

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JOÃO GABRIEL RACHE GEBRAN

**ARBITRAGEM E DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

CURITIBA

2019

JOÃO GABRIEL RACHE GEBRAN

**ARBITRAGEM E DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA:
DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito básico para graduação no curso de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

CURITIBA

2019

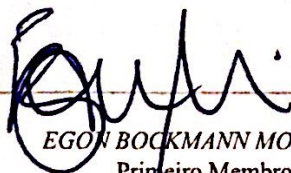
TERMO DE APROVAÇÃO**JOAO GABRIEL RACHE GEBRAN****ARBITRAGEM E DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE
PÚBLICA: DESAFIOS E PERSPECTIVAS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



EDUARDO TALAMINI
Orientador

Coorientador



EGON BOCKMANN MOREIRA
Primeiro Membro



PAULO OSTERNARCK AMARAL
Segundo Membro

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo estudar a compatibilidade da arbitragem com o procedimento de desapropriação por utilidade pública, tendo em vista as alterações trazidas pela Lei n.º 13.875/2019. Para tanto, este trabalho explora as peculiaridades da desapropriação por utilidade pública no Brasil, a arbitrabilidade subjetiva e objetiva desta matéria e os principais desafios a serem enfrentados para que a arbitragem se consolide como instrumento eficiente de solução de disputas em matéria de desapropriação. Ao final, são propostas breves sugestões para a harmonização dos institutos e a melhor aplicação da lei.

Palavras-chave: Arbitragem. Desapropriação. Utilidade Pública. Administração Pública. Indenização. Arbitrabilidade.

ABSTRACT

This article aims to study the compatibility of arbitration with the expropriation of public utility, in view of the changes brought by Law n. 13.875/2019. This is done by exploring the peculiarities of expropriation for public utility in Brazil, as well as the subjective and objective arbitrability of this matter. In addition, the main challenges behind the consolidation of arbitration as an efficient instrument to resolve expropriation disputes are discussed. At the end, brief suggestions are proposed for the harmonization of institutes and the better law enforcement.

Keywords: Arbitration. Expropriation. Public Utility. Public Administration. Indemnity. Arbitrability.

SUMÁRIO

| | | |
|----------|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 6 |
| 2 | A DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA | 6 |
| 2.1 | NOÇÕES GERAIS SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL | 7 |
| 2.2 | A UTILIDADE PÚBLICA DA DESAPROPRIAÇÃO..... | 8 |
| 2.3 | O PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA | 9 |
| 2.3.1 | A fase declaratória..... | 9 |
| 2.3.2 | A fase executiva | 10 |
| 2.3.3 | As alterações do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 | 11 |
| 3 | A ARBITRABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA | 11 |
| 3.1 | A ARBITRABILIDADE OBJETIVA | 13 |
| 3.2 | A ARBITRABILIDADE SUBJETIVA..... | 14 |
| 3.3 | OS LITÍGIOS ARBITRÁVEIS NA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA..... | 15 |
| 4 | OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS NA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM | 16 |
| 4.1 | A ESCOLHA DA ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DO LITÍGIO | 17 |
| 4.1.1 | A oferta pública da arbitragem..... | 18 |
| 4.1.2 | A faculdade da arbitragem..... | 20 |
| 4.1.3 | Sugestão para a melhor aplicação da lei..... | 21 |
| 4.2 | A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL | 22 |
| 4.3 | A DISTRIBUIÇÃO DAS CUSTAS ARBITRAIS | 24 |
| 4.4 | A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 3.365/1941 NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS | 27 |
| 4.4.1 | A imissão na posse..... | 27 |
| 4.4.2 | A interposição de recursos | 28 |
| 4.4.3 | A condenação ao pagamento de honorários de sucumbência | 29 |
| 5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 30 |
| | REFÊRENCIAS | 31 |

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 13.867/2019 trouxe uma nova possibilidade para os procedimentos de desapropriação por utilidade pública, permitindo a utilização da arbitragem para a fixação da justa indenização. Essa alteração legal abre espaço para novos caminhos, possibilidades e, simultaneamente, questionamentos sobre o assunto. Dessa forma, suscitar o debate sobre alguns desses desafios e propor sugestões para a melhor aplicação da lei é o que se propõe neste trabalho.

Para tanto, este estudo desenvolve uma breve introdução sobre o instituto da desapropriação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando como ocorre o procedimento de desapropriação por utilidade pública. Em seguida, apresenta-se a evolução da arbitragem no Brasil e a sua consolidação perante o setor público, pontuando os requisitos objetivos e subjetivos para a submissão de litígios à arbitragem.

Por fim, o artigo aborda os principais desafios a serem enfrentados para que a arbitragem se consolide como um instrumento eficiente para solução de controvérsias em matéria de desapropriação, apresentando breves sugestões para a melhor aplicação da lei. No entanto, tendo em vista que os pontos controversos são diversos e as respostas não são precisas, não se pretende esgotar a discussão, mas tão somente fomentar o estudo do tema e contribuir para o debate que está apenas começando no Brasil.

2 A DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

A recém-publicada Lei n.º 13.867/2019 alterou o Decreto-Lei n.º 3.365/1941, que disciplina as desapropriações por utilidade pública, para conferir a possibilidade de as partes optarem pelo uso de mediação ou arbitragem na fase de definição dos valores devidos a título de indenização.

Conforme será demonstrado, em função dos inúmeros benefícios atrelados aos meios extrajudiciais de resolução de litígio, o legislador fez constar expressamente a possibilidade das partes optarem pela utilização desses instrumentos em alternativa à jurisdição estatal. No entanto, antes de serem verificados os desafios para o bom uso da arbitragem, deve-se analisar a natureza e as peculiaridades do procedimento de desapropriação por utilidade pública no Brasil.

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A DESAPROPRIAÇÃO NO BRASIL

De forma geral, a desapropriação é compreendida como o procedimento pelo qual o poder público ou quem lhes faça às vezes¹ transfere compulsoriamente para si a propriedade de terceiro, assumindo como contraprestação o pagamento de indenização prévia e em dinheiro.² Hely Lopes Meirelles acrescenta que essa transferência de propriedade é compulsória e deve ser precedida de declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social do bem.³

Nesse sentido, Cretella Júnior conceitua a desapropriação como o procedimento de direito público no qual o Estado subtrai a propriedade de um particular para satisfazer o interesse coletivo.⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca que esse procedimento administrativo impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo o patrimônio por uma justa indenização.⁵ Odete Medauar complementa que a relação jurídica principal da desapropriação é de subordinação do particular ao Estado, de forma que a vontade deste prevalece de modo imperativo.⁶

Portanto, incorporando as lições do direito civil, a desapropriação não é forma própria de aquisição da propriedade, mas o meio pelo qual o titular a perde para o ente desapropriante.⁷ José Afonso da Silva pontua que se trata de limitação que afeta o caráter perpétuo da propriedade, tendo em vista que a titularidade é transferida de forma obrigatória ao poder público.⁸ Arruda Alvim adiciona que a desapropriação é uma forma de transferir o domínio do bem do particular para ente público.⁹

¹ O art. 3.º do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 autoriza os concessionários de serviços públicos e os estabelecimentos de caráter público ou que exerçam função delegada de poder público a promoverem desapropriações mediante autorização expressa, constante na lei ou contrato.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual do direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.774.

³ LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito municipal brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1994. p.303.

⁴ CRETILLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.2. p.34.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.170.

⁶ MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados**. São Paulo: Max Limonad, 1986. p.19-20.

⁷ MONTEIRO, Washignton de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3. p.161.

⁸ José Afonso da Silva sustenta que a desapropriação "é a limitação que afeta o caráter perpétua da propriedade, porque é meio pelo qual o Poder Público determina a transferência compulsória da propriedade particular, especialmente para o seu patrimônio ou de seus delegados, o que só pode verificar-se por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro [...]". (SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.284).

⁹ ALVIM, Arruda. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. **Revista de Direito Administrativo**, v.102, p.45, out./dez. 1970.

Por outro viés, sem refutar as interpretações acima mencionadas, Seabra Fagundes realça que a desapropriação também pode ser interpretada como uma forma de garantia ao particular, pois apesar de possibilitar a restrição do direito de propriedade, a Constituição Federal limita expressamente as condições necessárias para que a intervenção estatal aconteça.¹⁰

Isto é, apesar do art. 5.º, caput e inciso XXII, da CF/88 assegurar a inviolabilidade e garantia do direito de propriedade, o inciso XXIV do referido artigo estabelece que a desapropriação poderá ocorrer por razões de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, sendo necessária a justa e prévia indenização em dinheiro.¹¹

Dito de outro modo, o legislador constitucional definiu as razões para que o Estado intervenha no direito de propriedade e determinou como contraprestação o pagamento do equivalente em dinheiro.¹² No entanto, a competência para disciplinar esses procedimentos ficou reservada ao legislador infraconstitucional, que, no exercício de suas atribuições, editou normas sobre as diversas formas de desapropriação.¹³

De toda maneira, tendo em vista que o presente trabalho tem por objeto a análise da utilização da arbitragem na desapropriação por utilidade pública, esta modalidade merece ser analisada de forma mais detalhada.

