

# ACORDOS ADMINISTRATIVOS, DECISÕES ARBITRAIS E PAGAMENTOS DE CONDENAÇÕES PECUNIÁRIAS POR PRECATÓRIOS JUDICIAIS.

Flávio de Araújo Willeman\*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Precatório Judicial: Conceito, Interpretação e Aplicação aos Acordos Administrativos; 3. Arbitragem pelo Poder Público e Precatório Judicial; 4. Conclusões.

## 1. Introdução

Em momentos não raros os intérpretes das normas jurídicas se deparam com situações em que são obrigados a enfrentar problemas tortuosos na análise de dispositivos legais e constitucionais, que podem dar azo a uma miríade de conclusões absolutamente distintas.

Uma das intrincadas missões de desvendar o conteúdo e alcance de uma norma jurídica está na interpretação e aplicação do instituto do precatório judicial, sobretudo quando a Fazenda Pública estiver obrigada a pagar quantia em dinheiro em decorrência de acordos administrativos e/ou decisões que provenham de cortes arbitrais a que se submeterem.

A proposta deste trabalho, longe de esgotar o tema, é trazer reflexões acerca da problemática existente na doutrina e na jurisprudência do Poder Judiciário e dos Tribunais de Contas, bem assim buscar conferir efetividade e eficácia à norma do artigo 100 da Constituição da República de 1988 à luz dos princípios e fundamentos que norteiam a atuação e o modo de satisfação dos débitos pelo Poder Público.

Adiante-se ao leitor que o trabalho não objetiva traçar a história dos institutos estudados, mas sim buscar soluções objetivas e práticas para as indagações que serão abaixo formuladas.

A primeira parte do trabalho abordará a possibilidade e o modo de pagamento de acordos administrativos em relações jurídicas judicializadas; a segunda, a aplicação da regra do precatório judicial à arbitragem em que o Poder Público for parte.

## 2. Precatório Judicial: Conceito, Interpretação e Aplicação aos Acordos Administrativos.

É de todos conhecida a regra prevista no art. 100 da Constituição da República de 1988, mediante a qual os Entes Públicos, dotados de personalidade jurídica de direito público, devem satisfazer suas obrigações pecuniárias, quando decorrentes de sentença judiciária, por intermédio de precatório judicial. Confira-se o teor do dispositivo constitucional citado:

\*Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito, Professor da Universidade Candido Mendes e dos Cursos de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO), da Universidade Federal Fluminense (UFF) e da Escola Superior de Advocacia Pública (ESAP). Advogado. Trabalho produzido em homenagem ao Professor Francisco Mauro Dias, meu examinador de Direito Administrativo no 12º Concurso Público (ano 2000) para ingresso na carreira de Procurador do Estado do Rio de Janeiro, e que também me conferiu a honra de poder partilhar com ele, durante certo período, a função de ministrar aulas de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ); este aprendizado e esta honra estarão comigo por toda a vida.

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciários, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado.

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito

§ 3º O disposto no *caput* deste art., relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado.

§ 4º São vedados a expedição de precatório complementar ou suplementar de valor pago, bem como fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução, a fim de que seu pagamento não se faça, em parte, na forma estabelecida no § 3º deste art. e, em parte, mediante expedição de precatório.

§ 5º A lei poderá fixar valores distintos para o fim previsto no § 3º deste art., segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público.

§ 6º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá em crime de responsabilidade.”

Segundo a definição de Celso Ribeiro Bastos o precatório judicial é “uma requisição judicial expedida ao Presidente do Tribunal pelo juiz da execução em que a Fazenda Pública foi condenada a pagamento de uma quantia certa a fim de que sejam expedidas as necessárias ordens de pagamento às respectivas repartições competentes”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 4º Volume. Tomo III, arts. 92 a 126, São Paulo, Saraiva, p. 115.

Conforme se percebe, o instituto do precatório judicial visa a estabelecer e a preservar a igualdade de tratamento entre os credores do Poder Público, assim reconhecidos por decisão judicial com trânsito em julgado, impedindo que subsista violação aos *princípios da isonomia* e da *impessoalidade*. Em suma, busca o regime de precatório judicial garantir moralidade no pagamento de débitos do Poder Público, quando oriundos de decisão judicial transitada em julgado, evitando favorecimentos pessoais de credores mais recentes em detrimento de credores mais antigos.

Pretendeu a Constituição da República de 1988 proteger o direito de preferência dos credores do Estado, assim reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, organizando-os em lista cronológica de expedição do precatório judicial, que deve ser respeitada, sob pena de seqüestro de verbas e de responsabilização do agente público que eventualmente transgredir a norma. Mais: pretendeu o Constituinte de 1988 evitar improbidades administrativas derivadas do abuso de poder de alguns agentes públicos (na modalidade de desvio de finalidade), que poderiam autorizar o pagamento de débitos judiciais atuais em detrimento dos mais remotos, auferindo o referido agente, por conseguinte, vantagem financeira pela quebra da isonomia e da ordem de precedência<sup>2</sup>.

Diante do texto inserido no art. 100 da Constituição Federal de 1988, acima transcrito, cabe formular as indagações que norteiam as discussões a serem travadas na primeira parte deste trabalho: pode o Poder Público celebrar acordo para pagamento de uma dívida com um credor, mesmo que aforada por este uma ação judicial para cobrança do crédito? E mais: pode o acordo ser firmado se no processo judicial for proferida uma decisão de mérito desfavorável ao Poder Público, mas que ainda não tenha transitado em julgado?

Nada obstante ser por demais controvertido o tema e passível de diversas interpretações jurídicas, deve a questão ser analisada sob quatro enfoques distintos: (i) acordo celebrado após o ajuizamento da ação, mas antes de prolatada a sentença; (ii) acordo celebrado depois de ajuizada a ação, após o seu trânsito em julgado e depois de expedido o precatório judicial; (iii) acordo depois de ajuizada a ação e após a sentença transitar em julgado, mas antes da expedição do precatório judicial; e (iv) acordo após o ajuizamento da ação e após a sentença, mas antes do seu trânsito em julgado. Confira-se, separadamente, ainda que de forma sucinta, as conclusões sugeridas para cada hipótese aqui alvitrada.

Crê-se que a indagação contida no item “(i)” acima é de fácil resposta, na medida em que, se ainda não houver sido proferida sentença judiciária, nada impede que o Poder Público, administrativamente, celebre com seu credor acordo para pagamento do débito, fazendo com que a demanda judicial perca, de forma superveniente, o interesse.

O simples fato de uma relação jurídica administrativa estar judicializada não impede que o Poder Público a resolva administrativamente. O acordo celebrado entre o Poder Público e o credor fará com que a demanda perca o seu objeto, de forma superveniente, dando ensejo à extinção prematura do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil (sugere-se que conste no acordo

<sup>2</sup>A propósito, importante registrar que a Lei Federal nº 8.429, 2 de junho de 1992 estabeleceu no art. 9º, incisos I e IX, que tal conduta é capitulada como ato de improbidade administrativa. Confira-se: “Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público; (...) IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;”.

administrativo que o Autor da demanda judicial desistirá da ação e de todos os eventuais direitos oriundos da relação jurídica que será extinta). Esta solução decorre de uma plausível interpretação do *princípio da subsidiariedade*<sup>3</sup>, por meio do qual o Estado/Poder Judiciário somente deve ser acionado pelo Estado/Poder Executivo (ou continuar sendo acionado) quando não for possível solucionar administrativamente seus conflitos de interesses, postura esta por demais lógica e desejável, já que uma das principais funções do Poder Executivo é cumprir a lei de ofício para salvaguardar o interesse público e os direitos dos administrados, sobretudo daqueles que, de boa-fé, contraem obrigações com o Estado.

Diferente conclusão deve ser apresentada para a hipótese prevista no item “(ii)” acima, eis que o art. 100 da Constituição Federal de 1988 *não* legitima a realização de acordo celebrado entre o Poder Público e o credor, *visando ao pagamento de valores que estejam representados em precatório judicial*, ainda que desta transação decorram benefícios ao Erário por suposta economicidade.

