional foi submetida ao processo de homologação de sentença estrangeira perante o STJ, no SEC 10.432/EX, havendo o acolhimento do pedido, como se verifica da decisão consubstancia na seguinte ementa (BRASIL, 2015):

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA.
ARBITRAGEM. POSSIBILIDADE.
INEXISTÊNCIA DE OFENSA À SOBERANIA NACIONAL OU À
ORDEM PÚBLICA.

ARGUIÇÕES DE ILEGITIMIDADE. NÃO CABIMENTO NO PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO. REQUISITOS PREENCHIDOS. HOMOLOGAÇÃO DEFERIDA.

1. Restaram atendidos os requisitos regimentais, com a constatação da regularidade da citação para procedimento arbitral instaurado em conformidade com convenção de arbitragem firmada entre as partes em contrato comercial. A sentença, comprovadamente transitada em julgado, foi autenticada pela autoridade consular brasileira e traduzida por profissional juramentado no Brasil, com o preenchimento das demais formalidades legais.
2. As arguições propostas pela Requerida não têm lugar no presente requerimento de homologação de sentença estrangeira, mas no próprio âmbito de processamento da sentença arbitral.
3. Ademais, a COMAB possui personalidade jurídica internacional, sendo a parte legítima apontada pela República Federativa do Brasil e República da Argentina para figurar em demandas judiciais levadas aos Tribunais Arbitrais.
4. Pedido de homologação deferido. Condenação da Requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Após a homologação da decisão arbitral estrangeira pelo STJ, a Mercovia S.A requer ao Juízo Federal, em junho de 2017, o cumprimento da obrigação de pagar fixada no título executivo, como se verifica no andamento processual existente no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Processo Judicial Nº 5001272-76.2017.4.04.7120/RS).

O Juízo da 1ª Vara Federal de Santiago/RS deferiu o ingresso da União no polo passivo da demanda judicial em que a Mercovia S/A requer, em face da COMAB, o pagamento do montante de R\$ 42.568.293,92, atualizado até setembro de 2019.

Após analisar os argumentos apresentados, o Juízo Federal asseverou que as obrigações assumidas pelo Estado Brasileiro, por meio da COMAB, devem ser suportadas pela União, ainda que a citada Comissão possua personalidade jurídica própria, sendo determinada a expedição de precatório.

Verifica-se, ainda, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já incluiu o precatório na proposta orçamentária do ano de 2021, cuja previsão de pagamento é no mês de dezembro do ano de 2021, como consta das informações existentes no sítio eletrônico do referido Tribunal (Processo Judicial - Precatório Nº 5021860-85.2020.4.04.9388).

Constata-se, portanto, que a quitação da dívida fixada na decisão arbitral estrangeira, que foi homologada pelo STJ, deverá ser quitada por precatório em intervalo de tempo superior a 4 anos, após o ingresso da ação de execução.

CAPÍTULO 2

2. A ARBITRAGEM COMO PROGRAMA DE AÇÃO GOVERNAMENTAL

No segundo capítulo, demonstra-se que a adoção da arbitragem pela Administração está presente em diversos contratos administrativos, representando a atual política pública adotada com o objetivo de atrair a realização de investimentos pelo setor privado em áreas relacionadas à prestação de serviço público²³.

²³ A abordagem realizada no capítulo 2 possui informações relacionadas a artigo jurídico publicado em conjunto com outros professores do CEUB.

BORBA, João Paulo Santos; PÁDUA, Thiago Aguiar de; GUEDES, Jefferson Carús. A previsão de utilização da arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura como expressão da política pública. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; ARAÚJO, José Henrique

2.1. A adoção da arbitragem como expressão da política pública

Na acepção ampla, o conceito de “política pública” está relacionado à fixação de metas públicas conscientes ou programas de ação governamental voltados à coordenação dos meios à disposição do Estado e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, inclusive na prestação de serviços e na atuação normativa, reguladora e de fomento (GRAU, 2003).

Segundo Eros Roberto Grau, a expressão “políticas públicas” pode ser utilizada para designar todas as atuações do Estado, abarcando todas as formas de intervenção do poder público na vida social (GRAU, 2003).

A partir do conceito acima citado e da Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei nº 9.307/1996 (LAB), tem-se que a faculdade conferida à Administração Pública de utilizar a arbitragem para dirimir conflitos, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, representa uma opção política adotada na utilização de meios alternativos de solução de controvérsias.

Por sua vez, a Lei nº 11.196/2005, que incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987/1995, e a Lei nº 11.079/2004, editadas há mais de 15 (quinze) anos, já indicava a citada escolha e demonstra a criação de normas reguladoras para o setor de concessões de serviços públicos no sentido de utilizar a arbitragem para dirimir litígios relativos a contratos administrativos firmados sobre o assunto.

Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 13.129/2015, verificava-se na prática dos negócios, cada vez mais frequentemente, a previsão da utilização da arbitragem em contratos de concessão nas áreas de energia elétrica, telecomunicações, transporte aquaviário e rodoviário, gás e petróleo. Aliás, muitos negócios só são perfeitos quando incluída uma cláusula compromissória prevendo a possibilidade de solução arbitral para equacionar eventual conflito (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016).

É pacífica a possibilidade de prestação de serviço público ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. E tudo o que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, o que demonstra a opção

consciente do legislador na escolha do referido método de resolução de conflitos (SUNDFELD; CÂMARA, 2008).

Especificamente, no setor de infraestrutura, a escolha pelo citado método de solução alternativa de conflitos pode ser verificada na edição do Decreto nº 10.025/2019, que dispõe sobre a arbitragem, no âmbito do setor portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, para dirimir litígios que envolvam a União ou as entidades da administração pública federal e concessionários, subconcessionários, permissionários, arrendatários, autorizatários ou operadores portuários.

Com isso, não subsiste dúvida sobre a atual escolha realizada pelo Poder Público, inclusive com amplo amparo legal, em empregar o referido meio alternativo de solução de conflitos, em substituição à jurisdição estatal, para solucionar litígios oriundos de contratos administrativos relacionados ao setor de infraestrutura de transportes.

A existência de previsão normativa expressa na lei das parcerias público-privadas sobre a possibilidade de utilização de arbitragem como método de solução de conflitos demonstra que se pretende conferir maior estabilidade, com menos surpresas advindas do exercício unilateral das prerrogativas estatais e o incremento da atividade cooperante. Além disso, o atual contexto de atuação conjunta entre os setores público e privado é fundado no consenso das partes para a escolha da via a ser utilizada para a composição de conflitos, assim como para a definição de julgadores e das balizas internas a serem seguidas no procedimento arbitral (TALAMINI, 2005).

A respeito dos contratos administrativos da área de infraestrutura, vale citar os argumentos apresentados por Eugênia Cristina Cleto Marolla, que são no sentido de que a celebração de contratos de grandes obras de infraestrutura requer a existência de ambiente técnico-jurídico adequado para solucionar controvérsias e atrair, também, empresas e investidores internacionais. Portanto, a opção da arbitragem nas concessões de serviços públicos representa parte do programa de ação governamental para execução de empreendimentos vultosos, os quais são necessários para o desenvolvimento do país (MAROLLA, 2016).

Nesse mesmo sentido, Gustavo Justino de Oliveira e Guilherme Baptista Schwarstmann defendem que a arbitragem, como política pública, constitui o mecanismo preferencial para dirimir conflitos no âmbito do direito da infraestrutura e

que o seu emprego deve ser potencializado pela Administração Pública, como se verifica da conclusão apresentada no artigo intitulado de “Arbitragem público-privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral” (OLIVEIRA; SCHWARSTMANN, 2015):

O presente artigo procurou traçar um panorama contemporâneo da arbitragem público-privada no Brasil, demonstrando que a arbitragem vem sendo adotada pela Administração Pública como política pública nas diferentes esferas estatais. O emprego cada vez mais recorrente da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias em contratos públicos demanda um estudo aprofundado da relação entre a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral.

(...)

Conforme apontado, a complexidade que envolve a participação da Administração Pública na arbitragem importa em maiores cuidados em todas as fases do procedimento arbitral. O regime jurídico de direito público e a necessidade de transparência na atividade estatal devem ser cuidadosamente considerados pelos árbitros e instituições arbitrais, evitando reações adversas dos órgãos de controle e sociedade.

Trata-se de um fenômeno que envolve uma série de adaptações normativas e institucionais, que se encontram em curso, conforme exposto neste artigo. Assim, conquanto não seja possível prever o nível de adequação das normas e entidades às arbitragens público-privadas no curto prazo, é certo que, em longo prazo, esta espécie de arbitragem deverá ser manejada com a mesma naturalidade que hoje se sucedem as arbitragens comerciais comuns. Ainda, embora se reconheça que a arbitragem público-privada não se qualifique como a panaceia para os males experimentados pelos contratos administrativos, não há dúvidas que o instituto tem muito a contribuir para o desenvolvimento das relações público-privadas e para o fortalecimento da segurança jurídica e da eficiência desses contratos.

A clara demonstração da utilização da arbitragem como política governamental pode ser vislumbrada nos contratos de concessão firmados pela ANAC e pela ANTT, que possuem cláusula arbitral, como será abordado posteriormente de forma mais detalhada.

Os contratos administrativos de concessão de serviço público, firmados com entidades privadas e a ANATEL ou a ANP, também, possuem cláusula arbitral.

Cumprе lembrar que o investimento financeiro efetuado pelo setor privado no setor de infraestrutura, inclusive na área de transporte terrestre e de aviação civil ou

de telecomunicações ou de petróleo e gás, é realizado de forma voluntária pelo investidor que espera rentabilidade e segurança jurídica, notadamente no que se refere à solução dos conflitos que decorrem naturalmente.

Com efeito, a adoção da cláusula arbitral nos contratos administrativos do setor de infraestrutura permite atrair o maior número de interessados, sendo a arbitragem um fator que estimula o interesse privado na participação dos respectivos certames, visto que o referido método alternativo de resolução de conflitos permite que as controvérsias sejam dirimidas por especialistas na matéria e, também, com a celeridade almejada pelo mercado (OLIVEIRA; SCHWARSTMANN, 2015).

A opção pelo método ortodoxo da jurisdição estatal pode não equalizar de forma satisfatória o conflito relacionado a contratos administrativos de concessão de serviço público e o decurso de tempo excessivo para resolução definitiva do litígio pode ser um fator que cause afastamento de potenciais interessados do setor privado em investir no setor de infraestrutura, o que evidencia a relevância da escolha da arbitragem, como política pública, para resolver conflitos relacionados a determinados contratos administrativos (NALINI, 2017).

O procedimento arbitral favorece a celeridade na superação de conflitos, superando a delonga do rito judicial e beneficiando a dinâmica própria das relações econômicas, que a Administração Pública venha assumir com o objetivo de atender o interesse coletivo (TÁCITO, 1997).

No entanto, a utilização pela Administração Pública do referido método de solução alternativa de conflito resulta na abdicação do tradicional modelo da jurisdição estatal, e confere significativa competência aos árbitros escolhidos para dirimir o litígio, na medida em que será aplicado o princípio da competência-competência, previsto no art. 8º da LAB, que será abordado mais adiante (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Logo, diversas questões serão decididas exclusivamente pelos árbitros, dentre elas: i) existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória; ii) competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros.

Havendo vedação expressa no CPC para que o juiz estatal não aprecie sequer o mérito da questão enfrentada no processo arbitral²⁴, tornando imutável a questão

²⁴ Lei Nº 13.105/2015.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

decidida pelo árbitro, o que demonstra a relevância prática da política pública de utilização da arbitragem nos contratos administrativos do setor de infraestrutura (DIDIER JÚNIOR, 2017).

Assim, a opção da Administração Pública Federal na utilização de cláusula arbitral nos contratos administrativos de concessão de serviço público reflete a atual política pública setorial adotada na resolução de controvérsias dali advindas, sendo certo que a opção visa fomentar o setor de infraestrutura, especialmente nos empreendimentos qualificados como de relevância nacional, na medida em que pode atrair um maior número de interessados do setor privado em investir nesse segmento.

2.2. A cláusula arbitral nos contratos de concessão de serviço público no setor de infraestrutura

Como abordado no tópico anterior, as cláusulas arbitrais, existentes nos contratos administrativos, notadamente nas concessões de serviços públicos, corroboram de forma evidente que a arbitragem reflete a atual política pública, demonstrando a sua relevância no sistema jurídico brasileiro.

A realização de grandes obras de infraestrutura, que são imprescindíveis para o crescimento econômico do país e para o aprimoramento dos serviços públicos, necessita de aportes vultosos de capital, porém a Administração Pública não possui recursos financeiros disponíveis, pelo que é necessário garantir segurança jurídica para que o setor privado realize os investimentos tão necessários para o desenvolvimento (MAROLLA, 2016).

Com efeito, o Poder Público, no exercício da função regulatória, deve, também, viabilizar a adoção de um sistema alternativo de resolução de disputas, que permita a redução de riscos e custos transacionais, motivo pelo qual a arbitragem possui relevância singular, nesse contexto, tendo em vista a celeridade, a informalidade procedimental e a especialização dos julgadores, que são características desse método de resolução de conflitos (ARAGÃO, 2017).

Portanto, a utilização da arbitragem para dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos relacionados à área de infraestrutura demonstra-se relevante no

(...)

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

sentido de que potencializa o número de interessados na consecução do objeto, preservando, dessa forma, o princípio constitucional da eficiência e da economicidade²⁵.

O emprego efetivo da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública Federal, especialmente os de longo prazo, já pode ser verificado em contratos administrativos firmados pelo Poder Público.

Os contratos de concessão firmados, atualmente, pela ANAC já possuem cláusula arbitral, prevendo a possibilidade de submeter à arbitragem eventual litígio decorrente do contrato administrativo, desde que seja relacionado a direito patrimonial disponível ²⁶.

Nesse mesmo sentido, a ANTT estabelece, nos contratos de concessão, a arbitragem como meio de resolução de conflitos²⁷.

²⁵ No campo das atividades estatais delegadas à iniciativa privada, entre as quais os monopólios públicos (petróleo, gás natural, mineração e energia nuclear – arts. 176 e 177, CF), tais restrições podem ainda afastar potenciais investidores, violando o princípio da competitividade, inculcado inclusive no art. 3º da Lei de Licitações, pelo qual o Estado deve tomar todas as medidas possíveis para ampliar o número de competidores em suas licitações, com o que malferiria também os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Em ambos os casos, a obstrução da via arbitral implicaria o aumento dos custos ou a redução dos ganhos administrativos – o que violaria também o princípio constitucional da eficiência.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem no Direito Administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>.

²⁶ As cláusulas abaixo transcritas estão previstas na minuta padrão de contrato de concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos integrantes dos blocos nordeste, centro-oeste e sudeste.

2.1. O objeto do presente contrato é a Concessão dos serviços públicos para a ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária dos Complexos Aeroportuários integrantes dos Blocos Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, a serem implementadas em fases:

(...)

17.5 Serão definitivamente resolvidos por arbitragem, observadas as disposições da presente seção e da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, todos os litígios havidos entre as partes relativos a direitos patrimoniais disponíveis, exclusivamente decorrentes do Contrato de Concessão ou a ele relacionados, relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim definidos nos termos da Lei n.º 13.448/2017, verificados durante a execução ou após a extinção do contrato, após decisão definitiva da autoridade competente, ressalvadas matérias especificadas em ato regulamentar superveniente.

(...)

Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf#page66>>.

²⁷ As cláusulas abaixo transcritas estão previstas na minuta padrão de contrato de concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros.

4 Objeto do Contrato

4.1 O objeto do presente Contrato é a concessão do Serviço Ferroviário na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas, incluindo a operação, manutenção e conservação do TAV Rio de Janeiro - Campinas, precedida do fornecimento e montagem da proteção acústica, dos Sistemas, do material rodante e dos equipamentos de manutenção (“Concessão”), no prazo e nas condições estabelecidos no presente instrumento e em seus Anexos.

(...)

43 Arbitragem

Apesar de não estar enquadrado na área de infraestrutura, é imperioso citar que os contratos de concessão firmados pela ANATEL e pela ANP possuem cláusula arbitral, estabelecendo assim o juízo arbitral como competente para dirimir determinados conflitos advindos do respectivo contrato administrativo²⁸²⁹.

Nos citados contratos administrativos, a cláusula arbitral demonstra o compromisso das partes em submeter à arbitragem os conflitos que, porventura, possam surgir do cumprimento ou interpretação das relações jurídicas estabelecidas por contrato, como estabelece o art. 4º da LAB.

Por disposição legal (art. 8º da LAB), a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato de modo que mesmo ocorrendo nulidade ou outros vícios contratuais não implica, necessariamente, em nulidade da cláusula arbitral.