2.2 A UTILIDADE PÚBLICA DA DESAPROPRIAÇÃO

A desapropriação por utilidade pública foi disciplinada pelo Decreto-Lei n.º 3.365/1941 e é utilizada especificamente quando a transferência do bem particular à Administração Pública visa satisfazer o interesse público. Isto é, nos ensinamentos de Eurico Sodré, quando se fala em legitimação da desapropriação de um bem

¹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.399, nota de rodapé 138.

¹¹ Art. 5.º. XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

¹² Vale destacar que, conforme entendimento do STF, o "expropriado que detém apenas a posse do imóvel tem direito a receber a correspondente indenização". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 12611328. Relator: Min Luiz Fux. Julgamento: 06/04/2010. Órgão Julgador: 1.ª Turma. Publicação: DJ 22/04/2010).

¹³ Dentre as razões para desapropriação, destacam-se as seguintes: utilidade pública, necessidade pública, interesse social, fins urbanísticos, fins da reforma agrária, confisco e apossamento indireto.

particular por utilidade pública, entende-se que a medida deve assumir uma natureza impessoal e coletiva, com o objetivo de atender a um interesse social e geral.¹⁴

No entanto, considerando que o conceito de utilidade pública é juridicamente indeterminado, a legislação brasileira se preocupou em discriminar especificamente as condições em que ela deve ser considerada. Dessa forma, o art. 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 estabeleceu que há utilidade pública nos casos de (i) segurança nacional, (ii) defesa do Estado, (iii) socorro público em caso de calamidade; (iv) salubridade pública; (v) exploração ou conservação de serviços públicos, logradouros públicos, meios de transporte coletivo, monumentos históricos e artísticos; (vi) construção de edifícios públicos, estádios, aeroportos; entre outros.

2.3 O PROCEDIMENTO DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

O procedimento de desapropriação por utilidade pública se desenvolve em duas partes: uma de natureza declaratória, na qual se externam os motivos da desapropriação, e outra de caráter executivo, que compreende a estimativa da indenização devida e a transferência do bem desapropriado ao domínio do poder público.¹⁵ Nesse sentido, Marçal Justen Filho sustenta que a desapropriação abrange dois atos jurídicos distintos: o de desapropriação e o de fixação da indenização.¹⁶

2.3.1 A fase declaratória

A primeira fase consiste na declaração de que o bem é de utilidade pública e preenche os requisitos legais para a desapropriação independentemente do aceite do titular da propriedade.¹⁷ Essa declaração deve ser proferida mediante decreto do chefe do Poder Executivo do ente desapropriante¹⁸ e deve demonstrar a existência de recursos para o pagamento da indenização, bem como o interesse coletivo na desapropriação do bem.

¹⁴ SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p.30-31.

¹⁵ LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p.507.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.612.

¹⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello considera que a declaração de utilidade pública é "o ato pelo qual o Poder Público manifesta sua intenção de adquirir compulsoriamente um bem determinado e o submete ao jugo de sua força expropriatória". (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p.902).

¹⁸ Art. 6.º A declaração de utilidade pública far-se-á por decreto do Presidente da República, Governador, Interventor ou Prefeito.

O professor Marçal Justen Filho acrescenta que o decreto tem o dever de explicitar o interesse coletivo a ser satisfeito e comprovar que não há alternativa de solução menos danosa ao particular e custosa ao erário.¹⁹ Dessa forma, a declaração de utilidade pública deve conter uma situação fática que se enquadra no elenco das causas autorizadoras de desapropriação, nos termos do art. 5.º do Decreto-Lei n.º 3.365/1941.

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho adverte que o ato declaratório de desapropriação não é mero expediente de rotina, mas decisão que constitui a relação jurídica de afetação de bens particulares.²⁰ Portanto, o decreto deve ser fundamentado com justa causa²¹ e de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.²²

Entretanto, a declaração de utilidade pública não é suficiente para transferir o domínio da propriedade e restringir a posse do particular, uma vez que gera mera expectativa de desapropriação. Assim, faz-se necessária a efetivação da desapropriação através da fase executiva.

2.3.2 A fase executiva

Esta fase tem início com a abertura de processo administrativo para formalizar a desapropriação. Isto é, intima-se o particular para discutir as questões controversas da desapropriação e exercer os seus direitos de contraditório e ampla defesa. Ao fim deste processo, é proferida decisão administrativa para determinar a validade do decreto, fixar o objeto a ser desapropriado, externar os motivos da desapropriação e sugerir o valor indenizatório.

Em seguida, o poder público tem a obrigação de notificar o particular e apresentar-lhe oferta de indenização, nos termos do art. 10-A do Decreto-Lei n.º 3.365/1941. Essa notificação deve indicar a informação do decreto da desapropriação, a planta ou descrição do bem e a advertência de que o prazo para a aceitação da oferta é de quinze dias, sendo o silêncio considerado como rejeição.

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.626.

²⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.46.

²¹ "A exigência de justa causa é que pode ser tida como o marco da moderna desapropriação". (PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1968. Tomo V. p.388)

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, v.11, n.53, p.69–90, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56748>>. Acesso em: 26 set. 2019.

Ao particular, fica conferido o direito de aceitar a oferta administrativa e celebrar o acordo com o ente desapropriante ou rejeitá-la e aguardar que o procedimento competente fixe o valor da contraprestação financeira devida.²³ Esse procedimento, originalmente, se limitava ao ajuizamento de ação judicial pelo poder público, que tinha o interesse principal de efetivar a desapropriação e emitir-se na posse do bem.

2.3.3 As alterações do Decreto-Lei n.º 3.365/1941

No entanto, vale destacar que a jurisdição estatal não possui mais exclusividade para definir o valor indenizatório, uma vez que o art. 10-B do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 possibilitou a utilização de mediação ou arbitragem para solução do conflito.²⁴ Floriano de Azevedo Marques Neto pontua que a mudança legislativa reflete mais uma aproximação ao direito administrativo não autoritário, afastando-se do antigo entendimento de que este só poderia se afirmar através de instrumentos impositivos.²⁵

A legislação, contudo, não disciplinou o uso desses instrumentos de forma específica, estabelecendo somente que caberá ao particular indicar a instituição responsável para processar a solução extrajudicial e que as leis específicas de cada instituto, bem como o regulamento da instituição indicada, deverão ser utilizadas para nortear os procedimentos (art. 10-B, §1.º e §4º).

Dessa maneira, faz-se pertinente uma breve análise das matérias passíveis de arbitragem, para posteriormente verificar os pontos controversos na utilização deste instrumento nas desapropriações por utilidade pública.

3 A ARBITRABILIDADE DA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

²³ Sobre o tema, Marçal Justen Filho entende que "O particular pode aquiescer com essa determinação unilateral. Se o fizer, o procedimento desapropriatório se encerra na via administrativa. Se houver discordância, será necessário recorrer ao Poder Judiciário, o qual determinará o valor justo e emitirá provimento jurisdicional constitutivo da desapropriação". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.613).

²⁴ Deve-se advertir que a arbitragem e a mediação não se confundem. O primeiro instrumento é meio heterocompositivo de resolução de conflitos, no qual o poder de decidir é conferido a um ou mais terceiros imparciais. O segundo instrumento, por sua vez, é meio autocompositivo de solução de controvérsias, pressupondo a intervenção de um terceiro para facilitar o diálogo entre os interessados. Sobre as diferenças dos institutos, confira-se: CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.43.

²⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Desapropriações não expropriatórias. **Jota**, 15 out. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/desapropriacoes-nao-expropriatorias-15102019>>. Acesso em: 23 out. 2019.

A arbitragem é uma forma extrajudicial de resolução de controvérsias apta a propiciar maior celeridade, especialidade e técnica na decisão proferida. Trata-se de método heterocompositivo, no qual a competência para decidir é atribuída, a partir de uma convenção privada, a um terceiro imparcial.²⁶ Nesse sentido, Eduardo Talamini adverte que a arbitragem não é um jogo de azar, mas uma forma de composição de conflitos pautada em parâmetros objetivos para o seu desenvolvimento.²⁷

Entretanto, este instrumento foi questionado e ignorado por diversos anos no Brasil²⁸, vindo a ser valorizado somente com o crescimento da insatisfação dos jurisdicionados em relação ao Poder Judiciário, que se demonstrava cada dia mais moroso e ineficiente. Nessa direção, o tempo foi remédio essencial para que a arbitragem se comprovasse como um meio vantajoso para resolução de litígios.²⁹

Além disso, merece destaque o julgamento do paradigmático "Caso Lage", no qual o Supremo Tribunal Federal, em 1973, reconheceu "a legalidade do Juízo Arbitral [...] até mesmo nas causas contra a Fazenda".³⁰ De forma específica, este caso analisou a constitucionalidade do Decreto-Lei n.º 9.521/1946, que possibilitou a instauração de juízo arbitral para a definição do valor da indenização devida pela União ao Espólio de Henrique Lage, em virtude da desapropriação de bens particulares por interesse da defesa nacional.