Não se comunga com o argumento de que o acordo nesta situação é mero ato administrativo que faria com que o processo judicial (findo) e a liquidação do precatório perdessem o objeto, e que se mostra possível se houver economia para o Erário.

Com o devido respeito às opiniões em sentido contrário, a *economicidade* – enquanto *princípio expressamente previsto no art. 71 da Constituição Federal de 1988* – e o respeito ao interesse público são valores que devem estar presentes em todas as atuações do Poder Público, mas não podem se sobrepor à regra de isonomia de tratamento cunhada pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Em razão das considerações acima, entendemos que não é possível ao Poder Público celebrar acordo com credores para que, mesmo pagando valores menores, cancele precatório judicial expedido e que não seja o primeiro na ordem cronológica de preferência. Neste sentido há manifestação do *Tribunal de Contas da União*, quando do julgamento do processo (Representação) nº TC-014.568/99-3:

“EMENTA: Representação de unidade técnica. Acordos extrajudiciais e pagamento de precatórios judiciais, realizados no âmbito do Departamento Nacional de Estradas e Rodagem, em moldes irregulares. Inspeção. Comprovação da prática de procedimentos irregulares. *Determinação de imediata sustação da celebração de acordos de dívidas, objeto de precatórios judiciais, e da estrita observância da ordem cronológica de apresentação, nos termos do art. 100 da Constituição Federal. Determinação da realização de auditoria, no início do próximo ano,*

<sup>3</sup>Conforme ensina Chantal Millon-Delsol, o princípio da subsidiariedade apresenta, originariamente, duplo aspecto: “(...) un aspect négatif: l’Autorité en général et l’État en particulier ne doivent pas empêcher les personnes ou groupes sociaux de conduire leurs actions propres, c’est-à-dire de déployer autant que possible leur énergie, leur imagination, leur persévérance dans les oeuvres par lesquelles ils se réalisent tant au profit de l’intérêt général que de l’intérêt particulier; un aspect positif: chaque Autorité a pour mission d’inciter, de soutenir, et en dernier lieu, de suppléer s’il faut, les acteurs insuffisants.” (Le principe de subsidiarité. Paris, Presses Universitaires de France, 1993; e L’état subsidiaire. Paris: PUR, collection Léviathan, 1992). Traduzindo livremente para o português, tem-se: “um aspecto negativo: a Autoridade em geral e o Estado em particular não devem impedir as pessoas ou os grupos sociais de conduzirem suas próprias ações, é dizer, de desenvolverem tanto quanto possível sua energia, imaginação, perseverança nas obras realizadas tanto em prol do interesse geral quanto do interesse particular; o aspecto positivo: cada Autoridade tem por missão incentivar, sustentar e, em última análise, subsidiar, se necessário, os atores insuficientes”.

a fim de examinar todos os pagamentos efetuados mediante esses acordos e apurar as responsabilidades”. (In BDA – Boletim de Direito Administrativo – Agosto de 2002). Grifei.

Do voto do Exmo. Min. Relator no Tribunal de Contas da União, Dr. Walton Alencar Rodrigues, é possível ainda destacar o seguinte:

“O cerne da questão posta nos autos consiste em definir se a cronologia predefinida pelos Tribunais pode ser alterada, ou seja, se pode o Departamento Nacional de Estradas e Rodagem celebrar acordos extrajudiciais a respeito de dívidas que já foram reconhecidas pelo Judiciário e *constituem precatórios judiciais*, com fundamento na tese de que, por serem acordos celebrados administrativamente, não representam pagamentos de precatório e, portanto, não transgridem o preceito constitucional.

(...)

Neste caso, a expedição de precatório e a observância da ordem cronológica é exigência constitucional, que atinge indistintamente todas as dívidas reconhecidas por sentença judicial, incluídas aquelas oriundas de processos de desapropriação.

(...)

(...)

Assim, forçoso reconhecer a inconstitucionalidade dos pagamentos, pois não obedeceram à ordem preestabelecida, além de agredirem o princípio da isonomia de todos os detentores de precatórios.”.

No mesmo sentido está a jurisprudência do *Supremo Tribunal Federal*:

“EMENTA: Reclamação. Precatório. Conciliação. Quebra da Ordem: Seqüestro de Verbas Públicas. Afronta à Decisão Proferida na ADI 1662-Sp: Inexistência. 1. Ordem de seqüestro fundada na existência de preterição do direito de precedência. Motivo suficiente para legitimar o saque forçado de verbas públicas. 2. *Quebra da cronologia de pagamentos comprovada pela quitação de dívida mais recente por meio de acordo judicial. A conciliação não possibilita a inobservância, pelo Estado, da regra constitucional de precedência, com prejuízo ao direito preferencial dos precatórios anteriores.* 3. A mutação da ordem caracteriza violação frontal à parte final do § 2º do art. 100 da Constituição Federal, legitimando a realização do seqüestro solicitado pelos exequentes prejudicados. Ausência de afronta à autoridade da decisão proferida na ADI 1662-SP. Reclamação improcedente. (Rcl 1979/RN - Rio Grande do Norte - Reclamação - Relator(a): Min. Maurício Corrêa - Julgamento: 16, de maio de 2002 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno)

De se destacar que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal parte de uma premissa importante, qual seja a de que não é possível a transação administrativa para extinção de dívida já constituída em precatório judicial que venha a violar a ordem cronológica de precedência exigida pelo art. 100 da Constituição Federal de 1988. Ou seja,

é impossível argumentar-se que o acordo administrativo faz com que o processo judicial perca o sentido e o objeto; em verdade, o processo judicial já terminou e está pendente, apenas, a liquidação dos valores objeto da execução do título judicial, também ultimada.

Importante registrar que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro também possui entendimento no mesmo sentido do que aqui se sustenta, previsto no Parecer nº 8/2001-AMM/PG-06 (PA nº E-12/5377/2001), da lavra da ilustre Procuradora do Estado Dra. Ana Cristina Moreira Menezes, assim ementado:

“EMENTA:

(I) Transação através da Compensação Parcial de Crédito Contra a Fazenda Representado por Precatário Judicial, com Débitos de Empresa de que o Titular do Crédito Contra a Fazenda e Sócio, os Últimos Decorrentes do Inadimplemento das Parcelas de Termo de Permissão de uso de Imóvel Público – Operação Quadrangular entre Churrascaria Santos Anjos Ltda., Francisco Recarey Vilar e sua Mulher, Fundação Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Rio de Janeiro – Der/RJ e o Estado do Rio de Janeiro, Respectivamente, o Devedor das Parcelas do Termo de Permissão De uso do Imóvel Público, Credores Parciais do Precatário, o Devedor do Precatário e o Credor das Parcelas da Permissão *de uso do Bem Imóvel em Atraso*.

1. Para que se opere a compensação de débitos e créditos é necessário que, consoante os arts. 1.009 e 1.010, ambos do Código Civil Brasileiro, credor e devedor sejam os mesmos um do outro, que as dívidas sejam líquidas, vencidas e da mesma natureza.

2. O crédito de que se dizem titulares Francisco Recarey e sua Mulher, consubstanciado em 15% do valor total da indenização materializada no Precatário Requisitório nº 750, de 1997, extraído da ação ordinária (restauração de autos, processo nº 1.047, de 1984), tombada sob o nº 96.001.058873-0 movida por José Rômulo Dantas e outros Contra Fundação Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Rio de Janeiro – DER/RJ não perfaz as características de liquidez e certeza, porquanto perde apreciação a titularidade do domínio dos imóveis objeto da desapropriação indireta. Além disso, o crédito de que é titular o Estado do Rio de Janeiro é impenhorável, impedindo a compensação (*ex vi* do art. 1.015, inciso III, do Código Civil).

(II) A Antecipação da Quitação de Dívida Pública Materializada em Precatário Judicial, através do Instituto da Compensação com Créditos Atuais Importaria em Subverter a Ordem Cronológica de Pagamento dos Precatários, em Detrimento dos Credores da Fundação Departamento de Estradas e Rodagem do Estado do Rio de Janeiro – Der/RJ, Titulares de Créditos que Antecedam o Crédito Objeto do Precatário Nº 750, de 1997, Em Infringência à Sistemática do Art. 100, da Constituição Federal.

