

Regulamentações da arbitragem pela Administração Pública em âmbito infranacional: um estudo crítico e comparativo

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Pós-doutor pela *Fordham University School of Law (New York)*. Doutor em Direito pela UVA/RJ. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC/RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Professor Titular de Direito Administrativo do IBMEC. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade Veiga de Almeida. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor de Direito Administrativo da EMERJ. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Presidente do Conselho editorial interno da Revista Brasileira de *Alternative Dispute Resolution* (RBADR). Membro da lista de árbitros do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). Procurador do Município do Rio de Janeiro. Advogado, árbitro e consultor jurídico. Sócio fundador do escritório Rafael Oliveira Advogados Associados. *E-mail*: contato@roaa.adv.br.

Lucas Carvalho de Souza

Advogado do escritório Faveret Lampert Advogados. Bacharel em Direito pelo IBMEC. Membro do grupo de pesquisa “Análise e perspectivas da arbitragem na Administração Pública” coordenado pelo prof. Rafael Carvalho Rezende Oliveira. *E-mail*: lcsouza@ftit.tcom.br.

Resumo: O presente artigo aborda os relevantes aspectos inculcados nas normas de arbitragem que vêm sendo editadas pelos entes da Administração Pública. Por sua natureza de norma geral, a Lei de Arbitragem possibilita aos entes públicos que queiram se valer deste instituto o tratamento específico de conceitos e critérios conforme suas particularidades. Sob uma análise constitucional, histórica e comparativa, discorre-se acerca da importância de tais regulamentos para a consagração da segurança jurídica na aplicação da arbitragem pelo Poder Público.

Palavras-chave: Arbitragem; administração pública; regulamentações infranacionais

Sumário: **1** Introdução – **2** A competência dos demais entes federados para legislar sobre arbitragem – **3** Breve histórico do advento de normas sobre arbitragem pela Administração Pública – **4** Aspectos comparativos entre as normas arbitrais do Direito Brasileiro – **5** Considerações finais – **6** Conclusões – Referências

1 Introdução

O presente estudo tem por objetivo analisar comparativamente as formas pelas quais a arbitragem está disciplinada pelos diversos entes que compõem a Federação.

Não remanescem dúvidas quanto ao cabimento e a utilidade de tão importante instituto jurisdicional pela Administração Pública, especialmente nos contratos de grande vulto econômico e de maior complexidade.

Consistindo em norma geral, a Lei de Arbitragem traz para os entes federados, ainda que de forma implícita, a responsabilidade para regulamentarem o uso deste mecanismo alternativo (ou adequado) para solução de conflitos no âmbito de suas próprias competências.

É neste contexto que se revela fundamental compreender os limites da autonomia legislativa dos entes federativos para legislar sobre arbitragem, o histórico do advento das normas que cuidam do seu emprego pela Administração Pública e as semelhanças e diferenças entre determinados aspectos regulamentares de que tratam as respectivas normas arbitrais.

2 A competência dos entes federados para legislar sobre arbitragem

Tal como inicialmente aprovado pela Câmara dos Deputados, o texto do projeto de lei, que viria a se tornar a Lei nº 13.129/2015, condicionava o uso da arbitragem pela Administração Pública à regulamentação própria. De maneira acertada, o Senado Federal retirou este requisito da redação final para permitir de imediato o uso deste importante meio alternativo de solução de conflitos pelo Poder Público. A exclusão desta ressalva do §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem não impediu, entretanto, que fossem – e ainda estejam sendo criadas – algumas normas em âmbito federal, estadual e municipal sobre o assunto.¹

Antes mesmo da reforma à Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, a Lei Estadual de Minas Gerais nº 19.477/2011 trouxe importante inovação na ordem jurídica ao disciplinar que o Estado, os órgãos e as entidades das administrações estaduais direta e indireta integrantes da Administração Pública Mineira podem optar pela adoção do júízo arbitral para a solução de conflitos envolvendo direitos

¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*, v. 01, p. 101-123, 2019. MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Notas a propósito do Decreto RJ nº 46.245/2018, da portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019. In: CUÉLLAR, Leila et al. *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 256-257.

patrimoniais disponíveis, estipulando, para tanto, algumas regras a serem seguidas no respectivo procedimento arbitral.

Diversos debates foram iniciados, já a partir daquele momento, a fim de se refletir sobre a constitucionalidade da referida norma, tornando a competência legislativa dos demais entes federados que não a União para versar sobre arbitragem um tema de especial interesse para os estudiosos do assunto.

Uma norma sobre arbitragem pode conter em seu texto matérias que dizem respeito tanto ao direito processual quanto ao procedimento processual, daí surgindo a polêmica quando se tem em mente que tais matérias são, a rigor, a primeira de competência privativa da União e a segunda de competência concorrente dela com os Estados e o Distrito Federal, conforme dispõem, respectivamente, os arts. 22, I, e 24, XI, ambos da Constituição Federal.

O ordenamento jurídico constitucional adotou o princípio da preponderância dos interesses, pelo qual os pontos de relevância nacional, regional e local são, nessa ordem, de competência da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios.

A aplicação deste princípio se observa com facilidade na edição de normas gerais e particulares sobre procedimentos em matéria processual pelos Estados e pelo Distrito Federal, havendo na doutrina entendimento unânime a esse respeito no sentido de que tais entes detêm ampla competência para atender às chamadas particularidades regionais ou peculiaridades locais, desde que as regras impostas pela União de cunho genérico não sejam contrariadas.

Registre-se, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em sede de controle concentrado pela possibilidade de o Estado editar normas específicas para preencher vazios da lei federal, destacando a atribuição desta mesma competência aos Municípios.²

Assim como os demais entes da Federação, os Municípios também são dotados de capacidade de auto-organização e de autogoverno, consequentemente possuindo competências administrativas e legislativas próprias, sendo estas últimas definidas pela predominância do interesse local.³ Aos entes municipais é conferida, ainda, a competência para suplementar a legislação federal e estadual no que couber (art. 30, I e II, da Constituição Federal).⁴

² STF, ADI 3.098/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ 10.03.2006, p. 6.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do Estado e da repartição de competência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 1350-1351 [e-book].

⁴ Ao tratar da competência suplementar, o Ministro Alexandre de Moraes ressaltou que os Municípios podem suprir omissões e lacunas da legislação federal e estadual, inclusive nas matérias dispostas no art. 24, também do texto constitucional, desde que não as contradite e que tenha como base o interesse local. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 293.

