



PRINCIPAIS DESAFIOS PARA A UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO¹

MAIN CHALLENGES FOR THE USE OF ARBITRATION BY THE PUBLIC AUTHORITY

Ravi de Medeiros Peixoto²

Murilo Avelino³

RESUMO: Atualmente, não há mais qualquer dúvida sobre a admissibilidade da participação da Fazenda Pública em arbitragem, uma vez que a própria lei da arbitragem o permite. O problema atual é diverso e envolve a identificação dos desafios para a utilização desse outro meio de resolução de conflitos, diante das peculiaridades do regime jurídico do poder público. Vários entes públicos já regulamentaram diversos aspectos para sua utilização, sendo um importante ponto de partida para qualquer discussão sobre o tema, motivo pelo qual muitos desses regulamentos são mencionados durante o texto. O objetivo do artigo é o de identificar e enfrentar as especificidades do regime da arbitragem que envolva a Fazenda Pública. A primeira questão é sobre o conceito de direito patrimonial, buscando identificar em quais hipóteses é possível que haja possibilidade de utilização da arbitragem, partindo de diversos exemplos expressamente mencionados pela legislação. Além disso, também é importante identificar qual a autoridade, dentro da burocracia estatal, com o poder de celebrar esse contrato, de forma a evitar futuras alegações de nulidades. Há também de se identificar alguns limites ao regime da arbitragem com o poder público, diante da exigência de publicidade – como regra – e de que esta seja feita de acordo com o direito, vedada a equidade. Outra dificuldade existente envolve o procedimento a ser utilizado, se ela será institucional ou *ad hoc*, sendo evidente a preferência pela primeira e a escolha dos árbitros. Por mais que não se possa exigir procedimento licitatório, estes devem ser escolhidos a partir de critérios transparentes. Por fim, enfrenta-se o delicado tema da forma de pagamento da sentença desfavorável ao poder público, se ele pode ser realizado diretamente a partir do orçamento ou se há exigência de utilização do precatório. Por conta da exigência constitucional de utilização do precatório para pagamento de sentenças judiciais proferidas contra a Fazenda Pública e sendo a arbitragem uma forma de exercício de jurisdição, não há como escapar dessa forma obrigatório de pagamento.

¹ Data de submissão: 07/09/2023. Aprovado em 23/11/2023.

² Doutor em direito processual pela UERJ. Mestre em direito pela UFPE. Membro da ANNEP, do IBDP e da ABDPRO. Professor da Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE). Procurador do Município do Recife. Advogado. ravipeixoto@gmail.com. Recife, Pernambuco, Brasil.

³ Doutorando em Direito pela UFBA. Mestre e Bacharel em Direito pela UFPE. Membro da ANNEP e do IBDP. Procurador da Fazenda Nacional. Professor. mtavelino@gmail.com. Recife, Pernambuco, Brasil.



PALAVRAS CHAVE: Arbitragem; convenção de arbitragem; fazenda pública; Direito Patrimonial disponível; procedimento arbitral.

ABSTRACT: Currently, there is no longer any doubt about the admissibility of the participation of the State in arbitration, as the arbitration law itself allows it. The current problem is different and involves identifying the challenges for the use of this alternative dispute resolution method in light of the peculiarities of the legal framework governing the public sector. Several public entities have already regulated various aspects of its use, which is an important starting point for any discussion on the subject, which is why many of these regulations are mentioned throughout the text. The objective of this article is to identify and address the specificities of the arbitration regime involving the Public Treasury. The first question concerns the concept of property rights, seeking to identify in which situations it is possible to use arbitration, based on various examples expressly mentioned in the legislation. It is also important to identify the authority within the state bureaucracy with the power to enter into this contract in order to avoid future claims of nullity. There are also some limits to the arbitration regime with the public sector, given the requirement for publicity as a rule, and that it must be done in accordance with the law, with equity being prohibited. Another existing difficulty involves the procedure to be used, whether it will be institutional or ad hoc, with a clear preference for the former, as well as the selection of arbitrators. Even though a competitive bidding process cannot be required, the criteria for their selection must be transparent. Finally, the delicate issue of the payment method for an unfavorable judgment against the public sector is addressed, whether it can be made directly from the budget or if the use of a precatório is required. Due to the constitutional requirement of using a precatório for the payment of judicial judgments against the Public Treasury and since arbitration is a form of exercising jurisdiction, there is no way to avoid this mandatory form of payment.

KEYWORDS: Arbitration; arbitration agreement; public treasury; available property rights; arbitral procedure.

1. INTRODUÇÃO

Na arbitragem um terceiro escolhido pelas partes resolve o conflito total ou parcialmente, nos limites da convenção. Em verdade, admite-se a atuação de arbitro ou de comissão de arbitragem. O órgão julgador arbitral, assim, pode ser singular ou colegiado. Trata-se de espécie de *heterocomposição*, ainda que a escolha a respeito da utilização dessa técnica seja fruto do consenso entre as partes. Convencionalmente, decide-se por eleger um terceiro ou um grupo de terceiros (árbitros) para decidirem sobre a disputa.

A arbitragem é instituída negocialmente pelas partes, mediante a chamada *convenção de arbitragem*. É espécie de negócio jurídico no qual os sujeitos acertam que, havendo conflito a respeito de determinada relação jurídica entre eles, o problema será submetido ao



árbitro ou à junta de arbitragem e não à jurisdição estatal. A arbitragem é uma escolha, não podendo ser imposta, até mesmo por lei. Como decorre da autonomia da vontade das partes que a ela se submetem, não se pode rediscutir jurisdicionalmente o mérito das decisões proferidas no processo arbitral, limitado o questionamento da decisão às hipóteses de nulidades previstas no art. 32 da Lei 9.307/1993.