(III) Impossibilidade de Desconstituição da Decisão Administrativa de Rescisão do Termo de Permissão de Uso. Ainda que o Pagamento do Débito Fosse Quitado em Espécie, Necessária Seria a Realização de Certame Público tanto para a Permissão de Uso do Imóvel, quanto para sua Alienação (Arts. 2º E 17, I, Da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993).

(IV) Em Virtude do Histórico da Relação entre o Estado e a Parte Interessada, Opina-se pelo Indeferimento do Pedido e pelo Prosseguimento da Ação Possessória, com Vistas a Reaver a Posse Direta do Imóvel, sem Prejuízo da Cobrança dos Valores Devidos em Sede de Execução Fiscal.”

Desta forma, o acordo na hipótese acima (com decisão transitada em julgado e com precatório expedido), somente seria possível se as mesmas condições forem oferecidas, aceitas e pagas a todos os titulares de créditos oriundos de precatórios judiciais que estiverem na frente da fila; isto é, na ordem cronológica da lista de espera para liquidação de precatórios judiciais. Do contrário, a medida é considerada um mecanismo de burla à ordem cronológica querida e prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988, e, também, crime de responsabilidade nos termos do art. 85 da Constituição Federal de 1988<sup>4</sup>.

Restam ser analisadas as duas últimas hipóteses vislumbradas anteriormente.

No que diz respeito à possibilidade ou não de celebração de acordo para pagamento de dívida do Poder Público reconhecida em sentença judiciária transitada em julgado, *mas antes da expedição do precatório judicial* (item “(iii)” supra), temos que não é possível, à luz do art. 100, § 1º da Constituição Federal de 1988. Nada obstante, em sentido contrário, Adilson Abreu Dallari se posicionou favoravelmente à celebração de acordo para pagamento de débitos objeto de processo judicial, mas sem precatório expedido, desde que fique demonstrada a economicidade aos Cofres Públicos. Confira-se:

“Diante de tudo quanto foi acima exposto, pode-se afirmar que, em princípio, existindo a possibilidade de concessão de desconto substancial pelo credor, é juridicamente viável a realização de acordo judicial para efetivação direta (imediate ou parcelada) do pagamento.

(...)

Somente haverá ofensa ao art. 100 da Constituição Federal se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciais, com o propósito de favorecimento, ainda que disfarçado.

Em princípio, o pagamento imediato da importância acordada, com recursos provenientes de dotação orçamentária específica para atendimento da obrigação que estiver sendo liquidada (por exemplo, realização de obra pública, fornecimento de bens ou pagamento de indenização expropriatória) não prejudica os beneficiários de precatórios, pois a dotação orçamentária destinada ao pagamento de precatórios não será afetada. No fundo a liquidação amigável de uma pendência, sem emissão de precatório, acaba beneficiando os credores de precatórios mais recentes, que, indiretamente, avançam uma posição na fila.”<sup>5</sup>

<sup>4</sup>Especificamente sobre os crimes de responsabilidade dos Prefeitos há regra expressa sobre o tema. Confira-se a redação do art. 1º, inciso XII, do Decreto Lei 201, de 27, de fevereiro de 1967: “Art. 1º - São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores: (...). XII - Antecipar ou inverter a ordem de pagamento a credores do Município, sem vantagem para o erário.”

<sup>5</sup>DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte, ano 3, nº 9, pp. 9 a 26, jan/mar 2005, p. 25.

Com o respeito merecido, ousamos discordar do jurista acima citado, na medida em que pretendeu o Poder Constituinte de 1988 que as dívidas do Poder Público, objeto de decisões com trânsito em julgado, sejam pagas exclusivamente pela via do precatório judicial, que tem, *obrigatoriamente*, de ser expedido e entrar na ordem cronológica de preferências. Isto porque há um direito subjetivo de todos os titulares de créditos junto ao Poder Público, representados em precatórios judiciais precedentes, de não verem o débito reconhecido em sentença judiciária posterior, *com trânsito em julgado*, ser pago na sua frente. Entender de forma diversa é violar os princípios da isonomia e da impessoalidade, uma vez que a expedição do precatório judicial após o trânsito em julgado da sentença judiciária é *ato-condição - formalidade constitucional* - para a liquidação do pagamento da obrigação pecuniária nela contida.

De se esclarecer que as conclusões acima apresentadas não são alteradas caso a sentença condenatória tenha transitado em julgado, mas ainda subsista discussão envolvendo a execução do julgado, ou seja, a apuração dos valores efetivamente devidos pelo Poder Público. Se acordo houver, nesta fase, fará com que a execução especial contra a Fazenda Pública (arts. 730 e seguintes do Código de Processo Civil) perca o objeto, mas não mudará o percurso da vontade constitucional; isto é, não implicará o pagamento dos valores apurados no acordo sem o respeito ao procedimento do precatório judicial, que deverá ser habilitado e inscrito na ordem cronológica de pagamento. O que se estará executando, em essência, é a sentença judiciária prevista no art. 100 da Constituição Federal de 1988, e não a futura e possível sentença que poria fim aos embargos à execução especial contra a Fazenda Pública.

Por fim, resta enfrentar a discussão talvez mais aguda e passível de controvérsia jurídica, vertida no item “(iv)” acima alvitrado; isto é, saber se é legítimo ao Poder Público celebrar acordo para pagamento imediato de dívida, sem adotar o sistema do precatório judicial, mesmo após a prolação de decisão judicial *que ainda não tenha transitado em julgado*.

A resposta é positiva. Explica-se a razão do posicionamento.

Nada obstante o art. 100, *caput*, da Constituição Federal de 1988 fazer alusão ao dever de pagamento, via precatório judicial, de débitos oriundos de “sentença judiciária”, o § 1º do mesmo dispositivo constitucional elucida, de forma expressa, a hipótese em que é obrigatória a expedição de precatório judicial para pagamento de dívidas do Poder Público, mais especificamente quando determina que – “É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, (...)” grifos e negritos nossos.

Ora bem; a *contrario sensu*, a dívida do Poder Público que, nada obstante seja objeto de reconhecimento em sentença judiciária, mas ainda não tenha sido coberta pelo manto da coisa julgada (art. 467 e seg. do Código de Processo Civil), é passível de transação e/ou acordo na via administrativa, sobretudo para pagamento imediato, fazendo com que a demanda, por conseguinte, venha a ter, de forma superveniente, o seu objeto perdido, razão por que o processo será extinto sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Mais: deverá ser incluído no acordo administrativo a obrigação de o credor desistir da ação judicial, renunciando expressamente a quaisquer pretensões que dos fatos possam advir.

É preciso reiterar que o instituto do precatório judicial visa a proteger os credores do Poder Público que se encontrem em igualdade de situações, ou em vias objetivas de se igualarem. Neste contexto, não são iguais as situações de credores com créditos representados em precatórios judiciais expedidos e com créditos representados em sentenças judiciais ainda não transitadas em julgado, *quando sequer pode ser expedido precatório judicial*.

Por conseguinte, o art. 100 da Constituição Federal de 1988 tem por objetivo permitir que não sejam pagos, ainda que com acordo vantajoso economicamente para o Poder Público, precatórios judiciais de credores que não sejam o primeiro da ordem cronológica para pagamentos. Se ainda não houver precatório expedido e/ou sentença judiciária condenatória com o trânsito em julgado (fato que faria com que o ato seguinte, para liquidação dos valores, fosse a expedição do precatório judicial), nada impede que a Administração Pública celebre com o autor do processo acordo administrativo, prevendo o pagamento imediato de valores e extinção do processo judicial.

Não pode o regime de precatórios judiciais impedir que o Poder Público seja eficiente para resolver, no plano administrativo, pendências financeiras oriundas de *direitos patrimoniais disponíveis*, não permitindo que tal discussão chegue ou se eternize no Poder Judiciário. Ao que parece, não foi isto que pretendeu o art. 100 da Constituição Federal de 1988. Mais: a solução aqui sustentada confere efetividade aos princípios da eficiência e moralidade administrativa, na medida em que possibilita aos credores do Poder Público, assim reconhecidos incontestavelmente (inclusive no que disser respeito a valores), o direito ao recebimento dos seus créditos sem a necessidade de espera da liquidação do precatório judicial.