Desta forma, é possível se chegar à conclusão de que a arbitragem envolve matéria inserida na competência legislativa concorrente de todos os entes da Federação,⁵ devendo estes observarem que as normas (i) devem ser específicas em matéria de procedimento processual, e nunca contrárias à Lei de Arbitragem; (ii) devem estar voltadas para a tutela de sujeitos públicos relacionadas às atividades de formação, execução, acompanhamento e resolução de contratos administrativos que disponham de compromisso arbitral; e (iii) podem restringir, ampliar ou manter os critérios de uso da arbitragem previstos na Lei de Arbitragem, desde que esteja dentro dos espaços de permissividade encontrados neste diploma.

A título exemplificativo, um dos aspectos que se permite definir com maior clareza, à escolha de cada ente federado, corresponde à definição do conceito de arbitrabilidade objetiva, resguardados, é claro, os limites de disponibilidade do interesse público, tendo em vista que, como é sabido, o art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem tão somente indica que a Administração Pública pode se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis.

Vê-se, assim, a pertinência na edição de normas regulamentares acerca da arbitragem a despeito de sua acertada dispensa pela própria Lei da Arbitragem, uma vez que, no campo regulamentar, podem ser especificados diversos parâmetros cujas escolhas cabem a cada ente em específico, dentre as quais se incluem, sem limitação, a modalidade do procedimento arbitral, a forma de escolha e de composição do painel arbitral, o meio de efetivação para se dar publicidade ao procedimento etc.

Com efeito, também é importante de se asseverar a constitucionalidade na elaboração de decretos para dispor sobre o tema, sendo esta a opção adotada, por exemplo, pelos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo.

Sustentamos, portanto, que as diversas regulamentações infranacionais responsáveis por tratar o uso da arbitragem para o atendimento às peculiaridades locais de cada ente federado não possuem, por si só, qualquer vício de inconstitucionalidade e merecem proteção do ordenamento por estarem contempladas no âmbito da competência concorrente a que se refere a Constituição Federal.

3 Breve histórico do advento de normas sobre arbitragem pela Administração Pública

A utilização da arbitragem pela Administração Pública não representa grande novidade, mas a edição de normas específicas sobre o tema recebeu tratamento normativo recente no ordenamento jurídico pátrio.⁶

⁵ SARLET, *op. cit.*, p. 1351; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*, v. 01, p. 114, 2019.

⁶ Registre-se que o STF, em precedente anterior à Constituição Federal de 1988 (Caso Lage), admitiu a arbitragem em relações fazendárias (STF, AI 52.181/GB, Rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 15.02.1974, p. 720).

Pioneira em dispor de uma base legal própria sobre o assunto, a Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual nº 19.477/2011) consignou expressamente o uso do instituto pelo Estado de Minas Gerais, trazendo uma série de avanços no campo dos negócios jurídicos pactuados entre a Administração Pública e os particulares.

Tão logo a entrada em vigor da citada lei, questionou-se, dentre outros aspectos, a necessidade de os Estados, pelo dever de observância ao princípio da legalidade, também produzirem suas próprias normas para fazer uso da arbitragem a fim de dirimir conflitos decorrentes dos contratos administrativos por si celebrados.

Mesmo antes desta discussão ser superada pela reforma na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, o Estado do Mato Grosso do Sul veio a editar, a reboque da Lei Mineira, a Lei Estadual nº 4.610/2014 para prever a opção do Estado pela escolha do procedimento arbitral, numa espécie de cópia fiel à norma geralista.

Pouco tempo depois se denotou pela alteração promovida sobre a Lei da Arbitragem que o legislador federal não teve por intuito definir os procedimentos e os limites objetivos da discricionariedade administrativa, mas tão somente afirmar, de forma genérica, o uso de arbitragem pelos entes públicos.

Essa generalidade propiciou o contínuo surgimento de outras legislações próprias sobre arbitragem, dado que a mera permissão legislativa não se propõe a esclarecer a forma e os meios pelos quais as normas jurídicas serão implementadas e executadas, daí cabendo justamente aos regulamentos dispor dos instrumentos para o alcance das finalidades instituídas pela lei.⁷

Sob este enfoque, ampliaram-se as legislações nos âmbitos federal, estadual e municipal para regulamentar de modo mais pormenorizado a participação da Administração Pública em conflitos arbitrais, delimitando-se (em alguns casos) as matérias que podem ser deles objeto, as particularidades administrativas do procedimento arbitral e a atuação dos agentes públicos tanto antes quanto ao longo e após o curso do processo.

Foi nesse sentido que, logo após a promulgação da Lei nº 13.129/2015, advieram a Lei Pernambucana de Arbitragem (Lei Estadual nº 15.627/2015) e o Decreto Federal nº 8.465/2015, este posteriormente revogado pelo Decreto Federal nº 10.025/2019, igualmente responsável em relação ao primeiro para tratar da aplicabilidade da arbitragem no âmbito do setor portuário, porém, sendo também contemplados neste último os setores de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Em sequência a tais normas, outros decretos e leis, estaduais e municipais, foram editados especificamente para tratar sobre o uso da arbitragem pelo Poder

⁷ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018). *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2019, p. 57-58.

Público, dentre os quais podemos citar, exemplificativamente e sem desmerecimento dos demais atos normativos: (a) a Lei nº 4.007/2017 (RO); (b) o Decreto nº 46.245/2018 (RJ); (c) a Lei nº 10.885/2018 (ES); (d) o Decreto nº 64.356/2019 (SP); (e) a Lei nº 17.324/2020 (Município de São Paulo/SP), ora regulamentada pelo Decreto nº 59.963/2020; (f) a Lei nº 6.764/2020 (Betim/MG); (g) o Decreto nº 55.996/2021 (RS); e (h) o Decreto nº 9.929/2021 (GO).

Todas estas iniciativas legislativas e outras que certamente estão por vir notadamente constituem um importante avanço na consolidação do uso da arbitragem pela Administração Pública, em prestígio à célere solução de litígios decorrentes dos contratos administrativos. Isto não significa dizer, contudo, que tais regulamentações sejam imunes a críticas.

Adiantemos que uma crítica, se não a principal delas, diz respeito à ausência de definição mínima sobre o que alguns entes federados entendem por direito patrimonial disponível, conceito este que guarda subjetividades capazes de trazer inconvenientes aos particulares no momento de eventual instauração do conflito.

Percebe-se que parte das legislações em estudo se limitaram em muito a reprimir disposições genericamente já tratadas na Lei de Arbitragem, ao passo que o mais adequado teria sido preencher, tanto quanto possíveis e dentro da esfera de competência de cada ente federado, as lacunas deixadas pela lei federal.