Sobre este processo, Rafael Munhoz de Mello pontua que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a arbitragem e a participação da Administração Pública são plenamente compatíveis com a Constituição Federal de 1988.³¹ Entretanto, a arbitragem só veio a se consolidar como equivalente jurisdicional com o advento da Lei n.º 9.307/1996, que contemplou expressamente que "as pessoas capazes de

²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo**: um comentário a Lei n.º 9.037/96, São Paulo: Malheiros, 1998. p.43.

²⁷ TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Specia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.344.

²⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.6, p.47-81, 2015.

²⁹ Sobre o tema, Luciano Benetti Timm entende que "As vantagens do instituto da arbitragem podem ser definidas como (i) o segredo que costuma cercar a arbitragem, (ii) a economia, que as partes querem ver reduzida, e a (iii) celeridade, que deve caracterizar a arbitragem. Tais características claramente se contrastam com a solução de litígios pelos órgãos judiciários do Estado, que são caracterizados pela eternização das demandas". (TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.23-24).

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 52.181/GB. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 14/11/1973. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 15/02/1974.

³¹ MELLO, Rafael Munhoz de. Op. cit.

contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Essa legislação, além de definir os elementos essenciais para a arbitrabilidade do litígio, se destacou por garantir a independência do árbitro, o caráter vinculante da cláusula compromissória, a equiparação da sentença arbitral a título executivo judicial e a impossibilidade desta se sujeitar a recurso ou homologação do Poder Judiciário.³²

3.1 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA

A arbitrabilidade, portanto, teve a sua perspectiva objetiva limitada por dois principais requisitos: a patrimonialidade e a disponibilidade³³. No que tange ao primeiro requisito, constata-se facilmente que se refere à natureza pecuniária do litígio. Nessa direção, Joaquim Muniz pontua que direitos patrimoniais são aqueles que possuem uma utilidade econômica, de forma a considerar como não arbitráveis os direitos relacionados a vida, a liberdade e etc.³⁴

Contudo, maiores discussões são travadas no que diz respeito a disponibilidade deste direito. Carlos Alberto Carmona sustenta que há disponibilidade quando o direito pode ser exercido livremente por seu titular, não havendo norma imperativa que imponha o seu cumprimento.³⁵ O professor Eduardo Talamini acrescenta que o direito é disponível sempre que puder ser resolvido pelas partes independentemente de intervenção jurisdicional, a destacar a vedação para questões de estado, de direito pessoal de família e de caráter não patrimonial, conforme estabelece o Código Civil em seu art. 852.³⁶

Por outro viés, a partir da diferenciação entre interesse público primário e secundário, Selma Lemes entende que somente os direitos desta segunda modalidade podem ser considerados disponíveis, uma vez que englobam atos da função

³² HAJAR, Yasmine Nemer. **A arbitragem como remédio antitruste para o controle de estruturas**. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63051/YASMINE%20NEMER%20HAJAR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 set. 2019.

³³ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**. São Paulo: Fórum, 2012. p.55.

³⁴ MUNIZ, Joaquim. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2015. p.43.

³⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo: um comentário a Lei n.º 9.037/96**, São Paulo: Malheiros, 1998. p.48.

³⁶ TALAMINI, Eduardo. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.5, p.145-146, abr./jun. 2005.

administrativa do Estado e não das funções política e legislativa.³⁷ Essa perspectiva também é compartilhada por Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, ao resumirem que "a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão", excluindo de sua competência os temas oriundos de atos de império.³⁸

3.2 A ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

O emprego da arbitragem, contudo, continuou a sofrer resistência quanto aos seus aspectos subjetivos.³⁹ Isto é, aceitava-se a arbitragem, mas questionava-se a possibilidade da Administração Pública participar deste procedimento, apesar de ser notório o preenchimento do requisito da capacidade para realizar os atos da vida civil.⁴⁰ Aliás, tamanha era a polêmica a ponto de ter sido apresentada a Proposta de Emenda Constitucional (de n.º 29/2000) para impedir, de forma definitiva, o uso da arbitragem em contratos celebrados por entes públicos.⁴¹

No entanto, afortunadamente, as teses contrárias à participação da Administração Pública na arbitragem não lograram êxito⁴², sendo o instituto cada vez mais utilizado em demandas complexas que envolvem o poder público. José Eduardo Faria pontua que a pressão externa de investidores internacionais foi essencial para o fortalecimento da utilização da arbitragem pela Administração Pública⁴³,

³⁷ LEMES, Selma. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.248, p.117-126, maio 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41529>>. Acesso em: 16 set. 2019.

³⁹ Sobre o assunto, Selma Lemes acrescenta que "houve a necessidade de se superar obstáculos interpretativos (alguns equivocados), que impediam a aceitação e aplicação da arbitragem na área pública, pois por analogia, por exemplo, confundiam o compromisso arbitral com a transação e o mandato (entendendo que a Administração Pública não podia ceder sua função administrativa ao árbitro)". (LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Arbitragem em direito público**. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019. v.1. p.83).

⁴⁰ Em defesa da possibilidade da arbitragem envolvendo o poder público, confira-se as lições de Marçal Justen Filho: **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p.824-825.

⁴¹ TIBÚRCIO, Carmem. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp. n. 606.345/RS. **Revista de Direito do Estado**, n.6, p.341-350, 2007.

⁴² Sobre o tema, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara apresentam os argumentos contrários para demonstrar a possibilidade do juízo arbitral envolvendo a Administração Pública. Confira-se: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Op. cit.

⁴³ FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.79-80.

uma vez que o país vivia época de modernização, com inúmeras privatizações e reformas administrativas.⁴⁴

Além disso, a atuação persistente do Poder Judiciário foi essencial para reafirmar a autonomia da arbitragem e a possibilidade de participação da Administração Pública. Como exemplos, merecem destaque os emblemáticos casos AES URUGUAIANA⁴⁵ e COMPAGÁS⁴⁶. Nesta esteira, Egon Bockmann Moreira destaca que apesar da versão original da Lei de Arbitragem autorizar a participação da Administração Pública, "o conservadorismo e o trato ortodoxo do princípio da legalidade exigiram a positivação da Lei 13.129/2015".⁴⁷

Dessa forma, em 26 de maio de 2015, foi publicada a Lei n.º 13.129/2015, que alterou a redação original da Lei de Arbitragem e positivou a possibilidade da administração pública, direta e indireta, dispor da arbitragem para solucionar os conflitos relativos a direitos patrimoniais e disponíveis.⁴⁸

3.3 OS LITÍGIOS ARBITRÁVEIS NA DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA

Desta forma, no que tange à desapropriação por utilidade pública, o legislador infraconstitucional foi assertivo em contemplar a possibilidade da arbitragem tão somente nos conflitos oriundos da fase executiva, uma vez que se limita aos reflexos

⁴⁴ Arnoldo Wald destaca que "Efetivamente, houve, no Brasil, na matéria, em relativamente pouco tempo, uma verdadeira revolução cultural, jurídica, econômica e política com de um lado, a privatização dos serviços públicos e a concessão, e, de outro, a implantação e institucionalização da arbitragem, que não deixa de ser uma privatização do setor de solução dos litígios, que anteriormente dependia da Justiça estatal". (WALD, Arnoldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. **Direito Público**, Porto Alegre, v.3, n.10, p.16-30, out./dez. 2005).

⁴⁵ O STJ reconheceu a validade da convenção arbitral, inserida em contrato de compra e venda de energia elétrica, pactuada entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica, sociedade de economia mista, e a AES Uruguaiana Ltda, empresa privada. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 612.439-RS. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 22/10/2005. Órgão Julgador: 2.ª Turma. Publicação: DJ 14/09/2006).

⁴⁶ O STJ reafirmou a possibilidade de sociedade de economia mista submeter o litígio relativo a direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem e definiu a licitude da Administração Pública celebrar compromisso arbitral, ainda que não haja previsão expressa no edital de licitação e no contrato. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904.813-PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 20/10/2011. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJ 28/02/2012).

⁴⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, administração pública e a Nova Lei de Introdução. **Gazeta do Povo**, 08 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-administracao-publica-e-a-nova-lei-de-introducao-er5ijd6ikbfhozqn2nv4zvh6o/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

⁴⁸ O art. 1.º, §1.º, da Lei n.º 13.129/2015 prevê que "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

pecuniários e negociáveis da declaração de desapropriação.⁴⁹ Ou seja, os litígios decorrentes dos atos de império e de interesse público primário não podem ser solucionados pela via arbitral.