Já o compromisso arbitral é a convenção bilateral pela qual as partes renunciam à jurisdição estatal e se obrigam a se submeter ao conflito existente aos árbitros escolhidos pelas próprias partes.

O compromisso arbitral pode ser judicial, quando é realizada após o ajuizamento de uma demanda judicial, celebra-se, então, por termo nos autos do Processo Judicial em que tramitar. Pode ser, também, extrajudicial, se não houver demanda judicial. Não havendo processo judicial, será celebrado compromisso arbitral

43.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia ou disputa entre elas oriunda ou relacionada ao Contrato ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, que não tenha ou não possa ser resolvida de forma amigável por meio de negociações de boa-fé conduzidas entre as Partes ou por meio da Comissão Técnica de que trata a Cláusula 42 acima, e que não se refiram a questões econômico-financeiras relacionadas ao Contrato. Agência Nacional Transporte Terrestre – ANTT. Disponível em: <http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.html>.

²⁸ Capítulo XXXIII - Da Arbitragem

Cláusula 33.1. Os eventuais conflitos que possam surgir em matéria da aplicação e interpretação das normas da concessão serão resolvidos pela Anatel no exercício da sua função de órgão regulador conforme prescrito nos art. 8º e 19 da Lei n.º 9.472, de 1997, bem como no seu Regimento Interno, podendo a Concessionária recorrer ao procedimento de arbitragem disposto no presente Capítulo exclusivamente quando inconformada com a decisão da Anatel relativa às seguintes matérias:

Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?null&filtro=1&documentoPath=Telefonia_Fixa/stfc/contratos/401667-CC_LOCAL_S10.pdf>.

²⁹ Arbitragem

34.5. Após o procedimento previsto no parágrafo 34.2, caso uma das Partes considere que inexistem condições para uma solução amigável de disputa ou controvérsia a que se refere tal parágrafo, poderá submeter tal questão a arbitragem ad hoc, utilizando como parâmetro as regras estabelecidas no Regulamento de Arbitragem (Arbitration Rules) da United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL e em consonância com os seguintes preceitos:

(...)

Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round14/edital/modelo_contrato_r14_vfinal.pdf>.

por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e por duas testemunhas (art. 9º, §§ 1º e 2º, da LAB).

Destaque-se, ainda, que o art. 8º, Parágrafo único, da LAB, estabelece o princípio da competência-competência, cujo teor é no sentido de determinar a primazia do juízo em detrimento da jurisdição estatal para resolver controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória³⁰.

Assim, a opção pela utilização da arbitragem pela Administração Pública permite que os árbitros possuam poderes para instruir e julgar os conflitos dali decorrentes em substituição ao juiz estatal, o que evidencia a relevância na inserção da cláusula arbitral nos contratos administrativos.

Vale esclarecer que, mesmo não havendo cláusula arbitral no contrato administrativo, é factível que a Administração Pública firme compromisso arbitral de forma posterior à celebração contratual, podendo ocorrer após o ajuizamento de demanda judicial ou extrajudicialmente.

A título exemplificativo, vale citar a disputa envolvendo o Grupo Libra e a Companhia Docas do Estado de São Paulo (CODESP), que foi dirimido por meio de procedimento arbitral conduzido pelo Centro de Arbitragem e Mediação Brasil – Canadá (Cam-CCBC).

O litígio versava sobre o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo firmado pela CODESP, cujo objeto era o arrendamento de um terminal no Porto de Santos (CONJUR, 2019).

A decisão arbitral determinou que o Grupo Libra pague à CODESP o valor de R\$ 2,7 bilhões, em razão do cumprimento de obrigações previstas no contrato de arrendamento dos terminais do Porto de Santos, uma vez que não houve o pagamento integral das tarifas portuárias (CONJUR, 2019).

É importante mencionar que o conflito foi inicialmente discutido no âmbito da jurisdição estatal e, posteriormente, por anuência das partes, o litígio foi submetido à arbitragem.

³⁰ Lei nº 9.307/1996.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Com efeito e à luz das normas existentes, é possível sustentar que a utilização da cláusula arbitral nos contratos administrativos relacionados ao setor de infraestrutura constitui reflexo do direcionamento da política pública para atrair investidores nos projetos relacionados à respectiva área, como será abordado no tópico seguinte.

2.3. A utilização da arbitragem como fator de atração de investimentos

Como foi destacado anteriormente, a inserção de cláusula arbitral nos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, inclusive na concessão de serviço público, representa a política pública adotada para atrair investimentos e potencializar o número de interessados na participação de certames públicos, o que permite obter maiores chances de escolher a entidade com maior capacidade para consecução do objeto a ser contratado.

No cenário de escassez de recursos públicos orçamentários para a execução de projetos de altos custos, em que existe um grave déficit de projetos estruturantes em áreas como transportes, saneamento básico e saúde, as parcerias entre autoridades públicas, empresas e investidores do setor privado são imprescindíveis para a implementação de projetos de infraestrutura (OLIVEIRA, 2005).

A atração de recursos privados torna-se relevante, sendo indispensável para que haja o crescimento expressivo do setor de infraestrutura, o qual é indispensável para o desenvolvimento do Brasil e para que haja o tão almejado avanço econômico e social.

Em artigo publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), cujo título faz referência aos investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes, é destacado, dentre outros aspectos, que a infraestrutura ineficiente representa um entrave ao crescimento e desenvolvimento econômico brasileiro. O investimento público em infraestrutura é baixíssimo, cabendo ao setor privado suprir essa deficiência. Além disso, merece destaque que a atração de investimentos privados está relacionada à qualidade regulatória do país (ROCHA, 2017):

A infraestrutura inadequada é atualmente uma das principais barreiras ao crescimento e ao desenvolvimento econômico brasileiro. O país não conseguiu, a despeito de diversos programas nacionais ao longo do tempo, aumentar substancialmente sua taxa de investimento,

tampouco melhorar a sua qualidade, resultando em uma lacuna significativa, tanto medida em termos de estoque de capital físico quanto pela percepção qualitativa do serviço.

Nos emergentes de rápido crescimento, especialmente na Ásia, o padrão de investimento público em infraestrutura tem sido da ordem de 5% a 7% do produto interno bruto (PIB). Em contrapartida, no Brasil, assim como em muitos países em desenvolvimento, esse tipo de investimento sequer alcança 2% do PIB.

Os dados divulgados pela Infraestrutura da América Latina (InfraLatam) em 2019 revelam que, na última década, a média de investimentos públicos em infraestrutura no Brasil foi de 0,75% do PIB, ficando abaixo de seus pares latino-americanos – Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, México, Peru e Uruguai (...)

Segundo a base de dados Participação Privada em Infraestrutura (PPI) do Banco Mundial (PPI, 2018), o setor privado supriu de certa forma essa lacuna, sem, no entanto, compensar o declínio do investimento público (gráfico 2). Setor público e privado, juntos, responderam por 1,84% do PIB na média anual do período 2008-2018. Nesse patamar, segundo relatório do Banco Mundial elaborado por Raiser et al. (2017), o investimento total em infraestrutura sequer cobre os próprios custos de depreciação e manutenção dos ativos, estimados em 2,41% do PIB, ficando muito aquém dos níveis requeridos de 4,25% do PIB apenas para manter os atuais níveis de acesso e qualidade da infraestrutura, levando em consideração o aumento da demanda, conforme as diversas estimativas apresentadas na tabela 1.

(...)

As atuais incertezas relacionadas à pandemia global, com as respectivas implicações sobre expectativas de depressão econômica, e o conseqüente aumento da aversão ao risco podem limitar ainda mais a oferta de financiamento. O debate atual, portanto, recai sobre as recomendações de políticas públicas necessárias para estimular uma maior e melhor participação privada no investimento em infraestrutura. Nesse contexto, a melhoria das características institucionais e regulatórias do país será particularmente importante nos próximos anos.

(...)

A pesquisa abrange dezoito economias emergentes – Argentina, Brasil, China, Chile, Colômbia, Índia, Indonésia, Malásia, México, Paquistão, Peru, Filipinas, Rússia, África do Sul, Tailândia, Turquia, Uruguai e Vietnã – que representaram cerca de 89% do fluxo de investimento privado no período para os emergentes, totalizando US\$ 1,3 trilhão e 4.480 projetos segundo a base de dados. O modelo proposto apresentou resultados significativos e com o sinal esperado. Quanto melhor o ranking de qualidade regulatória do país, maior o volume de investimento e o número de projetos com participação privada em infraestrutura. Verificamos ainda que a importância do ambiente regulatório para alocação do capital privado em infraestrutura aumentou após a crise financeira de 2008, indicando uma quebra estrutural na dinâmica dos investidores em direção a uma melhor qualidade regulatória. O resultado é robusto para diversas especificações e características institucionais adicionadas ao modelo.

Portanto, o setor privado possui relevância significativa na expansão do setor de infraestrutura, sendo necessária a criação um ambiente favorável e atrativo para os investimentos nacionais e estrangeiros.

A política de atração de recursos financeiros pode também ser constatada na celebração de diversos tratados bilaterais de investimento pelo Brasil com outros países, como está consta nas informações oferecidas pela própria UNCTAD³¹.

Constata-se nos referidos tratados bilaterais que existe a previsão expressa para utilização da arbitragem como forma de solução de controvérsias sobre investimento, como se verifica, por exemplo, no Acordo de Cooperação e Facilitação de investimento entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia³².

Tanto no âmbito internacional quanto na perspectiva doméstica, constata-se que a opção pela utilização da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública Federal, especialmente os de longo prazo.

A prevalência da autonomia da vontade na escolha do instrumento de solução de controvérsias torna a arbitragem, pelas características que são inerentes, uma opção do próprio setor privado para proteção dos seus investimentos.

Logo, em face da necessidade de atrair investimentos para a realização de grandes empreendimentos, principalmente de infraestrutura, que são importantes para o desenvolvimento econômico do país, assim como para a melhoria do serviço público ofertado³³, a arbitragem está sendo disseminada na atividade negocial desenvolvida pela Administração Pública.

³¹ Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD (sigla, em inglês), 2020. Disponível em: < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>>.

³² Segue abaixo trecho do Acordo de Cooperação e facilitação de investimento entre a República Federativa do Brasil e a República da Índia.

(...)

Controvérsias entre as Partes

19.1 Qualquer disputa entre as Partes que não tenha sido resolvida depois de ter sido submetida ao Procedimento de Prevenção de Disputas poderá ser submetida por qualquer das Partes a um Tribunal Arbitral ad hoc, em conformidade com as disposições deste Artigo. Alternativamente, as Partes poderão decidir, de comum acordo, submeter a controvérsia a uma instituição permanente de arbitragem para a solução de controvérsias sobre investimento. A menos que as Partes decidam de outra forma, tal instituição aplicará as disposições desta Parte IV. 19.2 O objetivo da arbitragem é decidir sobre a interpretação deste Acordo ou sobre a observância por uma Parte dos termos do presente Acordo. Para maior certeza, o Tribunal Arbitral não concederá indenização.

Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD (sigla, em inglês), 2020. Disponível em: < <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>>.

³³ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 33/36.

Como destaca Nitish Monebhurrn, desde os anos 60, a maioria dos acordos de proteção dos investimentos estabelece a arbitragem entre investidores e Estados como instrumento de resolução de disputas. Portanto, se o investidor entende que os seus direitos protegidos pelo acordo aplicável foram descumpridos, é possível instaurar um tribunal arbitral para resolver o conflito (MONEBHURRUN, 2015).

A pesquisa realizada por Selma Ferreira Maria Lemes informa que o número de arbitragens em que a Administração Pública figurou como parte foi de 25, no ano de 2018. Já no ano de 2019, foram computadas 75 participações, o que corresponde a 17% de participação em todos os processos de arbitragem iniciados nas sete das oito das principais câmaras arbitrais do Brasil. Apenas no ano de 2019, a Câmara de Comércio Internacional – CCI teve 37 arbitragens com a Administração Pública, perfazendo R\$ 9,7 bilhões em disputa (CONJUR, 2021)³⁴.

Em razão da condição de receptor de investimentos estrangeiros, notadamente no que se refere ao setor de infraestrutura, que é necessário para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, é relevante a adequação e, se for o caso, aprimoramento do ordenamento jurídico sobre a arbitragem tendo como paradigma as normas editadas por organismos internacionais que tratam do comércio internacional.

Com efeito, a política pública direcionada para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, inclusive de concessão de serviço público relacionado à área de infraestrutura, deve ser fundada em legislação que esteja em sintonia com a Lei Modelo da UNCITRAL, a qual confere confiabilidade e segurança jurídica ao setor privado, potencializando os investimentos nacionais e estrangeiros, dinamizando, conseqüentemente, a atividade econômica do país.

A lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem, editada em 1985, influenciou e influencia a legislação interna de vários países, inclusive do Brasil, viabilizando, dessa forma, a construção de um desenvolvimento harmonioso das relações econômicas internacionais, assim como objetivando a solução justa e eficiente de litígios (LEMES, 1997).

³⁴ REDAÇÃO DA CONJUR. Participação do poder público em arbitragens triplicou entre 2018 e 2019. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico (ConJur)*. São Paulo, 09 JAN. 2021. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-09/participacao-poder-publico-arbitragens-triplicou-entre-2018-19>>.

A observância dos termos da Lei Modelo da UNCITRAL possui relevância para que o Brasil apresente maior confiabilidade no panorama internacional, no aspecto da segurança jurídica relacionada às questões da arbitragem.

A Lei Modelo da UNCITRAL é tão relevante que praticamente nenhum Estado que tenha atualizado seu sistema legislativo sobre arbitragem, após sua edição, deixou de observar as orientações ali presentes (DIZ; RIBEIRO, 2013).

Destarte, a necessidade da existência de um meio alternativo e eficiente para a solução de conflitos relacionados aos investimentos privados, nacionais e estrangeiros, torna a arbitragem um mecanismo de atração de recursos financeiros privados. Além disso, em face da necessidade de conferir segurança jurídica, aparece a necessidade de avaliar e aprimorar os dispositivos legais que disciplinam a execução da sentença arbitral, notadamente em face das entidades públicas.

CAPÍTULO 3

3. A EFETIVIDADE NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL

No terceiro capítulo, abordam-se questões alusivas à adoção da sistemática do precatório como forma de cumprimento da obrigação de pagar, fixada em título executivo judicial em face da Fazenda Pública, assim como é proposto o aprimoramento da legislação para conferir maior efetividade à fase de execução da decisão arbitral.

3.1. Execução de quantia certa em face da Fazenda Pública

Antes de analisar a forma de cumprimento da obrigação de pagar estabelecida na sentença arbitral condenatória, proferida em face de pessoa jurídica de direito público, cumpre-se lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, de forma peculiar, adota a sistemática do precatório como forma de pagamento de obrigação de pagar fixada por sentença judicial contra a Fazenda Pública³⁵.

A criação de procedimento específico para o pagamento do precatório decorre da necessidade de submissão da Administração Pública ao império da lei e em razão da unicidade de jurisdição no sistema brasileiro. A inaplicabilidade do sistema comum de execução, assim como a impenhorabilidade dos bens públicos e, também, a necessidade de definir a exata atuação do Poder Judiciário em confronto com o Poder Executivo embasam a necessidade do sistema do precatório (DANTAS, 1999).

Conforme explica Francisco Wildo Lacerda Dantas, o Brasil adotou o sistema do precatório requisitório como forma de submeter o Estado ao processo de execução. O referido método, que é criação exclusiva brasileira, caracteriza-se por ser uma execução indireta, sendo necessária a colaboração da própria pessoa jurídica de

³⁵ Na verdade, a palavra Fazenda Pública representa a personificação do Estado, abrangendo as pessoas jurídicas de direito público. No processo em que haja a presença de uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser designada, genericamente, de Fazenda Pública. A expressão Fazenda Pública é utilizada para designar as pessoas jurídicas de direito público que figurem em ações judiciais, mesmo que a demanda não verse sobre matéria estritamente fiscal ou financeira. Quando a legislação processual utiliza-se do termo Fazenda Pública está a referir-se à União, aos Estados, aos Municípios, ao Distrito Federal e às suas respectivas autarquias e fundações.
CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 2.

direito público para que haja o cumprimento da decisão judicial que fixa a obrigação de pagar (DANTAS, 1999).

Essa técnica resulta do fato de que os pagamentos realizados pela Administração Pública não de estar previstos no orçamento público. O precatório pode ser definido como a técnica brasileira que permite a execução contra a Fazenda Pública por visar compelir o Estado-devedor a incluir no seu orçamento a verba necessária ao pagamento do débito fixado em decisão judicial, para que seja adimplido o valor devido com obediência à ordem de apresentação das respectivas requisições (DANTAS, 2005).