O árbitro assume, para todos os fins, a posição de juiz. Não somente decide o conflito, como também se submete a todas as causas de impedimento e suspeição. Pode praticar quaisquer dos crimes praticados por juízes e funcionários públicos. Uma testemunha que mente perante um árbitro também comete o falso testemunho. Enfim, o regramento que incide sobre o árbitro é o mesmo incidente sobre a figura do juiz.

Uma das características marcantes do *processo arbitral* é a possibilidade de as partes definirem os modelos do seu processo. Podem decidir qual é o *direito* aplicável ao caso (ou seja, convencionam-se também sobre as normas de julgamento que incidirão no caso e a partir das quais o árbitro decidirá), e até acertar que a decisão seja tomada por equidade. Daí surge a noção de *arbitragem de direito* e *arbitragem por equidade*.

Essa técnica costuma se adequar a litígios de alta complexidade, com questões muito especializadas e que não teriam o tratamento ideal perante o Judiciário. Nesse ponto ganha importância a utilização da técnica diante de contratos administrativos complexos, que envolvam questões cuja especialização técnica seja necessária à adequada solução do conflito.

Outro aspecto interessante da arbitragem é que ela pode ser sigilosa e muitas vezes isso é do interesse das partes. É que, por vezes, a simples existência de um conflito entre duas grandes empresas pode gerar atritos no mercado e, na arbitragem, existe essa opção da confidencialidade pela simples escolha das partes.⁴ No entanto, como veremos, em regra, essa é uma possibilidade bastante limitada quando o conflito envolver a Administração Pública.

Um desafio na arbitragem é a verificação da arbitrabilidade, ou seja, de identificar quais são as questões que podem ser solucionadas por meio da arbitragem. O tema é

4 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 60-63.



mencionado no art. 1º da Lei 9.307/1996, segundo o qual “As pessoas *capazes de contratar* poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*”. Isso significa dizer que a pessoa deve ser capaz (arbitrabilidade subjetiva) e o direito deve ser patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva).⁵

2. A ARBITRAGEM, O PODER PÚBLICO E OS DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS

Já houve muita discussão sobre a possibilidade da arbitragem pelo poder público, afinal, tem-se a ideia (limitadora) de indisponibilidade do direito.⁶ Ocorre que, atualmente, a legislação é bastante clara em afirmar que “A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º, Lei 9.307/1996).⁷

Note-se que o poder público, em termos gerais, poderá se utilizar da arbitragem nas mesmas hipóteses em que o particular pode fazê-lo. Isso porque o art. 1º, *caput*, da LArb, permite que haja utilização da arbitragem relativa a “direitos patrimoniais disponíveis”. Essa previsão é reforçada pelo art. 852 do Código Civil, segundo o qual “É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

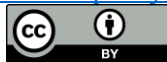
O desafio, de toda forma, é identificar o que seria *direito patrimonial disponível*, para efeitos da Administração Pública. É possível ter indicativos do seu conteúdo analisando a legislação, pois, mesmo antes da previsão expressa na Lei 9.307/2015, que permitiu genericamente a arbitragem, várias legislações já a permitiam em situações específicas.

Podemos mencionar, a título exemplificativo: 1) para a resolução de conflitos contratuais nos contratos de concessões (art. 23-A da Lei 8.987/1995); 2) para a resolução de conflitos contratuais nos contratos de concessões de exploração de petróleo (art. 43, X,

5 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...* cit., p. 76.

6 Ver, sobre a discussão: AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 53-83.

7 Esse também é o entendimento da jurisprudência. Uma boa análise da evolução no entendimento do tema pode ser conferida em julgado do STJ, mais especificamente no voto da relatora: STJ, 2ª Seção, CC 151.130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, j. 27/11/2019, DJe 11/02/2020.



da Lei 9.478); e 3) para a resolução de conflitos na contratação de parceria público-privada (art. 11, III, da Lei 11.079/2004).

Esse é um bom indicativo do cabimento da arbitragem: *relações contratuais envolvendo o poder público*, por ser fácil de identificar em seu conteúdo direito patrimonial disponível. Essa interpretação é reforçada pelo art. 151, parágrafo único da Lei 14.133/2021, a nova Lei de Licitações e Contratos que, ao fazer referência à utilização de meios alternativos de resolução de controvérsias insere, como exemplo de direitos patrimoniais disponíveis “as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.⁸

Um outro indicativo, sugerido pela doutrina, é o de que a arbitragem seria admissível quando os conflitos sejam referentes a “atos de gestão da Administração, excluídos, obviamente, os atos de natureza política, legislativa ou executiva em sentido estrito”.⁹ Ou seja, por exemplo, não poderia ser submetida à arbitragem um conflito de política pública, no qual se discutisse onde seriam construídas novas escolas, quantos professores deveriam ser contratados etc.

Também não seriam arbitráveis os atos de império, nos quais há uma situação de sujeição entre o Estado e o Indivíduo, pois o direito seria indisponível.¹⁰ Dinamarco ainda menciona que a arbitragem não seria admitida em matéria de ordem pública e elenca como exemplos as situações que envolvam políticas públicas em geral, educação, segurança, medidas de saúde pública, meio-ambiente e funcionalismo público, com a inclusão de questões disciplinares.¹¹

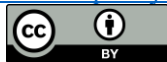
Uma questão interessante é a de que deve se perceber que o fato de um direito ser tido como indisponível não significa que todas as decorrências desse direito também o são. O

8 Previsão bastante semelhante podia ser encontrada no art. 2º do Decreto 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.

