



CONSIDERAÇÕES SOBRE A MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM À LUZ DA NOVA REGULAMENTAÇÃO DA DESAPROPRIAÇÃO

Statement about the mediation and arbitration for the new condemnation regulation
Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 66/2020 | p. 95 - 113 | Jul - Set / 2020
DTR\2020\11514

André Luiz dos Santos Nakamura

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).
Procurador do Estado de São Paulo. Professor em cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito. alsnadv@gmail.com

Área do Direito: Civil; Arbitragem

Resumo: A previsão do uso da mediação e arbitragem nos processos de desapropriação por meio da Lei 13.867/2019, poderá proporcionar a solução rápida dos conflitos surgidos entre expropriante e expropriado. Necessário que se reinterprete o princípio da indisponibilidade do interesse público para que se admita a possibilidade de pagamentos maiores que os apurados em laudo de avaliação que, em determinadas hipóteses, podem se mostrar adequados, atendendo ao princípio da justa indenização pela Administração, visando à rápida obtenção do imóvel e o atendimento imediato do interesse público, com economia real de custos decorrentes da demora na conclusão dos processos judiciais. Na mediação, a qual se instrumentaliza por acordo entre as Partes, o pagamento da indenização na desapropriação deverá ser feito de forma direta, sem expedição de precatório. Já na arbitragem, se houver condenação em valor superior ao da oferta, a diferença deverá ser paga mediante o cumprimento da regra do art. 100 da Constituição Federal, ou seja, mediante precatório.

Palavras-chave: Arbitragem – Mediação – Desapropriação – Propriedade – Indenização

Abstract: The provision for the use of mediation and arbitration in condemnations processes through Law 13,867 /2019 will provide a quick solution to conflicts arising between public authorities and owners of condemnee properties. It is necessary to reinterpret the principle of unavailability of the public interest in order to admit the possibility of payments higher than those calculated as adequate compensation by the Government, aiming at quickly obtaining the property and attending the public interest, with real savings of costs related to delays in the conclusion of court proceedings. In mediation, the payment of compensation for condemnations should be made without the need of a court order ("precatório"). In arbitration, if there is an order to pay an amount higher than the amount initially offered by the Government, this amount should be paid only after an order ("precatório") is issued.

Keywords: Mediation – Arbitration – Condemnation – Property – Indemnification

Sumário:

Introdução - 1.Disciplinativa legislativa da mediação e arbitragem na desapropriação - 2.Mediação e arbitragem - 3.O princípio da indisponibilidade e o valor da indenização na desapropriação - 4.Mediação e arbitragem na desapropriação e precatório - Conclusões - Referências

Introdução

A Lei 13.867/2019 previu a possibilidade de utilização da mediação e arbitragem em casos de desapropriação. A arbitragem e a mediação poderão ser instrumentos eficientes para a rápida solução dos conflitos surgidos na desapropriação. Tal previsão poderá trazer grandes desafios para sua implementação.

Através da análise da legislação comparada, bem como da doutrina e jurisprudência,



pretende-se elencar os desafios que deverão ser enfrentados para que a mediação e arbitragem na desapropriação possam ser efetivas no Brasil.

O primeiro desafio refere-se à inexistência de regulamentação administrativa sobre o assunto. A mediação pode resultar na disponibilidade de valores destinados ao pagamento das indenizações. Assim, será proposta uma forma de regulação do ente expropriante que permita aos agentes públicos realizarem transações na mediação, bem como na arbitragem nas desapropriações.

Em razão da inerente necessidade de concessões recíprocas na mediação na desapropriação, faz-se necessária a reinterpretação do conceito de indisponibilidade do interesse público.

Também, necessário situar a questão dos precatórios na desapropriação, tendo em vista o uso da mediação e arbitragem.

Por meio do método indutivo-dedutivo, este artigo irá discorrer sobre as novidades trazidas pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356), as peculiaridades que informam a arbitragem e a mediação, bem como a apresentação de soluções e propostas visando à efetividade destes na desapropriação.

1. Disciplina legislativa da mediação e arbitragem na desapropriação

Segundo a disciplina trazida pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356) a desapropriação deverá ser iniciada com a notificação do proprietário, onde lhe será apresentada a oferta de indenização¹. A notificação conterá a cópia do ato de declaração de utilidade pública, planta ou descrição dos bens e suas confrontações, valor da oferta, bem como a informação de que o prazo para aceitar ou rejeitar a oferta é de 15 (quinze) dias e de que o silêncio será considerado rejeição.

Aceita a oferta e realizado o pagamento, será lavrado acordo, o qual será título hábil para a transcrição no registro de imóveis. Rejeitada a oferta, ou transcorrido o prazo sem manifestação, o poder público irá ajuizar a ação de desapropriação. Entretanto, prevê a lei que poderá ser feita a opção pela mediação ou pela via arbitral.

Segundo a disciplina da Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356), o particular indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação². A mediação seguirá as normas da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (LGL\2015\4771), e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável. Poderá ser eleita câmara de mediação instituída pelo poder público, nos termos do art. 32 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (LGL\2015\4771). Por fim, prevê a lei que a arbitragem seguirá as normas da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e, subsidiariamente, os regulamentos do órgão ou instituição responsável.

Apesar da inovação legislativa, já houve um precedente nada recente de uso da arbitragem na desapropriação. O Supremo Tribunal Federal, no ano de 1974, considerou válida cláusula que submeteu a pendência do valor a ser pago em decorrência da desapropriação realizada pela União de bens com as Organizações Lage, constituída por empresas privadas que se dedicavam à navegação, aos estaleiros e portos, e à arbitragem:

“Incorporação, bens e direitos das empresas organização Lage e do espólio de Henrique Lage. Juízo arbitral. Cláusula de irrecorribilidade. Juros da mora. Correção monetária. 1. Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a fazenda. Precedente do supremo tribunal federal. 2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional. 3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei 4.414, de 1964. 4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei



4.686, de 21.06.65. Decisão correta. 5. Agravo de instrumento a que se negou provimento³.”

O uso da arbitragem e mediação na desapropriação tem previsão em outros ordenamentos jurídicos. Em Portugal, o Código das Expropriações, Lei 168/99, prevê no item 2 do art. 6º que “na falta de acordo, o montante da compensação é determinado por arbitragem, nos termos previstos neste Código, com as necessárias adaptações”. Da mesma forma, o art. 38º prevê que, na falta de acordo sobre o valor da indenização, é este fixado por arbitragem, com recurso para os tribunais comuns. Na Espanha (Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa), é previsto o julgamento da desapropriação por um tribunal arbitral constituído por cinco integrantes:

“Artículo treinta y uno:

Si el propietario rechazara el precio fundado ofrecido por la Administración, se pasará el expediente de justiprecio al Jurado provincial de expropiación.”

“Artículo treinta y dos:

1. El Jurado provincial de expropiación, que se constituirá en cada capital de provincia, estará formado por un Presidente, que lo será el Magistrado que designe el Presidente de la audiencia correspondiente, y los siguientes cuatro vocales: a) Un Abogado del Estado de la respectiva Delegación Hacienda. b) Dos funcionarios técnicos designados por la Delegación de Hacienda de la provincia, que serán nombrados según la naturaleza de los bienes a expropiar. c) Por un representante de la Cámara Agraria Provincial, cuando la expropiación se refiera a propiedad rústica y en los demás casos, por un representante de la Cámara de la Propiedad Urbana; Cámara de Comercio, Industria y Navegación, Colegio profesional u Organización empresarial, según la índole de los bienes o derechos objeto de la expropiación. d) Un Notario de libre designación por el Decano del Colegio Notarial correspondiente. e) El Interventor territorial de la provincia o persona que legalmente le sustituya.

2. Se constituirán Jurados de expropiación en las ciudades de Ceuta y Melilla, de composición análoga a la expresada en los párrafos anteriores, y presididos por el Juez de Primera Instancia de cada una de dichas plazas.”

A primeira questão a ser enfrentada é se a mediação ou arbitragem seria um direito do expropriado ou se Administração Pública poderia, discricionariamente, escolher a via judicial para a desapropriação, mesmo que o expropriado optasse pela via extrajudicial.

Conforme disciplina a Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771), “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação⁴”. Da mesma forma, dispõe a Lei 9.307/1996 (LGL\1996\72) que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis⁵”. Anote-se que o inciso V, do art. 10-A, do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6) previa que a notificação a ser enviada para o expropriado deveria ter a “informação de que o proprietário pode optar por discutir o valor da indenização por meio de mediação ou pela via arbitral, com menção expressa à possibilidade de a indenização ser fixada em valor menor do que o inicialmente ofertado e indicação dos órgãos ou instituições aptos a realizar o respectivo procedimento”; tal dispositivo que poderia ser interpretado no sentido de que haveria um direito do expropriado em optar pela mediação ou arbitragem foi vetado⁶. Dessa forma, o poder público expropriante poderá, discricionariamente, recusar o procedimento da mediação ou arbitragem e optar pela via judicial; da mesma forma, mesmo que a mediação ou a arbitragem sejam propostos pelo expropriante, o expropriado poderá optar pela via judicial. A opção do Poder Público expropriante pela mediação ou arbitragem poderá ser feita já no Decreto de Utilidade Pública para fins de desapropriação.

Apesar de não obrigatória, pode-se afirmar que a via extrajudicial por meio da mediação



e arbitragem deve, preferencialmente, ser utilizada pelo Poder Público expropriante, tendo em vista que a solução consensual dos conflitos é uma diretriz estabelecida pela lei processual civil⁷.

Podem os procedimentos da mediação ou arbitragem serem utilizados em processos de desapropriação direta e indireta. Neste último caso, em vez de procurar o Poder Judiciário para obter indenização em razão do apossamento administrativo realizado pelo Poder Público, pode o expropriado notificar o ente público, propondo a instauração do procedimento arbitral ou de mediação, na forma do art. 10-B, do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6), o vigente marco legal das desapropriações por utilidade pública.