Celso Agrícola Barbi esclarece que a utilização do precatório como forma de quitação de obrigação de pagar fixada em sentença judicial é peculiar ao sistema jurídico brasileiro, cuja origem remonta ao Direito Imperial, sendo instituído o critério cronológico como forma de obstar abusos e protecionismos³⁶.

Especificamente sobre o surgimento do precatório como instrumento relacionado à execução por quantia certa em face da Fazenda Pública, vale reproduzir o seguinte excerto de artigo produzido por Vladimir Souza Carvalho (CARVALHO, 1982):

Quando a organização do Estado era ainda um sonho embrionário, os conflitos de interesses só se verificavam entre particulares. O Estado não estava juridicamente estruturado, como um todo constitucional e administrativo, e, além do mais, era irresponsável.

Mesmo assim, exercia na tríplice divisão dos poderes papel de órgão investido na função jurisdicional, a aplicar justiça aos que batiam às portas de seus foros e tribunais. O Estado estava

³⁶(...) Milton Flars, em excelente estudo sobre o assunto, observa que pesquisas por ele feitas não lograram encontrar a técnica brasileira no precatório em nenhum outro país.

3. O precatório é antigo no Brasil, aparecendo no Direito Imperial e, segundo alguns, até mesmo nas Ordenações, fato que não logrei comprovar em rápida pesquisa.

O direito republicano o manteve, no Dec. 3.048, que regulou inicialmente a Justiça Federal. Os Códigos de Processo Civil estaduais seguiram aquele Decreto nos Estados.

4. A má regulamentação permitia abusos e protecionismo. A Constituição de 1934 evitou que isso perdurasse, introduzindo a ordem cronológica no pagamento, com o que mereceu correto elogio do Prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho: Mas ela só se referiu à Fazenda Federal.

O Código de Processo Civil de 1939 estendeu o sistema às demais Fazendas, o que foi mais um avanço.

A Constituição de 67 melhorou o tratamento, mandando incluir os créditos apresentados até o dia 1.º de julho no orçamento do ano seguinte.

A Constituição de 1988 melhorou um pouco, ao mandar atualizar os créditos naquela data e ao fixar o final do ano seguinte para o seu pagamento. Mas criou grave problema ao se referir de modo incompleto às execuções que se refiram a créditos de natureza alimentícia (art. 100 e seus dois parágrafos).

BARBI, Celso Agrícola. *O precatório na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais, v. 701, p. 17, mar. 1994.

incumbido de julgar e era apenas espectador das contendas humanas, aplicando ao fato passado o direito que achasse conveniente.

(...)

O resultado é que o Estado, antes Estado-Juiz, agora tornou-se, pelas necessidades administrativas, Estado-Parte, movendo ações no foro, ingressando em Juízo na defesa principalmente de seus interesses econômicos. Para ele, litigando sob a denominação de Fazenda Pública, preparou-se o terreno forense. Vários dispositivos vieram em seu socorro.

(...)

Apesar de tudo, a legislação foi lenta. Vestindo calça curta, não previu a hipótese da Fazenda Pública, no banco dos réus, compelida a pagar algo, vez que as contingências fizeram com que o Estado descesse do pedestal do seu planalto e, nas suas múltiplas atividades de administração pública, contraísse obrigações na esfera cível, como qualquer cidadão. Sujeito passivo da relação jurídica, tinha ele, como o cidadão comum, de satisfazer os débitos – contratuais ou aquilianos – contraídos. Ao Direito coube, como conquista de muitos séculos, a façanha de ter feito, em certos casos, o Estado de parte no processo, sendo acionado no foro a fim de satisfazer obrigações. A situação do Estado-Réu, do Estado sofrendo as pressões processuais que ele mesmo edita, do Estado citado para pagar, constituiu uma realidade tão extraordinária que os melhores processualistas do século passado – brasileiros e portugueses – não atinaram para o problema.

A cena realmente era inédita: o Estado, de joelhos, com seus passos limitados pela legislação que ele próprio criou, quedado ante o particular que o acionava civilmente, na cobrança e na perseguição de um crédito. Esgotados os recursos processuais, tinha de enfrentar o problema do pagamento do débito judicial. Seus bens eram/são impenhoráveis, eis o obstáculo. Sem a penhora, como resolver o problema?

A problemática mostrava claramente como a legislação andava desprevenida. A Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Cível, de ANTONIO JOAQUIM RIBAS, não trazia nenhum dispositivo regulando a matéria. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890 – que organizou a Justiça Federal -, também caiu na mesma omissão. A omissão do legislador, ou, pelo menos, o seu silêncio sepulcral, provocou o desinteresse da doutrina sobre o impasse surgido, que não foi devidamente enfrentado. Buscou-se, então, a solução na prática forense, na base da analogia. A ela coube a tarefa de criar o precatório, que a legislação mais tarde elevou à categoria sagrada de instituto constitucional. De um jeito ou de outro, o Estado teria de pagar o seu débito. O precatório era o instrumento idealizado para tal escopo, instituto jurídico que se plasmava pela essência direta da democracia do Direito.

Hodiernamente, o art. 100 e seguintes da CRFB disciplinam a sistemática própria para a realização de pagamento devido pela Fazenda Pública decorrente de sentença judiciária. A mencionada norma constitucional estabelece regramento específico para o adimplemento de créditos de natureza alimentícia, inclusive conferindo preferência para os débitos decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil.

Se os titulares dos débitos de natureza alimentícia, originários ou por sucessão hereditária, tiverem 60 (sessenta) anos de idade, forem portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os débitos de pequeno valor.

Além disso, o citado dispositivo constitucional excepciona a sistemática de precatório para o pagamento de obrigações definida em lei como de pequeno valor, que é quitada mediante requisição de pequeno valor.

Os arts. 534 e 535 do CPC estabelecem o cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública³⁷, sendo necessária a apresentação pelo exequente de demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, com os requisitos ali previstos.

³⁷ Lei nº 13.105/2015.

Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo:

- I - o nome completo e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente;
- II - o índice de correção monetária adotado;
- III - os juros aplicados e as respectivas taxas;
- IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;
- V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;
- VI - a especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados.

(...)

§ 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública.

Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:

- I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II - ilegitimidade de parte;
- III - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- IV - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes ao trânsito em julgado da sentença.

Há previsão legal para que a Administração Pública seja intimada na pessoa do seu representante judicial para, querendo, impugnar a execução no prazo de 30 (trinta) dias.

Se a sentença judiciária for condenatória ilíquida, será necessária realizar a sua liquidação para ser executada, nos termos dos arts. 509 a 510 do CPC³⁸, sendo esta realizada a partir de requerimento do credor ou do devedor.

A liquidação poderá ocorrer por arbitramento, quando for determinado pela sentença, quando foi acordado pelas partes ou mesmo em razão da natureza do objeto da liquidação, assim como pode ser pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Após a liquidação da decisão judicial, a Fazenda Pública é intimada para, se for o caso, apresentar impugnação, sendo defendido por Leonardo Carneiro Cunha que não é possível a realização do pagamento voluntário, em razão da necessidade de observância da sistemática da ordem cronológica do precatório fixada na CRFB (CUNHA, 2017).

O regramento acima abordado a respeito do procedimento para o adimplemento de obrigação de pagar fixada em sentença judicial contra ente público decorre do fato de que o ordenamento jurídico brasileiro determina que os bens públicos são, em geral, impenhoráveis e inalienáveis, motivo pelo qual não são aplicadas as regras próprias da execução por quantia certa, dentre elas a adoção de medidas expropriatórias para a satisfação de crédito ou que impõem a responsabilidade patrimonial (art. 789 do CPC³⁹).

³⁸ Lei nº 13.105/2015.

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

I - por arbitramento, quando determinado pela sentença, convencionado pelas partes ou exigido pela natureza do objeto da liquidação;

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

§ 1º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.

§ 2º Quando a apuração do valor depender apenas de cálculo aritmético, o credor poderá promover, desde logo, o cumprimento da sentença.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira.

§ 4º Na liquidação é vedado discutir de novo a lide ou modificar a sentença que a julgou.

Art. 510. Na liquidação por arbitramento, o juiz intimará as partes para a apresentação de pareceres ou documentos elucidativos, no prazo que fixar, e, caso não possa decidir de plano, nomeará perito, observando-se, no que couber, o procedimento da prova pericial.

³⁹ Lei nº 13.105/2015.

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Não existe, portanto, penhora, nem apropriação ou expropriação de bens para alienação judicial, com a finalidade de satisfazer o crédito executado, quando a devedora for a Fazenda Pública.

Assim, a execução contra a Fazenda Pública tem seu regime jurídico disciplinado pela CRFB, que estabelece ser necessária a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, para que seja cumprida a sentença condenatória de obrigação de pagar.

Cumprasseverar que os créditos de natureza alimentícia, compreendidos nessa categoria os decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado, estão submetidos ao regime de precatórios e possuem ordem cronológica preferencial em comparação aos créditos decorrentes de condenações de outra natureza, como afirma a Súmula nº 655 do STF (BRASIL, 2003):

Súmula nº 655

A exceção prevista no art. 100, *caput*, da Constituição, em favor dos créditos de natureza alimentícia, não dispensa a expedição de precatório, limitando-se a isentá-los da observância da ordem cronológica dos precatórios decorrentes de condenações de outra natureza.

A regra atual prevista no art. 100, § 2º e § 4º, da CRFB estabelece as seguintes preferências a serem observadas no cumprimento dos precatórios: i) credores alimentícios com 60 anos ou mais e os portadores de doença grave; ii) demais credores de verbas alimentícias (inclusive o saldo superveniente ao pagamento do teto previsto para os sexagenários e doentes; iii) e, por último, serão pagos todos os demais credores (THEODORO JÚNIOR, 2017).

A partir da interpretação do mandamento constitucional, previsto no art. 100 da CRFB, que estabelece a observância da ordem cronológica como requisito a ser seguido para o adimplemento de obrigação de pagar, entende-se que o objetivo precípuo do sistema de precatório é conferir isonomia aos credores no adimplemento das obrigações pecuniárias devidas pela Fazenda Pública, impedindo favorecimentos pessoais indevidos (NAKAMURA, 2016).

O comando existente no citado artigo constitucional, que visa impedir o protecionismo e favorecimento pessoal, reproduz, em sua essência, o disposto no art.

182 da Constituição Federal de 1934, que tinha como finalidade garantir que os agentes públicos observassem a regra que confere preferência jurídica a quem dispõe de precedência cronológica (“*prior in tempore, potior in jure*”)⁴⁰⁴¹⁴².

O plenário do STF, no julgamento da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 889173, destacou que a finalidade do regime constitucional de precatórios reside em dois objetivos essenciais, quais sejam, possibilitar aos entes federados o adequado planejamento orçamentário para a quitação de seus débitos e a submissão do poder público ao dever de respeitar a preferência jurídica de quem dispõe de precedência cronológica (BRASIL, 2018).

A respeito do assunto, vale transcrever o seguinte excerto do voto proferido pelo ministro Luiz Fux, relator do citado Recurso Extraordinário, que aborda a finalidade da adoção do regime de precatórios:

(...)

Extrai-se desses julgados a conclusão de que se nem o caráter alimentar do crédito contra a Fazenda Pública tem força suficiente a afastar o rito dos precatórios, com muito menos razão o teria a circunstância acidental de ser o crédito derivado de sentença concessiva de mandado de segurança. Saliente-se que a finalidade do regime constitucional de precatórios reside em dois objetivos essenciais, quais sejam, possibilitar aos entes federados o adequado planejamento orçamentário para a quitação de seus débitos e a submissão do Poder Público ao dever de respeitar a preferência jurídica de quem dispuser de precedência cronológica.

Infere-se, deste modo, que a adoção da sistemática de adimplemento de obrigação de pagar por precatório, visa garantir, por meio da observância da ordem cronológica, a isonomia no recebimento das dívidas pelos credores da Fazenda Pública, sendo certo que nem os créditos de natureza alimentar devidos pelo Poder Público afastam a aplicabilidade da sistemática de pagamento por meio de precatório.

⁴⁰ NAKAMURA, Idem.

⁴¹ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934).

Art 182 - Os pagamentos devidos pela Fazenda federal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legais.

Parágrafo único - Estes créditos serão consignados pelo Poder Executivo ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias ao cofre dos depósitos públicos. Cabe ao Presidente da Corte Suprema expedir as ordens de pagamento, dentro das forças do depósito, e, a requerimento do credor que alegar preterição da sua precedência, autorizar o seqüestro da quantia necessária para o satisfazer, depois de ouvido o Procurador-Geral da República.

⁴² STF, AP 503, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20/05/2010, Plenário, Dje de 31/01/2013.

Segundo Francisco Wildo Lacerda Dantas, o sistema de precatório deve ser mantido para que a Fazenda Pública seja submetida ao processo de execução, tendo em vista a necessidade de atender duas características básicas do ordenamento jurídico: i) a impenhorabilidade dos bens públicos; ii) a independência e harmonia dos poderes. Não obstante a defesa do referido sistema de execução, defende-se a necessidade do seu aperfeiçoamento, como, por exemplo, a possibilidade de haver a penhora de bens públicos dominicais, que são aqueles não afetados aos fins específicos do Estado, como ocorre no direito português (DANTAS, 2005).

A necessidade de serem adotadas medidas especiais para que se efetivem os pagamentos devidos pela Fazenda Pública decorre da inaplicabilidade do sistema comum em virtude da impenhorabilidade dos bens públicos e, também, em razão de que em tal situação entram em confronto Poderes da República, o que requer disciplina normativa em nível constitucional (GRECO FILHO, 1986).

Além disso, o estabelecimento puro e simples da penhorabilidade dos bens públicos colocaria em risco todo o sistema de atividade do serviço público, pelo que a forma mais adequada seria a realização do pagamento por via de dotação orçamentária. Assim, deve ser conferida a oportunidade ao Poder Executivo de escolher o projeto ou programa que deve ser sacrificado para o cumprimento da decisão judicial condenatória, pois o adimplemento da obrigação de pagar seria utilizado em outro serviço (GRECO FILHO, 1986).

O sistema de precatório prestigia a moralidade pública e a igualdade entre os credores do Estado, representando relevante conquista democrática. Contudo, a efetividade da execução contra a Fazenda Pública está diretamente relacionada à destinação de verbas públicas no orçamento, de modo que a inexistência de recurso financeiro ou mesmo a destinação diminuta de verba faz com que os credores tenham dificuldades na satisfação do seu crédito (BARROS, 1997)⁴³.

Antes da implantação da metodologia de pagamento pela sistemática do precatório, o adimplemento da dívida passiva, oriunda da execução das sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública, poderia ocorrer por determinação do

⁴³ Humberto Gomes de Barros, ministro aposentado do Superior Tribunal Justiça destaca ainda o seguinte: "(...) os pagamentos ocorrem na exata medida das verbas previstas no orçamento. Em não havendo verba, não ocorrerá pagamento. Se não há pagamento, menor será a despesa da Administração, no exercício. Como pagar dívida não dá placa, nem rende votos, os governantes, reduzem ao mínimo a previsão orçamentária, deixando os credores à míngua." BARROS, Humberto Gomes de. *Execução contra a Fazenda Pública*. Informativo Jurídico da Biblioteca Mio. Oscar Saraiva, v.9, 0.2, p.72-180, Jul/Dez.1997.

Presidente da República, de Ministro de Estado ou de outra autoridade administrativa, não havendo observância de ordem de preferência. Logo, o recebimento da importância pecuniária, reconhecida judicialmente, ocorria em conformidade com o prestígio que se tinha junto ao Poder Executivo e do Poder Legislativo, o que rendia ensejo a diversos abusos e da prática da advocacia administrativa (SILVA, 2010)⁴⁴.

No que se refere à aplicação do regime do precatório, é necessário esclarecer que não subsiste dúvida quanto à sua aplicação às pessoas jurídicas de direito público, como foi abordado alhures. Já em relação às pessoas jurídicas de direito privado, que integram a Administração Pública indireta, o STF, nos julgamentos do RE 892727 AgR, do RE 599628 e do RE 627242 AgR, manifestou-se no sentido de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista, que estão submetidas ao regime jurídico de direito privado e exercem atividade econômica de caráter concorrencial ou que tenham objetivo de distribuir lucro aos acionistas, nos termos do art. 173, §§ 1º, inciso II, e 2º, da CRFB, não se submetem ao regime constitucional dos precatórios, ao passo que as empresas estatais em que o capital social seja majoritariamente público e o serviço seja prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro estão submetidas à sistemática de pagamento de sentença judicial por meio de precatório (BRASIL, 2018; BRASIL, 2011).