9 MAZZOLA, Marcelo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, versão kindle, posição 5.277.

10 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...* cit., p. 76. No mesmo sentido: MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 162.

11 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo...* cit., p. 76.



exemplo a ser utilizado é a desapropriação. A opção de realização da desapropriação é típico ato de império, no qual a escolha pertence ao poder público, que decide pela declaração de utilidade pública daquele bem ou não. Mas o mesmo não se pode dizer do valor da indenização e, não por acaso, atualmente é permitida a utilização da arbitragem para decidir sobre o *valor da indenização*, mas não sobre a decisão de desapropriar o bem.

Perceba-se que a arbitragem é admitida apenas após o exaurimento da fase declaratória, com a declaração de utilidade pública. Embora ela não sirva, por si só, para transferir o bem para o patrimônio público, já o sujeita às operações materiais e atos administrativos necessários para a efetivação da decisão do ente público. O que se permite a arbitragem é, tão somente, analisar o que ainda não foi definido, que é o valor do bem.¹²

3. IDENTIFICAÇÃO DA AUTORIDADE APTA A CELEBRAR A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

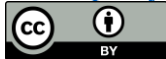
Outro elemento relevante é verificar quem pode celebrar a convenção de arbitragem, pois, de acordo com o art. 1º, §2º, da Lei 9.307/1996, “A autoridade ou o órgão competente da Administração Pública direta para a celebração de convenção de arbitragem *é a mesma para a realização de acordos ou transações*”.

Atualmente, um razoável indicativo pode ser retirado do art. 26 da LINDB, que faz menção à “autoridade administrativa” como responsável pela realização de acordos. A autoridade, de acordo com o art. 1º, §2º, III, da Lei 9.784/1999, pode ser entendida como “o servidor ou agente público dotado de poder de decisão”. Assim, de certa forma, pode celebrar convenção de arbitragem aquele servidor que tenha poder de decisão.

É natural que seja impossível definir com precisão, afinal, cada ente público possui uma organização diferente, o que impediria que uma lei nacional indicasse exatamente que autoridade teria esse poder de celebrar a convenção de arbitragem.

Em termos genéricos, é viável afirmar que pode celebrar convenção de arbitragem quem tem poder de decisão, cabendo a análise da legislação para verificar quem poderá fazê-

¹² Com esse raciocínio: MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 94.



lo em cada caso. Por exemplo, se formos analisar um contrato de concessão, o servidor que tiver o poder de celebrar o contrato será o mesmo com autoridade para celebrar convenção de arbitragem. O fato de a arbitragem ser utilizada em contratos administrativos facilita a resposta à pergunta da autoridade para sua instituição, pois quem tem competência para celebrar o contrato, também terá para celebrar a convenção de arbitragem. O que se afigura relevante identificar é que outras autoridades também podem ter esse poder; a título exemplificativo um secretário municipal pode ter poder para celebrar um determinado contrato e, surgido um conflito, o prefeito pode optar por adotar a arbitragem como método de solução do conflito. A hierarquia administrativa auxilia nesta identificação. O delegante pode instituir a arbitragem em compromissos firmados pelo delegatário; a autoridade hierarquicamente superior pode definir pela arbitragem em acordos realizados por outras autoridades a si submetidas.

Algumas legislações locais abordam o tema. No Decreto 64.356/2019, que regula a arbitragem da qual faça parte o Estado de São Paulo, compete ao “Procurador Geral do Estado celebrar compromisso arbitral para submeter divergências à arbitragem após o surgimento da disputa ou para esclarecer ou integrar lacuna de cláusula compromissória” (art. 4º, §3º). No Estado do Rio de Janeiro, o Decreto-Lei 46.245/2018, que regula a arbitragem da qual seja parte o Estado do Rio de Janeiro, tem previsão mais específica, pois, de acordo com o art. 7º, “Caberá, exclusivamente, ao Secretário de Estado responsável pela ordenação da despesa a celebração de contratos contendo cláusula compromissória, bem como a assinatura de compromisso arbitral, ouvida, previamente, a Procuradoria Geral do Estado”.

4. MOMENTO DE CELEBRAÇÃO DA ARBITRAGEM

Também se discute em que momento pode ser celebrada a convenção de arbitragem.

A convenção de arbitragem possui duas modalidades:

A primeira é a cláusula compromissória, que cria uma obrigação de fazer, servindo para que futuros conflitos sejam submetidos à arbitragem, tendo caráter vinculante, impondo que o conflito seja resolvido pela arbitragem. Pode ser vazia ou cheia.



Sendo vazia, há necessidade de um procedimento prévio. Se não for possível o consenso entre as partes, impõe-se a utilização de um processo judicial para que se possa resolver a questão e gerar o procedimento arbitral. Quando cheia, permite a instauração da arbitragem de imediato no caso do aparecimento do conflito.

Por outro lado, há, ainda, o compromisso arbitral, que ocorre quando já há litígio, seja para pactuar diretamente a arbitragem, seja para definir as regras de cláusula compromissória vazia.

No caso do poder público, há o questionamento se já precisa estar previsto no edital de licitação, ou se a submissão à arbitragem pode ocorrer em outro momento, como no ato de assinatura do contrato ou mesmo depois do conflito surgir. Na verdade, como se percebe, a discussão vai além da *cláusula compromissória vs. compromisso arbitral*, pois a questão não envolve apenas essas duas modalidades, mas se, por exemplo, seria possível, após a licitação e a celebração do contrato, mas, antes de qualquer conflito, o aditamento do contrato para incluir a utilização da arbitragem (cláusula compromissória).