Por isso que não é incorreto ou irrazoável sustentar que o art. 100 da Constituição Federal de 1988 busca permitir que o precatório judicial seja expedido apenas quando não houver possibilidade de solução do problema na via administrativa, sobretudo na hipótese de dívida reconhecida em sentença judiciária *com trânsito em julgado*.

Este é, salvo melhor juízo, o entendimento firmado pelo *Supremo Tribunal Federal* quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 184116/MS:

“Recurso Extraordinário - Moldura Fática. Na apreciação do enquadramento do recurso extraordinário em um dos permissivos constitucionais, parte-se da moldura fática delineada pela Corte de origem. Impossível é pretender substituí-la para, a partir de fundamentos diversos, chegar-se a conclusão sobre o desrespeito a dispositivo da Lei Básica Federal. Condenação Judicial - Acordo - Parcelamento. Em se tratando de acordo relativo a parcelamento de débito previsto em sentença judicial, possível é a dispensa do precatório uma vez não ocorrida a preterição. Acordo - Débito - ICMS - Participação Do Município. Inexiste ofensa ao inciso IV do art. 167 da Constituição Federal, no que utilizado o produto da participação do município no ICMS para liquidação de débito. A vinculação vedada pelo Texto Constitucional está ligada a tributos próprios”. (RE 184116 / MS - Mato Grosso do Sul - Recurso Extraordinário - Relator (a): Min. Marco Aurélio - Julgamento: 07/11/2000 - Órgão Julgador: Segunda Turma - Publicação DJ 16-02-2001 PP-00139 EMENT VOL-02019-02 PP-00419) - destaque que a discussão objeto deste processo não foi, efetivamente, enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no referido Recurso Extraordinário, mas sim, s.m.j, no acórdão do Tribunal de Origem.

No mesmo sentido apresenta-se a doutrina de Celso Ribeiro Bastos, em comentários ao art. 100 da Constituição Federal de 1988:

“Foi a Constituição de 1934 que introduziu em nosso direito constitucional a norma ora comentada. A partir de então, ficou estabelecido que os pagamentos devidos pela Fazenda Pública,

*em virtude de sentença judicial transitada em julgado, devem ser efetuados rigorosamente na ordem de apresentação dos precatórios, vedada a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias ou nos créditos adicionais abertos para esses pagamentos. O intuito da norma é evitar favorecimentos ou perseguições, portanto, ter caráter altamente moralizador.”<sup>6</sup>*

As conclusões modestamente apresentadas neste trabalho, ao que parece, foram as mesmas a que chegou o ilustre Procurador do Estado Dr. Flávio Amaral Garcia, quando, na qualidade de Procurador Chefe da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico da PGE/RJ, exarou VISTO parcialmente divergente ao Parecer nº 11/2006-CCM/PG-15 (PANº c-14/10953/2006). Confira-se:

“(…)

Quanto à questão da transação judicial e a obrigatoriedade do pagamento dela decorrente - no caso das autarquias e fundações - se dar por meio de precatório é matéria complexa e que comporta mais de uma interpretação, conforme registrou a ilustre parecerista.

Pelos opinamentos transcritos, percebe-se que a questão se refere ao momento de aplicação da regra do precatório. *A mim parece que a incidência absoluta da regra do precatório em razão da simples existência de ação judicial pode tolher o Estado na celebração de acordos vantajosos que atendam ao princípio da economicidade.*

A busca do consenso na administração dos interesses públicos é uma realidade na moderna doutrina do Direito Administrativo, incluindo todas as formas alternativas de composição dos conflitos com os administrados.

A expressão constitucional “sentença judiciária”, mencionada no art. 100 da Constituição Federal, significa, a meu juízo, o exercício cogente do poder jurisdicional na solução do caso concreto. Sabe-se que a jurisdição tem como núcleo essencial a substitutividade, ou seja, “o Estado, por uma atividade sua, substitui a atividade daqueles que estão em conflito na lide”<sup>7</sup>. Na transação não é o Estado-juiz que soluciona o litígio, mas sim as próprias partes que, por meio da autocomposição (transação, com concessões recíprocas) põem termo à lide. Caberá ao juízo verificar os aspectos formais da transação.

Daí porque, filio-me ao posicionamento exposto nos pareceres 1, de 2000- HTSC e n.º 14, de 1997 - LAMGS, transcritos no citado parecer, que conferem maior flexibilidade na incidência da regra do precatório, ao contrário do entendimento fixado pela ilustre Procuradora do Estado Cláudia Costa Mansur.”

Igual entendimento foi perfilhado no Parecer nº 14, de 1997, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. Luis Alberto Miranda Garcia de Souza, devidamente aprovado

<sup>6</sup>BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição do Brasil. 4º Volume, Tomo III, Arts. 92 a 126, São Paulo, Saraiva, p. 112

<sup>7</sup>FILHO, Vicente Greco. Direito Processual Civil Brasileiro. 1º vol, 15ª edição, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 168.

pela Chefia da PGE/RJ, e que concluiu da seguinte forma:

“No que concerne à suposta infringência do art. 100 da Constituição, tenho para mim que ela não se verifica no caso em tela. O que se veda ao Estado é, apenas, antecipar o pagamento de um crédito já requisitado mediante precatório, em detrimento de outros credores, titulares de outros créditos, igualmente requisitado por precatório. Em uma palavra: a ordem de pagamento dos precatórios há de ser rigorosamente observada, ou seja – conceda-se o prosaísmo – ninguém pode ‘furar a fila’.

*Nada obsta, porém, que o Estado celebre negócios jurídicos – mormente se revestidos de intenso interesse público – para por fim, a litígios, mediante concessões recíprocas, com o pagamento feito diretamente ao seu credor, quando tais valores ainda não foram requisitados mediante precatório. Não há, nisso, qualquer violação ao art. 100 da Constituição Federal de 1988, porquanto o valor pago terá como título não a sentença judiciária, mas, sim, o próprio negócio jurídico da transação (cuja celebração deverá se orientar – como de resto em qualquer outro assunto público – pela busca do interesse público, em caso traduzido pela economia de recursos públicos)”<sup>8</sup>.*

Em conclusão, ressaltando mais uma vez a polêmica que envolve a questão em análise, e também a possibilidade de interpretações jurídicas diferentes, somos de opinião de que é possível juridicamente, à luz do art. 100, caput, e § 1º, da Constituição Federal de 1988, a celebração de acordo administrativo para por fim a litígio judicial com pagamento imediato do *quantum* devido, desde que ainda não tenha ocorrido o trânsito em julgado da decisão que reconhecer o crédito, e que esteja presente, de forma motivada, a economicidade para os Cofres Públicos.

Por prudência, necessário fazer, por fim, duas observações: a) para evitar discussões envolvendo violação da regra de isonomia, sugere-se que os recursos utilizados para cobrir as despesas com o acordo administrativo não sejam objeto de rubricas orçamentárias destinadas para pagamento de precatórios judiciais; e b) que as conclusões objeto deste trabalho sejam aplicadas apenas nas hipóteses de discussões de direito patrimoniais disponíveis do Poder Público, conforme bem assinala a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 253.885-MG:

“EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. *Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela*

<sup>8</sup>Todos os pareceres citados neste trabalho estão disponíveis no setor de documentação da Procuradoria-Geral do Estado, situada na rua Dom Manuel, nº 25, Centro, Rio de Janeiro. Informe-se ainda que, recentemente, a Procuradoria-Geral do Estado voltou a enfrentar a problemática objeto deste trabalho e, acolhendo proposição por nós levantada no visto exarado no Parecer nº 01/2008-FLW-PSP, nos autos do processo administrativo nº E-04/409029/07, a Exma. Sra. Procuradora-Geral do Estado, Dra. Lucia Lea Guimarães Tavares, concordou com as conclusões aqui por nós sustentadas.

*Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/Supremo Tribunal Federal). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885 / MG - Minas Gerais - Recurso Extraordinário - Relatora: Min. Ellen Gracie - Julgamento: 04, de junho de 2002 - Órgão Julgador: Primeira Turma)*

Em verdade, para garantir-se transparência no procedimento para pagamento de débitos públicos oriundos de acordos administrativos, recomendável seria que os Entes Políticos da federação editassem normas regulamentando o tema, estabelecendo critérios objetivos e impessoais para a celebração de transação judicial e extrajudicial por parte do Poder Público com todos os credores interessados.

### 3. Arbitragem pelo Poder Público e Precatório Judicial.

São conhecidos os fundamentos que informam a Teoria da Separação de Poderes, sobretudo aquelas que propõem o exercício de uma função típica e de funções atípicas pelos Poderes. Por isso é que se diz que cada estrutura de Poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) exerce tipicamente uma função e atipicamente as funções conferidas aos demais Poderes, tudo nos exatos limites das competências traçadas pelas normas (regras e princípios) da Constituição Federal. Esta “engrenagem”, denominada de sistema de freios e contrapesos, permite que exista, no plano político e administrativo, método para estabilizar tensões oriundas do exercício dos poderes.

Por isso, não é incorreto afirmar que o Poder Executivo possui, à luz do já mencionado princípio da subsidiariedade e da noção de consensualidade, o dever jurídico de pôr fim às suas pendências jurídico-administrativas, evitando utilizar-se do Poder Judiciário que, como sabido e consabido, encontra-se sobrecarregado de processos para julgar, muitos deles oriundos de condutas administrativas que são objeto de questionamentos. Para tanto, o Poder Executivo poderá valer-se de sua atípica função judicante, máxime para a instalação efetiva de procedimentos de contenciosos administrativos, que, por evidente, poderão ser revistos pelo Poder Judiciário, ante o disposto no art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, que positiva, no direito brasileiro, o princípio da Jurisdição Una e/ou Inafastabilidade do Controle Jurisdicional dos atos administrativos.

Temos sustentado que o exercício da função judicante pelo Poder Executivo deve obedecer a um método para que possa se desenvolver legítima, regular e validamente. Existem, pelo menos, três etapas a serem cumpridas: a conciliação, a mediação e a arbitragem administrativa.<sup>9</sup>

A função de *conciliação* é aquela em que o Poder Executivo, após a devida análise entre os custos e os benefícios sociais do conflito, permite que as partes envolvidas debatam e possam chegar a um acordo que atenda não só aos interesses econômicos em jogo, mas, também, ao interesse público.

Inviabilizada a conciliação, passa-se à fase da *mediação*, em que um agente público dos quadros do Poder Executivo toma a frente da discussão e pondera com as partes

<sup>9</sup>WILLEMANN, Flávio de Araújo. Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 223 e 224.

envolvidas os benefícios de se pôr fim ao litígio por meio de uma solução amigável. O mediador funciona, na verdade, como coordenador das ações que devem ser tomadas pelas partes envolvidas no litígio, para que se possa chegar a uma solução justa e que atenda ao interesse público. A propósito, colham-se as lições de Marcos Juruena Villela Souto:

“(…). O papel do mediador será, assim, coordenar ações e despertar a motivação na busca dos ganhos mútuos na solução do conflito, de modo a reduzir a diferença de interesses e a inflação (psicológica) do problema pela via da reconciliação e da deflação. O recurso à mediação por agente neutro é fundamental; o mediador intervém na pesquisa de soluções, no favorecimento de trocas construtivas, estimulando as comunicações e no enquadramento das negociações, determinando e explicando as regras procedimentais, assumindo, aqui, papel relevante: a observância das normas regulatórias (de caráter geral)”<sup>10</sup>.

Por último, em caso de insucesso na composição do litígio pelas vias da conciliação e da mediação, passa-se à *via arbitral*, momento em que o conflito de interesses será analisado e julgado à luz da subsunção do caso concreto a uma norma jurídica ou, na ausência desta, por meio da ponderação dos interesses envolvidos no conflito, sempre tendo como norte o interesse público representado na escolha técnica resultante da análise dos custos e dos benefícios da decisão a ser tomada. Por certo, não se está ainda a falar de uma via arbitral nos moldes desenhados pela legislação específica sobre o tema, máxime pela Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, mas sim de uma arbitragem puramente administrativa, fruto da atividade decisória exercida em um processo administrativo que poderá ser objeto de ampla revisão pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, importante dizer que todas as técnicas de solução de conflitos administrativos acima mencionadas são, em regra, utilizadas dentro da estrutura do Poder Executivo e, por isso, as decisões emitidas e que, porventura, geram deveres financeiros para o Poder Público, não decorrem de sentenças judiciais e, por isso, devem ser liquidadas sem a observância do procedimento judicial do precatório judicial.

Discussão interessante, porém, busca saber se terá a mesma sorte uma condenação pecuniária que o Poder Público venha a sofrer caso se submeta a um mecanismo alternativo de solução de conflitos de interesses, sobretudo de arbitragens instaladas nos termos da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996; isto é, torna-se interessante saber se as decisões daí decorrentes devem se submeter ao procedimento de precatórios judiciais, quando impuserem ao Poder Público o dever de pagar quantia certa a outrem.

Necessário, antes de se enfrentar o problema acima, saber se é possível ao Poder Público se submeter a procedimentos arbitrais, nos moldes da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O tema ainda se apresenta polêmico e provoca calorosas discussões, sobretudo sobre a possibilidade de se constituírem “Cortes Arbitrais” independentes dentro da própria estrutura do Poder Executivo ou de uma Entidade Administrativa Independente.

O Professor e hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro Alexandre Freitas Câmara, em estudo específico desenvolvido sobre o tema, defendeu a impossibilidade de as Agências Reguladoras Independentes funcionarem

<sup>10</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo Regulatório. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, p. 61.

como corte arbitral, bem assim a própria inviabilidade jurídica de temas de interesse público serem submetidos à arbitragem. Confira-se:

“Não me parece possível, *data venia* dos ilustres defensores de posições contrárias, a utilização de arbitragem para solucionar controvérsias de direito público interno. Isto porque os interesses aí em conflito não são disponíveis, o que exige a intervenção do Estado-juiz, afastando a incidência do disposto no já citado art. 1º da Lei de Arbitragem.

(...)

Fica certo, pois, que nos conflitos envolvendo interesses públicos das agências reguladoras não será possível a utilização da arbitragem, devendo tal conflito ser submetido à apreciação do Estado-juiz. Nada impede, porém, que – uma vez instaurado o processo jurisdicional – valham-se as partes da perícia arbitral como meio atípico de prova.

(...)

Alterando o esquema tradicional, parece-me adequado apresentar, antes dos fundamentos, a conclusão: as agências reguladoras não podem atuar como cortes arbitrais. Esta conclusão previamente anunciada é alcançada por fundamentos que, agora, passo a expor.

(...). O motivo dessa absoluta impossibilidade é, em verdade, bastante simples: a arbitragem é, por definição, uma atividade que se desenvolve à margem do Estado. É um método paraestatal (ou não-estatal) de composição de conflitos.

(...). Além disso é importante notar que a distinção fundamental entre o processo arbitral e o processo jurisdicional está precisamente no fato de que o árbitro é estranho ao organismo estatal<sup>11</sup>.

Temos, porém, com o respeito devido daqueles que adotam entendimento contrário, sustentando posição diversa<sup>12</sup>, eis que não há confundir-se a arbitragem comercial com a arbitragem administrativa utilizada pelo Poder Público, cuja distinção é bem explicitada nas palavras de Marcos Juruena Villela Souto, que abaixo seguem transcritas, *verbis*:

“Há quem não reconheça a competência para a *arbitragem regulatória*. Isto porque, no Direito brasileiro (Lei nº 9.307, de 23, de setembro de 1998), a arbitragem comercial exige um prévio compromisso arbitral, pelo qual as partes acordam que qualquer conflito seja solucionado por um árbitro. Entretanto, a arbitragem comercial, que trata de interesses disponíveis, não se confunde com a arbitragem regulatória (que lida com os interesses de uma coletividade afetada pelo conflito) em razão de os comandos da Lei de Arbitragem não se aplicarem aos segmentos regulados,

<sup>11</sup>CÂMARA, Alexandre Freitas. Arbitragem nos Conflitos Envolvendo Agências Reguladoras. In: Revista da Associação dos Novos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Vol. XI. Coord. Alexandre Santos de Aragão. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 145 a 155. Ao que parece, no mesmo sentido, é a lição de Maria D'Assunção Costa Menezello. In: Agências Reguladoras e o Direito Brasileiro. São Paulo, Atlas, 2002, p.180.