Nesse contexto, deve-se destacar que entendimento semelhante é verificado há anos, tanto na experiência nacional como na estrangeira. No Brasil, o próprio "Caso Lage", acima referido, versou sobre a fixação da indenização decorrente de ato desapropriatório do poder público, ainda que na época não houvesse legislação específica disciplinando a relação entre a arbitragem e o poder público.

Na experiência alienígena, o Código das Expropriações de Portugal (Decreto-Lei n.º 438/1991) dispõe que não havendo acordo sobre o valor da indenização desapropriatória, o processo deve ser remetido para o juízo arbitral, que assume competência jurisdicional de primeiro grau.⁵⁰

Assim sendo, é inequívoco que a determinação da indenização devida ao particular em decorrência da desapropriação por utilidade pública é arbitrável, não havendo óbice em utilizar os métodos alternativos ao Poder Judiciário para resolução desta controvérsia.⁵¹

4 OS DESAFIOS E AS PERSPECTIVAS NA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM

Feitas as considerações acima, não há dúvidas de que a Lei n.º 13.867/2019 trouxe inequívocas virtudes ao procedimento desapropriatório, uma vez que a arbitragem possibilita uma solução mais técnica, célere e eficiente do litígio.

Gabriel Jamur Gomes destaca que "essa agilidade é essencial não apenas aos particulares, mas principalmente para a implementação de obras de infraestrutura necessárias ao país e atração de investimentos do setor privado", tendo em vista a

⁴⁹ Deve-se destacar que a declaração de utilidade pública é ato de império do ente expropriante, não podendo a sua validade ser discutida na via arbitral.

⁵⁰ FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.113, p.477-532, jul./dez. 2016.

⁵¹ Sobre a natureza da indenização, Márcia Pelegrini e Débora Baptista entendem que "indenizar é retribuir com certa quantia em dinheiro pela lesão causada a alguém. É a correlação entre o dinheiro e o dano que reflete o caráter indenizatório da obrigação". (BAPTISTA, Débora de Carvalho; PELEGRINI, Márcia. Precatórios judiciais decorrentes de expropriação: conteúdo e extensão do princípio da justa indenização. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v.5, n.17, p.80, jan./fev. 2003).

quantidade de projetos estagnados ante a dificuldade de o poder público ou quem lhe faça às vezes desapropriar o bem.⁵²

Entretanto, não se pode negar que a referida legislação foi publicada de forma tímida, não disciplinando precisamente como a arbitragem enfrentará as peculiaridades do procedimento de desapropriação. Nesse sentido, merece destaque – e crítica – o fato de que alguns dispositivos, que esclareciam a aplicação da lei, foram vetados do projeto legislativo originário (PSL 135/2017).

O Presidente da República vetou regras que disciplinavam, por exemplo, como ocorreria a escolha pela arbitragem, a determinação da instituição arbitral, a distribuição das custas procedimentais e a obrigatoriedade de incluir a possibilidade dos meios alternativos na notificação encaminhada ao titular da propriedade.⁵³ Dessa maneira, restaram lacunas no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo-se pertinente explorar alguns dos desafios a serem superados para que a arbitragem se consolide como instrumento eficiente para solução de litígios em matéria de desapropriação por utilidade pública.

4.1 A ESCOLHA DA ARBITRAGEM PARA SOLUÇÃO DO LITÍGIO

O primeiro desafio a ser analisado envolve a obrigatoriedade, ou não, da submissão do litígio ao procedimento arbitral. O art. 10-B da Lei n.º 13.867/2019 incluiu de forma genérica a possibilidade de "opção pela mediação ou pela via arbitral", mas não estabeleceu se as partes estão vinculadas à legislação ou se devem manifestar vontade no caso concreto.⁵⁴

Nesse sentido, ressalta-se que a desapropriação não decorre de um contrato anterior firmado entre as partes, mas de um decreto unilateral do ente desapropriante. Portanto, não há manifestação prévia (cláusula arbitral) que evidencie a vontade dos litigantes em submeter o futuro conflito ao procedimento arbitral.

⁵² GOMES, Gabriel Jamur. Arbitragem e mediação em processos de desapropriação. **Jota**, 07 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-mediacao-em-processos-de-desapropriacao-07092019>>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁵³ BRASIL. Mensagem de Veto n.º 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁵⁴ A autonomia da vontade proporciona o poder de estabelecer livremente a disciplina de seus interesses. Sobre o assunto, confira-se: CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.114.

Dessa maneira, a medida que se impõe é a celebração de compromisso arbitral, nos termos do art. 9.º da Lei de Arbitragem.⁵⁵ Francisco Cahali pontua que o compromisso arbitral é o meio pelo qual as partes optam pela arbitragem após o surgimento do conflito.⁵⁶ Carlos Alberto Carmona acrescenta que se trata de negócio jurídico pelo qual os interessados deferem a resolução do litígio, em caráter vinculativo, a terceiros.⁵⁷

No entanto, a Lei n.º 13.867/2019 não definiu em que termos será considerada a manifestação de vontade do ente desapropriante para celebração do compromisso arbitral. Dito de outro modo, a redação do dispositivo não tornou claro se a lei contempla uma oferta pública de arbitragem ou se o poder público deve manifestar, caso a caso, a vontade de submeter o litígio à arbitragem.

4.1.1 A oferta pública da arbitragem

O primeiro viés encontra fundamento na ideia de que a redação da lei consiste em uma oferta ao público, de forma que bastaria a vontade do desapropriado para submeter o litígio à via arbitral. Essa tese encontra fundamento no próprio Código Civil, vez que a interpretação combinada dos arts. 427 e 429 leva ao entendimento de que a oferta pública é obrigatória ao ofertante por equivaler a uma proposta.

Esse argumento é muito utilizado na experiência internacional, nas hipóteses em que um Estado oferece genericamente aos investidores estrangeiros a possibilidade de submeter às controvérsias ao procedimento arbitral. Jeswald Salacuse esclarece que, na seara de investimentos, os dispositivos podem ser considerados uma oferta unilateral e irrevogável de arbitragem, sujeitos a aceitação unilateral da outra parte.⁵⁸

Nessa direção, vale destacar que a Convenção de Washington de 1965 contemplou essa possibilidade de forma expressa. Contudo, o Brasil não a é signatário.⁵⁹ Na ocasião, o Brasil se recusou a assinar a convenção sob a alegação de que o país seria prejudicado pelo fato de o investidor assumir posição privilegiada

⁵⁵ Art. 9.º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

⁵⁶ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.132.

⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009. p.189-190.

⁵⁸ SALACUSE, Jeswald. **The Law of Investment Treaties**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2015. p.422-423.

⁵⁹ Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em: 05 out. 2019.

em relação ao país hospedeiro, tendo em vista que aquele gozaria exclusivamente da faculdade de instituir os procedimentos arbitrais.⁶⁰

De toda forma, sistema equivalente foi contemplado no Brasil através da Lei de Relicitação (Lei n.º 13.448/2017), ao prever que a relicitação do contrato de parceria está condicionada à celebração de termo aditivo que contenha a obrigatoriedade do compromisso arbitral.⁶¹ Selma Lemes pontua que esta oferta é plenamente vinculante à Administração Pública, bastando que o particular assim decida.⁶²

Nesse contexto, Cesar Pereira estende essas interpretações à Lei n.º 13.867/2019, ao entender que a nova redação do Decreto-Lei de Desapropriação por Utilidade Pública contempla uma oferta aberta de arbitragem, prescindindo de manifestação de vontade concreta do desapropriante.⁶³ O referido jurista acrescenta que entendimento contrário esvaziaria a intenção do legislador, uma vez que a Lei de Arbitragem já assegura a possibilidade de as partes submeterem os direitos patrimoniais disponíveis ao juízo arbitral.⁶⁴

No mesmo sentido, Gabriel Jamur Gomes fundamenta que a ausência de disposição legal sobre a possibilidade de negativa do ente desapropriante torna o procedimento obrigatório para a Administração Pública.⁶⁵ Como exemplo, cita-se a racionalidade do art. 25 da Lei Geral de Expropriação do Peru, que limitou expressamente a recusa da arbitragem aos casos em que o sujeito passivo tenha domicílio fora do território nacional.

⁶⁰ KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.14, p.57-86, jul./set. 2007.

⁶¹ Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente: III - o compromisso arbitral entre as partes com previsão de submissão, à arbitragem ou a outro mecanismo privado de resolução de conflitos admitido na legislação aplicável, das questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente, relativamente aos procedimentos estabelecidos por esta Lei.

⁶² LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLALOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Arbitragem em direito público**. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019. v.1. p.90.

⁶³ PEREIRA, Cesar. Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. **Migalhas**, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310114,101048-Desapropriacao+e+arbitragem+lei+13867>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁶⁴ Vale destacar que o paradigmático "Caso Lage", ainda em época em que não vigia a Lei de Arbitragem, versou sobre a possibilidade de a arbitragem fixar o valor da indenização devida pela expropriação de bens particulares.