Apesar de não haver disciplina expressa na CRFB, a obrigatoriedade da adoção da sistemática de precatório é dispensada para as pessoas jurídicas de direito privado que integram a Administração Pública indireta e atuam em regime de concorrência com as demais empresas privadas, como explica Humberto Theodoro Júnior:

(...)

O mesmo não acontece com as sociedades de economia mista e as empresas públicas organizadas pelo Poder Público para a prática de operações econômicas em concorrência com as empresas privadas. A essas, a Constituição manda aplicar o

⁴⁴ A abordagem apresentada por Américo Luís Martins da Silva demonstra a desorganização e as irregularidades no cumprimento de decisão judicial condenatória pela Fazenda Pública, antes da implementação da sistemática do precatório: "Portanto, até a vigência da Constituição Federal de 1934, os pagamentos devidos pela Fazenda Pública Federal realizados em função da condenação prevista em sentença judiciária processavam-se perante as autoridades administrativas federais (Ministério da Fazenda e do Tesouro Nacional), as quais as quais, por sua vez, enviavam ao Congresso Nacional a inclusão dos respectivos valores no Orçamento da União, a fim serem votados os créditos extraordinários necessários ao pagamento das dívidas judiciais. Tais pagamentos não obedeciam a nenhum critério de ordem, ou cronológico, motivo pelo qual se verificavam as mais variadas espécies de abusos."

SILVA, Américo Luís Martins da. *Precatório-requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p.73.

regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários (CF, art. 173, § 1º, II, com a redação da EC nº 19/1998). Logo, não se lhes aplica a execução especial dos arts. 534 e 910, devendo seus débitos serem exigidos em juízo no regime comum, ou seja, no regime de penhora e expropriação aplicável a qualquer devedor, conforme o caso. Permanecem, de outro lado, sujeitas ao regime especial dos arts. 534 e 910 as empresas públicas e sociedades de economia mista instituídas, não para exploração da atividade econômica própria das empresas privadas, mas para prestar serviço público da competência da União Federal, como é o caso da empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Empresas dessa natureza o STF equipara à Fazenda Pública, excluindo-as do alcance do art. 173, § 1º, da Constituição, e, no campo do processo, as submete ao regime executivo dos precatórios, por força do art. 100 da mesma lei fundamental.

Cite-se, ainda, o posicionamento firmado pelo STF, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral, RE 938837/SP, no sentido de que os conselhos de fiscalização profissional não se submetem ao regime de precatórios para pagamento de suas dívidas decorrentes de decisão judicial, não obstante possuírem natureza jurídica de pessoa jurídica de direito público, especificamente de autarquia (BRASIL, 2017).

Apesar de os conselhos de fiscalização profissional serem considerados autarquias especiais e estarem submetidos às regras constitucionais, como a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União e ao sistema de concurso público, não existe submissão às regras constitucionais sobre finanças públicas (art. 163 a 169 da CRFB), não sendo dotados de orçamento nem recebendo aportes financeiros da União, motivo pelo qual não podem ser enquadrados como Fazenda Pública e, logo, não devem observar o art. 100 da CRFB, como assevera a Corte Excelsa.

Diante da compreensão predominante de que a sistemática de precatório é indispensável para a quitação de obrigação de pagar fixada em decisão judicial, como se verifica da interpretação literal do art. 100 e ss. da CRFB e das decisões do STF, é relevante consignar o interessante posicionamento de Adilson Abreu Dallari, no artigo doutrinário intitulado: “Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública”.

O referido doutrinador sustenta que não existe proibição expressa à celebração de acordos pela Administração Pública e que a salvaguarda do interesse público ou a

sua melhor satisfação pode decorrer justamente da celebração do acordo. Destaca-se, ainda, que a execução coercitiva por meio do sistema de precatório não impede a adoção de soluções consensuais.

Dallari afirma que não faz sentido emperrar a Administração Pública na estrita aplicação da literalidade da lei, sendo necessária a busca pela forma mais eficiente do cumprimento da lei e deve-se buscar, dentre as soluções possíveis, a que melhor satisfaça o interesse público, como se verifica da transcrição da sua conclusão sobre o assunto (DALLARI, 2005):

Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para a efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento.

Se houver interesse público, pode a Fazenda Pública efetuar o pagamento de maneira voluntária, independentemente de constrição judicial. A execução judicial mediante a expedição de precatório somente se justifica se houver recusa no pagamento voluntário.

A realização de acordo judicial com um único determinado e específico credor não viola os princípios constitucionais da isonomia e da impessoalidade. Com efeito, tem-se por óbvio que o acordo judicial somente pode ser feito com o credor que for parte no respectivo processo. Não há possibilidade de estendê-lo, automaticamente e genericamente, a todos os outros credores, em outros processos, pois cada caso exige uma específica negociação. Entretanto, poderá se configurar uma violação dos mencionados princípios se a Administração já houver negado ou vier a negar igual tratamento a outros credores em situações análogas.

Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com propósito de favorecimento, ainda que disfarçado.

(...)

Em cada caso a regularidade da transação depende da demonstração cabal e objetiva da existência de interesse público e especialmente de vantagem para o erário tanto financeira quanto numa perspectiva mais ampla, econômica no tocante á realização de políticas públicas.

(...)

Nesse mesmo sentido, os argumentos apresentados por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara esclarecem que não existe regra que impeça a Administração

Pública de celebrar acordo com o particular, com a finalidade de resolver pendência que seja objeto de ação judicial. Caso o processo judicial esteja na fase de execução, é possível que a Administração Pública resolva a controvérsia por meio consensual, dispensando, assim, a expedição de precatório. A tramitação de demanda judicial ou a existência de execução não obsta a adoção de medidas conciliatórias (SUNDFELD; CÂMARA, 2010).

A respeito da celebração de acordos para resolver demanda judicial e a sua consonância com o princípio da impessoalidade e com a inexistência de violação do precatório como forma de pagamento de dívida judicial, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara afirmam o seguinte (SUNDFELD; CÂMARA, 2010):

Mas, em verdade, a celebração de acordo para resolver demandas judiciais não caracteriza, por si só, uma violação ao princípio da impessoalidade ou a qualquer regra jurídica que vise a assegurar a sua aplicação. Ao firmar um acordo para resolução de conflito levado ao Judiciário, a Administração, no mais das vezes, finda por reconhecer, integral ou parcialmente, direitos pleiteados por particular. Faz isso por decisão de índole administrativa, antes mesmo de expedida ordem de pagamento definitiva pelo Judiciário.

(...)

Não há razão para imaginar que o pagamento decorrente desse tipo de acordo deva obedecer ao regime geral de quitação de débitos previsto no caput do art. 100 da Constituição. A ordem cronológica ali referida aplica-se exclusivamente aos pagamentos que devam ser efetuados em virtude de precatórios. Acordo que venha a ser celebrado, judicial ou extrajudicialmente, antes de expedido precatório, produz um dever de pagamento por si só. Não é, portanto, pagamento a ser realizado em virtude de ordem judicial, na forma determinada pela Constituição.

(...)

O fato de existir ação judicial em fase de execução não impede a celebração de acordo e, por consequência, não implica que o pagamento oriundo desses pleitos deva ser sempre realizado por meio de precatório. O precatório é decorrência de uma etapa posterior do processo judicial de execução contra a Fazenda Pública. Antes de sua expedição, é factível que a Administração reconheça o direito do postulante e - ao invés de aguardar a ordem judicial de pagamento (precatório) - ponha fim ao litígio pela via administrativa, firmando acordo para quitação do débito. Enfim, a ordem cronológica é aplicável apenas aos créditos executados por força de precatório. Não se submetem a este sistema créditos de origem diversa, como são os derivados de

acordos firmados entre o Poder Público e particulares no curso de ação judicial, mesmo que em fase de execução.

Não obstante a prevalência do posicionamento a respeito da imprescindibilidade da sistemática de precatório para o adimplemento de obrigação de pagar fixada em sentença judicial, é inconteste que os argumentos citados por Adilson Abreu Dallari e também por Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara estão em sintonia com a perspectiva de que a Administração Pública deve atuar de forma dialógica e ser norteadada pela busca da consensualidade na gestão administrativa, como foi abordado alhures (FAIM FILHO, 2017).

Cita-se também a metodologia de cumprimento de decisão judicial no sistema jurídico federal americano, que, quando fixa condenação pecuniária em face da Fazenda Pública, é realizado mediante expedição de mandado de execução, sendo necessária, contudo, a prévia dotação orçamentária. Existe um Fundo Judicial, cuja dotação orçamentária é permanente e indefinida, que serve para o pagamento de condenações judiciais em que já houve o trânsito em julgado. Existe a possibilidade de se pagar condenações judiciais por outras dotações ou disposições legais. Os pagamentos realizados pelo referido Fundo Judicial só podem ser requeridos por oficiais autorizados de uma agência federal (FAIM FILHO, 2017).

O estudo realizado por Eurípedes Gomes Faim Filho informa que o requerimento eletrônico para o adimplemento da obrigação pecuniária estabelecida na decisão judicial em face da Fazenda Pública americana é efetuado em duas semanas. Se o pedido não for eletrônico, o intervalo de tempo é de quatro a seis semanas (FAIM FILHO, 2017).

O sistema jurídico da Espanha também não admite a penhora de bens públicos para a satisfação de créditos executados, determinando a inclusão automática no orçamento de todos os créditos necessários ao pagamento de débito judicialmente reconhecido no âmbito judicial. Além disso, existe a possibilidade de os credores terem o direito de realizar o sequestro de receitas públicas para concretizar o adimplemento dessas obrigações (FAIM FILHO, 2017).

3.2. Procedimento de cumprimento da sentença arbitral

A sentença arbitral pode ser compreendida como o ato do árbitro ou do tribunal arbitral que decide o conflito. Equipara-se à sentença judicial para todos os efeitos, podendo ser declaratória, constitutiva ou condenatória, mas jamais terá eficácia mandamental ou executiva, porquanto não representa expressão de *imperium* estatal (MARINONI, 2017).

O art. 31 da LAB, estabelece expressamente que a sentença arbitral condenatória possui os mesmos efeitos da sentença proferida por juiz investido da jurisdição estatal, constituindo, inclusive, título executivo⁴⁵.

A qualificação da sentença arbitral como título executivo judicial encontra-se prevista no art. 515, inciso VII, do CPC⁴⁶. Em razão da equivalência entre a sentença arbitral e a sentença estatal, é possível que a parte interessada promova a constituição de hipoteca judiciária, com base no art. 495 do CPC (CARMONA, 2019).

Logo, a sentença arbitral de cunho condenatório, se não for cumprida voluntariamente, permite a instauração de processo judicial de execução, sendo a referida decisão título executivo judicial.

Com base no princípio da lealdade processual, a parte condenada a obrigação de pagar quantia em dinheiro tem o dever de cumprir a determinação existente no título executivo judicial, depositando a respectiva quantia, sem opor obstáculo indevido à satisfação do credor (JÚNIOR NERY; NERY, 2015).

O cumprimento espontâneo da decisão arbitral, dispensando, portanto, o ingresso de ação judicial de título executivo, coaduna-se com a própria finalidade da obrigação voluntária assumida quando foi estipulada a convenção de arbitragem para submeter-se ao que for decidido pelo tribunal arbitral.

No entanto, se não houver o adimplemento espontâneo, o cumprimento da sentença arbitral seguirá o rito da execução por quantia certa, tramitando no juízo cível competente, podendo o exequente optar pelo juízo do domicílio do executado ou pelo

⁴⁵ Lei nº 9.307/1996.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

⁴⁶ Lei nº 13.105/2015.

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII - a sentença arbitral;

juízo onde estão localizados os bens sujeitos à expropriação, como prevê o art. 516, inciso III, Parágrafo único, do CPC⁴⁷.

O credor deve adotar as providências fixadas no art. 523 e ss. do CPC, que trata do cumprimento definitivo da sentença que reconhece a exigibilidade da obrigação de pagar quantia certa.

Se a sentença arbitral, embora condenatória, não tenha fixado o *quantum debeat*, o interessado deverá promover a liquidação de sentença, antes de ingressar o processo executivo, tendo em vista que o processo judicial é sincrético (NEVES, 2017).

Nesse sentido, o art. 515, § 1º, do CPC⁴⁸, estabelece que o devedor será citado para o cumprimento da sentença ou para liquidação no prazo de 15 (quinze) dias. Isto é, se houver uma condenação na sentença arbitral, referente ao cumprimento de obrigação ilíquida, é imprescindível que haja o incidente de liquidação de sentença, antes do início da atividade executiva (CÂMARA, 2017).

Nada obsta que a sentença arbitral se mostre ilíquida, embora seja preferível que o pronunciamento condenatório recaia em valor determinado pelo próprio Juízo Arbitral (ASSIS, 2013).

Em razão da opção do legislador ordinário na qualificação da sentença arbitral como título executivo judicial, afigura-se que as matérias passíveis de alegação, estabelecidas no art. 525 do CPC, têm sua amplitude reduzida em eventual impugnação, não podendo, por exemplo, ser reanalisado pelo juízo estatal, em sede de cumprimento de decisão, o que foi decidido pelo juízo arbitral (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA, 2017).

⁴⁷ Lei nº 13.105/2015

Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:

(...)

III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

⁴⁸ Lei nº 13.105/2015.

Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título:

(...)

VII - a sentença arbitral;

(...)

§ 1º Nos casos dos incisos VI a IX, o devedor será citado no juízo cível para o cumprimento da sentença ou para a liquidação no prazo de 15 (quinze) dias.

É possível sintetizar a fase inicial do cumprimento da sentença arbitral condenatória, nas seguintes etapas: i) iniciativa do credor para ingressar com demanda judicial; ii) citação do devedor para, no prazo de quinze dias, cumprir voluntariamente a sentença arbitral, sob pena de incidência da multa de dez por cento sobre o valor exequendo; iii) se não houver o cumprimento da determinação judicial, será expedido mandado de penhora e avaliação, assim como poderão ser adotadas as medidas expropriatórias necessárias para satisfação do crédito.

3.3. Cumprimento da sentença arbitral estrangeira

3.3.1. Distinção entre arbitragem doméstica e internacional

A LAB seguiu o sistema monista, porquanto a arbitragem doméstica (interna) e internacional são tratadas pelo mesmo conjunto de regras. Com efeito, a LAB, por meio de disciplina comum, regulamenta ambas as espécies de arbitragem⁴⁹⁵⁰.

Para distinguir as duas espécies de arbitragem pode-se utilizar o critério diferenciador do contrato nacional e internacional. O primeiro caracteriza-se pelo fato de as partes terem a residência no mesmo Estado e por estarem submetidas ao mesmo sistema legal (contrato nacional), ao passo que o segundo tem como peculiaridade o fato de as partes possuírem domicílios em diferentes países, existindo interconexão com mais de um sistema legal nacional (contrato internacional)⁵¹.

⁴⁹ Note-se que a Lei n. 9.307/1996 perfilha o sistema monista, regulando apenas a arbitragem doméstica (o que, aliás, não é nenhum demérito, mas opção legislativa), não tratando da arbitragem internacional. Define a Lei que a sentença será internacional quando tenha sido proferida fora do território nacional (art. 34, § único).

LEMES, Selma Maria Ferreira. *O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20STJ%20e%20o%20Rec.%20Sent.%20Arb.%20Estrangeira%20e%20a%20CNI.pdf>>.

⁵⁰ A menção acima apresentada sobre o sistema monista versa, tão somente, para esclarecer de que a LAB aplica-se à arbitragem realizada internamente, no âmbito do território brasileiro, assim como nas arbitragens internacionais, sendo essa a opção do legislador ordinário.

⁵¹ Arbitragem doméstica é aquela realizada no território nacional e/ou quando a sentença arbitral é aqui proferida.

(...)

Na outra forma de dispor sobre a arbitragem, denominada de sistema dualista, os Estados, além de regularem as arbitragens domésticas, também dispõem sobre as arbitragens internacionais realizadas em seus territórios. Para conceituar a arbitragem como internacional, os países adotam diversos critérios, tais como, que são internacionais as arbitragens entre pessoas jurídicas com domicílio em países diferentes, ou que o objeto do contrato seja referente ao comércio internacional.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem Doméstica e Arbitragem Internacional*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo27.pdf>>.

O art. 34, parágrafo único, da LAB, estabelece que a sentença arbitral estrangeira é a que tenha sido proferida fora do território nacional, ao passo que a decisão doméstica é a que foi proferida no Brasil, logicamente⁵².

A respeito da adoção do critério territorialista para definir se a sentença arbitral é estrangeira ou nacional, Carlos Alberto Carmona afirma que essa solução simplista e objetiva também foi adotada pela legislação espanhola sobre arbitragem, assim como é preconizada pela Convenção de Nova Iorque. Nesse mesmo sentido, a Lei Modelo da UNCITRAL privilegia a vontade das partes, permitindo-lhes estabelecer se uma arbitragem é ou não internacional (CARMONA, 2009).