4 Aspectos comparativos entre as normas arbitrais do Direito Brasileiro

Não obstante os avanços trazidos pela Lei nº 13.129/2015, a partir do amplo universos de regulamentações infranacionais sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública, apresentaremos, na sequência, uma análise comparativa no tocante à arbitrabilidade objetiva, à modalidade do procedimento arbitral a ser adotado, aos critérios de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais, à responsabilidade pelo adiantamento e pagamento das despesas, ao dever de publicidade e à forma de pagamento pelo Poder Público.

4.1 Arbitrabilidade objetiva

De acordo com o §1º do art. 1º da Lei de Arbitragem, a Administração Pública pode se valer da arbitragem para dirimir questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Por guardar uma definição bastante ampla e sujeita a interpretações diversas, sustentamos a importância de os entes federados disporem de forma pouco mais categórica em seus regulamentos acerca de quais conflitos podem

se submeter à arbitragem para além da reprodução de que são arbitráveis as questões que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A mera repetição da redação utilizada na Lei de Arbitragem pode dificultar o bom funcionamento do compromisso arbitral firmado com a Administração Pública, ocasionando situações de insegurança jurídica e incompatíveis com os preceitos guardados pelo ordenamento, dentre os quais aquele estabelecido pelo art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁸

No caso das normas editadas por Minas Gerais (art. 2º da Lei nº 19.477/2011), Mato Grosso do Sul (art. 2º da Lei 4.610/2014), Espírito Santo (art. 2º da Lei nº 10.885/2018), Rondônia (art. 2º da Lei 4.007/2017) e Pernambuco (art. 1º da Lei nº 15.627/2015), por exemplo, nota-se a fiel reprodução do disposto sobre este ponto na Lei de Arbitragem, quando se poderia definir com maior clareza a interpretação que o ente regulamentador confere à disponibilidade do interesse público.

O Decreto Fluminense nº 46.245/2018, por sua vez, fixou no parágrafo único de seu art. 1º o entendimento do Estado do Rio de Janeiro sobre conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, correspondendo este às controvérsias de natureza pecuniária que não versem sobre interesses públicos primários. Ainda que dotado de maior assertividade, entendemos que o emprego de tal conceito no referido regulamento permaneceu com certa dose de indeterminação acima da desejada, não se esvaindo para o particular contratado o risco de uma interpretação restritiva pelo Poder Público na análise da arbitrabilidade do conflito eventualmente instaurado.

O art. 1º, parágrafo único, do Decreto Estadual de São Paulo nº 64.356/2019, sem conceituar ou exemplificar os “direitos patrimoniais disponíveis”, estabelece quais conflitos envolvendo o estado certamente não são submetidos à jurisdição arbitral, a saber: (i) surgidos em função de projetos financiados por agências oficiais de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro multilateral sobre os quais tais entidades já possuem regras próprias de arbitragem; ou (ii) cuja matéria já esteja regulamentada de maneira diversa em legislação específica. Caminho semelhante é seguido pelo art. 1º, parágrafo único, do Decreto Municipal de São Paulo nº 59.963/2020, responsável por regulamentar o art. 7º da Lei Municipal nº 17.324/2010.

Ressalte-se com bons olhos, a nosso ver, o rol não exaustivo de controvérsias referentes a direitos patrimoniais disponíveis estabelecido pelo Decreto Federal nº 10.025/2019 ao disciplinar o uso da arbitragem no campo dos setores portuário e de transportes rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

⁸ “Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas. Parágrafo único. Os instrumentos previstos no *caput* deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.”

Ao aperfeiçoar a redação já bastante avançada do revogado Decreto Federal nº 8.465/2015, que se aplicava exclusivamente ao setor portuário, o Decreto nº 10.025/2019 trouxe em seu art. 2º as questões passíveis de serem objeto de arbitragem como sendo aquelas que tratam (i) da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (inciso I); (ii) do cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria (inciso II); e (iii) do inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo (inciso III).

O bom emolduramento das matérias arbitráveis dado pelo já não tão novel Decreto foi aproveitado em grande medida no art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Nessa mesma linha de atuação legislativa se seguiram os Estados do Rio Grande do Sul (art. 2º, I, do Decreto nº 55.996/2021) e de Goiás (art. 1º, §1º, do Decreto nº 9.929/2021) ao editarem seus respectivos regulamentos, sendo que o decreto goiano abarcou as mesmas excludentes previstas nos regulamentos do Estado e do Município de São Paulo e inseriu mais uma hipótese de controvérsia arbitrável, dizendo respeito àquela advinda da execução de garantias contratuais.

Sem prejuízo da estipulação do que se entende por direitos patrimoniais disponíveis também nos contratos administrativos compostos por cláusula compromissória, quando o ente público traz a previsão deste conceito em seu próprio regulamento, não apenas em reprodução à Lei de Arbitragem, naturalmente se proporciona ao particular um grau maior de segurança jurídica, sendo este um aspecto a ser observado tanto pelos entes federados que já editaram e que podem aprimorar suas normas quanto aqueles que ainda estão para dar o passo inicial.

4.2 Modalidade do procedimento arbitral

Uma vez que a Lei de Arbitragem não especificou se o procedimento arbitral a que se sujeita o ente público deve ser *ad hoc* ou institucional, confere-se discricionariedade à Administração Pública para a escolha de qual modalidade lhe parecer mais adequada.

Muitos Estados brasileiros,⁹ então, optaram pela arbitragem institucional, da qual também manifestamos nossa preferência por ser esta a que se presume dar maior segurança jurídica às partes e maior atendimento aos princípios da Administração Pública.¹⁰

⁹ A exigência de arbitragem institucional pode ser encontrada, por exemplo, nos seguintes diplomas normativos: art. 4º da Lei Estadual nº 19.477/2011 (MG), art. 4º da Lei Estadual nº 4.610/2014 (MS), art. 3º da Lei Estadual nº 15.627/2015 (PE), art. 4º da Lei Estadual nº 4.007/2017 (RO), art. 2º do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ), art. 4º da Lei Estadual nº 10.885/2018 (ES), art. 2º, II, do Decreto Estadual nº 55.996/2021 (RS) e art. 4º da Lei Estadual nº 19.477/2011 (MG).

¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*, v. 01, p. 101-123, 2019.

Todavia, cumpre observar que em determinadas situações a arbitragem *ad hoc* pode se mostrar mais viável do ponto de vista prático que a arbitragem institucional. É o caso, por exemplo, dos municípios de médio ou de pequeno porte que queiram se valer da jurisdição arbitral sem, contudo, dispender recursos inerentes ao modelo institucional, como com o credenciamento de câmaras arbitrais e com os custos da administração da instituição, que tendem a ser superiores àqueles suportados na contratação direta do painel e do secretariado.