Tem prevalecido a posição de que não precisa existir previsão expressa no edital de licitação, podendo a convenção de arbitragem ser celebrada em outro momento.¹³ Esse entendimento foi consagrado no art. 153 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos), ao prever expressamente que “Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”. Assim, o ente público pode celebrar tanto cláusula compromissória quanto compromisso arbitral a qualquer momento.

5. LIMITES À CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO

Apesar de o poder público poder se utilizar da arbitragem, existem alguns limites que lhe são aplicáveis, condicionando sua liberdade. Isso porque existem algumas particularidades que decorrem do próprio regime a que é submetido o poder público. Afinal, como destaca a doutrina, a Fazenda Pública é regida por princípios inscritos no *caput* do art.

13 STJ, 3ª T., REsp 904.813/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 28/02/2012. Na doutrina: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. *Manual de Mediação e Arbitragem...* cit., posição 10387-10388.



37 da Constituição (legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade e eficiência), que limitam a liberdade para a instituição da arbitragem.¹⁴

A primeira limitação remete ao princípio da legalidade. Enquanto a arbitragem, que envolva particulares, pode ser *de direito* ou *de equidade*, “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito” (art. 2º, §3º, da Lei 9.307/1996). Isso ocorre pela submissão ao princípio da legalidade, pois não pode o poder público deixar para que o juiz, tendo por base seu sentimento de justiça e ignorando a lei, decida o caso.

Aponte-se que a previsão da arbitragem de direito não resolve o problema, pois, ainda nessa modalidade são várias as escolhas das partes. Afinal, seria possível eleger como normas de cisão o direito brasileiro, o direito de algum outro país, algum conjunto de regras corporativas etc. A doutrina afirma que nas arbitragens que envolvam o poder público e sejam nacionais, seja aplicado o direito brasileiro.¹⁵

Isso parece se refletir nas regulações locais. Por exemplo: i) art. 4º, II, do Decreto-Lei 46.245/2018, que regula a arbitragem da qual seja parte o Estado do Rio de Janeiro; ii) art. 4º, §1º, 2, do Decreto 64.356/2019, que regula a arbitragem da qual faça parte o Estado de São Paulo; e iii) art. 3º, II, do Decreto 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.

No Estado de Pernambuco essa exigência não é prevista, uma vez que é exigido apenas que a cláusula compromissória indique “a legislação aplicável” (art. 5º, III, da Lei 15.627/2018), que, ao menos em tese, pode ser a de outro país.

6. PUBLICIDADE E ARBITRAGEM

Respeitando o princípio da publicidade (art. 37, CF), a arbitragem que envolva o poder público, em regra, deve ser pública. Como destaca o art. 2º, §3º, da Lei 9.307/1996, “A

14 CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 713.

15 TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*. São Paulo: Almedina, 2019, p. 286-287; MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas...* cit., p. 212.



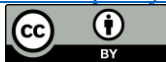
arbitragem que envolva a Administração Pública (...) respeitará o princípio da publicidade”. Assim, ao contrário do que ocorre com os particulares, a regra é a de que a arbitragem deve ser pública.

Ocorre que essa é uma regra que pode ter exceções. A Lei 12.527/2011 regula o acesso à informação e, em seus arts. 23 e 24, insere várias restrições a alguns tipos de informações que “São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado”. Imagine, por exemplo, um contrato que envolva o fornecimento de equipamentos para uma operação estratégica das forças armadas, que é uma hipótese de informação sigilosa (art. 23, V). Em caso de arbitragem para resolver conflito surgido na execução de contrato com este objeto, tratar-se-ia de hipótese de sigilo também para o procedimento arbitral.

Algumas legislações estaduais aprofundam a regulação da publicidade/confidencialidade da arbitragem. O Decreto 64.356/2019, que regula a arbitragem envolvendo o Estado de São Paulo, afirma que “Os atos do procedimento arbitral serão públicos, ressalvadas as hipóteses legais de sigilo ou segredo de justiça” (art. 12, *caput*).

Em relação ao nível de publicidade, o decreto em comento dispõe que são “atos do procedimento arbitral as petições, laudos periciais, Termo de Arbitragem ou instrumento congêneres e decisões dos árbitros” (art. 12, §1º) e que estes devem ser disponibilizados pela PGE na internet (art. 12, §2º). Há regulação específica em relação às audiências, pois, de acordo com o art. 12, §3º, “As audiências do procedimento arbitral *poderão ser reservadas* aos árbitros, secretários do Tribunal Arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da câmara arbitral e pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral”.

Note-se que a legislação não é clara, pois afirma que os atos da arbitragem serão públicos, mas não coloca a audiência como ato da arbitragem, permitindo — mas não exigindo — que as audiências sejam limitadas aos participantes. Como a regra é a publicidade dos atos, nos parece que deve ser interpretado que a audiência deve ser compreendida como ato da arbitragem, sendo considerada pública e, portanto, que outras pessoas possam dela participar. Aponte-se que pode haver uma limitação de participação dessa audiência por uma questão de espaço, mas, como forma de preservar a publicidade, tais audiências deveriam ser registradas, com disponibilização das atas *on-line*, tal qual os



demais atos.

Previsão quase idêntica pode ser identificada no art. 13 do Decreto-Lei 46.245/2018, que regula a arbitragem envolvendo o Estado do Rio de Janeiro. São três as principais diferenças: i) há melhor regulação dos casos de sigilo, mencionando-se “as hipóteses legais de sigilo, de segredo de justiça, de segredo industrial decorrentes da exploração direta de atividade econômica pelo Estado ou por pessoa física ou entidade privada que tenha qualquer vínculo com o Poder Público” (art. 13, *caput*); ii) os atos não são disponibilizados *on-line*, mas permite-se o seu acesso a qualquer interessado a pedido (art. 13, §2º); e iii) a audiência é tida como reservada, mas permite-se a participação de pessoas previamente autorizadas pela instituição arbitral.¹⁶ Nos parece que qualquer cidadão pode requerer a participação na audiência, que só deve ser negada caso haja alguma espécie de sigilo na arbitragem ou por motivos de impossibilidade física, como ausência de locais para alocar aquele indivíduo.

7. CUSTAS E DESPESAS

Não há uma regra geral para a antecipação das custas e despesas. A problemática deve ser regida pela autonomia da vontade das partes.

No Decreto 46.245/2018, que rege a arbitragem envolvendo o Estado do Rio de Janeiro, tem-se a previsão de que “As despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento”. O decreto, no entanto, é omissivo em relação ao que deve ser feito quando o procedimento for iniciado pelo poder público.

No Decreto 64.356/2019, que regula a arbitragem da qual participe o Estado de São Paulo aponta, de acordo com o art. 4º, §1º, 5, “o adiantamento das despesas pelo requerente da arbitragem”.

Na legislação do Estado de Pernambuco (Lei 15.627/2015), aparentemente, impõe-se que as despesas e custos da arbitragem “devem ser adiantadas pelo contratado, quando da

16 Art. 13(...) §3º - A audiência arbitral respeitará o princípio da privacidade, sendo reservada aos árbitros, secretários do tribunal arbitral, partes, respectivos procuradores, testemunhas, assistentes técnicos, peritos, funcionários da instituição de arbitragem e demais pessoas previamente autorizadas pelo tribunal arbitral.



instauração do procedimento arbitral e esta obrigação de adiantamento constará do edital de licitação e do contrato administrativo” (art. 7º, parágrafo único). Assim, mesmo que seja o ente público a iniciar a arbitragem, caberá ao contratado adiantar as despesas com a arbitragem.

8. PROCEDIMENTO DA ARBITRAGEM

A organização e o funcionamento da arbitragem podem seguir dois caminhos, podendo ser institucional ou *ad hoc*.

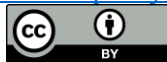
A arbitragem *ad hoc* é prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem, pois é permitido às partes “estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição de arbitragem”. Trata-se de um modelo em que há maior liberdade, mas, naturalmente, menor segurança jurídica, pois ela é independente de qualquer instituição, sendo o procedimento completamente desenvolvido pelas partes.

Menciona a doutrina que a arbitragem *ad hoc* tem dois aspectos principais, um normativo e outro administrativo. O aspecto normativo consiste na faculdade de elaboração das regras e procedimentos específicos para o caso. Pela liberdade em para escolher o procedimento, nada impede que adotem procedimento desenvolvido por alguma instituição arbitral, a exemplo das Regras de Arbitragem da UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*).

Em termos administrativos, como não há uma instituição por trás da arbitragem, com sua infraestrutura, cabe às partes convencionarem sobre os prazos processuais, formas de envio de comunicação, alocação dos custos, sistemática recursal, local de realização das audiências etc.¹⁷ Nesse modelo, caberá às partes definir cada um dos detalhes: onde serão realizadas as audiências? Quem ficará com os documentos e onde serão armazenados? Como serão realizadas as intimações? Qual será o procedimento?

Se, por um lado, há uma economia de custos com a contratação de uma instituição, vários problemas práticos surgem e que podem dificultar o andamento da arbitragem,

17 FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, versão eletrônica, item 2.6.2.1.



levando ainda em conta toda a burocracia decisória da administração pública quando ocorrem problemas.

Por outro lado, a arbitragem institucional é prevista no art. 5º da Lei de Arbitragem quanto permite às partes, no momento da celebração da convenção de arbitragem, se reportarem “às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada”, caso em que a arbitragem será “instituída e processada de acordo com tais regras”. Nessas situações, há uma pessoa jurídica escolhida pelas partes, como a Câmara de Comércio Brasil-Canadá; Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem de São Paulo etc., que irá reger a arbitragem a partir do seu regulamento, tanto do ponto de vista normativo, quanto administrativo.

Não há, na legislação nacional, uma exigência da adoção de uma ou outra espécie pelos entes públicos. Há quem sustente que o art. 10-B, §4º, da Lei de Desapropriação, que rege a arbitragem exigiria a modalidade *institucional*.¹⁸ Não parece ser o caso: a legislação aponta que a arbitragem deve seguir o procedimento fixado na lei de arbitragem e, como visto, prevê expressamente tanto a arbitragem *ad hoc* quanto a institucional.

No Estado de São Paulo, o Decreto 64.356/2019 admite as duas possibilidades. De acordo com o art. 6º, “O procedimento arbitral será regido pelo regulamento de arbitragem da câmara arbitral eleita ou, nos casos de procedimento ‘ad hoc’, pelas regras de arbitragem da ‘United Nations Commission on International Trade Law’ (UNCITRAL), vigentes no momento da apresentação do requerimento de arbitragem”.

Por sua vez, a Lei 15.627/2015, que regula a arbitragem da qual participe o Estado de Pernambuco afirma que “O juízo arbitral, para os fins desta Lei, instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”. Previsão semelhante consta do Decreto 46.245/2018, que regula a arbitragem da qual participe o Estado do Rio de Janeiro em seu art. 2º: “A arbitragem instituir-se-á exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional”.

Uma terceira modalidade foi prevista no Decreto 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 que envolvam a

18 MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem...* cit., p. 95.



União e demais entidades da administração pública federal. Nesse decreto, tem-se a previsão, no art. 3º, V, que “a arbitragem será, preferencialmente, institucional”.

Bastante semelhante é a previsão do art. 3º, do Decreto 59.963/2020, que regulamenta a arbitragem que envolva o município de São Paulo: “A arbitragem será preferencialmente institucional, podendo, justificadamente, ser constituída arbitragem “ad hoc””.

A conclusão é a de que não parece haver uma obrigatoriedade quanto à modalidade procedimento da arbitragem a ser adotado. Caberá, a cada ente público, a escolha da arbitragem *ad hoc* ou institucional.

9. ESCOLHA DA CÂMARA DE ARBITRAGEM E DOS ÁRBITROS

Há certa discussão sobre a forma de escolha dos árbitros, muito embora as linhas desenvolvidas cheguem à mesma conclusão, pela desnecessidade de licitação. Parte da doutrina entende ser hipótese de inexigibilidade de licitação, em face da especialidade da escolha.¹⁹ Outra parte entende que essa relação jurídica simplesmente não é regida pela Lei de Licitações e Contratos, porque não há propriamente contrato administrativo.²⁰ O vínculo contratual, apesar de ser de prestação de serviços, seria muito singular, sem que haja o poder de império sobre o particular e, além disso, essa relação também seria estabelecida com a outra parte.

Independentemente do fundamento, a dispensa de licitação para essa escolha foi acolhida pela nova Lei de Licitações e Contratos ao prever, no art. 154, que “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará *critérios isonômicos, técnicos e transparentes*”. Não se tem a exigência de qualquer espécie de licitação, mas de que estejam presentes critérios isonômicos, técnicos e transparentes, ressaltando-se que esses devem ser explícitos. A decisão de escolha da câmara arbitral ou dos árbitros é ato administrativo que deve ser devidamente justificado.²¹

19 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração — primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, jul./set.-2016, p. 11.

20 TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público...* cit., p. 282-283. De forma semelhante: MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas...* cit., p. 220.

21 TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo*



No Estado de Pernambuco, por exemplo, a Lei 15.627/2015 estabelece, em seus arts. 4^o²² e 6^o²³, diversos requisitos para o exercício da função de árbitro e da câmara arbitral. Situação semelhante é prevista nos arts. 10²⁴ e 12²⁵ do Decreto 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.

10. PRERROGATIVAS DO PODER PÚBLICO E A ARBITRAGEM

O procedimento da arbitragem não é regido pelo CPC, mas pelos limites estabelecidos pela convenção de arbitragem.²⁶ Os limites ao procedimento estão apenas na Constituição, em uma conjunção entre o direito de liberdade o respeito ao devido processo legal,²⁷ o que é até reconhecido na legislação arbitral, pois o art. 21, §2º, da Lei 9.307/1996 impõe que a arbitragem respeite “os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”.

Por tais motivos, as prerrogativas processuais do poder público simplesmente não fazem sentido no processo arbitral. O procedimento é organizado pelas próprias partes, não

o poder público... cit., p. 282.

22 Art. 4º São requisitos para o exercício da função de árbitro: I - ser brasileiro, maior, capaz e com reconhecida idoneidade; II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato; e III - não ter, com as partes, nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou de suspeição de juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil.

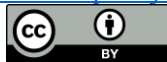
23 Art. 6º A câmara arbitral escolhida para compor litígio será preferencialmente a que tenha sede no Estado e deverá atender ao seguinte: I - estar regularmente constituída por, pelo menos, 5 (cinco) anos; II - estar em regular funcionamento como instituição arbitral; e III - ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais.

24 Art. 10. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia-Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos: I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos; II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

25 Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos: I - estar no gozo de plena capacidade civil; II - deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e III - não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

26 GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e processo arbitral. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coords.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, Item 5; MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem... cit.*, p. 280-282.

27 MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem... cit.*, p. 280-282.



sendo aplicável o CPC, com a exceção de as próprias partes assim o preverem. Por tais motivos, não se tem a aplicação do art. 183 do mencionado código (que exige a intimação pessoal), nem mesmo a remessa necessária,²⁸ até porque, em geral, nem sequer há previsão de recurso na arbitragem. Como ressalta a doutrina, na verdade, nem haveria para onde remeter a sentença, pela ausência de divisão de instâncias na arbitragem.²⁹

Tem-se ainda a discussão sobre o cabimento das vedações à concessão de tutela de urgência e sua aplicabilidade à arbitragem. Há quem defenda que haveria incidência apenas das vedações constitucionais, a exemplo da necessidade de emissão de precatório para o pagamento de quantia; mas a inaplicabilidade das normas infraconstitucionais, em especial as previstas nas Lei 8.437/1992, 9.494/1997 e 12.106/2009.³⁰ Por outro lado, há quem aponte a aplicabilidade de tais vedações, mas sempre ressaltando sua baixa incidência na arbitragem.³¹

Em termos gerais, os casos de vedações à concessão de tutelas antecipadas estão no art. 7º, §2º, da Lei do Mandado de Segurança, em conjunto com o art. 1º, §5º, da Lei 8.437/1992.