<sup>12</sup>Ver WILLEMAN, Flávio de Araújo. Responsabilidade Civil das Agências Reguladoras. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 224 a 226

salvo, por analogia, na parte procedimental. Não há qualquer violação ao Princípio da Autonomia da Vontade. Quem adere a um segmento regulado se compromete a cumprir e a se submeter a todo o ordenamento jurídico-setorial que orienta o seu funcionamento, que tem implícito o poder da agência reguladora baixar normas estabelecendo limitações à liberdade do contratado, interferindo nas relações entre fornecedores e entre fornecedor e consumidor. Este contrato relacional vai ser constantemente fiscalizado e atualizado por normas emanadas da agência reguladora e os conflitos vão ser, possivelmente, solucionados pela via arbitral regulatória também. Todo esse contexto integra o marco regulatório, ao qual o regulado voluntariamente adere ao pleitear um consentimento de polícia ou ao firmar um contrato com a Administração. A tanto não é obrigado, mas integrando o segmento, por decisão própria, deve-se submeter a todas as regras que orientam o seu funcionamento”<sup>13</sup>.

Por outro lado, cabe dizer que a arbitragem não se desenvolve à margem do Estado como um todo, mas sim à margem do Poder Judiciário, sendo possível, por isso, desde que previsto em lei e no instrumento de delegação da atividade ao particular<sup>14</sup>, que um órgão (ou Entidade) eminentemente técnico, tal qual uma Agência Reguladora Independente, exerça a função de composição de conflitos via arbitragem administrativa.

Sobre o tema, entendendo ser possível a utilização da arbitragem pelo Poder Público, discorreu Alexandre Santos de Aragão:

“De grande polêmica é a possibilidade das agências reguladoras adotarem o juízo arbitral para dirimir conflitos com os agentes econômicos regulados. Sem querer entrar profundamente na polêmica, tema à espera de uma obra específica, entendemos que, face à indisponibilidade dos interesses tutelados pelas agências reguladoras, a adoção da arbitragem só será possível se houver Autorização legal, requisito que, ao nosso ver, pelo menos no caso das agências reguladoras de serviços públicos, está atendido pela parte final do inciso XV do art. 23 da Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995, que prevê como cláusula obrigatória dos contratos de concessão o estabelecimento do ‘modo amigável de solução das divergências contratuais’<sup>15</sup>.

<sup>13</sup>SOUTO, Marcos Juruena Villela. In: Palestra proferida no Auditório do Superior Tribunal de Justiça, no dia 24 de junho de 2002. Texto mimeografado, ainda não publicado, mas gentilmente cedido pelo Autor para pesquisa neste trabalho. Mencione-se o trabalho desenvolvido por Ada Pellegrini Grinover, intitulado “Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos”, em que a Autora conclui pela “admissibilidade da arbitragem envolvendo a Administração e, com maior certeza, órgãos da Administração indireta”. In Revista de Direito Administrativo, nº 233, pp. 377 a 385, julho/set. 2003, p. 385.

<sup>14</sup>A Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que regula as concessões e permissões de serviços públicos, no art. 23, XV, admitiu, ainda que implicitamente, a adoção da arbitragem para solução amigável de conflitos oriundos da delegação de serviços públicos. O mesmo aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, quando da edição da Lei Estadual nº 1.481, de 21 de junho de 1989, que permanece em vigor, naquilo que não contraria os dispositivos da Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

<sup>15</sup>ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 319. Diogo de Figueiredo Moreira Neto também defende a possibilidade de arbitragem na Administração Pública no trabalho intitulado “Arbitragem

De se argumentar que não há norma jurídica impedindo, explicitamente, que o Poder Público se utilize de uma forma alternativa – *máxime da arbitragem* – para a solução de conflitos de interesses objeto de negócios celebrados com particulares. Ao contrário, seguindo a linha de mutação do Direito Administrativo e de seus paradigmas, a legislação brasileira vem expressamente admitindo a arbitragem administrativa como método alternativo para dirimir os conflitos públicos com particulares, valendo citar, como exemplo, a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que trouxe ao ordenamento jurídico nacional a regulação sobre as Parcerias Público-Privadas<sup>16</sup>.

Argunte-se, por outro lado, que a busca de métodos alternativos de solução de conflitos administrativos está umbilicalmente ligada à idéia de *Administração Pública Consensual*, como bem leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A *consensualidade*, por certo, não estará destinada a substituir as formas tradicionais de ação imperativa do Estado, mas, sem dúvida, representa uma mudança substancial em suas prioridades de atuação, prestigiando o que hoje se vem denominando *parceria* com a sociedade.

Todas essas tendências atuam no sentido de despojar-se a Administração Pública das características burocráticas que assumiram nos países de tradição jurídica continental européia, na linha do Direito Administrativo gerado pela Revolução Francesa, e, de certa forma, agravadas e desvirtuadas pela herança ibérica colonial de cunho patrimonialista, e de aproximá-la de modelos mais pragmáticos, como os anglo-saxões, que prestigiam o administrado.

(...)

É chegada, assim, a hora da consensualidade alcançar também a *solução de conflitos* pela larga via, já extensamente desenvolvida universalmente, que vem a ser a ampla adoção da *arbitragem*, afastando, de vez, a confusão entre *monopólio da jurisdição*, que tem sentido coercitivo, e um inexistente *monopólio da justiça*, uma vez que é a força do consenso das partes em conflito que leva a uma fórmula de composição.

Tudo o que cabe ao Estado administrador, uma vez eleita a via solução consensual, é garantir, tal como nos contratos, o primado da autonomia da vontade e a eficácia da decisão arbitral no campo dos direitos disponíveis<sup>17</sup>.

nos Contratos Administrativos”, publicado na Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVIII – Direito Arbitral. Coord. Sergio Nelson Mannheim. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 29 a 31.

<sup>16</sup>Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...). III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”. Para leitura específica sobre o tema, recomenda-se a leitura do trabalho desenvolvido por Gustavo Henrique Justino de Oliveira, com o tema “A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas”, In Parcerias Público-Privadas. Coord. Carlos Ari Sunfeld. São Paulo, Malheiros, 2005.

<sup>17</sup>MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Público. Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pp. 262 e 263.

Desta forma, em havendo autorização legislativa e prévia previsão negocial, cremos ser constitucional a submissão de uma controvérsia administrativa que recaia sobre direitos disponíveis ao método alternativo de solução de conflitos, máxime à arbitragem prevista na Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Firmada a premissa de que é possível ao Poder Público se submeter à arbitragem, resta responder a indagação que propõe investigar se a decisão arbitral que condená-lo a pagar quantia em dinheiro, terá ou não que se submeter ao sistema de precatórios judiciais.

A questão, para ser respondida, deve partir da solução encontrada para uma outra indagação, qual seja a que busca investigar a natureza jurídica das decisões arbitrais e o seu regime jurídico de execução.

O art. 31 da Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996) é expresso ao definir a decisão arbitral como “sentença arbitral”, determinado, ao depois, que ela “produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Dessume-se, pois, que a decisão arbitral não é uma sentença judiciária, porquanto não emana de um órgão jurisdicional típico, mas a ela é equiparada em seus efeitos, sobretudo no aspecto de sua execução forçada, conforme expressa o art. 475-N, inciso IV, do Código de Processo Civil. Desta forma, a sentença arbitral é uma decisão “privada” com *status* de sentença judiciária<sup>18</sup>, não podendo, por isso, produzir efeitos além daqueles que uma sentença proferida por um magistrado possui, quando decide uma lide da qual é parte a Fazenda Pública.