O modelo aparentemente mais adequado parece ser aquele previsto no art. 3º do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP), segundo o qual a arbitragem institucional deve ser a preferencialmente escolhida, admitindo-se, porém, a opção pela arbitragem *ad hoc* mediante justificativa para tanto.

Esta também foi a opção escolhida pelo art. 3º, V, do Decreto Federal nº 10.025/2019 e, posteriormente, pelo art. 3º do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e pelo art. 3º do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO).

Chama-se atenção para o fato de que alguns regulamentos estabelecem que a eventual condução do procedimento arbitral sob a modalidade *ad hoc* fica condicionada por tais entes públicos ao uso das regras da *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) que estiverem vigentes no momento da apresentação do requerimento de arbitragem, o que está em consonância com as melhores práticas da arbitragem internacional.¹¹

4.3 Critérios de escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais

De acordo com a Lei de Arbitragem, os árbitros a serem escolhidos devem ser capazes e possuir a confiança das partes (art. 13), incidindo sobre eles as hipóteses de impedimento previstas no mesmo diploma legal (art. 14, *caput* e parágrafos).

Valendo-se cada ente de competência para disciplinar sobre o tema quando diz respeito ao uso da arbitragem pela respectiva Administração Pública, em cada ato regulamentar próprio são adotados critérios adicionais de escolha, a serem tratados a seguir.

A começar pelo art. 12 do Decreto Federal nº 10.025/2019, é permitida a escolha dos árbitros na forma estabelecida pela convenção de arbitragem, desde que aqueles eleitos (a) estejam em pleno gozo da capacidade civil (inciso I); (b) tenham conhecimento compatível (técnico) com a natureza do litígio (inciso II); e (c) não tenham relações que caracterizem hipóteses de impedimento ou suspeição ou outras situações de conflito de interesses, seja com as partes ou com o litígio (inciso III).

¹¹ Nesse sentido, por exemplo: art. 6º do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP), art. 9º do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e art. 6º do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO).

Tal disposição foi reproduzida pelo art. 14 do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e art. 12 do Decreto Estadual nº 55.996/2021 (RS), sendo possível aferir que tais requisitos, grosso modo, são os mesmos que aqueles ressaltados pela Lei de Arbitragem.

Nada obstante, pode-se dizer que a Lei Mineira foi a norma responsável por tornar mais amarrados os requisitos para o desempenho da função de árbitro na contenda privada com a Administração Pública. São estas as imposições encontradas no art. 5º da referida norma: (a) ser brasileiro, maior e capaz (inciso I); (b) deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato (inciso II); (c) não ter com as partes, nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de juízes, na forma do Código de Processo Civil (inciso III); e, dada a escolha exclusiva pela arbitragem institucional, (d) ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de fornecedores de Serviços do Estado (inciso IV).

Assim seguiram as Leis Estaduais nº 4.610/2014 (MS), 15.627/2015 (PE) e 4.007/2017 (RO), merecendo ser feita a ressalva de que o regulamento pernambucano optou por não incorporar o requisito cadastral precitado.

Ressalte-se, ainda, que algumas legislações estaduais estabelecem os chamados requisitos negativos para indicação de árbitros. Enquanto o art. 10 do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP) e o art. 10 do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO) impedem a nomeação daqueles que possuam “interesse direto ou indireto” no resultado da arbitragem, o art. 11 do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) imputa limitação similar, dando, porém, preferência ao termo “interesse econômico”.

O art. 12 do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) ainda determina que, para a aferição da independência e da imparcialidade do árbitro, também é preciso que este informe a existência de demanda patrocinada por ele ou por seu escritório contra o ente federativo ou as entidades da Administração Pública indireta, ou, ainda, na qual se discuta tema correlato àquele que será submetido ao respectivo procedimento arbitral.

Essa previsão é reiterada pelos Decretos nº 64.356/2019 (SP),¹² 59.963/2020 (São Paulo/SP),¹³ 55.996/2021 (RS)¹⁴ e 9.929/2021 (GO),¹⁵ neles ainda se exigindo que o árbitro comunique sobre eventual prestação de serviços que possa colocá-lo em conflito de interesses com a Administração Pública.

Segundo Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz,¹⁶ a margem interpretativa do que se entende por “tema correlato” pode gerar armadilhas e

¹² Art. 11, parágrafo único.

¹³ Art. 15, parágrafo único.

¹⁴ Art. 13, parágrafo único.

¹⁵ Art. 11, parágrafo único.

¹⁶ MOREIRA; CRUZ, *op. cit.*, p. 270-271.

discussões perigosas para a validade da sentença arbitral contra os entes que adotam este termo. Não se pode descartar, neste caso, o risco de a autoridade pública, qualquer ela que seja, “guardar na manga” a alegação de impedimento do árbitro para buscar *a posteriori* a anulação da sentença arbitral.¹⁷

Por seu turno, cogitar que determinado árbitro presta serviços conflitantes com os interesses da Administração Pública também denota certa subjetividade. A rigor, não há impedimento para que um árbitro tenha participado de procedimento anterior ao que está sendo nomeado e no qual tenha sido proferida sentença arbitral desfavorável aos interesses do ente público. É de bom proveito salientar que isto, por si só, não pode ser motivo suficiente para impedir a sua designação.

Outro aspecto relevante a ser tratado sobre a escolha dos árbitros pela Administração Pública diz respeito à preferência que determinados entes públicos têm em competir tal decisão à sua respectiva Procuradoria-Geral. Nesse caso, a indicação é feita mediante justificativa, considerando o conhecimento técnico e a afinidade com a matéria, conforme previsto no art. 17 do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ)¹⁸ e no art. 7º do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP).

Passando-se à análise dos critérios de escolha das câmaras arbitrais, o primeiro ponto a ser observado é que os regulamentos estabeleceram requisitos diversos de cadastramento das instituições para assegurar uma atuação eficiente, previamente atestada pela tradição, experiência, respeitabilidade, especialização e elementos correlatos.

A Lei Mineira, por exemplo, estipulou, em seu art. 10, que as condições a serem atendidas pela câmara arbitral interessada em se habilitar seriam as seguintes: (i) ter, preferencialmente, sede no Estado (*caput*); (ii) estar regularmente constituída por, pelo menos, três anos (inciso I); (iii) estar em regular funcionamento como instituição arbitral (inciso II); (iv) ter como fundadora, associada ou mantenedora entidade que exerça atividade de interesse coletivo (inciso III); (v) ter reconhecida idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais (inciso IV). Tais condições foram igualmente previstas no art. 10 das Leis Estaduais nº 4.610/2014 (MS) e 4.007/2017 (RO).¹⁹

¹⁷ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia>. Acesso em: 3 jan. 2022.

