

**Alberto Jonathas Maia**

**FAZENDA PÚBLICA  
E ARBITRAGEM  
do contrato ao processo**

**2020**

## A FAZENDA PÚBLICA E O MODELO MULTIPORTAS

### 1.1. O ESTADO, O PODER PÚBLICO, A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FAZENDA PÚBLICA

O título proposto no estudo – A Fazenda Pública: do contrato ao processo – pretende condensar o nosso propósito principal: a análise do contencioso de arbitragem no qual a Administração Pública seja parte.

Desde o início, o desafio mostra-se de trabalhos de superação. É que, conforme asseverou se certa vez, “as lógicas fazendária e arbitral são de difícil harmonização”<sup>1</sup>. Há um inédito choque entre as regras. Institutos processuais peculiares aos litígios de Estado em contraponto com a modernidade e flexibilidade típica da arbitragem. De fato, a doutrina muito se preocupou – e de certa forma conseguiu – demonstrar que os Contratos Administrativos, as parcerias Público-Privadas e as posturas comerciais que o Estado pratica e contrata são compatíveis com a arbitragem. O regime jurídico de direito público, aos poucos, foi sendo revisto e reinterpretado e, atualmente, não seria leviano afirmar que se trata de um caminho sem volta o fato de o Estado participar de arbitragens em que estão envolvidos conflitos decorrentes de suas contratações.

---

1. A frase foi feita pelo professor Eduardo José da Fonseca Costa quando conversei acerca do tema antes de iniciar os escritos do presente trabalho. Além disso os professor Eduardo ofereceu pesadas críticas quando da defesa da dissertação. Todas elas (ou pela menos a maioria) foram levadas a efeito. Fica aqui o registro.

A questão que se impõe é saber como esses processos são desenvolvidos (da fase “pré” até a “pós-arbitral”), qual a compatibilidade dos institutos e, se for possível, questionar em quem se concentram as despesas da arbitragem, já que é preciso reserva orçamentária específica, uma vez que não pode haver despesa sem prévio empenho.

Há um longo caminho a ser percorrido e, se as repostas não forem encontradas, ao menos os questionamentos importantes virão a lume e o debate será provocado para o amadurecimento de ideias e aperfeiçoamento do tema.

Seja como for, pretende-se, com o presente estudo, dar o trato científico que o instituto da arbitragem merece.

A primeira problemática que se pretende resolver é a nomenclatura do nosso protagonista. Afinal, qual o termo apropriado a ser utilizado: O Estado, o Poder Público, a Administração Pública e a Fazenda Pública? Seriam eles sinônimos?<sup>2</sup> A resposta é passível de ser encontrada quando partimos do termo mais abrangente para o mais específico: do Estado à Fazenda Pública. Realizadas essas considerações, é possível avançar.

Apesar de todas as sociedades terem alguma forma de governo, considerando-se como tal as opções de ordenação interna de suas estruturas e problemas sociais, nem todas alcançaram ou elegeram a modalidade estatal de organização. O surgimento e a formação do Estado são produtos de uma complexidade de processos a partir de certos lugares, épocas e condições.

A clássica concepção do Estado – entendida como unidade bem definida, com limites políticos e territoriais sempre dogmatizados por meio do conceito de soberania – está, de momento, sendo questionada por uma realidade histórica irreversível; e os novos valores típicos da sociedade pós-moderna, como globalização, capitalismo financeiro internacional, poder da tecnologia e da informação têm-se estabelecido. A partir dessa nova realidade, a ciência jurídica tenta compreender e explicar o Estado contemporâneo no âmbito desses novos paradigmas<sup>3</sup>.

---

2. GARCIA, André Almeida. **Repensando o Processo contra o Poder Público**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2014, p. 18.

3. Cf. FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

A presença do Estado na vida social é notada por intermédio de várias representações: governo, autoridade, administração pública, poder público, etc. O Estado é a sociedade estabelecida num território que lhe corresponde, desenvolvido e dirigido por uma ordem jurídica criada, delineada e legitimada por um poder soberano. Ele forma uma instituição, um ente com personalidade jurídica própria, capaz de adquirir direitos e ter obrigações, como bem se indica “o Estado é a principal e mais abrangente instituição que a sociedade utiliza para definir e buscar o interesse público”<sup>4</sup>.