A princípio, nos parece que tais vedações infraconstitucionais não se aplicam à arbitragem, dado que a legislação processual não rege esse procedimento.

No mais, mesmo que aplicável, recente decisão do STF desconstruiu completamente a sistemática de vedações à concessão de tutela provisória, pois, na ADI 4296, a Corte declarou inconstitucional o art. 7º, §2º, da Lei do Mandado de Segurança.³² Assim, se tal texto normativo, que veda a concessão de tutela provisória contra o poder público, é

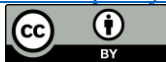
28 Nesse sentido: TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público...* cit., p. 297.

29 TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público...* cit., p. 498.

30 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e fazenda pública*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>, acessado em 09/06/2023, item 5.

31 MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem...* cit., p. 256-266; AMARAL Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública...* cit., p. 120-123.

32 Art. 7º, §2º Não será concedida medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Verificar divulgação do resultado da ADI em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=467335&ori=1>.



inconstitucional, assim também são as demais vedações³³. Dessa forma, salvo por alguma questão constitucional – como exigência do trânsito em julgado para a expedição de precatório – o regime de tutela de urgência contra a Fazenda Pública parece ter sido igualado ao dos particulares. Assim, a discussão sobre a aplicabilidade das restrições à tutela provisória contra o poder público na arbitragem perdeu bastante sentido.

11. FORMA DE CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL

De acordo com o art. 100, *caput*, da Constituição, as obrigações de pagar decorrentes de sentenças judiciais do poder público devem ser cumpridas por meio da sistemática dos precatórios/RPV.

Isso ocorre porque, ao contrário dos bens dos particulares, os bens públicos são impenhoráveis, imprescritíveis (não podem ser usucapidos), possuem uma alienação condicionada, ou inalienabilidade relativa.³⁴ Assim, é necessário um procedimento especial, que termina com o pagamento por meio do precatório ou da requisição de pequeno valor, já que inviável a penhora dos bens. Quando a execução é de título judicial, o procedimento é regulado pelos arts. 534 e 535 do CPC e, quando extrajudicial, pelo art. 910 do referido código.

Um esclarecimento prévio é importante: tendo por base o art. 100 da Constituição, o poder público não pode cumprir voluntariamente suas obrigações de pagar. Impõe-se que o exequente venha a requerer o cumprimento de sentença para que, também transitado em julgado o procedimento executivo, possa ser a dívida inscrita em precatórios.

Não por acaso, de acordo com o art. 85, §7º, do CPC “Não serão devidos honorários no cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública que enseje expedição de precatório, desde que não tenha sido impugnada”. A previsão normativa é decorrente da necessidade da instauração do cumprimento de sentença para pagamento da obrigação de pagar e não há causalidade a justificar condenação em honorários advocatícios se o poder público não impugna a execução de valor que justifica a emissão de precatório.

33 Análise aprofundada da decisão proferida na ADI 4296 está em: AVELINO, Murilo Teixeira. *Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: JusPodivm, 2023, p. 138 e ss.

34 OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. São Paulo: Método, 2020, versão digital, tópico 22.5.



Passando à arbitragem, há importante discussão sobre o cumprimento voluntário das obrigações de pagar decorrentes da sentença arbitral. Não parecem existir polêmicas sobre o que deve ser feito na hipótese de resistência ao cumprimento espontâneo: exige-se o procedimento do cumprimento de sentença, a partir do qual impõe-se o pagamento por meio do precatório.³⁵

Alguns argumentos pela dispensa do precatório são os seguintes: i) não haveria violação da isonomia, pois os recursos para o pagamento da sentença arbitral deveriam advir de dotação orçamentária específica, que iria prever os valores a serem eventualmente dispendidos pela condenação em arbitragem, não prejudicando os beneficiários dos precatórios; e ii) a sentença arbitral não é “sentença judiciária”, pois a equiparação da sentença arbitral seria por mera “opção legislativa”, reforçando essa interpretação o fato de que várias regras do processo judicial não se aplicam a arbitragem, a exemplo da remessa necessária. Ainda, como argumento de reforço, há previsões que dispensariam o pagamento das sentenças arbitrais por meio de precatório, a exemplo do art. 11 do Decreto 8.645/2015, que, no caso de arbitragem no setor portuário, prevê o pagamento realizado diretamente pela autoridade portuária.

Por outro lado, mantendo-se a simetria com as condenações judiciais, não seria possível o pagamento espontâneo das sentenças arbitrais, que sempre dependeria do procedimento do precatório.

Antes de passar para as opiniões doutrinárias, é importante mencionar que a legislação caminha nesse segundo sentido. O mencionado Decreto 8.645/2015 foi revogado pelo Decreto 10.025/2019 que, em seu art. 15, torna a exigência do precatório evidente: “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,

35 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e fazenda pública...* cit., item 5; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MAZZOLA, Marcelo. *Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem>, acesso no dia 09/06/2023. Para João Pedro Accioly, “salvo previsão especial em sentido contrário (em sede legal ou contratual), a execução deverá ser processada pela sistemática dos precatórios”. (ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. *Revista dos Tribunais*, v. 989, 2018, versão eletrônica, item 3).



conforme o caso”.

Previsão bastante semelhante consta do art. 9º do Decreto 64.356/2019, que regula a arbitragem realizada pelo Estado de São Paulo: “As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária à Administração Pública direta e suas autarquias serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais”. Idêntica é a previsão do art. 13 do Decreto 59.963/2020, que regulamenta a arbitragem que envolva o município de São Paulo.