¹⁸ Veja-se, inclusive, que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro editou a Resolução nº 4.212/2018, estabelecendo uma minuta padrão de cláusula compromissória, em que se determinou que o procedimento de nomeação dos árbitros será realizado em conformidade com o regulamento de arbitragem da instituição arbitral eleita.

¹⁹ A previsão contida na Lei Mineira e acompanhada pelos outros dois entes quando se dá preferência por instituições locais que guardem relação estreita com entidade que exerça um tipo de atividade específico pode ser objeto de questionamento, uma vez que potencializa a reserva de mercado, com potencial afronta ao princípio da impessoalidade.

No que concerne ao prazo mínimo de constituição, que não vem a se confundir com pleno funcionamento, o art. 10, I, do Decreto Federal nº 10.025/2019, o art. 19, II, do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e o art. 10, I, do Decreto Estadual nº 55.996/2021 (RS) também seguem os 3 (três) anos inicialmente definidos na Lei Mineira. Outros diplomas foram mais rígidos, com a fixação do prazo mínimo de 5 (cinco) anos de constituição, a saber: art. 6º, I, da Lei Estadual nº 15.627/2015 (PE); art. 14, II, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ); art. 15, II, do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP); e art. 15, II, do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO).

Ressalte-se que todas as normas ora mencionadas trazem o requisito de idoneidade, competência e experiência na administração de procedimentos arbitrais. O art. 14, IV, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) adota, contudo, critério ainda mais objetivo ao dispor que tais elementos são comprovados pela condução de, no mínimo, 15 (quinze) arbitragens no ano calendário anterior ao cadastramento.

É compreensível o receio por parte do Poder Público em não designar para uma instituição inexperiente o poder de decisão sobre tema sensível ao seu patrimônio. De toda maneira, deve haver razoabilidade na definição dos quantitativos de procedimentos arbitrais que demonstrariam a experiência das câmaras arbitrais, uma vez que a prova de idoneidade, competência e experiência podem ser aferidas por outros meios que não necessariamente quantitativos.

O Decreto Fluminense ainda aponta como requisito a disponibilidade de representação (art. 14, I, c/c §§3º e 4º), que corresponderia à existência de local apropriado a possibilitar o recebimento de peças e documentos da arbitragem, bem como o oferecimento de serviços operacionais indispensáveis para o regular desenvolvimento da arbitragem, tais como local para realização de audiências, e secretariado, o que vem disciplinado de modo similar no art. 15, I, do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP), no art. 19, I, do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e no art. 15, I, do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO).

Por certo, tal obrigação não implica para a câmara o “dever de propriedade” sobre um imóvel, o que seria desproporcional. Para o regulamento, é preciso que ela garanta um espaço adequado à prática de certos atos no curso do procedimento arbitral, de modo que a celebração de convênios com outras instituições ou contratos de locação com particulares já se mostra satisfatória.

Com o avanço da tecnologia, abre-se o caminho para o questionamento e a relativização da sobredita exigência em benefício da celeridade e dos princípios da razoabilidade e da eficiência, uma vez que até mesmo o Poder Judiciário tem se utilizado de audiências e atendimentos virtuais em resposta às necessidades que foram postas por decorrência da pandemia de covid-19.

Não foi por outra razão que algumas câmaras arbitrais de forte atuação no mercado buscaram adequar, ainda que em caráter temporário, a condução

de seus procedimentos pelo meio digital. Foi o caso, por exemplo, do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)²⁰ e pelo Centro de Mediação e Arbitragem (CBMA).²¹

Nesse contexto, sem prejuízo da designação de encontros presenciais a depender da necessidade de cada procedimento, a possibilidade de haver uma arbitragem conduzida, no seu transcorrer, pelo ambiente virtual revela-se plenamente viável. Assim, não se vislumbra qualquer impedimento de ordem prática à condução de um procedimento arbitral no Estado da Bahia por câmara sediada no Estado do Rio de Janeiro, por exemplo.

Há de se examinar, ainda, os requisitos complementares lançados pela Portaria Normativa da Advocacia-Geral da União nº 21/2021, responsável por regulamentar o credenciamento de câmaras arbitrais para administrar procedimentos arbitrais dos conflitos de que trata o Decreto Federal nº 10.025/2019.

Além dos requisitos comuns às demais regulamentações citadas, a referida Portaria, em seu art. 3º, §3º, obriga que a câmara arbitral comprove (a) ter administrado, no mínimo, três processos arbitrais que envolvam a Administração Pública direta ou indireta ou ente de Estado estrangeiro, ainda que não sentenciados (inciso I); e (b) ter administrado, no mínimo, quinze processos arbitrais, nos últimos doze meses, ainda que não iniciados ou sentenciados no referido período, sendo pelo menos um com valor de causa superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) (inciso II).

Conforme exposto anteriormente, a adoção de critérios desta natureza deve ser vista com cautelas, em razão do risco de restringir o leque de câmaras arbitrais que podem ser escolhidas sem que, necessariamente, isso resulte em uma preferência mais qualitativa.

Nada obstante, na comparação dos regulamentos são identificados diferentes responsáveis por escolher a instituição arbitral credenciada para a condução do litígio.²²

O art. 11, *caput* e §1º, do Decreto Federal nº 10.025/2019 permite que a convenção de arbitragem preveja a indicação da câmara arbitral pelo contratado

²⁰ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Resolução Administrativa 40/2020*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-40-2020/>. Acesso em: 7 jan. 2022.

²¹ CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. *Resolução nº 1/2020*. Disponível em: http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Resolu%C3%A7%C3%A3o_CBMA_n%C2%BA_1.2020_-_Funcionamento%20do%20CBMA%20-%20covid%20-19.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

²² Sobre o credenciamento de câmaras arbitrais nas arbitragens que envolvem a Administração Pública e a inexigibilidade de licitação, vide: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 432-434; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>. Acesso em: 2 jan. 2022.

e, em caso de objeção da Administração Pública, caberá ao requerente do procedimento arbitral, seja o Poder Público ou o particular, indicar outra câmara credenciada para a função.

De forma semelhante, o art. 8º, *caput* e parágrafo único, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) também estipula que cabe ao contratado definir a câmara arbitral responsável dentre as opções cadastradas. A escolha se dá no momento da celebração do contrato e, caso a câmara arbitral não esteja mais habilitada no momento da instauração do conflito, fica o requerente incumbido da seleção de outra instituição.

Ao conferirem ao particular a oportunidade inicial de escolha, mesmo que dentro de listagem pré-estabelecida, alguns entes da Federação vão bem em inspirar certa dose de consensualidade nesta etapa prévia à instauração do litígio.