O Estado é uma pessoa jurídica<sup>5-6</sup>, um sujeito de direito<sup>7</sup> e, como pessoa que é, também se relaciona com os membros da sociedade<sup>8</sup>.

4. “Estado e estado-nação, sociedade civil e nação, classes e as coalizões de classe são conceitos políticos situados no quadro da revolução capitalista que tende a acontecer em cada país, ou seja, da formação do estado-nação e da revolução industrial nesse país. Cada povo que partilha uma etnia e uma história comum busca se constituir em nação, controlar um território e construir seu próprio Estado, dessa forma se constituindo em estado-nação. Neste quadro, o estado-nação é a sociedade política soberana, e o Estado é a instituição maior de uma sociedade em sentido amplo (...) o Estado é a principal e mais abrangente instituição que a sociedade utiliza para definir e buscar o interesse público, ou, em outras palavras, para promover seus objetivos políticos. Nesses termos, o Estado é o instrumento por excelência de ação coletiva da sociedade – é a instituição através da qual a sociedade moderna busca seus objetivos políticos. É através dele e da ação política (que é sempre uma ação coletiva) que a sociedade politicamente orientada sob a forma de nação ou de sociedade civil alcança seus objetivos políticos” BRESSER-PEREIRA. Luiz Carlos. **Estado, estado-nação e formas de intermediação política**. Lua Nova, São Paulo, n. 100, 2017, p. 164.
5. Nesse sentido a doutrina afirma que “a concepção do Estado como pessoa jurídica representa um extraordinário avanço no sentido da disciplina jurídica do interesse coletivo. Mais do que por qualquer teoria objetivando estabelecer, por critérios formais, limitações ao poder do Estado, esse objetivo é atingido de maneira mais científica - porque baseada em fatores substanciais - pela noção da personalidade jurídica do Estado. Esta noção promove a conciliação do político com o jurídico”. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121 e ss.
6. Conforme bem explica Pontes de Miranda: “As pessoas jurídicas, como as pessoas físicas, são criações do direito; é o sistema-jurídico que atribui direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções a entes humanos ou a entidades criadas por esses, bilateral, plurilateral (sociedade, associações), ou unilateralmente (fundações). Em todas há o suporte fático; e não há qualquer ficção em se ver pessoa nas sociedades e associações (personalidade) e nas fundações: não se diz que são entes humanos; caracteriza-se mesmo, em definição e em regras jurídicas diferentes, a distinção entre pessoas físicas e pessoas jurídicas (...); pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo* (do nada); traz, para as criar, algo do mundo fático. As teorias sobre a pessoa jurídica aí se situam; são perspectivas do mundo fático, que apanham parte do mundo jurídico, mas somente porque o conceito de pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico.” E arremata o jurista: “A pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física” (...)” Pessoas jurídicas, quaisquer que sejam, criam-se. Quando os homens têm de constituir as pessoas jurídicas, praticam atos prévios, que são o dado fático, com que operam.” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4. ed. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1974, p. 282-283.
7. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211-212.
8. SUNFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 5. Ed. São Paulo: Malheiros: 2012, p. 23.

Tomando como base os apontamentos de Pontes de Miranda, é possível afirmar que a pessoa jurídica tem capacidade de direito, capacidade negocial e capacidade de estar em juízo para defender seus interesses<sup>9</sup>. Essa percepção do Estado como pessoa jurídica tem um viés privatista. É que, conquanto este represente a unidade de interesses coletivos, também possui vontade própria e, nem sempre, convergente com os desígnios de seus membros isoladamente considerados<sup>10</sup>. Trata-se de um sujeito autônomo que, por meio de órgãos próprios, manifesta e externa sua vontade.

O Estado, enquanto ente personalizado, detém prerrogativas e inúmeros papéis a exercer que, por consequência, se manifestam de diversas formas. Conforme estabelece a Constituição, são poderes independentes e harmônicos entre si o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (art. 2º). Com efeito, o Poder Público é a agregação das atividades do Estado, constituído de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário<sup>11-12</sup>. Na verdade, existe, nos poderes públicos, uma gama de exercícios de competências constitucionalmente estabelecidas.