2. Mediação e arbitragem

Necessários alguns esclarecimentos acerca das diferenças entre a mediação e a arbitragem. A mediação não se confunde com a arbitragem. Aquela é uma forma de autocomposição. Esta é uma forma de heterocomposição. A mediação pode se dar no âmbito judicial⁸ ou extrajudicial⁹. Já a arbitragem é sempre extrajudicial.

A mediação trazida pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356) é a extrajudicial, conforme se depreende do art. 10-B do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6), o qual expressamente dispôs que o expropriado "indicará um dos órgãos ou instituições especializados em mediação ou arbitragem previamente cadastrados pelo órgão responsável pela desapropriação". Na mediação um terceiro imparcial (mediador) irá conduzir as partes a obterem uma solução mediante concessões recíprocas que irão resultar na melhor composição dos interesses contrapostos das partes envolvidas no conflito¹⁰.

Já a arbitragem é um julgamento realizado por um Tribunal Arbitral ou Câmara de Arbitragem. O árbitro, ou o tribunal arbitral, irá proferir uma decisão com eficácia de coisa julgada. Na arbitragem as partes não constroem a decisão. Esta é imposta pelo árbitro que age como se fosse um juiz, impondo a solução da controvérsia às partes¹¹.

3. O princípio da indisponibilidade e o valor da indenização na desapropriação

Conforme dispõe expressamente o § 1º, do art. 1º da Lei 9.307/1996 (LGL\1996\72) (com a redação dada pela Lei 13.129/2015 (LGL\2015\3780)), que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Por sua vez, a Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771), em seu art. 3º, determina que "pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação". Dessa forma, o âmbito de aplicação da mediação e da arbitragem na desapropriação limita-se às questões disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação.

Num processo de desapropriação, conforme determina expressamente o art. 20, do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6)¹², as únicas questões passíveis de questionamentos são: i) nulidade processual; ii) o preço a ser pago pelo bem expropriado. Logo, o objeto da arbitragem ou mediação, no processo de desapropriação, será o preço. O preço a ser pago na desapropriação é um direito disponível, ou que admita transação, por parte da Administração Pública?

O princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo a doutrina¹³:

"Significa que, sendo os interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis; o órgão administrativo não tem disponibilidade sobre eles, tendo somente que curá-los. E, na tarefa de curar os interesses públicos, é submetida a Administração aos seguintes princípios: a) legalidade; b) obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio da continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) controle jurisdicional dos atos administrativos."



O preço pago em dinheiro por um imóvel expropriado é um bem público e, dessa forma, a princípio, é indisponível. Em razão da indisponibilidade, não poderia o ente público pagar por um bem expropriado mais do que ele realmente vale, em ofensa à justa indenização¹⁴. O pagamento de um valor acima do preço justo do bem expropriado equivaleria a uma liberalidade com o patrimônio público, tal como uma doação¹⁵. A liberalidade na gestão do patrimônio público é possível, desde que exista um interesse público que a justifique¹⁶.

A disponibilidade não pode ser vista de uma forma estática. Apenas no caso concreto é que se pode inferir a existência ou não de disponibilidade. Nesse sentido¹⁷:

“Não existe um critério geral que permita determinar os direitos disponíveis da Administração Pública. A verificação da disponibilidade deverá ser feita ante o caso concreto, posto tratar-se de conceito jurídico indeterminado, possuindo, como consequência, máxima generalidade e mínimo conteúdo normativo (...) Assim, compete ao intérprete a tarefa de concretizar, ante o caso que lhe é posto, o conteúdo do conceito, o que, na maior parte das vezes, é feito de maneira negativa, ou seja, com a fixação do que é indisponível.”

A disponibilidade tem íntima relação com o interesse público. Se este existir, pode ser o fundamento para que se disponibilize eventual valor da indenização, desde que o interesse público a ser atendido seja superior ao valor monetário disponibilizado. Acerca do interesse público, existe a clássica divisão entre interesse público primário e secundário. Segundo lição da doutrina:

“Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário¹⁸.”

Os valores que devem ser pagos ao expropriado devem ser justos. Entretanto, não se pode perder de vista os gastos que o ente público poderá incorrer ao longo de toda a obra pública a ser realizada no imóvel desapropriado. Poderá haver uma situação concreta na qual a possibilidade de se obter a propriedade imediata de um bem expropriado, mesmo mediante o pagamento de um preço maior que o inicialmente apurado como correto pela Administração Pública, se justifique.

Uma desapropriação judicial, em razão do longo tempo para sua conclusão, pode gerar prejuízos à Administração Pública, em razão de atrasos no início das obras, juros compensatórios e moratórios, custo do trabalho dos agentes públicos na condução dos processos judiciais, bem como custas de perícias e trabalhos técnicos.

A arbitragem e a mediação permitem aos litigantes uma rápida solução do conflito que atende ao interesse das partes, em razão da lentidão do Poder Judiciário¹⁹. Conforme lição da doutrina, “a otimização de recursos públicos em nada tem a ver com o custo de uma condenação judicial, em que se somam à obrigação principal os consectários legais de juros, correção monetária e pagamento de honorários²⁰”.