O art. 7º do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP), diferentemente, define que a escolha compete à Procuradoria-Geral desde o princípio.

De toda sorte, caso a escolha pela instituição arbitral venha a recair sobre a Administração Pública, o art. 7º, §3º, do Decreto Estadual nº 55.996/2021 (RS) prevê que tal função é da Procuradoria-Geral. O art. 7º, parágrafo único, dos Decretos Estaduais nº 64.356/2019 (SP) e 9.929/2021 (GO), por sua vez, conferem ao gestor público responsável pelo contrato em que prevista a convenção de arbitragem a opção de tal escolha, reservando à Procuradoria-Geral sua oitiva a respeito.

Cabe observar, ainda, que o art. 7º dos Decretos Estaduais nº 64.356/2019 (SP), 9.929/2021 (GO) e 55.996/2021 (RS), bem como o art. 10 do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP), estabelecem que, na hipótese de ausência de indicação da câmara arbitral credenciada no instrumento obrigacional, o requerente deverá fazer a escolha no momento de apresentação do requerimento de arbitragem.

4.4 Responsabilidade pelo adiantamento e pagamento de despesas

Em geral, os regulamentos editados por diversos entes federados dispõem que a responsabilidade pelo pagamento antecipado das despesas oriundas da arbitragem de que façam parte deve estar previamente estabelecida no edital de licitação e no contrato administrativo.

Normalmente, as normas regulamentares existentes já preveem de forma objetiva a parte responsável por adiantar as custas do procedimento arbitral.

Por um lado, alguns entes da Federação definem que o adiantamento seria de incumbência exclusiva do contratado, como é o caso dos Estados de Minas Gerais (art. 11, parágrafo único, da Lei Estadual nº 19.477/2011), do Mato Grosso

do Sul (art. 11, parágrafo único, da Lei Estadual nº 4.610/2014), de Pernambuco (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 15.627/2015) e do Rio Grande do Sul (art. 5º, VII, do Decreto nº 55.996/2021), bem como do Município de São Paulo (art. 8º, V, do Decreto nº 59.963/2020).

Não obstante as semelhanças, o Decreto Federal nº 10.025/2019, em seu art. 9º, §4º, se diferencia apenas por possibilitar que as partes convençionem em sentido diverso quando se diz respeito ao adiantamento dos custos relativos à produção de prova pericial, sendo aqui observado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado na Súmula nº 232.²³

Com o intuito de fomentar a utilização da arbitragem, o art. 9º do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) buscou, por sua vez, retirar do particular esta onerosidade pré-estabelecida ao disciplinar que o adiantamento de custas caberá ao contratado caso ele próprio instaure o procedimento arbitral. Note-se que, *a contrario sensu*, a Administração Pública Fluminense quem fica responsável por arcar com o adiantamento das despesas se for a parte requerente no litígio. Idêntica solução foi adotada no art. 4º do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP) e no art. 4º, V, do Decreto nº 9.929/2021 (GO).

Dotado de certa singularidade, o art. 11, II e III, da Lei Estadual 4.007/2017 (RO) prevê que no próprio edital de licitação de obra e no contrato público constarão tanto a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem quanto a fixação dos honorários arbitrais.

Nada obstante, se por um lado certos entes públicos avançaram no tema ao não conferirem ao particular o dever absoluto de adiantamento de despesas, que não se negue, em contrapartida, que a instauração do litígio quase sempre advém do próprio particular, a fim de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face de ato praticado pela Administração Pública.

A imposição do dever de adiantamento ao contratado na hipótese de instauração da arbitragem pelo ente público pode gerar prejuízo à economicidade da contratação pública, uma vez que o particular incluirá os potenciais riscos e custos na precificação de sua proposta.

Em nossa opinião, uma alternativa possível seria a divisão igualitária entre o Poder Público e o particular na antecipação dos custos do procedimento arbitral, o que incentivaria a cooperação processual e a boa-fé de ambas as partes.²⁴

²³ Súmula nº 232 do STJ: “A Fazenda Pública, quando parte no processo, fica sujeita à exigência do depósito prévio dos honorários do perito.”

²⁴ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 21-22; CRUZ, Elisa Schmidlin. A dinâmica de custeio das arbitragens público-privadas institucionais: compartilhamento de despesas e incentivos de cooperação. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* *Direito administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, mediação, dispute board, mediação e negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 173-191. Nesse caso, Flávio Amaral Garcia aponta como solução a constituição pelo ente público de fundo orçamentário com

4.5 Dever de publicidade

Resguardado o sigilo excepcional de certos documentos e informações,²⁵ toda arbitragem em que algum ente da Administração Pública esteja envolvido deve observância ao princípio da publicidade, na forma do art. 37, *caput*, da Constituição Federal e do art. 2º, §3º, da Lei de Arbitragem.

A Lei de Arbitragem não detalhou como o princípio da publicidade deve ser atendido na prática; deixa-se para os entes públicos, portanto, a preferência de tal tratamento.²⁶

No caso do Decreto Federal nº 10.025/2019 (art. 3º, IV), que serve, neste aspecto, de modelo para os Decreto nº 64.356/2019²⁷ (SP), 59.963/2020²⁸ (São Paulo/SP) e 55.996/2021²⁹ (RS), fica estabelecido que as informações do procedimento arbitral serão públicas, excepcionadas aquelas relativas à preservação de segredo industrial ou comercial ou, ainda, aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

O dever de publicidade incumbe, em princípio, à Administração Pública, que deverá promover a divulgação dos atos relacionados à arbitragem. Trata-se da publicidade ativa, com a divulgação das informações, independentemente de solicitação de interessados. É importante destacar que a instituição privada especializada, que administra o procedimento arbitral, é mera prestadora de serviço e, por consequência, na qualidade de contratada, não teria obrigação de dar publicidade aos atos do procedimento arbitral, mediante publicação em Diário Oficial.³⁰

A definição da questão da publicidade (ativa e passiva), contudo, pode ser disciplinada nos respectivos regulamentos de arbitragem.

Assim, por exemplo, o art. 3º, §1º, do Decreto Federal nº 10.025/2019 e o art. 16, §1º, do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) atribuem à

a vinculação de determinadas receitas ao custeio das despesas das arbitragens das quais ele venha a participar. GARCIA, Flávio Amaral. *A arbitragem na administração pública estadual e o decreto do rio de janeiro*. Disponível em: <https://revistaelectronica.oabjr.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6.-Fl%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2021.