Quer-se dizer com isso que a sentença arbitral, por ser “equiparada” em seus efeitos à sentença judiciária, não pode pretender trazer para o Poder Público, como regra geral, um regime de execução diferente do que está a ele jungido por força da Constituição da República de 1988 no art. 100, e também pelo Código de Processo Civil no art. 730.

Deste modo, na ausência de disposição jurídica legal e contratual em sentido contrário (que abaixo será melhor examinada), a regra será atribuir à sentença arbitral que impuser uma condenação pecuniária à Fazenda Pública às mesmas conseqüências oriundas de uma sentença judiciária com o mesmo objeto; isto é, a sentença arbitral reconhecerá um débito do Poder Público e um crédito do particular, mas dependerá, para sua satisfação, de ser submetida ao procedimento de execução especial previsto no art. 730 do Código de Processo Civil (no qual não será permitido à Fazenda Pública a rediscussão do mérito da decisão arbitral, mas somente a sua nulidade, nos termos do

<sup>18</sup>Ao que parece, no mesmo sentido do que aqui se sustenta, apresenta-se a doutrina de Alexandre Freitas Câmara, ao comentar a natureza jurídica da decisão arbitral: “Já afirmamos nesta obra nossa convicção no sentido de que o árbitro, embora exerça função pública, não exerce a atividade jurisdicional, a qual permanece como monopólio do Estado. Assim, sendo, não nos parece adequada a denominação empregada na Lei de Arbitragem, por fazer parecer que o árbitro exerce uma função estatal, o que não corresponde à verdade. Ao empregar a denominação aqui combatida, a Lei de Arbitragem, a nosso sentir, provoca um desprestígio do Poder Judiciário, o que contraria o próprio espírito da lei. Sentença é, e será sempre, ato jurisdicional. O árbitro não exerce função com esta natureza, uma vez que o processo arbitral não é um processo jurisdicional (...).” In *Arbitragem*, Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1997, p.88. Ao que parece, em sentido contrário, posicionou-se José Eduardo Carneira Alvim, para quem “Dúvida não pode haver sobre a natureza jurídica da sentença arbitral, sendo ela expressão da jurisdição estatal exercida pelo árbitro ou tribunal arbitral, vindo elencada, no art. 584, III, do Cód. Processo Civil, como um título executivo judicial.” In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVIII, Direito Arbitral. Coord. Sergio Nelson Mannheimer. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 91 a 95.

art. 32 da Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996<sup>19</sup>), e, posteriormente, ao procedimento de expedição do precatório judicial a ser inscrito na ordem cronológica de pagamento, nos termos do art. 100 da Constituição Federal de 1988.

A necessidade de respeito ao procedimento acima deriva também do dever de respeito aos preceitos que informam a idéia de legalidade orçamentária, sobretudo às que impedem a assunção de obrigações pelo Poder Público sem prévia dotação orçamentária (art. 167, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988).

Situação diversa e que, a nosso sentir, excepcionará as conclusões acima apresentadas é aquela em que o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de as obrigações pecuniárias eventualmente impostas ao Ente Público por força de uma sentença arbitral, ser objeto de garantia por um fundo público ou privado, ou mesmo por um bem público especialmente destinado a esta finalidade.

Tal exceção deve ser compreendida no contexto das mudanças dos paradigmas do Direito Administrativo, sobretudo das novas teorias de interpretação da contratação pública<sup>20</sup>, surgidas a partir da necessidade de se buscar na iniciativa privada soluções para investimentos em setores sensíveis para a sociedade, como acontece nas áreas de saneamento básico, de saúde etc. Por certo, esta alteração de paradigmas, ressaltado o respeito aos princípios gerais de direito público, autoriza a previsão legislativa que permita a mitigação do sistema de cumprimento de uma obrigação tipicamente contratual, fida por descumprida por uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público.

Conforme mencionado anteriormente, a Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que regula a contratação das Parcerias Público-Privadas, admitiu expressamente no art. 11, inciso III, a adoção da arbitragem para solucionar conflitos de interesses entre o Poder Público e o parceiro privado, e previu, no art. 8º, que as obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público frente ao parceiro privado sejam objeto de garantias, valendo-se, inclusive, de fundos previstos em lei, que seriam geridos por uma entidade privada<sup>21</sup>. Confira-se a redação do artigo 8º citado:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

<sup>19</sup>“Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litúgio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

<sup>20</sup>Mencione-se, a propósito, o trabalho desenvolvido pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro Lauro Gama e Souza Jr, sob o título Sinal Verde Para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma Para os Contratos entre o Estado e o Investidor Privado). In *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XVII, Parceria Público-Privadas. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 291 a 327.

<sup>21</sup>A Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 chegou mesmo a prever e a autorizar a União Federal a criar um Fundo Especial para garantir as obrigações pecuniárias das PPP's federais. Confira-se a redação do art. 16 e do seu § primeiro: “Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei. § 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios”.

- I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;
- II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;
- III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;
- V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;
- VI – outros mecanismos admitidos em lei”.

Questiona-se a constitucionalidade do dispositivo legal acima transcrito, na medida em que, à luz do art. 163, inciso III, da Constituição Federal de 1988, a concessão de garantias pelas entidades públicas somente poderia ser objeto de regulação por Lei Complementar, e não por leis ordinárias, tal qual o é a Lei Federal nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. Mais: pela regra do art. 165, § 9º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, somente Lei Complementar poderia dispor sobre a criação e o funcionamento dos fundos criados pelo Poder Público.

A doutrina tem se posicionado pela constitucionalidade do art. 8º da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, com argumentos com os quais concordamos inteiramente. Mencionem-se, a propósito, as teses postas por Gustavo Binenbojm, que, ao final de sua exposição, propõe o encaminhamento de Lei Complementar pelo Governo Federal ao Congresso Nacional, com o fim de espantar de vez as incertezas quanto à interpretação dos dispositivos legais mencionados, o que pode abalar a confiabilidade dos parceiros privados para a colaboração com projetos de interesse da sociedade brasileira; *verbis*:

“Em uma primeira leitura, o vício de *inconstitucionalidade formal* parece evidente. Deveras, sendo a Lei nº 11.079, de 30 de setembro de 2004 uma lei ordinária, a exigência do art. 163, *caput*, e II, da Carta Política teria sido desatendida.

Há, no entanto, duas interpretações alternativas que poderiam salvar o art. 8º da Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004. A primeira, aquela que sustenta ter a Lei nº 11.079, 30 de dezembro de 2004 apenas *regulamentado* a Lei Complementar nº 101/200 (Lei de Responsabilidade Fiscal), com o que estaria satisfeita a exigência constitucional. E a segunda, aquela segundo a qual o art. 8º não trata de concessão de garantias por *entidades públicas* (referidas no *caput* do art. 163 da Constituição, mas sim por uma *entidade privada*, que é o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas (FGP)<sup>22</sup>.

A propósito da interface da Lei Federal nº 11.079, 30 de dezembro de 2004 com a Lei Complementar nº 101, de 2000, sugerida por Gustavo Binenbojm, necessário mencionar as lições de Vanice Lirio do Valle, uma das maiófes estudiosas do tema:

<sup>22</sup>BINEJNBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII, Parceria Público-Privadas. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 91 a 106.