Também de forma semelhante é a previsão do art. 15 do Decreto 46.245, que regula a arbitragem realizada pelo Estado do Rio de Janeiro e demais pessoas jurídicas de direito público do estado: “Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o art. 100 da Constituição da República”.

Abordando as posições doutrinárias, o principal argumento para exigir o pagamento mediante precatório advém do simples fato de que a sentença arbitral deve ser compreendida como “sentença judiciária”. Além de ela ser inserida como título executivo judicial (art. 515, VII, CPC), ao menos a maioria da doutrina – em especial, a arbitralista – defende que a arbitragem é exercício de jurisdição. Ora, como a regra geral para pagamento de dívidas judiciais do poder público é através da sistemática dos precatórios, que privilegia a igualdade entre os credores, não parece possível que a sentença arbitral possa fugir a essa regra. Como ressalta Heitor Sica, “embora a sentença arbitral não seja “judicial”, prevalece o entendimento de que ela é ao menos “jurisdicional””.³⁶

Além disso, nos parece que o argumento da previsão orçamentária para a celebração da arbitragem é um pouco irreal, porque, salvo expressa menção na legislação, ou mesmo na contratação, o poder público não tem qualquer obrigação de separar, em seu orçamento, um valor a ser gasto em um processo arbitral específico. Mais ainda, tendo por base que o orçamento é previsto em um ano para ser dispendido em outro ano, parece-nos inviável a

36 SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e fazenda pública...* cit., item 5. No mesmo sentido: MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem...* cit., p. 374-375.



sua existência, pois primeiro haveria de surgir o conflito, para, posteriormente, haver alteração no orçamento do ente público e, apenas depois, ocorrer a arbitragem.

Enfim, não é possível o pagamento da obrigação de pagar quantia decorrente de sentença arbitral com a dispensa do precatório.³⁷ Impõe-se ao credor o ajuizamento de ação de cumprimento de sentença para receber seu crédito.

Esse raciocínio não se aplica para as obrigações de fazer, não fazer ou dar coisa certa. Para essas situações, é possível e recomendável ao poder público o cumprimento espontâneo da obrigação. A afirmativa é válida mesmo para os casos em que a obrigação de fazer, a exemplo de disponibilizar a área da obra livre de entulhos, demande alguma despesa. Ocorre que essa despesa deve ser resolvida no âmbito administrativo seja pela dotação orçamentária do próprio contrato, seja pela abertura de crédito suplementar.³⁸

Estamos diante de reflexos pecuniários do cumprimento de obrigações de fazer pela Fazenda Pública, plenamente admitidos por nossa ordem jurídica. O regime diferenciado de execução, que atrai o regramento especial do art. 100 da Constituição é a ordem de pagar quantia, cuja execução definitiva se submete ao precatório.

Quando a execução materializa uma obrigação de fazer, não fazer ou dar coisa diferente de dinheiro, os efeitos pecuniários reflexos não são uma limitação genérica à submissão do ente público ao regime comum (aplicável também ao particular).

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O poder público pode utilizar a arbitragem para resolver situações conflituosas. Trata-se de previsão expressa da legislação brasileira, mas essa autorização genérica ainda depende de diversas adaptações do procedimento (e da liberdade) tradicional desse meio de resolução de conflito.

Afinal, é preciso delimitar o conceito de direitos patrimoniais disponíveis no contexto do poder público, que tem como um conteúdo mínimo as suas relações contratuais. Definido o que pode ser objeto de arbitragem, busca-se identificar a autoridade competente para

37 No mesmo sentido: CUNHA, Leonardo. *A fazenda pública em juízo...* cit., p. 715.

38 MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas...* cit., p. 276-277.



celebrar a convenção, o que depende primordialmente da organização de cada ente público.

Indo além, verifica-se que a convenção de arbitragem pode ser celebrada a qualquer momento, desde a celebração de um contrato até depois de surgido o conflito. Por outro lado, há certas limitações ao funcionamento da arbitragem, pois, por envolver a Administração Pública, ela deve ser sempre *de direito* e respeitar o princípio da publicidade.

Sobre o procedimento da arbitragem, verifica-se que há uma tendência dos entes públicos de preferirem a arbitragem institucional, por trazer maior segurança jurídica e menores custos, além de evitar problemas referentes aos órgãos de controle, o que possivelmente ocorreria com a nomeação ad hoc de árbitros privados. Recorde-se que, no processo arbitral, não se aplicam nenhuma das prerrogativas da Fazenda Pública. Excepcionalmente, pode-se afirmar que a única prerrogativa aplicável ao regime arbitral é a exigência de adimplemento de obrigação de pagar através da sistemática dos precatórios.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. *Revista dos Tribunais*, v. 989, 2018, versão eletrônica.
- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- AVELINO, Murilo Teixeira. *Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: JusPodivm, 2023.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração — primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 51, jul./set.-2016
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- FICHTNER, José Antonio; MANHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, versão eletrônica.
- GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e processo arbitral. SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da



(coords.). *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem*: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

- MAIA, Alberto Jonathas. *Fazenda pública e arbitragem*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- MAZZOLA, Marcelo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Manual de Mediação e Arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2019, versão kindle.
- MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública*: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho. *Curso de direito administrativo*. 8^a ed. São Paulo: Método, 2020.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MAZZOLA, Marcelo. *Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem>, acesso no dia 09/06/2023.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e fazenda pública*. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>, acessado em 09/06/2023.
- TONIN, Mauricio Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*. São Paulo: Almedina, 2019.