²⁵ COTTA, Rodrigo; CURY, Dina. *Arbitragem pode dirimir conflitos que envolvam governo de SP e suas autarquias*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/opiniao-arbitragem-dirimir-conflitos-envolvendo-governo-sp#:~:text=Arbitragem%20pode%20dirimir%20conflitos%20que%20envolvam%20governo%20de%20SP%20e%20suas%20autarquias&text=0%20volume%20das%20demandas%20perante,alternativos%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos>. Acesso em: 6 dez. 2021.

²⁶ Diversos entes federados editaram normas que tratam apenas superficialmente da publicidade, sem o detalhamento sob o procedimento de divulgação e a respectiva responsabilidade (exs.: Minas Gerais, do Mato Grosso do Sul, de Rondônia, do Espírito Santo e de Sorocaba/SP). Destaque-se que a mesma fórmula foi seguida pelo art. 152 da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

²⁷ Art. 12.

²⁸ Art. 16.

²⁹ Art. 14.

³⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 29.

câmara arbitral o dever de garantir o acesso às informações, salvo convenção das partes em sentido diverso. O art. 12, §2º, do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO) também transfere às câmaras arbitrais a publicização dos atos do procedimento arbitral, com a previsão do descredenciamento da instituição em caso de inobservância da regra.

Por outro lado, o art. 13, §2º, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ) dispõe que a Procuradoria-Geral do Estado disponibilizará os atos do processo arbitral mediante requerimento de eventual interessado.³¹

No Estado de São Paulo, o art. 12, §2º, do Decreto nº 64.356/2019 consagrou o dever de publicidade ativa (e não meramente passiva) ao impor que, independentemente de requerimento de interessados, a Procuradoria-Geral do Estado disponibilizará os atos do procedimento arbitral na rede mundial de computadores.

Fato é que, em geral, podem ser considerados atos do procedimento arbitral passíveis de publicidade as petições, os laudos periciais, o termo de arbitragem ou instrumento congênere e as decisões dos árbitros, devendo em alguns casos a câmara gestora, se consultada, comunicar a terceiros sobre a existência da arbitragem, a data do requerimento de arbitragem, o nome das partes, o nome dos árbitros e o valor envolvido no litígio.

Por fim, mais uma vez voltada a atenção ao Decreto Estadual nº 46.245/2018 (RJ), opta-se pela privacidade na realização das audiências arbitrais (art. 14, §3º).³² Com essa regra, busca-se impedir uma abertura irrestrita a qualquer pessoa ao pretensão argumento de se atender a publicidade do procedimento. O art. 12, §3º, do Decreto Estadual nº 64.356/2019 (SP), o art. 16, §3º, do Decreto Municipal nº 59.963/2020 (São Paulo/SP) e o art. 12, §3º, do Decreto Estadual nº 9.929/2021 (GO) estabelecem que 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 às pessoas previamente autorizadas pelo Tribunal Arbitral.

³¹ O art. 13 do Decreto Fluminense amplia as exceções à publicidade, englobando todas as hipóteses legais de “sigilo, de segredo de justiça e 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”. De acordo com o referido Decreto, também se admite que o Tribunal Arbitral possa averiguar, a seu critério, outros casos que demandem sigilo.

³² De acordo com Felipe Estefam, a confidencialidade não se confunde com a privacidade. Enquanto a confidencialidade diz respeito à obrigação de não divulgar informações sobre a arbitragem, “a privacidade refere-se à participação no procedimento arbitral das partes e os necessariamente envolvidos, facultando-se a participação de terceiros na medida do possível” (ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Cláusula arbitral e administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 60). De forma semelhante, vide: GRION, Renato Stephan. Procedimento II. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 213-215.

4.6 Forma de pagamento do ônus sucumbencial pelo Poder Público: (in)dispensabilidade do precatório

A forma como os entes públicos dispõem em seus regulamentos acerca do pagamento dos valores definidos em arbitragem ainda é considerada conservadora.

De um lado, boa parte das normas infranacionais sequer possuem previsão sobre o tema (exs.: Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pernambuco, Rondônia e Espírito Santo). De outro lado, diversos atos normativos dispõem que o ônus de sucumbência a ser suportado pela Administração Pública ao final do procedimento arbitral deve ser pago mediante precatório, por ordem cronológica de apresentação, ou via Requisição de Pequeno Valor – RPV (exs.: art. 15 do Decreto Federal nº 10.025/2019; art. 15 do Decreto Estadual nº 46.245/2018 – RJ; art. 9º do Decreto Estadual nº 64.356/2019 – SP; art. 13 do Decreto Municipal nº 59.963/2020 – São Paulo/SP; art. 15 do Decreto Estadual nº 55.996/2021 – RS; e art. 9º do Decreto Estadual nº 9.929/2021 – GO). Trata-se de analogia da sentença arbitral com a sentença judiciária, consoante o art. 100, *caput* e §3º, da Constituição Federal e o art. 515, VII, do Código de Processo Civil, que considera a sentença arbitral título executivo judicial.

No âmbito da doutrina arbitralista, existem autores que defendem tal equiparação,³³ sob pena de burla ao sistema de pagamento constitucionalmente estabelecido e de verdadeira situação de privilégio a uma pequena porção de credores do Poder Público, o que violaria, a rigor, os princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade.

Outra parcela da doutrina aponta que o art. 100 da Constituição Federal fala da exigência do precatório em caso de “sentença judiciária”, não sendo possível enquadrar a sentença arbitral nesta expressão, ainda que legalmente considerada título executivo judicial.³⁴ Assim como ocorre nos pagamentos espontâneos de valores relativos aos contratos e acordos em geral, que não decorrem de sentença judicial, o pagamento do valor definido na arbitragem independe de precatório, salvo se houver necessidade de execução judicial da decisão arbitral condenatória, que possui natureza jurídica de título executivo extrajudicial (art. 31 da Lei de Arbitragem).

³³ TIMM, Luciano Bennetti; SILVA, Thiago Tavares; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 255-276, jul./set. 2016. Contudo, na opinião dos referidos autores, a aplicação do regime dos precatórios configura empecilho prático para a real efetividade dos litígios envolvendo a administração pública. Trata-se de um incentivo negativo, especialmente em razão da demora do pagamento.

³⁴ 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-precatórios-pagamento-arbitragem>. Acesso em: 10 dez. 2021.

A necessidade de observância ao regime de precatório ou da requisição de pequeno valor, de fato, acaba destoando da finalidade precípua da arbitragem de servir como um método alternativo de solução de conflitos rápido e eficiente. Os ganhos decorrentes da adoção do juízo arbitral pela Administração Pública acabam sendo consideravelmente prejudicados se o particular tiver de enfrentar a invariavelmente extensa fila de pagamento.