⁶⁵ GOMES, Gabriel Jamur. Arbitragem e mediação em processos de desapropriação. **Jota**, 07 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-mediacao-em-processos-de-desapropriacao-07092019>>. Acesso em: 23 out. 2019.

4.1.2 A faculdade da arbitragem

O segundo viés, entretanto, encontra fundamento na discricionariedade da Administração Pública, que exige um juízo prévio de conveniência e oportunidade do ente desapropriante.⁶⁶ Marçal Justen Filho pontua que a discricionariedade confere o poder de decidir, no caso concreto, conforme a avaliação da melhor solução para o exercício da atividade administrativa.⁶⁷

Dessa forma, caso entenda-se que a escolha da arbitragem é poder discricionário do ente desapropriante, exige-se que as partes manifestem expressamente a vontade de submeter aquele caso específico ao procedimento arbitral, não podendo a Administração Pública ser compelida pelo particular a fazê-lo. Consoante é o posicionamento de Luciano Ferraz, ao sustentar que apesar do desapropriado ter o direito subjetivo de manifestar a sua opção pela mediação ou pela via arbitral, a Administração Pública não está submetida ao seu exclusivo interesse.⁶⁸

Nessa direção, firmou-se recentemente o Enunciado 126 do V Fórum Nacional do Poder Público, realizado nos dias 29 e 30 de agosto de 2019. Confira-se:

Enunciado 126. Na desapropriação, constitui faculdade do ente expropriante oferecer ao particular as vias da mediação ou da arbitragem para discutir o valor indenizatório.⁶⁹

Ademais, deve-se considerar que a redação original do projeto de lei foi alterada para excluir a possível interpretação de que a mediação e a arbitragem são obrigatórias ao poder público. As razões do veto tornam a intenção do legislador inequívoca:

O dispositivo estabelece a obrigatoriedade de notificação do poder público ao proprietário com a oferta de indenização e a opção do particular em discutir o valor por meio de mediação ou pela via arbitral. Ocorre que a proposta permite interpretação de que a arbitragem e mediação são facultativas ao expropriado, mas obrigatórias ao poder público, restringindo a possibilidade da devida avaliação prévia da conveniência e oportunidade da adesão ao procedimento de mediação ou arbitragem pelo poder público, o que viola o

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.214.

⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.206.

⁶⁸ FERRAZ, Luciano. Mediação e arbitragem nas desapropriações: faculdade ou dever? **Consultor Jurídico**, 03 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/interesse-publico-mediacao-arbitragem-desapropriacoes-faculdade-ou-dever>>. Acesso em: 05 out. 2019.

⁶⁹ Disponível em: <<https://lvm.adv.br/enunciados-do-v-forum-nacional-do-poder-publico-29092019/>>. Acesso em: 05 out. 2019.

princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário previsto no inciso XXXV do art. 5.º da Constituição da República de 1988.⁷⁰

Além disso, a grande maioria das leis brasileiras que versam sobre o procedimento arbitral com o poder público conferem uma faculdade às partes, de forma a exigir manifestação expressa da vontade de submeter o litígio a um meio alternativo ao Poder Judiciário.⁷¹ A exceção, desse modo, se limita a referida Lei de Relicitação, que diferentemente da legislação de desapropriação, prevê de forma clara a obrigatoriedade da cláusula arbitral para submeter eventuais litígios à arbitragem.

4.1.3 Sugestão para a melhor aplicação da lei

Portanto, nos termos em que foi redigida a Lei n.º 13.867/2019, entendo que a previsão legal não é uma oferta aberta de arbitragem, mas uma forma de promover o instituto e reforçar a possibilidade da sua utilização nos litígios decorrentes da desapropriação por utilidade pública. Ademais, considerando que o interesse em definir o valor indenizatório e efetivar a desapropriação é primordialmente da Administração Pública, a arbitragem dificilmente será iniciada se esta não manifestar vontade concreta em participar do procedimento arbitral.

Aliás, há de se considerar a problemática dos particulares nem sequer terem conhecimento da possibilidade de optarem pela arbitragem, uma vez que o veto do Presidente da República excluiu da redação original a obrigatoriedade da notificação comunicar esta alternativa.

De toda forma, caso o particular tenha ciência da Lei n.º 13.867/2019 e postule o início da arbitragem, caberá ao ente desapropriante impugnar a sua validade nas razões de defesa, sob pena de ser reputada a concordância tácita da parte requerida. Esse posicionamento já foi firmado pelo STJ, conforme processo de homologação de

⁷⁰ BRASIL. Mensagem de Veto n.º 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁷¹ Nesse sentido, confira-se as seguintes leis: Lei Geral das Telecomunicações (de n.º 9.472/97); Lei do Petróleo e Gás (de n.º 9.478/97); Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (de n.º 10.233/01); Lei dos Contratos de Aquisição de Energia Elétrica (de n.º 10.438/2002); Lei de Comercialização de Energia Elétrica (de n.º 10.848/2004); Lei de Parcerias Público-Privadas (de n.º 11.079/2004); Lei das Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos (de n.º 8.987/1995); Lei dos Transportes Rodoviários de Cargas (de n.º 11.442/2007); Lei de Transporte de Gás Natural (de n.º 11.909/2009); Lei de Exploração e Produção de Petróleo (de n.º 12.351/2010); Lei do Regime Diferenciado de Contratação (de n.º 12.462/2011); e Lei dos Portos (de n.º 12.815/2013).

sentença arbitral estrangeira relatado pelo Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Na ocasião, considerou-se satisfeita a aceitação em submeter o litígio à arbitragem pelo fato de que a parte não impugnou a instauração do juízo arbitral no momento oportuno.⁷²

4.2 A ESCOLHA DA INSTITUIÇÃO ARBITRAL

O segundo desafio a ser analisado é como ocorrerá a escolha da instituição arbitral, tendo em vista que o art. 10-B atribuiu ao particular o dever de indicar uma das instituições de arbitragem previamente cadastradas no órgão responsável pela desapropriação.

Dessa forma, inicialmente deve-se destacar que o legislador não contemplou a possibilidade das partes optarem por procedimentos *ad hoc*.⁷³ Isso significa que o procedimento arbitral deve tramitar perante uma autoridade administrativa que contenha regulamento específico.

Essa limitação, no entanto, pode ser entendida como positiva, pois os procedimentos *ad hoc* são considerados mais arriscados do que aqueles que são geridos por uma instituição especializada.⁷⁴ Sobre o tema, Joaquim Muniz advoga que:

A maior vantagem de arbitragens institucionais consiste na existência de entidade administradora, que supervisionará o andamento do processo arbitral, bem como poderá se encarregar de diversas decisões procedimentais importantes e delicadas, tais como nomeação, confirmação, impugnação e substituição de árbitros, existência *prima facie* de jurisdição arbitral e extensão da cláusula compromissória a partes não indicadas e/ou a terceiros.⁷⁵

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 856. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 18/05/2005. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: DJ 27/06/2005.

⁷³ Redfern e Hunter sustentam que a arbitragem *ad hoc* é caracterizada pelo fato das partes determinarem as regras procedimentais aplicáveis à arbitragem, permitindo maior flexibilidade e cooperação entre as partes. (REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 3.ed. Londres: Sweet&Maxweel, 1999. p.44).

⁷⁴ Giovanni Ettore Nanni alega que "em geral não se aconselha arbitragem *ad hoc*, uma vez que a administração do procedimento fica totalmente a cargo das partes e dos árbitros, os quais podem não deter a aptidão para tal tarefa organizacional nem o tempo disponível que ela exige". (NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 06 out. 2019).

⁷⁵ MUNIZ, Joaquim. **Curso básico de direito arbitral: teoria e prática**. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2015. p.89.

Nessa mesma orientação, Scavone sustenta que o risco de nulidades e controvérsias procedimentais é substancialmente superior nos procedimentos *ad hoc*.⁷⁶ Redfern e Hunter acrescentam que a principal vantagem da arbitragem institucional é a utilização de regras previamente estabelecidas para superação das controvérsias surgidas ao longo da arbitragem.⁷⁷

No entanto, a legislação acrescentou que a instituição escolhida pelo particular deve estar previamente cadastrada pelo órgão desapropriante, de forma a criar incertezas para as situações em que o cadastramento não tiver sido realizado. Cesar Pereira entende que essa exigência pode levar à frustração da norma, de modo similar a que vem acontecendo com o art. 31 da Lei de Relicitação.⁷⁸

De toda forma, não me parece a melhor interpretação a de que a arbitragem será inviabilizada por ausência de cadastramento prévio quando há manifesta vontade das partes em submeter o litígio a este meio extrajudicial. Isto porque, a lei deve ser interpretada de forma a satisfazer o interesse dos litigantes⁷⁹, repelindo alternativas hermenêuticas incompatíveis com o sistema jurídico e evitando a invalidação de entendimentos razoáveis.⁸⁰

Dessa maneira, uma possível solução para atender a finalidade da norma é considerar como aptas as instituições arbitrais utilizadas anteriormente pelo ente desapropriante, haja vista que já houve concordância em submeter conflito similar aos cuidados daquela organização. Portanto, permitiria-se reputar que o juízo de aceitação dos aspectos subjetivos e objetivos da câmara arbitral já foi outrora realizado pelo poder público.⁸¹

⁷⁶ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010. p.58.