Segundo o STJ, no Resp 1231554/RJ, a definição da internacionalidade ou não de sentença arbitral deve estar amparada na própria legislação nacional, sendo certo que o sistema jurídico brasileiro estabelece o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida para fins de reconhecimento, como dispõe o dispositivo legal acima mencionado (BRASIL, 2011):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL. NACIONALIDADE. DETERMINAÇÃO. CRITÉRIO TERRITORIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF.

1. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial.

2. A execução, para ser regular, deve estar amparada em título executivo idôneo, dentre os quais, prevê o art. 475-N a sentença arbitral (inciso IV) e a sentença estrangeira homologada pelo STJ (inciso VI).

3. A determinação da internacionalidade ou não de sentença arbitral, para fins de reconhecimento, ficou ao alvedrio das legislações nacionais, conforme o disposto no art. 1º da Convenção de Nova Iorque (1958), promulgada pelo Brasil, por meio do Decreto 4.311/02, razão pela qual se vislumbra no cenário internacional diferentes regulamentações jurídicas acerca do conceito de sentença arbitral estrangeira.

4. No ordenamento jurídico pátrio, elegeu-se o critério geográfico (*ius solis*) para determinação da nacionalidade das sentenças

⁵² Lei n 9.307/1996.

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

arbitrais, baseando-se exclusivamente no local onde a decisão for proferida (art. 34, parágrafo único, da Lei nº 9.307/96).

5. Na espécie, o fato de o requerimento para instauração do procedimento arbitral ter sido apresentado à Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional não tem o condão de alterar a nacionalidade dessa sentença, que permanece brasileira.

6. Sendo a sentença arbitral em comento de nacionalidade brasileira, constitui, nos termos dos arts. 475-N, IV, do CPC e 31 da Lei da Arbitragem, título executivo idôneo para embasar a ação de execução da qual o presente recurso especial se origina, razão pela qual é desnecessária a homologação por esta Corte.

7. Recurso especial provido para restabelecer a decisão proferida à e-STJ fl. 60.

O art. 31 da LAB determina que a decisão arbitral constitui título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos de sentença proferida pelo Poder Judiciário. O art. 515, inciso VII, do CPC, estabelece que a sentença arbitral é considerada título executivo judicial⁵³.

Em relação à decisão arbitral estrangeira, o art. 35 da LAB estabelece que é necessária a homologação do STJ para que haja o seu reconhecimento e execução.

Logo, apesar da adoção do sistema monista⁵⁴, a LAB confere tratamento distinto para o cumprimento da sentença arbitral prolatada no processo arbitral doméstico, com sede no território nacional, e para a decisão arbitral emanada no processo arbitral internacional, com sede no exterior.

Assim, pode-se afirmar que existe uma distinção prática significativa quanto ao cumprimento da decisão proferida na arbitragem internacional e doméstica (nacional), pois nesta a execução é direta em razão da sua natureza de título executivo judicial, ao passo que naquela é necessária a observância de procedimento de internalização da sentença arbitral estrangeira, que ocorre mediante homologação pelo STJ, constituindo pressuposto prévio para se tornar eficaz e exequível no território nacional.

⁵³ A qualificação da sentença arbitral como título executivo, conferida pela legislação brasileira, assim como a necessidade da instauração de processo judicial para dar cumprimento à decisão condenatória, não diverge do regramento apresentado pela Lei Modelo da UNCITRAL, como se verifica do art. 35. AUSTRIA, Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, 1985, com emendas adotadas em 2006, Organizações das Nações Unidas – ONU, 2020. Disponível em: <https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration>..

⁵⁴ Em nota de rodapé anterior, foi esclarecido que a menção acima apresentada sobre o sistema monista versa, tão somente, para esclarecer de que a LAB se aplica à arbitragem realizada internamente, no âmbito do território brasileiro, assim como nas arbitragens internacionais, sendo essa a opção do legislador ordinário.

3.3.2. Ratificação da convenção de Nova Iorque

Após a diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional, é importante abordar a ratificação pelo Brasil da Convenção de Nova Iorque, que trata da execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em 10 de junho de 1958, foi firmada, em Nova Iorque, a Convenção Internacional sobre o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, dispensando a homologação da sentença arbitral no país em que for realizada a execução, cuja vigência internacional foi iniciada em 07 de junho de 1959.

A referida Convenção Internacional foi relevante para o desenvolvimento da atividade econômica no âmbito internacional, na década de 1960. Atualmente, mais de 160 países são signatários da mencionada Convenção, sendo a norma internacional mais aplicada no âmbito do comércio externo (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Depois de mais de quarenta anos, foi editado, no Brasil, o Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002, e, posteriormente, o Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, que promulgou a Convenção de Nova Iorque, e conferiu ao citado ato internacional força obrigatória dentro do território nacional.

Porém, antes mesmo da sua ratificação pelo Brasil, no ano de 2002, a mencionada Convenção Internacional influenciou o sistema jurídico, como se verifica da leitura do capítulo VI da LAB, que trata do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras (WALD, 2003).

A referida Convenção de Nova Iorque também se aplica quando o Estado e os demais entes públicos forem partes da arbitragem, como se pode verificar da exegese do art. 1º, item 1, da Convenção (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

Não obstante a referida previsão na Convenção Internacional, que foi ratificada pelo Brasil no ano de 2002, a Lei nº 13.129/2015, acrescentou o §1º, no art. 1º, da LAB, disciplinando, expressamente, a possibilidade de a administração pública direta e indireta utilizar da arbitragem para dirimir conflitos⁵⁵.

⁵⁵ Cumpre lembrar que, antes da edição da Lei nº 13.129/2015, já existia previsão normativa para utilização da arbitragem pela Administração Pública em assuntos específicos: a Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, incluiu o art. 23-A na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, prevendo a possibilidade de o contrato de concessão estabelecer o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, havendo possibilidade expressa de

É imperioso esclarecer que a ratificação da Convenção de Nova Iorque não implicou na possibilidade de execução direta da sentença arbitral proferida em processo arbitral internacional, como foi abordado anteriormente.

O ordenamento jurídico brasileiro requer a homologação pelo STJ da sentença arbitral estrangeira para que se torne exequível no território nacional, sendo cogente a observância dos requisitos e procedimentos previstos na LAB, na Convenção de Nova Iorque e, também, no CPC.

A apresentação de demanda perante o STJ objetiva, a partir da verificação de determinados requisitos fixados pelo ordenamento positivo nacional, propiciar o reconhecimento de decisões estrangeiras pelo Estado brasileiro, com o objetivo de viabilizar a produção dos efeitos jurídicos que são inerentes a esses atos de conteúdo sentencial. Logo, o processo de homologação de sentença estrangeira reveste-se de caráter constitutivo e faz instaurar uma situação de contenciosidade limitada (GOMES, 2019).

Logo, a cognição judicial na homologação da sentença estrangeira, em regra, não adentra na relação jurídica de direito material que foi objeto da decisão arbitral estrangeira⁵⁶.

A homologação da sentença estrangeira é realizada com base no modelo de deliberação. De acordo com o referido sistema, o STJ respeita o juízo de valor apresentado na decisão submetida à homologação, não adentrando no seu mérito como requisito necessário para o fim de recepcioná-la, ou não, no sistema jurídico brasileiro. Não sendo admitido, deste modo, que seja realizado um novo julgamento ou que haja a revisão da decisão proferida no exterior (DECACHE, 2015).

O STJ, no julgamento da SEC 5.782/EX, emitiu decisão no sentido de que o procedimento homologatório não agrega eficácia à sentença arbitral estrangeira, mas, tão somente, libera a eficácia nela existente, internalizando seus efeitos no Brasil, sendo certo que a homologação da decisão não implica supressão de vícios existentes ou dar interpretação diversa à decisão do Estado estrangeiro (BRASIL, 2015):

utilização da arbitragem; a Lei nº 11.079, de 30 de novembro de 2005, estabelece a previsão de utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

⁵⁶ Cumpre esclarecer que é possível haver a recusa a homologação de sentença estrangeira pelo STJ, quando, por exemplo, houver inobservância de preceitos de ordem pública, ou nas hipóteses apresentadas no art. 38 e ss da Lei nº 9.307/1996.

QUESTÃO PRELIMINAR. DESPACHO QUE TORNA SEM EFEITO INTIMAÇÃO PARA JUNTADA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE CONTEÚDO DECISÓRIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A PARTE. OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO CABIMENTO.

1. Nos termos do artigo 504 do Código de Processo Civil não é cabível recurso contra despacho sem conteúdo decisório.

2. Na espécie, não se verifica ter o despacho embargado conteúdo decisório stricto sensu, pois simplesmente tornou sem efeito anterior intimação para juntada de documento aos autos.

3. Não há se falar em prejuízo à parte embargante na hipótese, porque, nos termos do artigo 216-D do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, a chancela consular é requisito de admissibilidade para homologação da sentença estrangeira, ponto que será apreciado quando do julgamento do pedido.

3. Embargos de declaração não conhecidos.

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. ARTIGO 34 DA LEI N. 9.307/1996. INCIDÊNCIA INICIAL DOS TRATADOS INTERNACIONAIS, COM EFICÁCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO.

APLICAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM NA AUSÊNCIA DESTES. LAUDO ARBITRAL ANULADO NO PAÍS DE ORIGEM, COM SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. JUÍZO DE DÉLIBAÇÃO. DESCABIMENTO DO EXAME DO MÉRITO DA SENTENÇA ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE DA ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL ESTRANGEIRA. INDEFERIMENTO DA PRETENSÃO HOMOLOGATÓRIA.

1. O artigo 34 da Lei n. 9.307/1996 determina que a sentença arbitral estrangeira será homologada no Brasil, inicialmente, de acordo com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e que, somente na ausência destes, incidirão os dispositivos da Lei de Arbitragem Brasileira.

2. No caso em exame, a sentença arbitral que se pretende homologar foi anulada judicialmente pelo Poder Judiciário Argentino, com decisão transitada em julgado.

3. A legislação aplicável à matéria Convenção de Nova York, Artigo V(1)(e) do Decreto n. 4.311/2002; Convenção do Panamá, Artigo 5(1)(e) do Decreto n. 1.902/1996); Lei de Arbitragem Brasileira, Artigo 38, inciso VI, da Lei n. 9.307/1996; e Protocolo de Las Leñas, Artigo 20(e) do Decreto n. 2.067/1996, todos internalizados no ordenamento jurídico brasileiro não deixa dúvidas quanto à imprescindibilidade da sentença estrangeira, arbitral ou não, ter transitado em julgado para ser homologada nesta Corte Superior, comungando a doutrina pátria do mesmo entendimento.

4. O Regimento Interno deste Sodalício prevê o atendimento do mencionado requisito para a homologação de sentença estrangeira, arbitral ou não, conforme se depreende do caput do artigo 216-D do RI/STJ.

5. O procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País, não servindo, pois, a homologação de sentença para retirar vícios ou dar interpretação diversa à decisão de Estado estrangeiro. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.

6. Na hipótese sob exame, sendo nulo na Argentina o presente laudo arbitral por causa de decisão judicial prolatada naquele País, com trânsito em julgado devidamente comprovado nos autos, nula é a sentença arbitral no Brasil que, por isso, não pode ser homologada.

7. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido. (Grifos do autor)

A referida Convenção de Nova Iorque instituiu padrões mínimos aceitáveis em relação à homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, inexistindo vedação para que cada país signatário adote regime próprio para o cumprimento, razão pela qual não existe divergência com as normas legais editadas pelo Brasil sobre o assunto.

O escopo precípua da Convenção de Nova Iorque é o sentido de conferir eficácia extraterritorial à sentença arbitral estrangeira, viabilizando o pleno cumprimento da decisão em qualquer país signatário, suprimindo embaraços desnecessários que obstaculizam a satisfação do direito de crédito.

Portanto, a citada Convenção Internacional potencializa a eficácia transnacional da sentença arbitral na medida em que viabiliza a circulação e aceitação no plano internacional das sentenças arbitrais (GOMES, 2019).

3.3.3. Execução da sentença arbitral estrangeira

Como foi abordado acima, a Convenção de Nova Iorque objetiva facilitar o cumprimento da sentença arbitral estrangeira na medida em que é possível a sua execução em qualquer país signatário da Convenção.

No mesmo sentido, as Organizações das Nações Unidas mediante a edição de texto modelo sobre arbitragem comercial internacional, denominado de Lei Modelo da UNCITRAL, visam harmonizar e aperfeiçoar a legislação interna dos países, inclusive na fase de execução (DIZ; RIBEIRO, 2013).

A legislação do Centro Internacional de Solução Disputas sobre Investimentos (CISDI) sobre o cumprimento da sentença arbitral é fundada nos mesmos fundamentos da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da UNCITRAL, no sentido de que não haja entrave desnecessário para o cumprimento da sentença arbitral.

No que concerne à legislação brasileira sobre arbitragem, vale lembrar que foi adotada a teoria monista, motivo pelo qual as regras legais previstas na LAB aplicam-se tanto à arbitragem doméstica quanto à arbitragem internacional.

Logo, é factível afirmar que a sistemática adotada para a execução da sentença arbitral doméstica e estrangeira é idêntica, inclusive quando versa sobre o cumprimento de obrigações de pagar por entidade estatal⁵⁷.

É imperioso lembrar que é imprescindível a prévia homologação pelo STJ da decisão arbitral estrangeira para que haja o seu reconhecimento e execução no âmbito da jurisdição estatal brasileira, como estabelece o art. 35 da LAB⁵⁸, com redação dada pela Lei nº 13.129/2015.

3.4. Cumprimento pela Fazenda Pública de sentença arbitral condenatória

A Lei nº 13.129/2015, que promoveu a alteração da LAB, normatizou a previsão de a Administração Pública utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim como as demais normas legais que tratam do assunto, não disciplinaram o procedimento a ser adotado para o adimplemento de obrigações de pagar fixada em sentença arbitral condenatória proferida em face de pessoa jurídica de direito público.

Há entendimentos doutrinários no sentido de que o cumprimento de sentença arbitral condenatória deve observar a sistemática do precatório, fixada no art. 100 da CRFB, assim como existem posicionamentos em sentido contrário, o que demonstra a existência de divergência sobre o assunto.

⁵⁷ Como já foi abordado anteriormente, a legislação brasileira requer a prévia homologação pelo STJ da sentença arbitral estrangeira para que seja iniciada a fase de execução, ao passo que a sentença arbitral doméstica não necessita de homologação para que seja iniciada a fase de execução.

⁵⁸ Lei nº 9.307/1996.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

Como é consabido, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a sistemática do precatório como meio de pagamento de obrigação de pagar fixada por sentença judicial contra a Fazenda Pública.

O art. 100 da CRFB prevê a observância da ordem cronológica como requisito a ser seguido para o adimplemento de obrigações de pagar, com o escopo de conferir isonomia aos credores no adimplemento das obrigações pecuniárias devidas pela Fazenda Pública, impedindo favorecimentos indevidos.

Pode-se afirmar que a adoção da sistemática de adimplemento de obrigação de pagar por precatório ou por requisição de pequeno valor visa garantir, por meio da observância da ordem cronológica, a isonomia no recebimento das dívidas pelos credores da Fazenda Pública (BORBA, 2020).

No que concerne ao cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública Federal, a LAB, que é a principal norma regulamentadora da arbitragem, não disciplina o assunto, sendo apenas estabelecido na referida Lei que a decisão arbitral é qualificada, para todos os efeitos, como título executivo judicial.

No nível infralegal, o Decreto nº 10.025/2019⁵⁹, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, determinou que a sentença arbitral que imponha pagamento pecuniário à União e suas autarquias será quitada mediante precatório ou requisição de pequeno valor (art. 15)⁶⁰.

No que se refere à doutrina brasileira, existe divergência sobre a (in)aplicabilidade da sistemática de precatório, apesar da prevalência do posicionamento de que deve ser seguido um regime de precatórios para o cumprimento de obrigação de pagar fixada na sentença arbitral.

O artigo escrito por escrito por Rafael Carvalho Rezende aborda a aplicabilidade do regime de precatório, asseverando que: “(...) a arbitragem revela

⁵⁹Decreto nº 10.025/2019.

(...)

Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

⁶⁰ Pela leitura do art. 19, § 3º, da Resolução Nº 5.845, de 14 de maio de 2019, publicada no Diário Oficial da União – DOU nº 94, de 17 de maio de 2019, editada pela ANTT, verifica-se que os valores devidos pela ANTT em razão de condenação em arbitragem serão quitados por meio de precatório judicial.

procedimento extrajudicial de solução de controvérsias, inexistindo, portanto, “sentença judiciária” (art. 100 da CRFB)” (OLIVEIRA, 2015).