Melhor seria se os entes públicos definissem nas suas respectivas normas regulamentares e nos seus respectivos contratos que os valores fixados em sentença arbitral não de ser suportados por fundos públicos ou privados criados para esta finalidade, garantidos os bens destinados a tal satisfação.³⁵

É o que se vê, por exemplo, no campo das parcerias público-privadas, sendo permitida a implementação de um fundo garantidor para pagamento das obrigações assumidas pelos parceiros públicos no valor limite de seis bilhões de reais, conforme redação dada pelo art. 16 da Lei Federal nº 11.079/2004.³⁶

O art. 15, §2º, do Decreto Federal nº 10.025/2019 estabelece, ainda, outras alternativas ao regime do precatório, com a possibilidade de acordo entre as partes para que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: (a) instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; (b) compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448/2017; ou (c) atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

Ressalte-se, ainda, que ao Poder Público já é garantida a possibilidade de celebrar acordos, reconhecer dívidas e efetuar pagamentos espontâneos para o cumprimento de decisões administrativas.³⁷

Assim, sustentamos que não haveria prejuízo aos beneficiários de precatórios ou ofensa aos princípios regentes da Administração Pública se o pagamento imediato da importância devida em razão da sentença arbitral fosse feito de acordo com dotação orçamentária específica. Nesse contexto, afigura-se recomendável que os entes federados passem a disciplinar por lei sobre a criação de um fundo específico para o pagamento das despesas com arbitragem, afastando-se, com isso, a necessidade de submissão ao regime de precatórios e de RPVs no cumprimento da sentença arbitral.

³⁵ WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios Judiciais, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 133, 2009.

³⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 23.

³⁷ OLIVEIRA; MAZZOLA, *op. cit.*

5 Conclusões

Constatada a possibilidade de os entes federados elaborarem seus próprios regulamentos de arbitragem, verificamos uma série de legislações dessa natureza sendo editadas para a promoção do uso do procedimento arbitral pelo ente público de maneira mais efetiva e à luz dos interesses locais.

A regulamentação própria da arbitragem pela Administração Pública interessada tende a ampliar em sua jurisdição a segurança jurídica necessária para atrair mais investimentos do setor privado. Assim, vemos com bons olhos a iniciativa daqueles Estados e Municípios que se prestaram a disciplinar a matéria.

Não obstante o notável avanço, salientamos que algumas normas regulamentares acabam por disciplinar de forma um tanto precária certos conceitos e critérios deixados em aberto pela Lei de Arbitragem que poderiam ter sido melhor explorados para a satisfação ainda maior do interesse público.

Regulations of arbitration by the Public Administration in the subnational scope: a critical and comparative study

Abstract: This article addresses the relevant aspects of the arbitration standards that Public Administration entities have been edited. Due to its nature as a general law, Federal Arbitration Law allows public entities that wish to use this institute the specific treatment of concepts and criteria according to their particularities. Under a constitutional, historical and comparative analysis, we discuss the importance of such regulations for the consecration of legal certainty in applying arbitration by the Public Power.

Keywords: Arbitration; Public Administration; Subnational regulations

Referências

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Resolução Administrativa 40/2020*. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-40-2020/>. Acesso em: 7 jan. 2022.

CENTRO DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. *Resolução nº 1/2020*. Disponível em: http://www.cbma.com.br/arquivos/anexos/Resolu%C3%A7%C3%A3o_CBMA_n%C2%BA_1.2020_-_Funcionamento%20do%20CBMA%20-%20covid%20-19.pdf. Acesso em: 7 jan. 2022.

COTTA, Rodrigo; CURY, Dina. *Arbitragem pode dirimir conflitos que envolvam governo de SP e suas autarquias*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-04/opiniao-arbitragem-dirimir-conflitos-envolvendo-governo-sp#:~:text=Arbitragem%20pode%20dirimir%20conflitos%20que%20envolvam%20governo%20de%20SP%20e%20suas%20autarquias&text=0%20volume%20das%20demandas%20operante,alternativos%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos>. Acesso em: 6 dez. 2021.

COUTO, Leonardo Lício. *Parecer 58/PGF/LLC/2008*. Processo Administrativo 00407.001306/2009-57. Disponível em: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vm300xzZ_twJ:www.agu.gov.br/page/download/index/id/25049633+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em: 10 nov. 2021.

CRUZ, Elisa Schmidlin. A dinâmica de custeio das arbitragens público-privadas institucionais: compartilhamento de despesas e incentivos de cooperação. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020 [e-book].

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Impugnação de árbitro e preclusão temporal na jurisprudência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-30/paradoxo-corte-impugnacao-arbitro-preclusao-temporal-jurisprudencia>. Acesso em: 3 jan. 2022.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Cláusula arbitral e administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

GARCIA, Flávio Amaral. *A arbitragem na administração pública estadual e o decreto do Rio de Janeiro*. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2019/12/6-FI%C3%A1vio-Amaral-convertido.pdf>. Acesso em: 7 dez. 2021.

GRION, Renato Stephan. Procedimento II. LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). *Curso de arbitragem*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. Notas a propósito do Decreto RJ nº 46.245/2018, da portaria AGU nº 320/2019 e do Decreto SP nº 64.356/2019. In: CUÉLLAR, Leila *et al.* *Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação*. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Regulamentos de arbitragem na Administração Pública: estudo de caso da minuta de decreto apresentada pela PGE-SP (2018). *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*. Belo Horizonte: Fórum, ano 1, n. 1, p. 55-76, jan./jun. 2019 [e-book].

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution - RBADR*, v. 01, p. 101-123, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Inexigibilidade de licitação na escolha do árbitro ou instituição arbitral nas contratações públicas*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colonistas/rafael-carvalho-rezende-oliveira/inexigibilidade-de-licitacao-na-escolha-do-arbitro-ou-instituicao-arbitral-nas-contratacoes-publicas>. Acesso em: 2 jan. 2022.

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-precatórios-pagamento-arbitragem>. Acesso em: 10 dez. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Da organização do Estado e da repartição de competência. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva Educação, 2019 [e-book].

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à lei de arbitragem*, Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TIMM, Luciano Bennetti; SILVA, Thiago Tavares; RICHTER, Marcelo de Souza. Os contratos administrativos e a arbitragem: aspectos jurídicos e econômicos. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, ano 13, n. 50, p. 255-276, jul./set. 2016.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Acordos Administrativos, decisões arbitrais e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios Judiciais, *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 116-137, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SOUZA, Lucas Carvalho de. Regulamentações da arbitragem pela Administração Pública em âmbito infranacional: um estudo crítico e comparativo. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 04, n. 07, p. 179-200, jan./jun. 2022. DOI: 10.52028/rbadr.v4i7.11.