⁷⁷ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Op. cit., p.45.

⁷⁸ PEREIRA, Cesar. Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. **Migalhas**, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310114,101048-Desapropriacao+e+arbitragem+lei+13867>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁷⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que o princípio da razoabilidade enseja que a interpretação deve verificar a adequabilidade da medida para atender o resultado pretendido. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.175).

⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.135.

⁸¹ Rafael Munhoz de Mello pontua que "A escolha da câmara arbitral levará em conta elementos subjetivos que deverão ser avaliados pelo agente administrativo, conforme as necessidades do caso concreto: tradição do órgão institucional, qualidade do seu regulamento, localização de sua sede, reputação e experiência dos árbitros que integram a sua lista – além, é claro, do valor das custas e dos honorários dos árbitros, único elemento que admitiria aferição objetiva, insuficiente, por si só, para garantir uma escolha que bem atenda ao interesse público". (MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.6, p.73, 2015).

Em não havendo arbitragens institucionais antecedentes, deve-se importar a mesma solução aplicada às cláusulas compromissórias vazias, qual seja, a delegação da definição da instituição arbitral para o Poder Judiciário, nos termos dos arts. 6.º e 7.º da Lei de Arbitragem⁸².

Giovanni Ettore Nanni entende que não havendo algum elemento essencial para iniciar a arbitragem, as partes devem buscar o Poder Judiciário para que solucione a questão.⁸³ Francisco Cahali complementa que a tutela jurisdicional é necessária e integrativa, pois a decisão judicial complementa os elementos faltantes para viabilizar a arbitragem.⁸⁴

Portanto, apesar da legislação não contemplar a solução específica para as situações em que o ente desapropriante não tenha realizado o cadastramento prévio das instituições arbitrais, entende-se que esta lacuna pode ser suprida com as experiências anteriores do poder público ou com a manifestação expressa do Poder Judiciário.

4.3 A DISTRIBUIÇÃO DAS CUSTAS ARBITRAIS

O terceiro desafio a ser analisado é como se dará a distribuição das custas da arbitragem, haja vista que é elemento essencial para garantir o acesso da parte desapropriada a este meio alternativo de resolução de controvérsias. Neste panorama, merece atenção o fato de que a Lei n.º 13.867/2019 nada dispõe sobre o tema, uma vez que o Presidente da República vetou o parágrafo 5.º do art. 10-B.

Este dispositivo previa o adiantamento dos honorários dos árbitros pelo poder público. No entanto, a razão do veto elencou que a obrigação do adiantamento das custas pela Administração iria em sentido oposto ao interesse público, pois afastaria a possibilidade de adesão a regulamentos mais vantajosos ao erário.⁸⁵

Entretanto, o veto é incoerente nesta fundamentação, eis que o verdadeiro interesse da Administração Pública é a eficiente resolução do litígio e não a

⁸² JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. **Revista Brasileira da Advocacia**, Rio de Janeiro, v. 1, jan/mar. 2016.

⁸³ NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 06 out. 2019.

⁸⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.142.

⁸⁵ BRASIL. Mensagem de Veto n.º 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

economia temporária dos valores a serem adiantados. De mais a mais, como bem destaca Gabriel Jamur Gomes, a busca por câmaras favoráveis à Administração pode acabar frustrando o próprio interesse público, pois abre-se margem para escolha de instituições menos sólidas e confiáveis.⁸⁶

De toda maneira, a Lei de Arbitragem não dispõe sobre o assunto, de modo que a disciplina do adiantamento das custas restou atribuída aos regulamentos das instituições credenciadas ao ente desapropriante (art. 10-B, § 4.º do Decreto-Lei n.º 3.365/1941). Nesse contexto, Cesar Pereira considera o veto irrelevante, ao entender que a maioria dos regulamentos institucionais estabelece que as custas arbitrais deverão ser adiantadas pelo requerente, que, via de regra, será o poder público.⁸⁷

No entanto, não se pode ignorar que diversos regulamentos podem ser prejudiciais aos particulares, a destacar os das seguintes instituições: CAMES, que prevê a faculdade de uma das partes antecipar o pagamento das custas e honorários⁸⁸; CAMARB, que possibilita que cada parte antecipe a taxa de administração e os honorários de forma proporcional ao seu pleito⁸⁹; CÂMARA FGV, que estabelece que as custas e despesas serão rateadas meio a meio entre as partes⁹⁰; CAMFIEP, que disciplina que a taxa de administração e os honorários dos árbitros serão divididos igualmente entre as partes⁹¹; e AMCHAM, que divide o adiantamento das despesas em cinquenta por cento para cada parte⁹².

Neste cenário, Carlos Alberto Carmona pontua que a possibilidade de ser escolhido um órgão que tenha custos muito elevados é extremamente prejudicial, de

⁸⁶ GOMES, Gabriel Jamur. Arbitragem e mediação em processos de desapropriação. **Jota**, 07 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-mediacao-em-processos-de-desapropriacao-07092019>>. Acesso em: 23 out. 2019.

⁸⁷ PEREIRA, Cesar. Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. **Migalhas**, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310114,101048-Desapropriacao+e+arbitragem+lei+13867>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁸⁸ CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA (CAMES). **Regulamento do processo de arbitragem**. Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁸⁹ CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL (CAMARB). **Regulamento de arbitragem**. Versão de 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁹⁰ FGV - CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Regulamento de arbitragem da Câmara FGV**. Disponível em: <<https://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 17 set. 2019.

⁹¹ SISTEMA FIEP. **Regulamento CAMFIEP 2015**. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/regulamento-camfiep-2015-1-20704-297454.shtml>>. Acesso em: 18 set. 2019.

⁹² AMCHAM BRASIL. **Centro de Arbitragem e Medição da AMCHAM**. Disponível em: <<https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

modo a sacrificar economicamente a parte mais fraca da relação jurídica.⁹³ Na mesma orientação, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro destaca que o custo de um processo não pode evitar ou prejudicar o acesso à justiça do litigante.⁹⁴

Entretanto, essas críticas são mais consistentes quando a arbitragem é pactuada previamente ao litígio, de maneira que a eventual e futura impossibilidade financeira das partes pode vir a comprometer o acesso à justiça e a defesa de seus direitos⁹⁵. De toda sorte, não é isto que ocorre em matéria de desapropriação, na qual o particular tem a possibilidade de exercer a autonomia da vontade no momento do surgimento do conflito.

Ou seja, este possui a faculdade de optar pelo juízo arbitral em situação de pleno conhecimento de sua capacidade financeira e dos custos do procedimento, uma vez que as câmaras arbitrais já estão previamente cadastradas ao ente desapropriante e os regulamentos internos são de fácil acesso aos interessados.

Dessa forma, ainda que o desapropriado seja hipossuficiente em relação ao poder público e não disfrute de recursos para arcar com o adiantamento das custas procedimentais, deve-se considerar que as portas da jurisdição estatal permanecerão abertas para satisfação de seus direitos, em estrita observância ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Nessa direção, Paulo Osternack Amaral é assertivo ao afirmar que “o fator custo desvenda que somente uma pequena parcela dos litígios são vocacionados para serem submetidos à arbitragem”.⁹⁶ Portanto, não há que se falar em negativa de jurisdição e violação ao acesso à justiça, mas tão somente ponderar que o sucesso da arbitragem será posto em xeque diante da incapacidade financeira dos particulares para adianamento dos valores iniciais.

Como alternativa, apesar de ser árdua tarefa, poderá o desapropriado requerer o credenciamento de outras câmaras arbitrais ao ente desapropriante, de forma a

⁹³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v.13, n.51, p.10-11, jul./set. 2016.

⁹⁴ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p.68.

⁹⁵ CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

⁹⁶ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**. São Paulo: Fórum, 2012. p.51.

viabilizar uma melhor distribuição das custas e impulsionar a utilização da arbitragem em matéria de desapropriação.

4.4 A APLICAÇÃO DO DECRETO-LEI N.º 3.365/1941 NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

O último desafio a ser analisado consiste na forma em que se dará a harmonização entre os institutos da arbitragem e da desapropriação por utilidade pública. Isto é, o Decreto-Lei n.º 3.365/1941 disciplina de forma detalhada como deverão ser enfrentadas as peculiaridades da desapropriação por utilidade pública no processo judicial (art. 11 e seguintes), entretanto, não especifica como conciliar tais singularidades com o procedimento arbitral.

Dessa maneira, a fim de instigar o debate e aprofundar o presente estudo, destacam-se alguns pontos que eventualmente poderão ser questionados ao longo dos procedimentos arbitrais.