Mas não é só. O Estado é pessoa jurídica de “direito público”. Nosso ordenamento atribui essa natureza à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (Código Civil, art. 41, I a III). Conforme explica a doutrina, “todos os entes da federação materializam o Estado, cada um deles atuando dentro dos limites de competência traçados pela Constituição”<sup>13</sup>.

A pessoa jurídica ‘Estado’ realiza múltiplas atividades e se manifesta em diversas funções. Uma delas é a de administrar a coisa pública. Toda a atividade administrativa consiste tão somente na gestão de coisa alheia. É o povo o titular dos bens e recursos públicos e não os

9. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. 4. Ed. São Paulo, Editora Revistas dos Tribunais, 1974, p. 282 e ss.

10. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121 e ss. Cf. DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. V.1 Saraiva: São Paulo 2008; SILVA, Alexandre Couto. **Aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro**. São Paulo: LTr, 1999.

11. Matheus Carvalho aponta que “o Estado é uma instituição organizada política, social e juridicamente, dotada de personalidade jurídica própria de Direito Público, submetida às normas estipuladas pela lei máxima que, no Brasil, é a Constituição escrita e dirigida por um governo que possui soberania reconhecida tanto interna como externamente” CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 34.

12. Cf. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 11. ed., 1994.

13. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 1.

órgãos, entidades e agentes estatais. Daí a expressão Administração Pública, que denota “o conjunto de agentes, órgãos, e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas”<sup>14</sup>, ou o “conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo e o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral”. E, ainda, “o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas”<sup>15-16-17</sup>. A Administração Pública é orientada pelo Poder Político e trata-se de um instrumento a serviço de determinados fins pré-estabelecidos; é conjunto de órgãos a serviço do Poder Político e também simboliza as próprias atividades administrativas<sup>18</sup>.

É prudente, ainda, assentar que não há apenas uma Administração Pública, mas uma multiplicidade de Administrações, cada uma delas titulares de relações jurídico-administrativas. Consoante explica Eros Grau, além da Administração Pública Federal “alinham-se as Administrações estaduais e as Administrações municipais, todas e cada uma delas contando com sua própria personalidade jurídica independente, e uma plêiade de entidades instrucionais ou corporativas igualmente personificadas”<sup>19</sup>. Ademais, sem embargo de a função administrativa ser exercida pelo Poder Executivo, o conceito de Administração Pública com ele não pode ser confundido, uma vez que há possibilidade de atuação administrativa executiva pelos demais Poderes do Estado, ainda que de forma atípica<sup>20</sup>.

Fixadas essas questões, podemos avançar ainda mais. No momento em que ingressa em juízo por meio de seus órgãos que tenham

- 
14. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. Ed. São Paulo: Atlas, 2017.
  15. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 68.
  16. “A expressão Administração Pública em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27 Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50.
  17. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 559.
  18. SANTOS, Edison Ribeiro dos. **A execução de créditos trabalhistas contra a fazenda pública**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito de São Paulo - USP. 2008, p. 53.
  19. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, a empresa e o contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 211-212.
  20. CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 35. Cf. ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.127; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 111.

capacidade processual<sup>21</sup>, a Administração Pública qualifica-se como Fazenda Pública e diz respeito a todas as pessoas jurídicas de direito público interno (Código Civil, art. 41).

Leonardo Carneiro da Cunha explica que a Fazenda Pública é o Estado em juízo. Assim, numa sessão de conciliação ou mediação pré-processual, em um processo judicial ou arbitral em que um dos polos da demanda seja uma pessoa jurídica de direito público, esta pode ser cognominada de Fazenda Pública. O professor ressalva que, não obstante tal nomenclatura, tais demandas não são relativas apenas a assuntos estritamente fiscais ou financeiros<sup>22</sup>.