A instauração da arbitragem e da mediação pode ser a única medida adequada ao atendimento do princípio da eficiência o qual não deve ser reduzido à mera economicidade no uso dos recursos públicos. Segundo lição da doutrina, a eficiência “representa a aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos²¹”. A doutrina ensina que

“engloba a eficiência vários outros conceitos afins, tais como a eficácia, a efetividade, a racionalização, a produtividade, a economicidade e a celeridade (...) O ideal de eficiência



é inato à conotação dinâmica da atividade administrativa, como ação, como atuação ótima²².”

Na arbitragem, o árbitro decidirá o valor da indenização a ser paga ao expropriado, tendo em vista os laudos de avaliação produzidos na instrução do processo arbitral que podem ser superiores ou não aos valores encontrados em laudos de avaliação da Administração Pública. Não é da essência da arbitragem a renúncia ao direito material posto em julgamento²³.

Entretanto, na mediação, onde as partes fazem concessões recíprocas visando pôr termo ao litígio, será provável a existência de situações em que, para que se possa obter um acordo, será necessário o pagamento de indenizações acima do valor inicialmente proposto pela Administração Pública.

Se for possível demonstrar, no caso concreto, que o pagamento de uma indenização superior à apurada pela Administração Pública é vantajosa em razão da não incidência dos custos decorrentes da demora na obtenção da propriedade, não haverá qualquer disponibilidade e renúncia aos valores pecuniários dos cofres públicos, mas sim uma economia de valores do erário público a médio e longo prazo. Dessa forma, deve a regulação do ente expropriante permitir que a Fazenda Pública expropriante, na mediação na arbitragem, possa transigir para a rápida obtenção da propriedade da área desapropriada.

Entretanto, não se pode perder de vista que o pagamento de uma indenização superior ao valor apurado em laudo de avaliação, inicialmente produzido pela Administração Pública numa mediação, pode sujeitar o agente público a sofrer sanções em razão das atividades dos órgãos de controle, como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Se não houver um estudo muito bem fundamentado que prove que o valor pago, apesar de maior que o inicialmente proposto, irá gerar uma economia futura, estará o agente público sujeito a sofrer condenação por improbidade administrativa, na forma do art. 10, V, da Lei 8.429/1992 (LGL\1992\19)²⁴.

Corre-se o risco de que a mediação na desapropriação não tenha a utilidade que dela se espera, em razão do temor da reação dos órgãos de controle. Nesse sentido, é o alerta de Carlos Ari Sundfeld de que “o advogado da Administração costuma rejeitar as novidades, e isso pelo simples fato de que, não tendo sido ainda testadas nos órgãos de controle, elas provavelmente serão malvistas²⁵”. O modo de controle praticado pelo Brasil não tem apresentado os resultados esperados. O método do controle pelo processo não tem se mostrado hábil a impedir práticas que atentem contra o princípio da moralidade administrativa. O controle que deve ser focado no resultado e ser exercido pela Administração Pública, órgãos de controle externo, bem como pela população que deve ter ampliados os seus canais de controle da atividade administrativa. Dessa forma, para que o uso da mediação e arbitragem na desapropriação possam ser efetivamente aplicados, os órgãos de controle devem se preparar para lidar com situações onde o expropriante pagou valores maiores que os inicialmente encontrados, mas evitou uma demora processual no judiciário que traria prejuízos ao interesse público.

Uma forma de tornar a arbitragem e a mediação nas desapropriações mais efetivas seria a criação, por cada ente da Administração Pública expropriante, de sua própria regulamentação, observadas as disposições do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6) inseridas pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356). O § 4º, do art. 10-B, do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6) expressamente faz menção aos “regulamentos do órgão ou instituição responsável”. Seria recomendável, por meio de lei²⁶, delegar a competência ao órgão da Advocacia Pública o poder de realizar acordos dentro do procedimento de mediação e/ou arbitragem na desapropriação.

Poderia a lei prever a possibilidade de pagamentos em valores acima dos encontrados em laudos de avaliação produzidos pela Administração Pública, dentro de um limite estabelecido por meio de regulamento do Poder Executivo²⁷, em cada desapropriação,



para viabilizar a mediação na desapropriação, bem como permitir que fossem realizadas transações nas arbitragens. Referido limite poderia ser temporariamente sigiloso, para evitar que o expropriado não aceitasse qualquer negociação abaixo do valor máximo permitido ao agente público transacionar. Anoto que o sigilo do orçamento disponível para a contratação pública tem sido previsto na legislação pátria, em razão do interesse público²⁸ e tais previsões podem ser utilizadas no que se refere à informação do teto máximo de transação nas desapropriações.

Anoto que a regulamentação anteriormente proposta, fomentaria o uso da mediação na desapropriação e permitiria transações nas desapropriações, o que iria contribuir para a melhor aplicabilidade dos institutos previstos na Lei 13.876/2019 (LGL\2019\8272).

4. Mediação e arbitragem na desapropriação e precatório

Um dos principais atrativos para o uso da mediação e arbitragem nas desapropriações seria a possibilidade do pagamento do valor da indenização sem necessidade de expedição de precatórios. Entretanto, entendo que o pagamento da indenização na desapropriação terá uma disciplina diferenciada, conforme se trate da arbitragem e da mediação.

4.1. Arbitragem nas desapropriações e precatórios

Existem opiniões no sentido da possibilidade de pagamento de condenações em sede de arbitragem fora do regime dos precatórios. Alega-se que o art. 100 da Constituição Federal apenas impõe a expedição de precatório no caso de sentenças judiciais que não se confundem com as sentenças arbitrais. Nesse sentido:

“Ainda que a sentença arbitral seja um título executivo judicial (arts. 31 da Lei 9.307/96 (LGL\1996\72) e 515, VII, do novo CPC (LGL\2015\1656)), isso não significa possa ser classificada como uma ‘sentença judiciária’ proferida por um juiz togado integrante do Poder Judiciário. A equiparação como título executivo judicial decorre de mera opção legislativa, sendo, na verdade, uma forma de facilitar a execução da sentença arbitral e, assim, incrementar o uso da arbitragem, dispensando a necessidade de homologação judicial da sentença arbitral para sua execução, tal como constava no art. 1.041 do CPC/1939 (LGL\1939\3)²⁹.”

Entretanto, não é o melhor entendimento. A sentença arbitral equipara-se, para todos os efeitos, a um título judicial. Conforme preceito expresso do art. 31 da Lei 9.307/1995, “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Dessa forma, não se pode corretamente afirmar que a sentença arbitral não é uma sentença judicial.

Ademais, não se pode interpretar o Direito de forma a gerar incongruências. O regime dos precatórios não é facultativo. Se um processo judicial resulta numa decisão que somente pode ser executada contra a Fazenda Pública por meio do cumprimento do art. 100 da Constituição Federal, o mesmo se pode afirmar acerca da sentença arbitral. Não se pode permitir que as partes escolham se irão ou não se submeter ao regime dos precatórios, em razão da mera opção pela arbitragem.

Dessa forma, conclui-se que a sentença arbitral também se submete ao regime dos precatórios³⁰. Para os contratos estratégicos em que exista o interesse público previsto em lei acerca da possibilidade de se constituir fundos específicos destinados à execução de determinadas obrigações, seria possível a execução fora do regime dos precatórios³¹. Dessa forma, por exemplo, em desapropriações realizadas no âmbito de um projeto de Parceria Público-Privada (PPP) onde tenha sido constituído um fundo especial ou outra garantia destinada ao pagamento das obrigações contratuais, seria possível o pagamento da indenização na desapropriação sem o uso do precatório. Nos demais casos, a sentença arbitral seria executada na forma do art. 100 da Constituição Federal. De acordo com esse entendimento:



“Em contratos estratégicos, a constituição de fundos garantidores, a contratação de fiança-bancária ou a prestação de garantias reais, de parte a parte, pode ser uma alternativa eficaz à sistemática dos precatórios. Bastaria prever, em sede negocial ou normativa, que eventuais condenações arbitrais poderiam ser descontadas das garantias prestadas. Essa rede de garantias diminui sensivelmente os riscos do particular contratado, que – salvo alguma distorção de mercado – tende a diminuir os preços praticados contra a Administração. Um exemplo do modelo referido é o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, instituído pelo art. 16 da Lei Federal 11.079/2004 (LGL\2004\2877). (...) Em recapitulação, caso a Fazenda Pública não adimpla voluntariamente com o débito imputado pelos árbitros, a execução deverá ser promovida por meio do regime de precatórios, a menos que se tenha previsto garantias especiais que possam ser executadas sob rito privado³².”

Ademais, essa é a orientação que decorre da interpretação do Direito positivado. O Código de Processo Civil cuida da sentença arbitral no Título II, denominado “do cumprimento da sentença”, no art. 515, VII³³. Dentro do referido Título II do Código de Processo Civil, encontra-se o Capítulo V que cuida do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública. Neste Capítulo, o art. 535, § 3º, I, expressamente determina que não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada, “expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal”. Ou seja, no cumprimento da sentença arbitral, será expedido um precatório.

Anote-se, entretanto, o precatório somente seria destinado à eventual diferença entre o valor apurado e oferecido pelo expropriante. O valor inicialmente oferecido sempre é pago diretamente. Apenas o valor decorrente de eventual diferença a maior é que seria pago por precatório.

A compatibilidade do uso do precatório nas ações de desapropriação que era amplamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal: “verificada a insuficiência do depósito prévio na desapropriação por utilidade pública, a diferença do valor depositado para imissão na posse deve ser feito por meio de precatório, na forma do art. 100 da CB/1988³⁴”. Entretanto, tal posicionamento poderá ser revisto em razão do julgamento do RE 922.140, em razão do reconhecimento da repercussão geral da compatibilidade da garantia da justa e prévia indenização com o regime dos precatórios:

“Ementa: Direito constitucional e direito administrativo. Desapropriação. Garantia de justa e prévia indenização em dinheiro. Compatibilidade com o regime de precatórios. Presença de repercussão geral. 1. Constitui questão constitucional saber se e como a justa e prévia indenização em dinheiro assegurada pelo art. 5º, XXIV, da CRFB/1988 se compatibiliza com o regime de precatórios instituído no art. 100 da carta. 2. Repercussão geral reconhecida.”³⁵

Dessa forma, salvo se houver mudança do atual entendimento do STF, sempre que o valor da condenação imposta pelo árbitro for superior à oferta apresentada pelo Poder Público, necessária a expedição de precatório na forma do art. 100 da Constituição Federal.

4.2. Mediação na desapropriação e precatório

Diferentemente³⁶ do que ocorre na arbitragem, na mediação na desapropriação não ocorre a necessidade de o pagamento da indenização ser realizado na forma do art. 100 da Constituição Federal. Este tem a finalidade de evitar favorecimentos em detrimento ao princípio da igualdade de todos os credores da Administração Pública. O regime dos precatórios não impede que a Administração Pública faça pagamentos fora do âmbito judicial; se assim fosse, não poderia realizar o pagamento de um contrato administrativo.



Mesmo no âmbito judicial, não ocorrendo hipótese de favorecimento, antes da definitiva condenação e expedição de precatório, pode e deve o Poder Público buscar uma solução amigável fora da sistemática dos precatórios. Sobre o assunto, assim se manifesta Américo Luís Martins da Silva³⁷:

“(...) a nosso ver, caso haja lastro orçamentário dentro da rubrica ‘pagamento de sentenças judiciais’ a Fazenda Pública não só pode como deve ir pagando, após o trânsito em julgado das sentenças proferidas em embargos à execução ou do devedor ou após decorrido o prazo para oferecer embargos sem que o tenha feito, os valores apurados em liquidação de sentença, até que se esgote o montante da previsão orçamentária. O que a Fazenda não pode fazer é escolher dentre esses casos que se encontram na mesma situação para realizar pagamento imediato, uma vez que isto é contrário aos objetivos das disposições constitucionais e legais a respeito da matéria, ou seja, entendemos que o principal objetivo do legislador, constituinte e ordinário, não seja o de impedir que a Fazenda Pública efetue o pagamento imediato da condenação judicial, caso possua a quantia necessária para cobrir os valores devidos e destinada para esse fim, mas sim, impedir que se privilegie alguns exequentes em detrimento de outros cujo processo de execução encontra-se na mesma fase. Assim, opinamos no sentido de que, desejando, a Fazenda Pública pode pagar as condenações antes que sejam expedidos os precatórios, desde que haja lastro orçamentário, que o faça em relação a todos os casos que se encontram na mesma situação ou respeite a antiguidade do trânsito em julgado da sentença que julgou os embargos ou do término do prazo para oferecer embargos, a fim de que não haja qualquer espécie de discriminação ou preterição.”

Administração pode celebrar acordos para evitar ser ré em ações judiciais. Pode, também, no âmbito de uma ação judicial, antes do término desta, realizar acordos para evitar a expedição do precatório e início da fase de execução coativa, se o acordo for vantajoso aos cofres públicos. Nesse sentido, Adilson Abreu Dallari³⁸:

“Na verdade, o grande empecilho à celebração de acordo para recebimento de créditos perante a Administração estaria na previsão constitucional da emissão de precatórios. Porém, como foi dito acima, o precatório é uma forma de execução coercitiva, que não se choca nem impede a solução consensual de pendências. Mesmo o pagamento de créditos perante a Fazenda Pública veio sofrendo modificações ao longo do tempo, de tal modo que essa forma de execução coercitiva não é mais única, não garante a certeza do pagamento e comporta expressamente pagamentos por outras vias...se é possível celebrar um acordo para evitar a propositura de uma ação judicial, com muito maior razão, numa perspectiva de ordem lógica, também deve ser possível a celebração de um ajuste para dar fim a uma contenda judicial, dado que, nesta segunda hipótese, sempre haverá a presença vigilante do juiz da causa.”

No mesmo sentido, Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara³⁹:

“(...) a celebração de acordo para resolver demandas judiciais não caracteriza, por si só, uma violação ao princípio da impessoalidade ou a qualquer regra jurídica que vise a assegurar a sua aplicação...o acordo pode ocorrer já na fase de execução do processo, e antes mesmo da expedição de precatório. Ou seja, a dívida cobrada em juízo pelo credor particular, que se encontra em fase de execução judicial, é reconhecida como legítima pela Administração, que, para extinguir o litígio, aceita quitar o débito em condições que reputa vantajosas...Não há razão para imaginar que o pagamento decorrente desse tipo de acordo deva obedecer ao regime geral de quitação de débitos previsto no caput do art. 100 da Constituição. A ordem cronológica ali referida aplica-se exclusivamente aos pagamentos que devam ser efetuados em virtude de precatórios. Acordo que venha a ser celebrado, judicial ou extrajudicialmente, antes de expedido precatório, produz um dever de pagamento por si só. Não é, portanto, pagamento a ser realizado em virtude de ordem judicial, na forma determinada pela Constituição.”

Dessa forma, na mediação extrajudicial, o pagamento da indenização ocorrerá mediante



depósito direto, sem a necessidade de uso do procedimento previsto no art. 100 da Constituição Federal. Entretanto, o termo final da mediação, na hipótese de celebração de acordo, será um título executivo extrajudicial⁴⁰. Caso seja homologado judicialmente, constitui-se em título executivo judicial. Em ambos os casos, no ocorrendo o cumprimento voluntário, será necessário o início do cumprimento de sentença previsto no Código de Processo Civil. Assim, somente existirá precatório na mediação realizada na desapropriação se o Poder Público expropriante não cumprir voluntariamente o acordo.

Conclusões

A mediação e a arbitragem podem se mostrar instrumentos úteis à rápida solução das desapropriações.

A mediação pode resultar na necessidade de disponibilidade de valores patrimoniais por parte do Poder Público expropriante. A disponibilidade é perfeitamente possível, desde que exista um interesse público que a justifique. É perfeitamente possível e juridicamente aceitável o pagamento de uma indenização de valor maior que o inicialmente proposto pelo Poder Público, se for comprovado que a vantagem da celeridade na obtenção do imóvel evitou outros custos decorrentes da demora que iriam ocorrer no âmbito do processo judicial. Tal possibilidade permitiria a aplicabilidade da mediação na desapropriação, bem como poderia permitir transações nos procedimentos arbitrais em desapropriações.

Seria recomendável que os entes expropriantes editassem normas regulamentares sobre os procedimentos a serem adotados na mediação e arbitragem na desapropriação, como forma de dar maior segurança jurídica aos players envolvidos e fomentar o uso dos instrumentos trazidos pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356).

Nos procedimentos arbitrais em desapropriações, salvo se houver mudanças no entendimento do assunto pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrendo uma condenação do ente público ao pagamento de um valor maior que o inicialmente oferecido ao expropriado, deverá ser expedido precatório deste valor, na forma do art. 100 da Constituição Federal.

Nas mediações, não haverá expedição de precatórios, salvo se não houver o cumprimento voluntário do título executivo extrajudicial decorrente do termo final de mediação.

Referências

ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. *Revista dos Tribunais*, v. 989, mar. 2018. p. 25-54.

BEZERRA JUNIOR, Wilson Fernandes. *Arbitragem comercial no direito de integração*. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para Recebimento de Crédito Perante a Fazenda Pública. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan.-fev. 2005. Disponível em: [<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108>]. Acesso em: 14.10.2019.

DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. *Revista CEJ*, v. 21, n. 71, 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. v. 1.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. *RPGE*, Porto Alegre, v. 36, n. 75,



p. 55-74, 2015.

FRANCO JR., Raul de Mello. Alienação de bem público. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: dialética, 2002.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro, 2016.

MAZZOLA, Marcelo; oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem. Consultor Jurídico. Dez. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem]. Acesso em: 09.09.2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n. 10, mai.-jun. 2007.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. A justa e prévia indenização na desapropriação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela administração pública. Revista Fórum Administrativo, v. 159, 2014. p. 9-17.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Atualidades acerca do regime dos precatórios. Revista da AGU, Brasília, ano 2016, n. 2, p. 37-66.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm. 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Gen Jurídico. Mar. 2016. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/]. Acesso em: 09.09.2019.

SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a Fazenda Pública. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul.-set. 2010. Disponível em: [http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424]. Acesso em: 14.10.2019.

1 .Art. 10-A do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6), incluído pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356).

2 .Art. 10-B do Decreto-lei 3.365/41 (LGL\1941\6), incluído pela Lei 13.867/2019 (LGL\2019\7356).

3 .STF, AI 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, Tribunal Pleno, julgado em 14.11.1973, DJ



15.02.1974, PP-00720 Ement Vol-00936-01 PP-00042.

4 .Art. 2º, § 2º.

5 .Art. 1º, § 1º (destaque nosso).

6 .Razões do veto "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 princípio da inafastabilidade do acesso ao poder judiciário previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República de 1988".

7 ."Consagrando tendência fortemente sentida entre os operadores do Direito, o § 2º do art. 3º do Novo CPC (LGL\2015\1656) incita o Estado a promover, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Juspodivm. 2016. p. 8).

8 .Prevista no Código de Processo Civil, arts. 165 a 173.

9 .Realizada em câmaras privadas de conciliação e mediação.

10 ."Na mediação, o terceiro imparcial conduz as partes ao encontro de uma solução, pelo diálogo, ele fomenta os envolvidos a refletirem sobre a questão e assim encontrar um caminho que os atenda de modo satisfatório, não há adversários – apenas interesses a serem alocados" (DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. Revista CEJ, v. 21, n. 71, 2017).

11 ."a decisão arbitral fica imutável pela coisa julgada. Poderá ser invalidada a decisão, mas, ultrapassado o prazo de 90 dias, a coisa julgada torna-se soberana. É por conta desta circunstância que se pode afirmar que a arbitragem, no Brasil, não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de autorregramento (autonomia privada)" (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. 18. ed. Salvador: Juspodivm. 2016. v. 1. p. 173).

12 .Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

13 .MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 71.

14 .Sobre a justa indenização na desapropriação, ver: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. A justa e prévia indenização na desapropriação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

15 ."A doação é, sem dúvida, entre as modalidades de alienação de bens públicos, a



mais polêmica. Por consistir em ato de extrema liberalidade, favorecedor de pessoa específica, parece contrastar com os fins da coisa pública e com princípios administrativos basilares, como o da impessoalidade” (FRANCO JR., Raul de Mello. Alienação de bem público. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 139-140).

16 .Sobre o assunto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Doação de bens imóveis pela Administração Pública. Revista Fórum Administrativo, v. 159, 2014. p. 9-17.

17 .MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da administração pública. Rio de Janeiro: 2016. p. 115.

18 .MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Direito administrativo. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 99.

19 .“O tema Arbitragem de um modo lato sensu, como meio de solução de conflito no âmbito nacional e internacional, é hoje em dia de suma relevância, em virtude dos conhecidos meios de solução de controvérsia, além de estarem desgastados, e suportarem um volume excessivo de demandas, eles fazem com que tenhamos lentidão na efetiva entrega da prestação jurisdicional” (BEZERRA JUNIOR, Wilson Fernandes. Arbitragem comercial no direito de integração. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 120).

20 .EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. RPGE, Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 55-74, 2015.

21 .MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, n. 10, mai.-jun. 2007. p. 8.

22 .GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002. p. 100-102.

23 .“não é da essência da arbitragem a renúncia ao direito material (no todo ou em parte) para a composição do conflito; a renúncia que se verifica é a de submissão a uma controvérsia à jurisdição estatal” (MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. A arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: 2016. p. 124).

24 .Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: V – permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado.

25 .SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 44.

26 .“Neste sentido, há que se observar que o espaço de renunciabilidade está adstrito aos parâmetros definidos em lei como, por exemplo, reconhecer o direito a determinada prestação pecuniária do administrado e apenas estabelecer, de maneira mais elástica, a forma em que ocorrerá o pagamento” (DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. Mediação



e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. Revista CEJ, v. 21, n. 71, 2017).

27 .Tal foi a previsão na legislação federal, Lei 9.469/1997 (LGL\1997\72) (com a redação dada pela Lei 13. 140/2015).

28 .Por exemplo, art. 34 da Lei 13.303/2016 (LGL\2016\82702) e § 3º do art. 6º da Lei 12.462/2011 (LGL\2011\2960).

29 .MAZZOLA, Marcelo; oliveira, Rafael Carvalho Rezende. Poder público não burla precatórios com pagamento voluntário em arbitragem. Consultor Jurídico. Dez. 2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-dez-18/poder-publico-nao-burla-precatorios-pagamento-arbitragem]. Acesso em: 09.09.2019.

30 .“Por outro lado, há que se reconhecer que eventual execução da sentença arbitral no tocante ao pagamento de quantia certa se realizará em juízo e, portanto, não poderá fugir do regime constitucional de precatórios (CF (LGL\1988\3), art. 100)” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. Gen Jurídico. Março. 2016. Disponível em: [http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/]. Acesso em: 09.09.2019).

31 .Conforme art. 8º, II, da Lei 11.079/2004 (LGL\2004\2877).

32 .ACCIOLY, João Pedro. O cumprimento de sentenças arbitrais desfavoráveis à administração pública. Revista dos Tribunais, v. 989, mar. 2018. p. 25-54.

33 .Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: VII – a sentença arbitral.

34 .STF, RE 598.678-AgR, rel. Min. Eros Grau, j. 01.12.2009, 2ª T., DJe 18.12.2009.

35 .STF, RE 922.144 RG, rel. Min. Roberto Barroso, j. 29.10.2015, processo eletrônico, DJe-229 Divulg 13.11.2015, Public 16.11.2015.

36 .Sobre o assunto: NAKAMURA, André Luiz dos Santos. Atualidades acerca do regime dos precatórios. Revista da AGU, Brasília, ano 2016, n. 2, p. 37-66, abr.-jun. 2016.

37 .SILVA, Américo Luís Martins da. Precatório-requisitório e requisição de pequeno valor. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 141.

38 .DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a fazenda pública. Interesse Público - IP, Belo Horizonte, n. 29, ano 7, jan.-fev. 2005. Disponível em: [http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50108]. Acesso em: 14.10.2019.

39 .SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Acordos na execução contra a fazenda pública. Revista Brasileira de Direito Público RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30,



jul.-set. 2010. Disponível em:
[<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>]. Acesso em:
14.10.2019.

40 .Lei 13.140/2015 (LGL\2015\4771), art. 20: o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.