4.4.1 A imissão na posse

O primeiro questionamento diz respeito à aplicação do art. 15 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, que exige a demonstração da situação de urgência e o depósito prévio da quantia arbitrada para que o ente desapropriante seja imitado na posse do bem desapropriado. O parágrafo primeiro do referido dispositivo estabelece que o depósito deverá equivaler (i) ao preço oferecido, se este for superior a 20 vezes o valor locativo, caso o imóvel esteja sujeito ao imposto predial; (ii) à quantia correspondente a 20 vezes o valor locativo, se o preço oferecido for inferior e o imóvel estiver sujeito ao imposto predial; (iii) ao valor cadastral do imóvel, para fins de lançamento do imposto territorial, se atualizado no ano fiscal imediatamente anterior; ou (iv) ao montante fixado pelo magistrado, se o valor cadastral do imóvel não estiver atualizado.

No entanto, por se tratar de medida de urgência, deve-se destacar que a imissão provisória na posse geralmente será pleiteada em momento em que o tribunal arbitral ainda não estará constituído. Assim sendo, o desapropriante possui duas opções: pleitear ao Poder Judiciário ou a um árbitro de emergência.

O recurso ao Poder Judiciário é regido pelo art. 22-A da Lei de Arbitragem e deverá seguir precisamente as exigências postas no art. 15 da legislação de desapropriação, de maneira que só haverá liberalidade para o magistrado fixar o valor do depósito prévio, caso o valor cadastral do imóvel não esteja atualizado.

A utilização do árbitro de emergência, por sua vez, depende de previsão regulamentar das câmaras arbitrais⁹⁷, não estando este necessariamente vinculado aos parâmetros fixados pelo Decreto-Lei n.º 3.365/2941. Cesar Pereira adverte que a indicação de um árbitro engenheiro, por exemplo, pode ser benéfica exatamente pelo fato deste gozar de habilidade suficiente para melhor avaliar o valor a ser depositado como garantia da medida de urgência.⁹⁸

Nesse sentido, ressalta-se que a arbitragem de emergência possibilitará projetar às medidas de urgência as mesmas virtudes do procedimento arbitral, tais como a rápida apreciação e a especialização do árbitro.⁹⁹ Dessa forma, apesar da discussão certamente ser ampliada quanto à obrigatoriedade de o árbitro de emergência observar os parâmetros fixados pelo Decreto-Lei n.º 3.365/1941, reputo que a autonomia da vontade das partes em lhe confiarem a jurisdição, bem como a sua expertise sobre a matéria, deverão ser privilegiadas para imissão do ente desapropriante na posse do bem.

4.4.2 A interposição de recursos

O segundo questionamento abarca a possibilidade de submeter as sentenças arbitrais que versarem sobre a desapropriação por utilidade pública ao reexame-necessário. O art. 28 do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 prevê que a sentença que condenar a Fazenda Pública em quantia superior ao dobro da oferecida fica sujeita ao duplo grau de jurisdição.

⁹⁷ Como exemplo, cita-se o regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM), que prevê a possibilidade do Presidente da instituição nomear um árbitro de apoio para decisões sobre "medidas conservatórias ou reparatórias revestidas de caráter de urgência, a fim de prevenir dano iminente ou prejuízo irreparável". (BRASIL. BOLSA. BALCÃO (B3). **Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)**. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/>. Acesso em: 17 set. 2019).

⁹⁸ PEREIRA, Cesar. Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. **Migalhas**, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310114,101048-Desapropriacao+e+arbitragem+lei+13867>>. Acesso em: 27 set. 2019.

⁹⁹ LEVITINAS, Marcelo; FERREIRA, Renato. A arbitragem de emergência como alternativa para solução de medidas urgentes na jurisdição privada. **Migalhas**, 09 out. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228168,71043-A+arbitragem+de+emergencia+como+alternativa+para+solucao+de+medidas>>. Acesso em: 07 out. 2019.

No entanto, essa regra foi prevista expressamente para os processos em trâmite na jurisdição estatal. Aliás, é sabido que a sentença arbitral não se sujeita a recurso ou homologação do Poder Judiciário (art. 18 da Lei de Arbitragem), mas tão somente a um controle de regularidade formal através de ação declaratória de nulidade (art. 33 da Lei de Arbitragem). Nesse sentido, vale destacar que esta é uma das maiores conquistas do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, pois assegurou à arbitragem a característica de efetivo instrumento de resolução de litígios e não de “aperitivo pré-judicial”.¹⁰⁰

Nesse contexto, o Enunciado 117 do V Fórum Nacional do Poder Público foi assertivo ao afirmar que “a sentença arbitral não enseja a remessa necessária”.¹⁰¹ Esse é o posicionamento lógico e que já vem sendo aceito pelos aplicadores do direito, de forma a não se fazer razoável a cogitação de que a Administração Pública frustraria a legalidade e a segurança jurídica para recorrer de sentença arbitral que lhe for desfavorável.

Dessa maneira, a harmonização entre a previsão legal do duplo grau de jurisdição e a soberania da arbitragem não tende a ser um empecilho em si, mas somente mais uma forma da arbitragem se efetivar como equivalente jurisdicional em litígios envolvendo o poder público.

4.4.3 A condenação ao pagamento de honorários de sucumbência

O terceiro e último questionamento analisado consiste na possibilidade de a sentença arbitral fixar o pagamento de honorários de sucumbência nos litígios de desapropriação. O art. 27, §1.º do Decreto-Lei n.º 3.365/1941 dispõe que haverá condenação ao pagamento de honorários advocatícios caso a sentença fixe valor indenizatório superior ao preço oferecido pelo ente desapropriante. O dispositivo ainda limita o percentual dos honorários entre meio e cinco por cento do valor da diferença existente, estabelecendo o montante máximo em 151 mil reais.

No entanto, a interpretação combinada dos artigos 11 e 27 da Lei de Arbitragem evidencia que a sentença observará as disposições convencionadas entre as partes para distribuição das custas e despesas arbitrais. Nesse sentido, José Rogério Cruz

¹⁰⁰ VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 263.

¹⁰¹ Disponível em: <<https://lvm.adv.br/enunciados-do-v-forum-nacional-do-poder-publico-29092019/>>. Acesso em: 05 out. 2019.

e Tucci ressalta que esse entendimento é coerente com o corolário da arbitragem: a autonomia da vontade das partes.¹⁰²

À vista disso, vale mencionar que as partes poderão estabelecer previamente diferentes regimes para que o vencido pague os honorários advocatícios, a destacar a previsão de valor escalonado (CPC, art. 85, §3º), de valor fixo ou então de valor suficiente para ressarcir a quantia prevista contratualmente.

Assim sendo, considero que a harmonização entre a desapropriação e a arbitragem deve privilegiar a autonomia da vontade das partes e os limites por elas definidos, de maneira que a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência não precisará observar, obrigatoriamente, os contornos previstos para a jurisdição estatal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n.º 13.867/2019 foi importante passo para adequar o procedimento de desapropriação por utilidade pública à nova realidade nacional, que aceita e incentiva a utilização da arbitragem para solução de controvérsias patrimoniais e disponíveis. No entanto, a redação da legislação merece críticas, uma vez que foi tímida a ponto de prejudicar e quiçá inviabilizar a utilização da arbitragem pelas partes.

Isto é, apesar de contemplar a possibilidade deste meio adequado de solução de conflitos, não dispôs sobre elementos essenciais para a utilização da arbitragem, a destacar a forma como se dará a manifestação de vontade das partes, a escolha da câmara arbitral, o regime para pagamento das custas, além da harmonização do procedimento com as peculiaridades do Decreto-Lei n.º 3.365/1941, que define parâmetros para a imissão na posse, a interposição de recursos e a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência.

Diante dessas lacunas e incertezas, entendo que a melhor aplicação da lei exigirá interpretações que preservem a autonomia da vontade das partes e as características do procedimento arbitral, de maneira a proporcionar um processo mais técnico, célere e eficiente em matéria de desapropriação por utilidade pública.

¹⁰²CRUZ E TUCCI, José Rogério. Fixação dos honorários de sucumbência no processo arbitral. **Consultor Jurídico**, 03 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/fixacao-honorarios-advocaticios-sucumbencia-processo-arbitral>>. Acesso em: 10 out. 2019.

REFÊRENCIAS

ALVIM, Arruda. Desapropriação e valor no direito e na jurisprudência. **Revista de Direito Administrativo**, v.102, p.42-70, out./dez. 1970.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**. São Paulo: Fórum, 2012.

AMCHAM BRASIL. **Centro de Arbitragem e Medição da AMCHAM**. Disponível em: <<https://www.amcham.com.br/o-que-fazemos/arbitragem-e-mediacao>>. Acesso em: 17 set. 2019.

BAPTISTA, Débora de Carvalho; PELEGRINI, Márcia. Precatórios judiciais decorrentes de expropriação: conteúdo e extensão do princípio da justa indenização. **Revista Interesse Público**, São Paulo, v.5, n.17, p.75-99, jan./fev. 2003.

BRASIL. BOLSA. BALCÃO (B3). **Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM)**. Disponível em: <http://www.b3.com.br/pt_br/b3/qualificacao-e-governanca/camara-de-arbitragem-do-mercado-cam/regulamentacao/>. Acesso em: 17 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 out. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941. Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3365.htm>. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. Câmara Legislativa. Decreto-Lei n.º 9.521, de 26 de julho de 1946. Modifica os Decretos-leis ns. 4.648, de 02 de setembro de 1942, e 7.024, de 06 de novembro de 1944, regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-9521-26-julho-1946-417649-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Emenda Constitucional n.º 29, de 13 de setembro de 2000. Altera os arts. 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição Federal e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para assegurar os recursos mínimos para o financiamento das ações e serviços públicos de saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc29.htm>. Acesso em: 21 set. 2019.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 13 out. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 14 out. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n.º 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei n.º 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13448.htm>. Acesso em: 16 out. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.867, de 26 de agosto de 2019. Altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13867.htm>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Lei n.º 13.875, de 20 de setembro de 2019. Altera o § 2.º do art. 63 da Lei n.º 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), para tratar dos prazos de exercício da profissão para participação nas eleições dos membros dos órgãos da OAB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13875.htm>. Acesso em: 28 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado n.º 135, de 2017. Altera o Decreto-Lei n.º 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a arbitragem para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129101>>. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. Mensagem de Veto n.º 385, de 26 de agosto de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Msg/VEP/VEP-385.htm>. Acesso em: 18 set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 612.439-RS. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgamento: 22/10/2005. Órgão Julgador: 2.ª Turma. Publicação: DJ 14/09/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 904.813-PR. Relator: Min. Nancy Andrighi. Julgamento: 20/10/2011. Órgão Julgador: 3.ª Turma. Publicação: DJ 28/02/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. SEC 856. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Julgamento: 18/05/2005. Órgão Julgador: Corte Especial. Publicação: DJ 27/06/2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 52.181/GB. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento: 14/11/1973. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 15/02/1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 12611328. Relator: Min Luiz Fux. Julgamento: 06/04/2010. Órgão Julgador: 1.^a Turma. Publicação: DJ 22/04/2010.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação, conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL (CAMARB). **Regulamento de arbitragem**. Versão de 12 de agosto de 2019. Disponível em: <<http://camarb.com.br/arbitragem/regulamento-de-arbitragem/>>. Acesso em: 18 set. 2019.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM ESPECIALIZADA (CAMES). **Regulamento do processo de arbitragem**. Disponível em: <<https://www.camesbrasil.com.br/arbitragem/regulamento-arbitragem/>>. Acesso em: 17 set. 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem e processo**: um comentário a Lei n.º 9.037/96, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **Arbitragem e processo**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Arbitragem e administração pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v.13, n.51, p.7-21, jul./set. 2016.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A desapropriação e o princípio da proporcionalidade. **Interesse Público - IP**, Belo Horizonte, v.11, n.53, p.69–90, jan./fev. 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56748>>. Acesso em: 26 set. 2019.

_____. **Manual do direito administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CASADO FILHO, Napoleão. **Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6676/1/Napoleao%20Casado%20Filho.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.2.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Fixação dos honorários de sucumbência no processo arbitral. **Consultor Jurídico**, 03 set. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-03/fixacao-honorarios-advocaticios-sucumbencia-processo-arbitral>>. Acesso em: 10 out. 2019.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Direito administrativo**. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- FERRAZ, Luciano. Mediação e arbitragem nas desapropriações: faculdade ou dever? **Consultor Jurídico**, 03 out. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-03/interesse-publico-mediacao-arbitragem-desapropriacoes-faculdade-ou-dever>>. Acesso em: 05 out. 2019.
- FERRAZ, Luciano; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Procedimento expropriatório e administração pública dialógica: estudo comparativo da expropriação no Brasil e Portugal. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n.113, p.477-532, jul./dez. 2016.
- FGV - CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Regulamento de arbitragem da Câmara FGV**. Disponível em: <<https://camara.fgv.br/conteudo/regulamento-da-camara-fgv-de-mediacao-e-arbitragem>>. Acesso em: 17 set. 2019.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Desapropriação**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GOMES, Gabriel Jamur. Arbitragem e mediação em processos de desapropriação. **Jota**, 07 set. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-e-mediacao-em-processos-de-desapropriacao-07092019>>. Acesso em: 23 out. 2019.
- HAJAR, Yasmine Nemer. **A arbitragem como remédio antitruste para o controle de estruturas**. Monografia (Graduação) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/63051/YASMINE%20NEMER%20HAJAR.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 27 set. 2019.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a Câmara de Arbitragem e os Árbitros. **Revista Brasileira da Advocacia**, Rio de Janeiro, v. 1, jan/mar. 2016.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 7.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- KALICKI, Jean; MEDEIROS, Suzana. Investment arbitration in Brazil: revisiting Brazil's traditional reluctance towards ICSID, BITs and investor-state arbitration. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v.14, p.57-86, jul./set. 2007.
- LEMES, Selma. Arbitragem e administração pública: passado, presente e futuro. In: VILLA-LOBOS, Nuno; PEREIRA, Tânia Carvalhais. **Arbitragem em direito público**. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019. v.1. p.81-96.

_____. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEVITINAS, Marcelo; FERREIRA, Renato. A arbitragem de emergência como alternativa para solução de medidas urgentes na jurisdição privada. **Migalhas**, 09 out. 2015. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228168,71043-A+arbitragem+de+emergencia+como+alternativa+para+solucao+de+medidas>>. Acesso em: 07 out. 2019.

LOPES MEIRELLES, Hely. **Direito administrativo brasileiro.** 18.ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Direito municipal brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 1994.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Desapropriações não expropriatórias. **Jota**, 15 out. 2019. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/desapropriacoes-nao-expropriatorias-15102019>>. Acesso em: 23 out. 2019.

MEDAUAR, Odete. **Destinação dos bens expropriados.** São Paulo: Max Limonad, 1986.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 32.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, n.6, p.47-81, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das coisas.** 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v.3.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial.** 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem, administração pública e a Nova Lei de Introdução. **Gazeta do Povo**, 08 jun. 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/colunistas/egon-bockmann-moreira/arbitragem-administracao-publica-e-a-nova-lei-de-introducao-er5ijd6ikbfhozqn2nv4zvh6o/>>. Acesso em: 02 out. 2019.

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

NANNI, Giovanni Ettore. Os cuidados na elaboração da cláusula arbitral. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jun-17/arbitragem-nao-fundada-equidade-sim-lei>>. Acesso em: 06 out. 2019.

PEREIRA, Cesar. Desapropriação e arbitragem: lei 13.867. **Migalhas**, 04 set. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI310114,101048-Desapropriacao+e+arbitragem+lei+13867>>. Acesso em: 27 set. 2019.

PERU. Lei n.º 27.177, de 20 de maio de 1999. Lei Geral de Expropriação do Peru. Disponível em: <http://transparencia.mtc.gob.pe/idm_docs/normas_legales/1_1_64.pdf>. Acesso em: 14 out. 2019.

PONTES DE MIRADA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: RT, 1968. Tomo V.

PORTUGAL. Ministério do Planeamento e da Administração do Território. Decreto-Lei n.º 438/91. Aprova o Código das Expropriações. Disponível em: <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/331060/details/maximized>>. Acesso em: 1.º out. 2019.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Law and practice of international commercial arbitration**. 3.ed. Londres: Sweet&Maxweel, 1999.

SALACUSE, Jeswald. **The Law of Investment Treaties**. 2.ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de arbitragem**. 4.ed. São Paulo: RT, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SISTEMA FIEP. **Regulamento CAMFIEP 2015**. Disponível em: <<http://www.fiepr.org.br/para-empresas/camara-de-arbitragem/regulamento-camfiep-2015-1-20704-297454.shtml>>. Acesso em: 18 set. 2019.

SODRÉ, Eurico. **A desapropriação**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.248, p.117-126, maio 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41529>>. Acesso em: 16 set. 2019.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada (PPP). In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Specia (Coord.). **Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Sociedade de economia mista. Distribuição de gás. Disponibilidade de direitos. Especificidades técnicas do objeto litigioso. Boa-fé e moralidade administrativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n.5, p.135-154, abr./jun. 2005.

TIBÚRCIO, Carmem. A arbitragem envolvendo a administração pública: Resp. n. 606.345/RS. **Revista de Direito do Estado**, n.6, p.341-350, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. **Arbitragem nos contratos empresariais, internacionais e governamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VIEIRA ROCHA, Caio Cesar. **Limites do controle judicial sobre a jurisdição arbitral no Brasil**. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

WALD, Arnoldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. **Direito Público**, Porto Alegre, v.3, n.10, p.16-30, out./dez. 2005.