A concepção de Fazenda Pública é ampla<sup>23</sup> e pode abranger a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, como a Empresa de Correios e Telégrafos<sup>24</sup>,

21. Também nomeada de capacidade de estar em juízo. Conforme se explica “A capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência ou representação, pessoalmente, ou por pessoas indicadas pela lei, tais como o síndico, administrador judicial, inventariante etc. As pessoas jurídicas precisam estar regularmente “presentadas” em juízo (art. 75 do CPC)”. Didier Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v 1. 17 Ed. Salvador: Juspodium, 2017, p. 357-358.
22. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1
23. Vários são os sentidos em que é empregado o vocábulo fazenda pública. Pode significar o erário como instituidor e arrecadador de impostos, o Estado em juízo litigando genericamente sobre aspectos patrimoniais, ou simplesmente a Administração Pública por todos os seus órgãos da administração direta e entidades autárquicas, porque é seu erário que suporta os encargos patrimoniais da demanda. Em oportuna síntese já se firmou que o termo fazenda pública pode ser compreendido em três acepções: a) como teoria do regime econômico do Estado; b) como instituição ou organismo administrativo que gere os dinheiros públicos; c) como o patrimônio que os dinheiros públicos constituem. Embora tecnicamente a locução fazenda pública devesse indicar apenas e tão somente o Estado em juízo com seu perfil financeiro, na verdade se tem denominado dessa forma, tradicionalmente, a administração pública por qualquer das suas entidades da administração direta (União, Estado e Município) e autárquicas, irrelevante o tipo de demanda em que a entidade se vê envolvida”. NERY JÚNIOR, Nélsom. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 48-49.
24. As empresas públicas e sociedades de economia mista que exploram atividades de natureza econômica estão inseridas no regime jurídico das empresas privadas. Assim sendo, muito embora a ETC seja considerada Empresa Pública, nos termos do Decreto-lei 509/69, esta categoria em conjunto com as sociedades de economia mista não são consideradas Fazenda Pública, nem detêm os seus predicamentos processuais. Há entendimento jurisprudencial de que a ETC é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, uma vez que presta serviço postal com exclusividade, vejamos: “A empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal... (RE 220906, Relator: Min. Maurício Correa. julgado em 16/11/2000). Ainda nesse sentido são válidos os apontamentos do professor Edilson Nobre Junior: “A princípio, a locução não abrangeiria as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Não se pode olvidar que, posteriormente, o Decreto-Lei nº 4.597/42 estendeu os ditames do Decreto nº 20.910/32 às entidades paraestatais mantidas mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas dos particulares com fulcro em lei federal, estadual ou municipal. Essa extensão, embora pareça, não conflita com o *discrímén*, gizado constitucionalmente (art. 173, § 1º, CF), entre sociedades de empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público e exploradoras

Conselhos de Fiscalização Profissional<sup>25</sup>, agências executivas ou reguladoras etc. Enfim, em processo judicial ou arbitral, a Fazenda Pública pode designar uma ampla gama de entidades<sup>26</sup>.

Isso posto, e diante desse emaranhado de conceitos delineados pela doutrina, quais são as implicações processuais dessas concepções para fins do presente estudo? Parece-nos que é, em juízo, num procedimento extrajudicial, processo judicial ou arbitral, que o Estado se manifesta como Fazenda Pública.

## 1.2. A FAZENDA PÚBLICA E A DEFESA DOS SEUS INTERESSES PATRIMONIAIS

No momento em que o fisco (*fiscus*), patrimônio do Imperador, diferenciou-se do erário (*aerarium*), patrimônio do Estado, e começaram a ser criadas as instituições organizadas do Estado-Administração, surgiu a necessidade de promover a sua defesa em juízo<sup>27</sup>.

Salvará Scoca noticia que a representação processual do fisco ficava a cargo dos “procuradores *caesaris*”. Posteriormente, o imperador romano Adriano (73-138 d.C), com ideais de bem-estar fiscal e econômico do Império, instituiu os “advogados fiscais” (*advocati fisci*) ou “patronos fiscais” (*patroni fisci*). No império seguinte, de Antonio Pio (138-161 d.C), esses profissionais dividiram-se em duas categorias: alguns nomeados e pagos pelo imperador e outros sem uma

---

de atividade econômica, segundo o qual estas últimas possuem regime obrigacional próprio, idêntico ao aplicável aos particulares, mesclado por derrogações expressas encetadas por normas publicísticas “ NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. **Prescrição: decretação de ofício em favor da fazenda pública**. Revista de informação legislativa, v. 34, n. 136, p. 167.

25. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em juízo no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 5. Cf. ainda BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 938837, Relator(a): Min. Edson Fachin, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 19/04/2017.
26. A doutrina que cuida do tema é ampla. Cf CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em juízo no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016, p. 104; PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; DINAMARCO. Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009; PEIXOTO, Renata Cortez Vieira; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Fazenda Pública e execução**. Salvador: Juspodium, 2018; RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. **A Fazenda Pública no Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016; ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. v. I. t. I (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 215; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017; TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Execução no processo do trabalho**. 8ª ed., São Paulo: LTr, 2004, p. 271 dentre outros.
27. LOSTAO, Eduardo Arbizu. **Avvocatura dello stato Assistenza, representación y defensa de la Administración en derecho italiano**. Revista de administración pública, n. 122, 1990, p. 479.

remuneração fixa, ambas ficavam encarregadas da representação e defesa do Fisco<sup>28</sup>.

O jurista espanhol afirma ainda que, após as ideias de Charles de Montesquieu serem delineadas com afirmação do princípio da divisão de poderes, a submissão da Administração ao princípio da legalidade e a possibilidade de controle judicial das ações do Estado, tornou-se essencial a presença de profissionais especializados que atuariam interna e autonomamente dentro do Estado para representá-lo e defendê-lo nas demandas perante as cortes judiciais. Fala-se na existência de uma “*Abogacia Erarial*” ou “*Avvocatura dello Stato*”. Advogados responsáveis pela defesa do patrimônio do Estado, da Fazenda Pública<sup>29</sup>

Nos dias atuais, a doutrina traça um paralelo das questões e dos interesses econômico-financeiros com o fato de a Administração estar em juízo, em razão de ser o erário público que poderá suportar os encargos patrimoniais da demanda<sup>30</sup>.

No Constituição, verifica-se que o termo “Fazenda” está ligado às questões financeiras: tem-se a “administração fazendária” (art. 37, XVIII) e as Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais (art. 100, *caput*). Dessa forma, a partir dos subsídios históricos, em conjunto com as disposições legais atuais, há certa identidade entre as expressões de Fazenda Pública, Erário e Fisco.

Explica-se que a expressão “Fazenda Pública” pode ser observada i) em sentido orgânico, como o conjunto de entidades associadas à ideia de Fisco e de Erário; ii) em sentido material, como o conjunto de bens e direitos que constitui em o Erário; e, iii) como a atividade desenvolvida por determinadas pessoas públicas na administração do Erário, na defesa de seus interesses em processos judiciais<sup>31</sup>.

28. SCOCA, Salvátore. **Avvocatura dello Stato**. Nuovissimo Digesto Italiano, Turín, 1957, p. 1685.

29. Cf. SCOCA, Salvátore. **Avvocatura dello Stato**. Nuovissimo Digesto Italiano, Turín, 1957.

30. Destacamos entre todos Hely Lopes Meirelles: “O Código de Processo Civil contém regras especiais para execução contra a fazenda pública e pagamentos na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Isto significa que caberá ao Poder Público providenciar os recursos necessários à execução, que se realiza sem penhora de qualquer bem público”. **Direito administrativo brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 661.

31. “Em todas essas perspectivas, há uma unidade: a palavra Fazenda, a significar o conjunto de direitos e bens relativos as finanças, bem coma a organização que as administra. E o adjetivo Pública acrescenta especifica qualidade ao substantivo Fazenda, modificando-o, distinguindo-o e, assim, tornando-o determinado para o escopo normativo. Em outras palavras, a expressão constitucional positivada a propósito do regime de precatórios refere-se exclusivamente a Fazenda Pública,

Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, a Fazenda Pública “é a personificação do Estado, especialmente consideradas as implicações patrimoniais das relações jurídicas ou financeiras das quais se envolve”<sup>32</sup>.

Na arbitragem, como se verá, estão em jogo direitos patrimoniais disponíveis (Lei 9.307/96, art. 1º). São claras as implicações econômicas do conflito. É o dinheiro público (erário) que está em questão e isso não é pouco. Conforme bem aponta a doutrina, em condenações pecuniárias contrárias à “Fazenda Pública”, entra em evidência o patrimônio público, os recursos financeiros do erário – todos esses, ou em sua maioria – advindos os impostos pagos pela população<sup>33</sup>.