O intervalo de tempo entre o procedimento de execução e a efetivação do adimplemento da obrigação de pagar por precatório pode eliminar a celeridade, que é característica marcante da arbitragem. Além disso, a incerteza jurídica criada sobre a utilização do sistema de precatório pode implicar na supressão das vantagens anunciadas para justificar sua utilização pela Administração Pública⁶¹.

O arcabouço normativo vigente não disciplina diretamente a possibilidade de que ocorra a satisfação da obrigação de pagar fixada em sentença arbitral, sem que haja a instauração de execução judicial. Apesar de que seria possível, em tese, o cumprimento voluntário da obrigação ali fixada⁶².

A possibilidade de pagamento voluntário da obrigação de pagar fixada na sentença arbitral coaduna-se com a compreensão de que não se deve engessar a Administração Pública na estrita interpretação literal da lei, cabendo ao intérprete e gestor administrativo a adoção da solução possível que melhor satisfaça o interesse público.

Além disso, o cumprimento voluntário da obrigação de pagar estabelecida na sentença arbitral encontra-se em sintonia com o princípio da lealdade processual, não opondo obstáculo indevido à satisfação do credor, sendo certo, ainda, que a opção pela submissão à arbitragem é voluntária e consensual, motivo pelo qual não existiria justificativa para postergar indevidamente a observância da determinação ali fixada.

É oportuno consignar que a Lei nº 11.079/2004, que trata da contratação da parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, instituiu o Fundo Garantidor, cujo objetivo é justamente assumir diretamente as obrigações pecuniárias devidas pelos entes públicos sem que seja necessária a submissão ao regime de precatórios⁶³⁶⁴.

⁶¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2016, p. 162-168.

⁶² Idem.

⁶³ FICHTNER, Idem.

⁶⁴ Lei nº 11.079/2004.

Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas - FGP que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.766, de 2012)

A respeito da constitucionalidade da Lei nº 11.079/2004, no que concerne à instituição do Fundo Garantidor e sua compatibilidade com o sistema de precatório (art. 16), Gustavo Binenbojm⁶⁵ sustenta que não existe vício de inconstitucionalidade na execução direta de bens e direitos do referido Fundo, porquanto seria legítimo ao Poder Público desafetar determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. O outro fundamento que legitima o Fundo Garantidor seria a possibilidade, prevista no art. 173, § 1º, inciso II, da CRFB, de ser criada uma empresa pública ou sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades), cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de parceria público-privada⁶⁶.

Deste modo, a criação de garantias especiais, como fundos garantidores, fiança bancária ou prestação de garantias reais, pode ser uma alternativa para que as decisões arbitrais condenatórias proferidas em face da Administração Pública sejam adimplidas sem a utilização da sistemática de precatórios, o que poderia potencializar os interesses dos investidores.

Em sentido oposto à inaplicabilidade da sistemática de precatório, Leonardo Carneiro Cunha aduz que: “(...)uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem.” (CUNHA, 2020).

José Antônio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luíz Monteiro, na obra Teoria Geral da Arbitragem, afirmam que a execução de sentença arbitral em face da Fazenda Pública deve seguir a sistemática do precatório. Apesar de o texto constitucional fazer referência ao termo **sentença judiciária**, o mandamento constitucional estatuído aplica-se ao cumprimento de obrigação de pagar estabelecida em sentença arbitral (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2019).

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

⁶⁵ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005.

⁶⁶ Existem entendimentos doutrinários que o Fundo Garantidor seria inconstitucional por violação do art. 100 e art. 165, § 9º, inciso II, da Constituição Federal, como sustentam Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Por sua vez, a constitucionalidade do citado Fundo é defendida por Alexandre Santos Aragão, José dos Santos Carvalho Filho, Carlos Ari Sunfeld, Gustavo Binenbojm e Rafael Carvalho Rezende Oliveira.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Já Bruno Lopes Megna sustenta a necessidade de adoção do precatório para cumprimento de sentença arbitral em face da Fazenda Pública, sob pena de caracterizar descumprimento do princípio da impessoalidade, por conferir tratamento privilegiado aos credores do citado título executivo em detrimento dos demais credores de sentença judicial, que estão na mesma situação de igualdade. Ademais, a dispensa do precatório ou da requisição de pequeno valor viola a legalidade orçamentária, posto que desrespeita a prévia programação legislativa das finanças públicas (MEGNA, 2019).

A análise realizada no artigo produzido por Luciano Benetti Timm, Thiago Tavares da Silva e Marcelo de Souza Richter sustenta que deve ser observada a sistemática dos precatórios para o adimplemento de obrigação de pagar fixada na sentença arbitral. Afirma-se, também, que o precatório pode constituir obstáculo para a disseminação da arbitragem envolvendo a Administração Pública, em face da delonga para quitação das dívidas por precatório (TIMM; SILVA; RICHTER, 2016):

É de conhecimento público e notório que grande parte dos municípios e estados brasileiros têm grande dificuldade para pagamento dos precatórios. O gráfico abaixo, conforme dados disponibilizados pelo Tesouro Nacional, informa os municípios do Estado de São Paulo mais endividados por precatórios e o prazo médio para quitação:

(...)

Em 10 estados brasileiros a dívida total com precatórios supera 10% da receita líquida corrente anual: Bahia: 10,2%; Paraná: 20,9%; Rio Grande do Sul: 18,9%; São Paulo: 14,3%; Rio de Janeiro: 11,7%; Distrito Federal: 28%. Pesquisa da GEFIN (Grupo dos Gestores de Finanças Estaduais) ligado ao Confaz (Conselho Nacional de Política Fazendária), afirma que Estados com estoques de precatórios que superam 10% da receita líquida terão dificuldade para quitação em 12 anos.

No caso da União, os precatórios são ingressados na previsão orçamentária da União até o dia 1.º de julho. Após a inclusão orçamentária, os precatórios costumam ser quitados nos meses de novembro do ano seguinte.

Este procedimento de execução via precatórios é um empecilho prático para a real efetividade dos litígios envolvendo a administração pública. É um incentivo negativo, pois, como visto, o tempo para pagamento das condenações dos Estados e Municípios pode demorar muito tempo.

O estudo realizado por Araken de Assis sobre as desvantagens do precatório afirma que os Estados-membros estão superendividados, acumulando dívidas que são, em alguns casos, impagáveis (ASSIS, 2017).

A obra escrita por Vicente Greco Filho, no ano de 1986, destacava que a sistemática de precatório, naquela época, já se mostrava ineficaz diante da alegação, especialmente das administrações estaduais e municipais, de que não há dinheiro para pagamento das condenações sem o sacrifício, por exemplo, do pagamento ao funcionalismo, razão pela qual deveria ser repensada a metodologia adotada, com a finalidade de preservar a efetividade da jurisdição, respeitando a justa medida no equilíbrio e harmonia dos Poderes (GRECO FILHO, 1986).

Enfatiza Adilson Abreu Dallari, em artigo anteriormente citado, escrito em 2005, que é fato público e notório a desmoralização da execução coercitiva contra a Fazenda Pública. A citada crise para honrar os compromissos decorrentes de condenações judiciais decorreu do crescimento paulatino de débitos no âmbito federal, estadual e municipal (DALLARI, 2005).

No mesmo sentido, o ex-ministro do STJ Sidnei Agostinho Beneti afirma que a CRFB estabeleceu o sistema complicado do precatório e inaugurou o expediente de parcelamentos que vem tornando praticamente inextinguível a execução contra a Fazenda Pública. Além disso, destaca-se que a insolvência administrativa não será resolvida transferindo-a ao Poder Judiciário, comparando-se o sistema de precatório ao Mito de Sísifo, que significa ter um trabalho rotineiro e interminável, não sendo produtivo (BENETI, 2005).

No ano de 2010, o Conselho da Justiça Federal (CJF) informou que o setor público deve R\$ 60 bilhões em precatórios. O presidente do CNJ à época, ministro Cesar Peluso, afirma que a irresponsabilidade vem sendo uma marca registrada no setor público, uma vez que já ocorreram três moratórias – em 1988 o setor público ganhou oito anos para o pagamento, em 2000 ganhou mais 10 anos, e em 2009 outros 15 anos – e nenhum dos prazos foi cumprido (BRASIL, 2010).

Após o decurso de 10 anos, no ano de 2020, um estudo elaborado pelo CNJ revela que a dívida total da União, dos estados e dos municípios com precatórios atingiu R\$ 97,3 bilhões (BRASIL, 2020)⁶⁷.

⁶⁷ **Dívida** – De acordo com relatório de Acompanhamento de Cumprimento de Decisão (Cumprdec), elaborado pelo conselheiro Fabiano Silveira (relator do Cumprdec), a dívida total da União, dos estados e dos municípios com precatórios até junho deste ano atingiu R\$ 97,3 bilhões. A maior dívida é dos

Já a relação entre o valor do orçamento total da União e a destinação de recursos para o pagamento de precatórios evidencia que, no período de 2016 a 2020, houve a destinação anual de menos de 1,20% do orçamento para pagamento de dívida judicial, como se constata na comparação das informações divulgadas pelo CJF e no Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União⁶⁸⁶⁹:

ANO	Orçamento total da União	Pagamentos realizados por dívida judicial	Percentual do valor pago por dívida judicial em relação ao orçamento total
2016	R\$ 2,95 trilhões	R\$ 27,1 bilhões	0,91%
2017	R\$ 3,41 trilhões	R\$ 28,9 bilhões	0,84%
2018	R\$ 3,51 trilhões	R\$ 32,9 bilhões	0,93%
2019	R\$ 3,26 trilhões	R\$ 37,2 bilhões	1,14%
2020	R\$ 3,58 trilhões	R\$ 31,7 bilhões	0,88%

Além da impossibilidade de pagamento de dívidas acumuladas por entidades públicas, convém lembrar a redação do art. 100, §§ 19 e 20, da CRFB, revela previsão de parcelamento e de financiamento da dívida fixada em sentença judicial e a ser paga pela sistemática de precatório, independente da anuência do credor, caso haja o comprometimento da receita líquida do ente público⁷⁰.

estados e alcança R\$ 52,7 bilhões nos tribunais federais, estaduais e trabalhistas. Só a dívida de São Paulo é de R\$ 21,4 bilhões. A dívida dos municípios é de R\$ 43,7 bilhões e a da União, de R\$ 935 milhões.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Tribunais têm até 30 de agosto para enviar ao CNJ dados sobre precatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tribunais-tem-ate-30-de-agosto-para-enviar-ao-cnj-dados-sobre-precatorios/>>.

⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Despesas Realizadas com Precatórios e RPVs. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/estatisticas-da-justica-federal-1/precatorios-e-rpvs>>.

⁶⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União – CGU. Orçamento anual. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>>

⁷⁰ Art.100.

(...)

§ 19. Caso o montante total de débitos decorrentes de condenações judiciais em precatórios e obrigações de pequeno valor, em período de 12 (doze) meses, ultrapasse a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores, a parcela que exceder esse percentual poderá ser financiada, excetuada dos limites de endividamento de que tratam os incisos VI e VII do art. 52 da Constituição Federal e de quaisquer outros limites de endividamento previstos, não se aplicando a esse financiamento a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)

Cite-se, ainda, que as moratórias no pagamento das dívidas decorrentes de precatórios, denominadas também de calote do poder público, foram aprovadas diversas vezes pelo poder constituinte derivado mediante a edição de emendas constitucionais que inseriram dispositivos na ADCT⁷¹:

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

(...)

Art. 33. Ressalvados os créditos de natureza alimentar, o valor dos precatórios judiciais pendentes de pagamento na data da promulgação da Constituição, incluído o remanescente de juros e correção monetária, poderá ser pago em moeda corrente, com atualização, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de oito anos, a partir de 1º de julho de 1989, por decisão editada pelo Poder Executivo até cento e oitenta dias da promulgação da Constituição. (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

(...)

Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)

(...)

Art. 97. Até que seja editada a lei complementar de que trata o § 15 do art. 100 da Constituição Federal, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, na data de publicação desta Emenda Constitucional, estejam em mora na quitação de

§ 20. Caso haja precatório com valor superior a 15% (quinze por cento) do montante dos precatórios apresentados nos termos do § 5º deste artigo, 15% (quinze por cento) do valor deste precatório serão pagos até o final do exercício seguinte e o restante em parcelas iguais nos cinco exercícios subsequentes, acrescidas de juros de mora e correção monetária, ou mediante acordos diretos, perante Juízos Auxiliares de Conciliação de Precatórios, com redução máxima de 40% (quarenta por cento) do valor do crédito atualizado, desde que em relação ao crédito não penda recurso ou defesa judicial e que sejam observados os requisitos definidos na regulamentação editada pelo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)

⁷¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425, considerou inconstitucionais os dispositivos constitucionais introduzidos pela Emenda Constitucional nº 62, de 09 de Dezembro de 2009, no que se refere à nova moratória de quitação de débitos judiciais e a imposição de contingenciamento de recursos financeiros para essa finalidade.

precatórios vencidos, relativos às suas administrações direta e indireta, inclusive os emitidos durante o período de vigência do regime especial instituído por este artigo, farão esses pagamentos de acordo com as normas a seguir estabelecidas, sendo inaplicável o disposto no art. 100 desta Constituição Federal, exceto em seus §§ 2º, 3º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14, e sem prejuízo dos acordos de juízos conciliatórios já formalizados na data de promulgação desta Emenda Constitucional. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios sujeitos ao regime especial de que trata este artigo optarão, por meio de ato do Poder Executivo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)

(...)

II - pela adoção do regime especial pelo prazo de até 15 (quinze) anos, caso em que o percentual a ser depositado na conta especial a que se refere o § 2º deste artigo corresponderá, anualmente, ao saldo total dos precatórios devidos, acrescido do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança e de juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança para fins de compensação da mora, excluída a incidência de juros compensatórios, diminuído das amortizações e dividido pelo número de anos restantes no regime especial de pagamento. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) **(vide julgamento da ADIN nº 4.425)**

(...)

Art. 101. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que, em 25 de março de 2015, se encontravam em mora no pagamento de seus precatórios quitarão, até 31 de dezembro de 2024, seus débitos vencidos e os que vencerão dentro desse período, atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), ou por outro índice que venha a substituí-lo, depositando mensalmente em conta especial do Tribunal de Justiça local, sob única e exclusiva administração deste, 1/12 (um doze avos) do valor calculado percentualmente sobre suas receitas correntes líquidas apuradas no segundo mês anterior ao mês de pagamento, em percentual suficiente para a quitação de seus débitos e, ainda que variável, nunca inferior, em cada exercício, ao percentual praticado na data da entrada em vigor do regime especial a que se refere este artigo, em conformidade com plano de pagamento a ser anualmente apresentado ao Tribunal de Justiça local. (Redação dada pela Emenda constitucional nº 99, de 2017) (grifo do autor)

Verifica-se, portanto, que o art. 33 da ADCT previu o parcelamento dos precatórios em 8 anos. O art. 78 da ADCT estabeleceu a possibilidade de parcelamento em 10 anos. Já o art. 97 da ADCT estendeu o prazo de pagamento para

um novo parcelamento em 6 anos dos precatórios que superassem 15% do total de precatórios apresentados no mesmo exercício financeiro. E o art. 101 da ADCT, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 109, de 2021, ampliou o prazo de pagamento dos Estados, o Distrito Federal e os Municípios até o final de dezembro de 2029, para as citadas entidades que estivessem em mora no mês de março de 2015.

Não obstante a existência de regras constitucionais no sentido de dificultar o pagamento da dívida judicial pela Administração Pública em tempo razoável, os defensores da imprescindibilidade da adoção do precatório e da requisição de pequeno valor para o adimplemento da obrigação de pagar fixada na sentença arbitral argumentam, em síntese, que o afastamento do sistema de precatório pode implicar tratamento diferenciado para determinados credores em detrimento dos demais, o que pode resultar na violação do princípio da isonomia e da impessoalidade, assim como resulta em violação ao princípio da legalidade orçamentária.

Face ao crescimento da utilização da arbitragem pela Administração Pública, no âmbito nacional e internacional, e dos normativos internacionais que se propõem a uniformizar os procedimentos sobre arbitragem para estimular a atração de investimentos e o desenvolvimento econômico, é necessário conferir segurança jurídica sobre o cumprimento da sentença arbitral nacional e estrangeira pelas entidades públicas, com a finalidade de que o citado instrumento possa configurar elemento de atração de investimento em face de ser uma opção de resolução de conflitos almejada pelo setor privado⁷².

Acrescenta-se, ainda, que seria antagônico para o Estado brasileiro proceder à ratificação de convenções internacionais, como a Convenção de Nova Iorque, com a

⁷² No texto elaborado por Alexandre Santos de Aragão, denominado de “A arbitragem no Direito Administrativo, é citado que a utilização da arbitragem no campo da Administração Pública empresarial encontra-se em acelerada expansão em razão, dentre outros motivos, a demora crescente para obtenção de uma decisão judicial definitiva. O referido autor destaca o seguinte: “No campo das atividades estatais delegadas à iniciativa privada, entre as quais os monopólios públicos (petróleo, gás natural, mineração e energia nuclear – arts. 176 e 177, CF), tais restrições podem ainda afastar potenciais investidores, violando o princípio da competitividade, insculpido inclusive no art. 3º da Lei de Licitações, pelo qual o Estado deve tomar todas as medidas possíveis para ampliar o número de competidores em suas licitações, com o que malferiria também os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Em ambos os casos, a obstrução da via arbitral implicaria o aumento dos custos ou a redução dos ganhos administrativos – o que violaria também o princípio constitucional da eficiência.”

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem no Direito Administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>.

finalidade de desembaraçar a fase de execução da sentença arbitral estrangeira, quando o conjunto normativo interno reflete procedimento dificultoso para o eficaz adimplemento da obrigação de pagar proferida por tribunal arbitral.

É uma medida que se impõe a reflexão sobre o cumprimento espontâneo da decisão arbitral, sem a criação de embaraços ou subterfúgios, com a finalidade de permitir a atração da confiança dos investidores ao passo que o inadimplemento voluntário da obrigação de pagar estabelecido pelo juízo arbitral pode representar violação à regra ética de honrar o compromisso assumido ao firmar a convenção de arbitragem e de se submeter ao que fosse decidido pela corte arbitral.

A possibilidade de adimplemento voluntário pela Administração Pública da decisão é defendida por João Pedro Accioly, desde que haja previsão na Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que a arbitragem é norteada pela consensualidade e cooperação processual (ACCIOLY, 2018).

Diante desse contexto e em virtude do princípio constitucional da legalidade⁷³, é imperioso que essa nuance da arbitragem nacional e internacional seja interpretada no sentido de garantir a máxima efetividade ao cumprimento da obrigação de pagar pela Fazenda Pública, fixada na sentença arbitral, tendo em vista as peculiaridades inerentes à arbitragem, dentre elas, a celeridade na resolução definitiva do conflito e a informalidade procedimental⁷⁴.

Entretanto, não se pode sustentar a inobservância da ordem cronológica para o pagamento dos credores das entidades públicas e, portanto, a violação do princípio da impessoalidade e da isonomia, sob a justificativa de tratamento diferenciado ao

⁷³ Uma das decorrências da caracterização de um Estado como Estado de direito encontra-se no princípio da legalidade que informa as atividades da Administração Pública.

(...)

Ante tal contexto, buscou-se assentar o princípio da legalidade em bases valorativas, sujeitando as atividades da Administração não somente à lei votada pelo Legislativo, mas também aos preceitos fundamentais que norteiam todo o ordenamento. A Constituição de 1988 determina que todos os entes e órgãos da Administração obedeçam ao princípio da legalidade (caput do art. 37); a compreensão desse princípio deve abranger a observância da lei formal, votada pelo Legislativo, e também dos preceitos decorrentes de um Estado Democrático de Direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme reza o art. 1º, caput, da Constituição; e, ainda, deve incluir a observância dos demais fundamentos e princípios de base constitucional. Além do mais, o princípio da legalidade obriga a Administração a cumprir normas que ela própria editou.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷⁴ A obra de Roberto Portugal Bacellar cita que os arbitralistas informam muitas vantagens para a Administração Pública com a utilização da arbitragem, dentre elas, a prevalência da autonomia da vontade das partes, a segurança, a especialidade, a efetividade e a celeridade.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016. (Coleção saberes do direito), p. 151.

cumprimento da sentença arbitral estrangeira para privilegiar o investidor nacional e estrangeiro.

Diante dos argumentos acima expendidos, a sistemática ortodoxa do precatório, como forma de adimplemento da sentença arbitral nacional e estrangeira, tem que ser avaliada com a devida parcimônia e de forma a garantir o cumprimento da obrigação de pagar em tempo hábil, sob pena de a utilização da arbitragem pela entidade pública não constituir uma opção viável, que potencializa a função do Brasil de receptor de investimentos necessários para o desenvolvimento econômico e social.

3.5. Aprimoramento da legislação sobre cumprimento da decisão arbitral

A LAB, mesmo com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015, é manifestamente omissa quanto ao procedimento a ser adotado para o adimplemento de obrigação de pagar fixada em sentença arbitral condenatória proferida em face de pessoa jurídica de direito público.

A qualificação da sentença arbitral como título executivo judicial na LAB e no CPC reforçam a compreensão de que a única alternativa para o cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública seria a utilização da sistemática de precatório, sem que exista permissivo legal explícito no sentido de ser admissível a adoção de meios alternativos para o adimplemento.

Contudo, apesar da relevância singular da sistemática de precatório, máxime na observância da ordem cronológica para o pagamento da dívida judicial, o que prestigia a moralidade pública e a igualdade entre os credores, assim como para garantir o devido planejamento orçamentário para a quitação de seus débitos, o referido método não pode constituir obstáculo intransponível para a construção de alternativas adequadas para garantir a celeridade e efetividade no cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública.

A criação de um fundo garantidor, nos moldes da Lei nº 11.079/2004, que trata da parceria público-privada, além da criação de fianças bancárias ou a prestação de garantias reais, representa opções possíveis para que seja permitido o adimplemento da obrigação de pagar, fixada na decisão arbitral, com maior celeridade.

Cite-se, ainda, a possibilidade de realização de acordo entre o ente público e o particular para que haja o pagamento da dívida, evitando a expedição de precatório, o que permitiria a resolução definitiva do litígio sem desnecessárias delongas.

As opções acima mencionadas, que estão em consonância com a atuação dialógica e a consensualidade que devem nortear a atuação dos entes públicos, permitindo a instituição de soluções privadas para que haja efetividade no cumprimento da obrigação de pagar fixada na decisão arbitral, decorre da compreensão de que a utilização da arbitragem advém da liberdade de escolha, além de não conflitarem com o regime jurídico de Direito Público⁷⁵⁷⁶.

Afigura-se, ainda, que o cumprimento da obrigação de pagar fixada pelo juízo arbitral, sem a submissão dos trâmites do processo judicial para a execução de título executivo judicial, encontra-se em consonância com o princípio da lealdade e da boa-fé que devem nortear a atuação da Administração Pública e do próprio processo arbitral, pois a submissão ao juízo arbitral ocorreu de forma voluntária e consensual.

Diante desse contexto, é factível sustentar que devem ser criados meios alternativos para que o cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública possa ser efetivado sem maiores delongas, coadunando-se com uma das características da arbitragem que é a celeridade.

A implementação de alternativas ao sistema do precatório como forma de adimplemento da decisão arbitral decorre da constatação lógica de que seria contraditório eleger a arbitragem como método de solução de conflitos, representando a política pública adotada em razão das vantagens existentes para a sua utilização, e ao mesmo tempo não aperfeiçoar o arcabouço legal com a finalidade de superar ou mesmo mitigar as dificuldades históricas que envolvem a fase de execução de ações judiciais contra a Fazenda Pública.

A previsão infralegal, existente no já citado art. 15 do Decreto nº 10.025/2019, mostra-se insuficiente para conferir efetividade ao cumprimento da sentença arbitral

⁷⁵ Como explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto é possível a conciliação entre a adoção de solução privada pela Administração Pública: “Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de *condutas privadas* de interesse público, passando a estimular a criação de *soluções privadas* de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento.”

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

⁷⁶ A relativização do regime jurídico administrativo, no campo das relações contratuais, advém da necessidade da realização de parcerias entre Administração Pública e o particular, como destaca Gustavo Henrique Justino de Oliveira: “Eis uma das principais conseqüências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O caminho da negociação - e não o percurso da imposição - para a composição de eventuais dissensos entre as partes, pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 241: 241-271, Jul./Set. 2005.

condenatória que imponha obrigação pecuniária a entidades públicas, estabelecendo, tão somente, que o cumprimento deve observar a forma ortodoxa da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor⁷⁷.

Assim, a criação e implementação de meios alternativos para o adimplemento da obrigação de pagar estabelecida pelo juízo arbitral deve ocorrer por meio da edição de norma legal, cujo teor regulamente as possibilidades oferecidas para o cumprimento da decisão arbitral⁷⁸.

Deste modo e com o escopo de conferir segurança jurídica, o estabelecimento de regras legais sobre as possibilidades do cumprimento da decisão arbitral condenatória pela Administração Pública, sem seguir forçosamente a sistemática do precatório, constitui medida importante de aperfeiçoamento da atual política pública utilizada para atrair investidores a celebrarem contratos de concessão de serviço público na área de infraestrutura portuária e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário.

⁷⁷ Como é consabido, o decreto regulamentar, no direito brasileiro, é ato privativo do Chefe do Poder Executivo, sendo um dos veículos de regulamentação da lei. Os regulamentos destinados a explicar a lei editam-se por meio do decreto. No exercício do poder regulamentar, o Chefe do Poder Executivo não pode inovar no ordenamento jurídico, sendo o decreto regulamentar instrumento para a fiel execução da lei, não contrariar ou dispor além dos preceitos estabelecidos na lei. O art. 84, inciso IV, da Constituição Federal estabelece que é competência do Presidente da República expedir decretos e regulamentos para fiel execução das leis.
MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed.– Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁷⁸ Como já foi abordado, a admissibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública foi objeto de diversas controvérsias, sendo pacificada a possibilidade de sua aplicação após a edição da Lei nº 13.129/2015 e da formação de jurisprudência favorável no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

Em virtude da necessidade de buscar mecanismos eficientes para obtenção de pacificação social, os métodos alternativos à jurisdição estatal para solucionar conflitos de interesses vêm ganhando relevância no sistema jurídico brasileiro.

O sistema de justiça multiportas representa o conjunto de opções disponíveis para que cada pessoa busque solucionar um conflito a partir de diferentes mecanismos. O citado sistema de resolução de litígios está relacionado a métodos heterocompositivos e autocompositivos, com ou sem a participação estatal.

Diante desse contexto, a arbitragem, como mecanismo privado e alternativo à jurisdição estatal para a solução de controvérsias, possui relevância própria na medida em que o juízo arbitral, nos limites da convenção de arbitragem, livremente estipuladas pelas partes interessadas, dirime a controvérsia com autonomia e definitividade.

Em razão das peculiaridades da celeridade, conhecimento técnico dos árbitros, dentre outras características, e da insatisfação com a jurisdição estatal, tornou a arbitragem o método de resolução de conflito que avança de forma significativa em todo o mundo, inclusive para dirimir controvérsias em que a Administração Pública figure como parte.

Apesar de ter ocorrido divergências, tem-se que, após a edição da Lei nº 13.129/2015, restou pacificada, inclusive no âmbito do STJ, a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem para solucionar conflitos de interesse.

A adoção da arbitragem pelas entidades estatais, como método alternativo de solução dos conflitos, encontra-se em sintonia com a tendência do direito administrativo contemporâneo de que deve haver a busca da consensualidade e do diálogo como método de ação da Administração Pública, na medida em que é imprescindível a anuência do Poder Público para que o conflito seja resolvido pelo juízo arbitral e não pelo juízo estatal.

Com efeito, a opção pela utilização da arbitragem demonstra a convergência para uma das tendências do direito administrativo que é a atuação dialógica na condução da gestão administrativa, indicando a aplicação do consensualismo na Administração Pública, refletindo a restrição de medidas de cunho unilateral e impositivo a determinadas áreas da atuação administrativa.

Em razão das diversas normas legais que autorizam a submissão de conflitos de interesses, envolvendo entes públicos, ao processo arbitral e a existência de cláusulas arbitrais nos contratos administrativos, inclusive de prestação de serviço público, tem-se a nítida escolha realizada pela Administração Pública para utilizar o referido método de resolução de conflitos.

A celeridade na resolução dos conflitos, o conhecimento técnico dos árbitros para julgar demandas específicas, dentre outras características, superando a delonga do processo judicial, torna a arbitragem mais adequada aos interesses do setor privado na medida em que beneficia a dinâmica das relações econômicas.

Portanto, a opção pela utilização da arbitragem demonstra a atual política pública adotada para criar um ambiente de segurança jurídica na resolução de conflitos advindos da concessão de serviço público, notadamente na área de infraestrutura de transportes, constituindo, dessa forma, fator de atração de investimento do setor privado, nacional e estrangeiro.

A escolha da arbitragem como método de solução de conflitos possui efeitos práticos relevantes, dentre eles, a primazia do juízo arbitral em detrimento da jurisdição estatal para dirimir as controvérsias advindas do contrato administrativo firmado com a Administração Pública.

Contudo, a legislação pátria não confere poder coercitivo ao juízo arbitral para dar cumprimento a suas próprias decisões, razão pela qual o não cumprimento voluntário da sentença arbitral torna necessário o ajuizamento de processo judicial de execução, uma vez que a referida decisão é qualificada como título executivo judicial.

Como é consabido, o ordenamento jurídico brasileiro adota de forma peculiar a sistemática do precatório como forma de realizar o pagamento do valor pecuniário fixado pela decisão judicial em face da Fazenda Pública.

A ortodoxa utilização da sistemática de precatório para o cumprimento de obrigação de pagar fixada na decisão judicial ou arbitral está diretamente relacionada à conquista democrática em favor da moralidade pública e da igualdade entre os credores da Administração Pública.

A finalidade precípua do precatório é permitir aos entes federados o adequado planejamento orçamentário para a quitação de seus débitos e a submissão à observância da ordem cronológica, garantindo a isonomia no recebimento das dívidas pelos credores da Fazenda Pública.

Não obstante o objetivo de garantir a isonomia nos pagamentos das dívidas, o texto constitucional confere tratamento diferenciado para a quitação das dívidas consideradas de pequeno valor, assim como para os créditos de natureza alimentícia.

As empresas públicas e sociedades de economia mista, que são pessoas jurídicas de direito privado e integrantes da Administração Pública indireta, quando exercem atividade econômica concorrencial ou que tenham objetivo de distribuir lucro ao acionista, não se submetem ao regime constitucional dos precatórios, ao passo que as empresas estatais que têm o capital majoritariamente público e o serviço prestado em regime de exclusividade e sem intuito de lucro, estão submetidas à sistemática do pagamento de sentença judicial por meio de precatório, a despeito de o texto da CRFB não fazer essa distinção.

A utilização do precatório, como instrumento de quitação de dívida judicial, foi, também, excepcionada para os conselhos de fiscalização profissional que, apesar de terem personalidade jurídica de direito público e serem consideradas como autarquias especiais, não se submetem às regras constitucionais sobre finanças públicas, não sendo dotados de orçamento ou recebendo aportes financeiros da União, pelo que não podem ser enquadrados como Fazenda Pública e, assim, não devem observar o art. 100 da CRFB, conforme o posicionamento firmado pelo STF.

Apesar de a sistemática de precatório ser peculiar ao sistema jurídico brasileiro e de que a legislação transnacional sobre a arbitragem, notadamente a Lei Modelo da UNCITRAL, não estabelecer procedimento peculiar para que o Poder Público realize o adimplemento da obrigação de pagar estabelecida na decisão arbitral, tem-se que o precatório, por si só, não compromete a peculiaridade da celeridade na arbitragem, que é tão relevante para o referido método de solução de conflitos.

O crescimento da dívida pública dos entes federativos, máxime dos estados e municípios, pode comprometer de forma significativa a capacidade financeira da Administração Pública em cumprir de forma satisfatória as obrigações de pagar fixadas em decisões arbitrais, independentemente da utilização ou não da sistemática de precatórios.

Nesse sentido, a opção adotada pela destinação insuficiente de valores pecuniários no orçamento público para o pagamento de dívidas que devem ser quitadas por meio de precatório não conduz ao entendimento de que o referido instituto é, por sua natureza, inadequado, quando a questão principal a ser discutida é a alocação dos recursos públicos.

Além disso, a aprovação de diversas emendas constitucionais, alterando ou acrescentando normas no ADCT, estabelecendo a possibilidade de parcelamento das dívidas que serão pagas mediante a expedição de precatório pode gerar insegurança jurídica quanto ao efetivo prazo de cumprimento da obrigação de pagar fixada na decisão judicial, porém a extensão do prazo de pagamento, tão somente, não fragiliza a adoção da sistemática de precatório.

A LAB, que representa a principal disposição legal sobre a arbitragem, prevê a possibilidade de sua utilização pela Administração Pública. Contudo, a referida Lei deveria ser reformulada para que houvesse a previsão expressa sobre o procedimento para a execução da decisão arbitral que fixa obrigação de pagar em face da Fazenda Pública, conferindo, deste modo, a necessária segurança jurídica e dissipando eventual dúvida sobre a adoção da sistemática de precatório.

Nesse mesmo sentido, tem-se que seria recomendável que houvesse o aprimoramento e atualização da referida norma, criando o arcabouço legal, para que fosse possível a realização de acordo para o pagamento da obrigação pecuniária fixada na decisão arbitral.

O citado Decreto nº 10.025/2019, que trata especificamente da adoção da arbitragem como instrumento para dirimir litígios que envolvam a Administração Pública Federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, disciplina de forma tímida e restritiva o setor de infraestrutura, que a sentença arbitral que imponha pagamento pecuniário à União e suas autarquias será quitado mediante precatório ou requisição de pequeno valor.

No entanto, seria necessário que houvesse a normatização a nível legal da matéria, e não apenas no âmbito infralegal, conferindo maior segurança jurídica, sendo possível ainda prever outras possibilidades de cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública.

Não obstante a discussão sobre a (in)constitucionalidade do Fundo Garantidor prevista na legislação sobre a parceria público-privada, afigura-se que a instituição de garantias especiais, como fundos garantidores, fiança bancária ou prestação de garantias reais, dispensando, portanto, o pagamento mediante precatório, conferiria efetividade no cumprimento da decisão condenatória fixada na decisão arbitral, na medida em que poderia haver mais agilidade no cumprimento da obrigação de pagar estabelecida na decisão arbitral condenatória.

Vale lembrar que nos casos concretos anteriormente mencionados sobre o cumprimento da decisão arbitral pela Administração Pública foi observada a sistemática do precatório para a realização do pagamento e que o intervalo médio de tempo foi em torno de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos.

Sendo assim e considerando os argumentos acima articulados, tem-se que a adoção da sistemática de precatório deve ser observada pela Administração Pública para o cumprimento da decisão arbitral, porém o crescente endividamento dos entes estatais e o histórico de moratórias, com previsão constitucional, para a quitação de dívida por meio de precatório pode representar um fator negativo que afaste potenciais interessados em celebrar contratos administrativos com a Administração Pública, o que evidencia a necessidade de aprimoramento da política pública, refletida na legislação sobre o assunto, bem como é necessária a avaliação da possibilidade de ampliação dos recursos públicos destinados ao seu pagamento.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo de Instrumento 52.181/GB. Admissibilidade do juízo arbitral. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Agravante: União Federal. Agravado: Espólio de Renaud Lage e outros. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ 15.02.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 71.467/GB. Admissibilidade do juízo arbitral. Incorporação de bens à Fazenda Nacional. Recorrente: Espólio de Renaud Lage e outros. Recorrido: União Federal. Relator: Ministro Bilac Pinto, de 14 de novembro de 1973. DJ. 15.02.1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Agravo Regimental em Sentença Estrangeira 5206. Laudo arbitral estrangeiro. Constitucionalidade da lei de arbitragem. Relator(a): Sepúlveda Pertence, de 12 de Dezembro de 2001. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1624362>> Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 889173/MS. Submissão ao regime de precatórios. Finalidade do precatório. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Estado do Mato Grosso do Sul. Recorrido: Geraldo Aparecido Cavasana. Relator(a): Luiz Fux, de 05 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4775471>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 938837/SP. Conselho de fiscalização profissional. Natureza jurídica autárquica. Não submissão ao sistema de precatório. Repercussão geral reconhecida. Recorrente: Mútua de Assistência dos Profissionais da Engenharia, Arquitetura e Agronomia e outros. Recorrido: Conselho Regional de Engenharia e Agronomia do Estado de São Paulo. Relator(a): p/ Acórdão Marco Aurélio de 05 de outubro de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4904431>>. Acesso em: 17 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Segunda Seção). Conflito de Competência 151.130/SP. Jurisdição estatal ou arbitragem. Submissão da União a procedimento arbitral. Suscitante: Bank of New York Mellon e outros. Suscitado: Camara de Arbitragem do Mercado e outros. Relator(a) p/Acórdão: Luis Felipe Salomão, de 27 de novembro de 2019. Disponível em: < https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201700431738&dt_publicacao=11/02/2020 >. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Segunda Seção). Agravo Interno no Conflito de Competência 153.498/RJ. Arbitragem. Natureza jurisdicional. Jurisdição Estatal. Jurisdição arbitral. Agravante: Hornebeck Offshore Services LCC. Agravado: Astromarítima Navegação S/A – Em recuperação judicial. Relator(a): Moura Ribeiro, de 23 de maio de 2018. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201701817377&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea> >. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Segunda Seção). Sentença Estrangeira Contestada 1.210/EX. Convenção de arbitragem. Cláusula compromissória. Homologação. Sentença arbitral estrangeira. Requerente: International Cotton Trading Limited ICT. Requerido: Odil Pereira Campos Filho. Relator(a): Fernando Gonçalves, de 20 de junho de 2007. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=702299&num_registro=200601859186&data=20070806&formato=PDF >. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Terceira Turma). Recurso Especial 1.717.677/PR. Cláusula compromissória. Precedência temporal. Juízo arbitral. Princípio da competência-competência. Recorrente: CITTA - Construções e Empreendimentos LTDA. Recorrido: FMM Construções Civis LTDA. Relator(a): Nancy Andrighi, de 19 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRe>

gistro&termo=201800008844&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea
>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Terceira Turma). Agravo interno no Agravo em Recurso Especial 976.218. Existência de Cláusula compromissória. Definição do juízo competente. Eficácia da convenção arbitragem. Agravante: Ricardo Beduschi. Agravado: SEURP - Serviços Especializados em Urologia de Ribeirão Preto LTDA. Relator(a): Moura Ribeiro, de 17 de junho de 2019. Disponível em: <
https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201602307522>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – STJ (Terceira Turma). Recurso Especial 1231554/RJ. Existência de Cláusula compromissória. Definição do juízo competente. Eficácia da convenção arbitragem. Recorrente: Nuovo Pignone SPA. Recorrido: Petromec Inc e outros. Relator(a): Nancy Andrighi, de 24 de maio de 2011. Disponível em: <
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201100064268&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

AUSTRIA, Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, 1985, com emendas adotadas em 2006, Organizações das Nações Unidas – ONU, 2021. Disponível em: <
https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, 2020. Disponível em: <
<https://www.anac.gov.br/assuntos/paginas-tematicas/concessoes/nova-rodada/contratos-e-anexos/contrato.pdf#page66>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Agência Nacional Transporte Terrestre – ANTT, 2020. Disponível em: <
http://portal.antt.gov.br/index.php/content/view/22586/Minuta_do_Contrato_de_Concessao.html>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?null&filtro=1&documentoPath=Telefonia_Fixa/stfc/contratos/401667-CC__LOCAL_S10.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP. Disponível em: <http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round14/edital/modelo_contrato_r14_vfinal.pdf>. Acesso em: 18 de janeiro de 2021.

BRASIL. Brasil: aspectos Gerais. Banco Mundial. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/country/brazil/overview#1>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Investimento Estrangeiro no Brasil caiu ao menor nível em 20 anos, 2021. Disponível em: <<https://exame.com/economia/investimento-estrangeiro-brasil-menor-nivel-20-anos/>>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

BRASIL. Brasil é o 5º país que mais utiliza arbitragem no mundo. AMAERJ, 2020. Disponível em: <<http://transportes.gov.br/ultimas-noticias/8463-minist%C3%A9rio-da-infraestrutura-cumpre-meta-de-realizar-23-concess%C3%B5es-nos-100-primeiros-dias-de-governo.html>>. Acesso em 14 de agosto de 2020. >. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal - CJF. Setor público deve R\$ 60 bilhões em precatórios. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/outras-noticias/2010/setembro/setor-publico-deve-r-60-bilhoes-em-precatorios>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Controladoria-Geral da União – CGU. Orçamento anual. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/orcamento>>. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal - CJF. Despesas Realizadas com Precatórios e RPVs. Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/corregedoria-geral-da-justica-federal/estatisticas-da-justica-federal-1/precatorios-e-rpvs> >. Acesso em: 25 de janeiro de 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Tribunais têm até 30 de agosto para enviar ao CNJ dados sobre precatórios. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/tribunais-tem-ate-30-de-agosto-para-enviar-ao-cnj-dados-sobre-precatorios/>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Codesp vence disputa bilionária em arbitragem contra o grupo Libra. Conjur, 2019. Disponível: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-08/codesp-vence-disputa-bilionaria-arbitragem-grupo-libra>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

BRASIL. Participação do poder público em arbitragens triplicou entre 2018 e 2019. Conjur, 2021. Disponível: < <https://www.conjur.com.br/2021-jan-09/participacao-poder-publico-arbitragens-triplicou-entre-2018-19>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2021.

Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e Desenvolvimento – UNCTAD (sigla, em inglês), 2020. Disponível em: <<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/27/brazil>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

ESTADOS UNIDOS. Convenção do CISDI. Banco Mundial, 2021. Disponível em: <<https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglas-y-reglamento/convencion-otros-idiomas>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

ABBOUD, Georges. *Jurisdição constitucional vs. Arbitragem: Os Reflexos do Efeito Vinculante na Atividade do Árbitro*. Revista de Processo, vol. 214, p. 271, Dez/2012.

ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ACCIOLY, João Pedro. *O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à Administração Pública*. Revista dos Tribunais | vol. 989/2018|p. 25 - 54|Mar/2018.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem no Direito Administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/1935>>. Acesso em 05 de janeiro de 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Breves Considerações sobre o Procedimento Arbitral*. Disponível em: <https://www.academia.edu/3011164/Breves_observa%C3%A7%C3%B5es_sobre_o_procedimento_arbitral>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 19 ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da Sentença, 4ª edição*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e Arbitragem*. 2ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2016 (Coleção saberes do direito).

BARBI, Celso Agrícola. *O precatório na Constituição de 1988*. Revista dos Tribunais, v. 701, p. 17, mar. 1994.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Revista de Direito do Estado, v. 1, n. 3, p. 17-54, jul./ set. 2006.

BARROS, Humberto Gomes de. *Execução contra a Fazenda Pública*. Informativo Jurídico da Biblioteca Mio. Oscar Saraiva, v.9, 0.2, p.72-180, Jul/Dez.1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. RFD- Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro UERJ, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BENETI, Sidnei Agostino. *Os precatórios e o Mito de Sísifo*. Revista Ibero-Americana de Direito Público, Rio de Janeiro, v. 5, n. 18, p. 369-378, abr./jun. 2005.

BERMUDES, Sergio. *Arbitragem: um instituto florescente*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 50. ano 13. p. 387-389. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição*. Revista Eletrônica de Direito administrativo Econômico, Salvador, Bahia, nº. 2, mai-jun-jul, 2005.

BORBA, João Paulo Santos. *O cumprimento da sentença arbitral condenatória pela Fazenda Pública*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 42-51, jun. 2020.

BORBA, João Paulo Santos; PÁDUA, Thiago Aguiar de; GUEDES, Jefferson Carús. A previsão de utilização da arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura como expressão da política pública. In: DIAS, Jean Carlos; BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de; ARAÚJO, José Henrique Moura (coords). *Direito e desenvolvimento na Amazônia – Volume 2*. Florianópolis: Qualis Editora, 2020, p. 65 - 84.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.255.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. *A Arbitragem na União Européia, nos Estados Unidos da América e no Mercosul*. Disponível em:<<http://ipeja.com.br/a-arbitragem-na-ue-eua-e-mercosul/>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ*. 5ª ed. revista, atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed.. São Paulo: Atlas, 2017.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3 ed. rev. Atual. Ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO, Vladimir Souza. *Iniciação ao estudo do precatório*. Revista de informação legislativa, v. 19, n. 76, p. 325-364, out./dez. 1982.

CAVALCANTI, Themístocles B. *Concessão de Serviço Público. Encampação. Juízo Arbitral*. Revista de Direito Administrativo. vol. 45. jul.-set./1956, p. 517.

CRETELLA JUNIOR, José. *Da arbitragem e seu conceito categorial*. Revista de Informação Legislativa, v. 25, n. 98, p. 127-138, abr./jun. 1988.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. - 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil*. Revista ANNEP de Direito Processual. Vol. 1, Nº 1, 2020: Janeiro-Junho.

DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na concessão de serviço público*. Revista de informação legislativa, v. 32, n. 128, p. 63-67, out./dez. 1995.

DALLARI, Adilson Abreu. *Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 239, p.177-192, Jan./Mar. 2005.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Execução contra a Fazenda Pública: Regime de Precatório*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *O sistema dos precatórios e a efetividade do processo*. Revista do Processo: RePro, v. 30, n. 127, set. 2005. p. 81-100.

DECACHE, Antônio Carlos Fernandes. *Cláusula de arbitragem nos contratos comerciais internacionais*. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 19ª ed. Salvador: Jus Podivum, 2017.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO, Clarissa Correa Neto. *Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem*. Revista de Direito Internacional, v. 10, n. 1, p. 219–230, 2013.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. *O pagamento das condenações judiciais pecuniárias – precatórios. Um estudo comparado: Argentina, Brasil, Estados Unidos e Portugal*. São Paulo: Instituto Paulista de Magistrados - IPAM, 2017.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOMES, Patrícia Maria da Silva. *S/A. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na origem: o caso EDF International*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n.1, p.115-128, 2019.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e contrato administrativo*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 21, p. 141-148, Março/2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. *Da execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 233: 377-385, Jul./Set. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45459/45041>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de direito internacional público*. 14. ed.. São Paulo: LTr, 2017.

JÚNIOR NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, coordenadores. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1ª ed. em e-book baseada na 1ª ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?*. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *A Arbitragem Doméstica e Arbitragem Internacional*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo27.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *O Superior Tribunal de Justiça - STJ e o Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira à Luz da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20STJ%20e%20o%20Rec.%20Sent.%20Arb.%20Estrangeira%20e%20a%20CNI.pdf>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Princípios e origens da lei de arbitragem*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 51, p. 32-35, out. 1997. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EAs&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil. Vol. 3*; 3. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 21. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDAUAR, Odete. *Meios consensuais de solução de litígios relativos à administração pública*. Estudos atuais sobre ato e processo administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MONEBHURRUN, Nithish. *Crônicas do direito internacional dos investimentos*. Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2015. p. 11.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo, 218/84, jul./set. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Novos institutos consensuais da ação administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan. 2003.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. *Atualidades Acerca do Regime dos Precatórios updates about writs of payment*. Revista da AGU, Belo Horizonte, ano 2016, n. 2, Abril a Junho 2016. Disponível em:

<<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=240598>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: Mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 27-34.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil – Volume Único*. 9ª ed.. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 241: 241-271, Jul./Set. 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). *Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWARSTMANN, Guilherme Baptista. *Arbitragem Público-Privada no Brasil: a Especialidade do Litígio Administrativo e as*

Especificidades do Procedimento Arbitral. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 44/2015, p. 150-171, jan,-mar./2015.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 32. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. *Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 49. ano 13. p. 103-126. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 2016.

ROCHA, Kátia. *Investimentos privados em infraestrutura nas economias emergentes: a importância do ambiente regulatório na atração de investimentos*. Disponível em:< https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2584.pdf>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

SILVA, Américo Luís Martins de. *Precatório-requisitório e Requisição de Pequeno Valor (RPV)*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos na execução contra a Fazenda Pública*. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, mai. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41529/40879>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2021.

TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 210, out./dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias público-privadas – um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5ª. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A arbitragem como meio de solução de controvérsias*. Revista Forense, Rio de Janeiro, vol. 353, p. 107-116, jan./fev. 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – vol. III*. 50. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da; RICHTER, Marcelo de Souza. *Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 50. ano 13. p. 255-276. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2016.

VARGAS, Daniel Vianna. Cláusula de renúncia à ação anulatória: os limites das disposições de direitos nas convenções de arbitragem. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; DALLA, Humberto (orgs.). *Temas controvertidos na arbitragem à luz do código de processo civil de 2015*. 1º ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Arbitragem: indispensabilidade do compromisso arbitral*. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 21, nº 8, p. 1136, out./dez. 2013.

WALD, Arnoldo. *A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem*. Revista Direito Público, Porto Alegre, v. 2, n.10, p. 16-30, out/dez. 2005.

WALD, Arnold. *A interpretação da Convenção de Nova Iorque no Direito Comparado*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, v. 22, p. 353, out., 2003.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

ZIMMERMANN, Dennys. *Alguns aspectos sobre a arbitragem nos contratos administrativos à luz dos princípios da eficiência e do acesso à justiça: por uma nova concepção do que seja interesse público*. Revista de Arbitragem e Mediação, n. 12, jan./mar. 2007.