“A opção legislativa pelo reforço, no texto da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, do imperativo da responsabilidade fiscal enquanto signo das práticas governamentais, nada mais faz de que dar literalidade a uma sinalização que a rigor, dispensava esse traço, eis que extraível do arcabouço constitucional e legislativo aplicável à espécie. Nem por isso, se pode dizer cuide-se de um cuidado ocioso, na medida em que sublinha a necessidade que esse propósito – do agir fiscal responsável – funcione em verdade como parâmetro de orientação do labor interpretativo da lei em causa.”<sup>23</sup>

Quanto à possível inconstitucionalidade de se estabelecer em contrato administrativo (compromisso arbitral) ou em lei, que o possível inadimplemento da Administração Pública, reconhecido em sentença arbitral, será pecuniariamente ressarcido diante de fundo privado (ou poderia ser público!) constituído para esta finalidade, ou de bens públicos afetados a esta finalidade como garantia real, temos que é inexistente. Isto porque, repita-se, não há óbice constitucional e legal para a Administração Pública se submeter a um regime jurídico contratual, respeitando os princípios de direito público, estabelecendo em lei, como garantia para a eventualidade de prejuízos oriundos do seu inadimplemento, que os valores serão pagos por um fundo com personalidade jurídica de direito privado, ou de bens públicos especialmente destinados a este tipo de garantia. A propósito, colham-se as lições de Carlos Ari Sundfeld, que, tratando especificamente do Fundo Garantidor das PPPs, assim doutrinou:

“Em suma, o FGP é uma nova espécie de pessoa jurídica governamental federal, concebida para fins específicos, mas enquadrada no gênero ‘empresa pública’, pois seu capital é inteiramente público, subscrito pela União, suas autarquias e fundações públicas, no limite expressamente previsto pela lei (art. 16, *caput*). Sua instituição observou inteiramente a exigência do art. 37, inciso XIX, da Constituição Federal, tendo sido autorizada pela Lei das PPPs, com todos os requisitos necessários.

(...)

O oferecimento de garantia pelo FGP – que, não sendo por ele honrada, levará a uma execução nos moldes privados – em nada se choca com o disposto no art. 100 da Constituição Federal, que submete ao regime de precatório a execução de débitos das pessoas de direito público. A execução contra o FGP será privada, porque privada é a sua personalidade – e, portanto, privados são seus bens. São lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado (isto é, para o patrimônio do FGP) justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas, em regime privado, pelo FGP aos concessionários.

<sup>23</sup>DO VALLE, Vanice Lirio. Responsabilidade Fiscal e Parcerias Público-Privadas: O Significado das Diretrizes Contidas no art. 4º da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XVII, Parceria Público-Privadas. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 205 a 222. Para aqueles que pretendem se aprofundar no tema, recomenda-se, também da Autora referida, a obra Parceria Público-Privadas e Responsabilidade Fiscal: Uma Conciliação Possível. Rio de Janeiro,

Aliás, tais desafetação e transferência são justamente o que ocorre em toda criação de empresa estatal, que fica, como se sabe, sujeita ao regime privado, inclusive quanto à execução de suas dívidas<sup>24</sup>.

No mesmo sentido dissertou Gustavo Binenbojm:

“O óbice de natureza constitucional que tem sido oposto ao mecanismo do fundo garantidor tem por fundamento o art. 100 da Constituição, que institui o *sistema de precatórios judiciais* como forma de execução das dívidas do Poder Público e impõe a sua liquidação na ordem cronológica de sua apresentação. A execução direta de bens e direitos do fundo garantidor – alega-se – estaria fraudando o regime constitucional de precatórios.

Aqui não se vislumbra qualquer vício. Uma porque seria legítimo ao Poder Público *desafetar* determinado bem imóvel de seu patrimônio e dá-lo em garantia de um contrato. A desafetação do bem importa a possibilidade de disposição do bem, o que se pode fazer mediante as formas contratuais admitidas em direito. A constituição de uma hipoteca, por exemplo, seria uma forma válida de garantir um contrato que o Poder Público fosse parte.

Duas, porque a fórmula da constituição de uma entidade de direito privado para funcionar como *fundo garantidor* é absolutamente legítima e respaldada pelo art. 173, § 1º, inciso II, da Carta da República. Nada impede, de fato, que o Poder Público constitua uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista (ou uma subsidiária dessas entidades) cujo objeto social seja o de garantir determinados projetos, concebidos no formato de PPP. Trata-se de um aspecto da atividade de fomento, que pode ser desempenhada por pessoas estatais de direito privado. Ora, segundo o art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição, empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários.<sup>25</sup>

Em razão das considerações e fundamentos acima alinhados, conclui-se ser possível à Administração Pública pretender ser eficiente<sup>26</sup> ao se submeter à solução de conflitos utilizando-se de meios alternativos à normal tutela jurisdicional, máxime pela via da

<sup>24</sup>SUNDFELD, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas. In Parcerias Público-Privadas. Coord. Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 15 a 44.

<sup>25</sup>BINEJBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XVII – Parceria Público-Privadas. Coord. Flávio Amaral Garcia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 91 a 106. Em prol da tese sustentada neste ensaio, recomenda-se ainda a leitura do valioso trabalho da Procuradora do Estado do Rio de Janeiro Fabiana Andrada do Amaral Rudge Braga, com o título PPP: O Fundo Garantidor, a Execução das Garantias e a compatibilidade com o Sistema Constitucional dos Precatórios, publicado na mesma Revista de Direito acima mencionada.

<sup>26</sup>A propósito da busca da eficiência administrativa pela adesão à arbitragem, importante mencionar as lições de Leonardo Fiad: “Não por outro motivo costuma-se estabelecer uma conexão entre os diplomas normativos que trazem a previsão da arbitragem e o princípio constitucional da *eficiência* (do qual decorrem o princípio da adequada prestação dos serviços públicos e seus congêneres). Dito

arbitragem, bem assim não ser inconstitucional, excepcionalmente, que a sentença arbitral que impuser condenação pecuniária à Fazenda Pública seja satisfeita sem a expedição de precatório judicial, desde que exista previsão legal e contratual neste sentido, e também estabelecendo que os valores serão suportados por fundos privados ou públicos criados para esta finalidade – tal qual acontece com as PPPs – e/ou com a destinação específica de bens que serão afetados a esta finalidade (garantia real).

#### 4. Conclusões

Reconhecendo as controvérsias que os temas acima debatidos apresentam e sem a pretensão de tê-los esgotado, conclui-se que é lícito à Administração Pública celebrar acordos administrativos com credores seus, para pagamento imediato e sem a submissão ao procedimento de precatório judicial previsto no art. 100 da Constituição Federal de 1988, somente na hipótese de demandas ajuizadas para discutir o crédito, mas antes de proferida a sentença de mérito ou até o seu trânsito em julgado, sendo impossível a realização de transação para pagamento imediato de valores após o trânsito em julgado da sentença de mérito e/ou da expedição do precatório, exatamente em razão da necessidade de se respeitar a ordem cronológica exigida pelo referido art. 100 da Constituição Federal de 1988. Se transação administrativa houver, nestas últimas hipóteses, por fim apenas ao processo judicial e/ou à execução, mas necessitará, para pagamento dos valores acordados, da expedição do precatório.

No que diz respeito às discussões sobre arbitragem, temos que é possível a sua utilização pelo Poder Público, desde que autorizado por lei e por disposição contratual. Nesta hipótese, a sentença arbitral, como regra, não poderá autorizar o pagamento imediato de valores sem a obediência ao procedimento do precatório judicial. Por isso, cremos que será necessária, após a sentença arbitral (momento em que será dissolvida a arbitragem), a instauração do processo de execução contra a Fazenda Pública, nos termos do art. 730 do Código de Processo Civil, para, ao depois, ser expedido o precatório judicial, nos moldes do art. 100 da Constituição Federal de 1988.

Excepcionalmente, a sentença arbitral que impuser condenação pecuniária à Fazenda Pública poderá ser satisfeita sem a expedição de precatório judicial, desde que exista previsão legal e contratual neste sentido, estabelecendo, inclusive, que os valores serão suportados por fundos públicos ou privados criados para esta finalidade – tal qual acontece com as PPPs – e/ou com a destinação específica de bens que serão afetados a esta finalidade (garantia real).

de outra maneira: a arbitragem, quando prevista pelo legislador, traduz uma projeção específica – uma mediação densificadora – do princípio da eficiência.

(...)

Nesta situação excepcional, entendemos possa (e deva) a Administração Pública celebrar compromisso arbitral *haurindo* a autorização *diretamente* do princípio da eficiência. Contudo, a ausência de regra autorizativa que faça a mencionada mediação densificadora entre o princípio da eficiência – cujo conteúdo é abertíssimo – e o caso concreto faz com que recaia sobre a Administração um maior ônus argumentativo acerca da justificativa da sua opção.” - Arbitragem e Administração Pública – In Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, Vol. XVIII – Direito Arbitral. Coord. Sergio Nelson Mannheim. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, pp. 177 a 204.