O fato de haver capital público envolvido no processo de arbitragem impõe uma série de cautelas tanto no âmbito acadêmico quanto no pragmático. É inegável que a Administração Pública está autorizada a fazer uso da arbitragem para dirimir seus conflitos, mas não sem observar todas as consequências que isso pode ocasionar e tampouco sem atentar para as prescrições legais. Tanto é assim que, por décadas, essa possibilidade foi negada e até hoje encontra embasadas críticas<sup>34</sup>.

---

aquele conjunto de sujeitos, bens e haveres distinguidos e circunscritos por serem públicas”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Precatórios: o seu regime jurídico: a visão do direito financeiro, integrada ao direito tributário e econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 57.

32. Leonardo Carneiro da Cunha aprofunda ainda mais, vejamos: “A expressão Fazenda Pública identifica-se tradicionalmente como a área da Administração Pública que trata da gestão das finanças, bem como da fixação e implementação de políticas econômicas. Em outras palavras, **Fazenda Pública é expressão que se relaciona com as finanças estatais, estando imbricada com o termo Erário, representando o aspecto financeiro do ente público**. Não é por acaso a utilização, com frequência, da terminologia Ministério da Fazenda ou Secretaria da Fazenda para designar, respectivamente, o órgão despessoalizado da União ou do Estado responsável pela política econômica desenvolvida pelo Governo.” (grifo nosso) CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 1-4.
33. ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**. v. I. t. I (livro eletrônico). 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 26.
34. Cf. “Ocorre que, consoante, pensamentos, o juízo arbitral, nos termos da Lei 9.307, de 23.9.96, estaria, com a vênia devida daqueles que pensam ao contrário, absolutamente descartados. (...) Porque [a arbitragem] destinasse aos direitos indisponíveis, portanto, não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público”. FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo. Malheiros Editores. 1988. p. 92; Ainda segundo Celso Antônio Bandeira de Melo “Não é aceitável perante a Constituição que particulares árbitros, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mais indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto - condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmo recursos -, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de

A “Fazenda Pública” é o vocábulo consagrado no estudo do Direito Processual. Aliás, a legislação, os tribunais e a doutrina utilizam tal expressão com razoável regularidade, sendo esse o termo mais apropriado para temas que envolvem a atuação contenciosa e resolutiva do Estado.

Por fim, cabe registrar, que a “Fazenda Pública”, na arbitragem, atua na defesa de seus interesses patrimoniais. Na arbitragem, a Fazenda despe-se de suas prerrogativas, entra em uma órbita privada de resolução de conflitos, assemelhando-se, assim, com um particular<sup>35-36</sup>.

### 1.3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRAGEM: TUTELA ARBITRAL DO INTERESSE PÚBLICO

Após a reforma de 2015, expressamente ficou previsto que a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (LArb, art, 1º §1º). Um dos responsáveis pela reforma chegou a destacar que “a Administração Pública não poderia ficar imune a esta tendência, de modo que precisa se preparar para participar de todos estes novos mecanismos, entre os quais avulta a arbitragem”<sup>37</sup>

Realmente, a ampliação do uso da arbitragem a fez chegar em horizontes até então desconhecidos e superar ortodoxas proibições<sup>38</sup>.

---

particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre as partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público que esteja, destarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve”. MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.783.

35. Cf. BUENO, Cassio Scarpinella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito processual público: a fazenda pública em juízo**. São Paulo: Malheiros, 2000; DINAMARCO. Cândido Rangel. **Vocabulário do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 2009, p. 148.
36. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **O Estado em juízo no novo CPC**. São Paulo: Atlas, 2016, p.104.
37. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e administração pública - primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública**. Revista Brasileira de Arbitragem n. 51. Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2016, p. 8.
38. O Tribunal de Contas da União protagonizou inúmeras decisões nesse sentido: “Sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso arbitral para resolução de pendências sobre o contrato, mediante juízo arbitral [...] De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam: a) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse público”; TCU, DOU, 04 ago. 1993, **Acórdão 286/93**, Plenário, Rel. Min. Homero Santos. Entidade > Companhia Hidroelétrica do São Francisco. Vinculação: