



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

ANÁLISE DA LEI Nº 9.307/96 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.129/15, E SUA
INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM ÊNFASE AOS
CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Fernanda Souza de Menezes

Rio de Janeiro
2018

FERNANDA SOUZA DE MENEZES

ANÁLISE DA LEI Nº 9.307/96 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.129/15, E SUA
INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM ÊNFASE AOS
CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2018

ANÁLISE DA LEI Nº 9.307/96 COM AS ALTERAÇÕES DA LEI Nº 13.129/15, E SUA INCIDÊNCIA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM ÊNFASE AOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Fernanda Souza de Menezes

Graduada pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior.

Resumo: As formas de resolução alternativas de conflito estão cada vez mais presentes no cenário brasileiro. Com o passar do tempo, as inovações legislativas permitiram um maior aproveitamento do instituto da arbitragem também a favor dos interesses da Administração Pública. O que antes era visto como um instituto apenas do direito privado, vem cada vez mais ganhando espaço e prestígio no âmbito do direito administrativo. A essência do trabalho é abordar a incidência da arbitragem no direito público, especialmente nas Parcerias Público-Privadas, verificar sua base legal e apontar seus benefícios para a sociedade em geral.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Administração Pública. Lei de Arbitragem. Parceria Público-Privada. Lei nº 11.079/04. Contratos Administrativos. Indisponibilidade de Interesse.

Sumário: Introdução. 1. Arbitragem sob a ótica dos princípios constitucionais da administração pública. 2. Arbitragem na seara estatal e a indisponibilidade do interesse público enquanto argumento contra o instituto. 3. Execução de sentença arbitral em âmbito da administração pública. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, em especial os de concessão especial de Parceria Público Privada – PPP. Procura-se demonstrar sua ampla incidência no ordenamento, especialmente após as inovações trazidas pela Lei nº 13.129/15, que introduziu o §1º no art. 1º da Lei nº 9.307/96, trazendo expressamente a possibilidade da administração pública direta e indireta se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

As PPP's surgiram no ordenamento brasileiro em momento de crise econômica, a fim de diluir os riscos do empreendimento entre o ente público e o particular, de modo a tornar o negócio mais atrativo e, conseqüentemente, aumentar a geração de lucros.

Abordam-se neste estudo as posições doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do tema de modo a conseguir discutir quais são os limites de incidência do instituto, especialmente quanto ao que seriam os ditos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública.

No primeiro capítulo do estudo são tratados os principais princípios constitucionais aplicáveis à administração pública, em especial o da inafastabilidade do poder judiciário e o

da legalidade, que são usualmente utilizados como argumentos a fim de afastar a incidência da arbitragem em âmbito público.

A Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de PPP no âmbito da administração pública, foi uma das primeiras normas a admitir a arbitragem celebrada entre entes públicos, no artigo 11, inciso III do mencionado diploma legal, já que, até então, a própria lei de arbitragem era omissa nesse ponto.

Mas foi apenas após a alteração da Lei de Arbitragem, com previsão expressa de sua utilização no âmbito da administração pública, que o tema se tornou incontroverso.

É o entendimento da doutrina de que é necessária autorização legislativa para que um ente público se submeta à arbitragem. Especificamente quanto aos contratos de PPP, como visto, a autorização foi feita no artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/04, de modo que quanto à arbitrariedade subjetiva o Estado já possui capacidade. Resta discutir neste estudo os limites objetivos da arbitragem neste contrato administrativo.

Discute-se, ademais, a aparente incongruência entre o princípio do sigilo da arbitragem e o princípio da publicidade que rege o direito administrativo.

Além disso, no segundo capítulo desta exposição, busca-se desconstruir a ideia de que o poder público possui alguns interesses que podem ser considerados disponíveis, refutando-se assim a tese da indisponibilidade do interesse público como fator a também excluir a incidência da arbitragem em contratos públicos.

Finalmente, o terceiro e último capítulo aborda como se dá a execução das sentenças arbitrais e sua especial aplicação no âmbito público, tendo em vista que, como é sabido, a administração pública sujeita seus pagamentos, em regra, ao sistema constitucional dos precatórios, em contraposição com o artigo 16 da Lei nº 11.079, que prevê um Fundo Garantidor.

A metodologia adotada no estudo consiste na metodologia de pesquisa qualitativa, do tipo bibliográfica, com o uso de doutrina nacional e análise jurisprudencial dos Tribunais Superiores do país acerca da temática em foco.

Em suma, o presente estudo pretende demonstrar os benefícios que a administração pública conseguirá alcançar com a conjugação dos institutos da arbitragem e PPP's, seja pela maior atratividade dos negócios a serem empreendidos, seja pela maior eficiência do serviço público a ser prestado, que é um dos princípios norteadores da administração pública em geral.

1 – ARBITRAGEM SOB A ÓTICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A autocomposição, gênero, constitui um meio alternativo de solução de conflitos válido, sendo a arbitragem uma espécie. A arbitragem constitui um meio alternativo de solução de conflitos, atualmente regulado pela Lei nº 9.307/96, atualizada pela Lei nº 13.129/15, e com aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

De acordo com Carlos Alberto Carmona¹:

[...] A arbitragem é uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.

Com o avançar do tempo, observa-se que o instituto da arbitragem vem sendo cada vez mais utilizado no ordenamento. É um movimento que deve ser visto com bons olhos, tendo em vista ser a arbitragem a forma mais eficiente de desafogar o judiciário, e dessa forma proporcionar a almejada celeridade processual.

É costume confrontar a arbitragem com o princípio constitucional da inafastabilidade do poder judiciário, disposto no artigo 5^a, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²”.

Entretanto, essa garantia não é infringida pela arbitragem, pois, conforme leciona Ada Pellegrini, a eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por esse modo de solução dos conflitos e assim renunciando à solução pela via judicial³.

Em relação à realização da arbitragem pela Administração Pública, um outro obstáculo que antes era apontado era o respeito ao princípio da legalidade, disposto no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁴, que consiste em um dos principais princípios que regem a

¹ CAMONA apud GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*, 2003. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459> >, Acesso em: 22 mai. 2018.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 87.

⁴ BRASIL, op. cit., nota 2.

administração em geral. Segundo o princípio, a atuação do Poder Público impende de autorização legal.

Ocorre que a Lei das Parceiras Público Privadas (Lei nº 11.079/04), em seu artigo 11, inciso III⁵, foi o primeiro dispositivo legal a trazer a possibilidade de que as PPP fizessem uso da arbitragem. Ora, sendo PPP uma concessão de serviço público especial, logo, sujeita às regras da Administração Pública, surge então o primeiro dispositivo a embasar o princípio da legalidade e permitir a arbitragem pelo Poder Público.

Após alteração legislativa feita pela Lei nº 13.129/15 na Lei nº 9.307/96, passou a haver na Lei de Arbitragem previsão expressa, no §1º do artigo 1º da referida lei, de que a Administração Pública pode realizar arbitragem em modo amplo. Desse modo, cai por terra o argumento contrário a esta possibilidade.

A lei de PPP do Estado do Rio de Janeiro, Lei Ordinária nº 5.068/07, sem seu artigo 18, inciso, XI⁶, estabelece ser cláusula necessária do contrato o estabelecimento de mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem.

Desse modo, não há dúvidas acerca da possibilidade da administração pública utilizar a arbitragem como forma de resolver seus conflitos, no que se refere aos seus direitos patrimoniais disponíveis, podendo instituir a cláusula compromissória. Acerca do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, o tema será melhor abordado no capítulo seguinte do estudo.

Sendo incontroverso o uso da arbitragem no âmbito das PPP, cria-se maior segurança jurídica e segurança de que o contrato será respeitado, sendo os conflitos resolvidos de forma mais célere do que o seria se fosse submetida ao Poder Judiciário. Além disso, os árbitros são especializados no assunto a ser discutido, diferentemente do magistrado.

Por outro flanco, levando em consideração que as legislações foram omissas quanto à escolha da câmara arbitral, o melhor entendimento é o de haver necessidade de licitação para essa escolha. Isso porque se deve obedecer os princípios da moralidade e legalidade administrativa, dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal⁷.

⁵ BRASIL. *Lei Federal nº. 11.079*, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁶ BRASIL. *Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº. 5.068*, de 10 de julho de 2007. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

Não se pode considerar como causa de inexigibilidade de licitação, nos termos do artigo 25 da Lei nº 8.666/93⁸, devendo prevalecer a exigência prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, com a realização de um certame licitatório envolvendo o contrato.⁹

Outro impasse que surge quando é questionado o tema é quanto ao sigilo da arbitragem frente ao princípio da publicidade administrativa. Isto porque enquanto o processo arbitral oferece a confidencialidade de seus atos, a Lei de Arbitragem estabelece que toda arbitragem que envolva a administração pública respeitará o princípio da publicidade¹⁰.

De acordo com o artigo 13, §6º da Lei nº 9.307/96¹¹, não há necessidade de se incluir cláusula expressa que determine o sigilo, já que o próprio artigo impõe ao árbitro o dever de “imparcialidade, independência, competência, diligência e descrição”, podendo daí se inferir também o seu caráter sigiloso.

Já a regra geral da publicidade administrativa, prevista no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, segundo posicionamento da doutrina, deve ser relativizada quando se tratar de atos bilaterais, ou seja, atos em que tenha atuado tanto a administração quanto o particular. Há casos em que deva ser determinado o sigilo para a proteção do particular, como é o exemplo de uma perícia realizada em processo arbitral para averiguar o desempenho da prestação do serviço. Ora, tratando-se de empresa particular, a publicidade deste conteúdo poder-lhe-ia gerar prejuízos do ponto de vista estratégico da empresa, revelando seu *know-how*, patentes, etc.¹².

Certo é que a publicidade administrativa jamais será no toda afastada, apenas relativizada. Ressalta-se aqui o dever que tem a administração pública de transparência e divulgação de seus atos, de forma geral, ou seja, não impedir o acesso de terceiros a informações públicas, bem como levar aos terceiros essas mesmas informações. Nesse sentido:

“segundo a Lei nº 12.527/2011, o princípio da publicidade também foi desdobrado em dever de transparência e dever de divulgação, traçando-se uma sutil diferença

⁸ BRASIL. *Lei Federal nº. 8.666*, de 21 de julho de 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm> Acesso em: 21 mai. 2018.

⁹ NARDI, Luciana. *A arbitragem na administração pública*. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspvm.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

¹⁰ BRASIL. *Lei Federal nº. 9.307*, artigo 2º, §3º, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 20 mai. 2018.

¹¹ Ibid.

¹² ARAÚJO NETO. Pedro Irineu de Moura. *A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade*. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139.pdf> , p. 145. Acesso em: 02 out. 2018.

entre esses dois deveres: enquanto o primeiro se expressa apenas por meio da possibilidade de acesso à informação, o segundo impõe que a informação seja levada ao conhecimento do público. Assevera-se também que a repercussão dessa diferença no procedimento arbitral implica que a Administração Pública deve distinguir entre as situações em que lhe incumbe apenas a transparência e aquelas em que ela é obrigada a dar divulgação, visando-se mais uma vez a estimular a dinâmica de incentivos inerente à arbitragem¹³”.

A ser usado como ponto positivo, nota-se que nos contratos que versam sobre grandes valores, como geralmente são os casos de Parcerias Público Privadas, a transparência pública é usada para que o empresário se atente aos fatores econômicos da relação e observe os riscos da contratação, bem como “qual a qualidade do judiciário e o grau de corrupção; quais são as alternativas de saída, ou seja, quais são os mecanismos de resolução de disputas, de forma que o investimento privado estará protegido¹⁴”.

Portanto, no tocante ao sigilo e confidencialidade da arbitragem, nota-se que o legislador trata do dever do árbitro de manter o sigilo a respeito das informações do procedimento arbitral, sendo esta uma obrigação *ex lege*, por força do mencionado §6º do art. 13 da Lei nº 9.307/96¹⁵. A publicidade pública é inerente ao estado democrático de direito, mas que pode sofrer ponderação quanto à natureza do interesse de que versa: se iminentemente público, irá preponderar; caso tenha caráter bilateral, ou seja, envolva interesses particulares, como ocorre em contratos de PPP's que envolvam empresas, deve ser relativizado.

2 – ARBITRAGEM NA SEARA ESTATAL E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO ENQUANTO ARGUMENTO CONTRA O INSTITUTO

Forte argumento levantado na doutrina contra a arbitragem realizada pelo Poder Público é a ideia de que o uso desse instituto acarretaria violação ao princípio geral de direito administrativo da indisponibilidade do interesse público, pois submeteria à apreciação arbitral interesses públicos que são, em regra, indisponíveis, exigindo apreciação judicial.

Segundo este entendimento, há também oposição específica quando se trata de arbitragem que tenha como objeto a prestação de serviço público, pois simplesmente por

¹³ Ibid, p. 151.

¹⁴ BARROS apud Ibid, p. 149. Acesso em: 02 out. 2018.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 10.

envolver a questão de serviço público estaria desatendido o requisito da disponibilidade do direito para proceder à arbitragem¹⁶.

Surge nessa discussão uma confusão entre institutos que é também usada como fundamento para afastar a aplicação da arbitragem em âmbito público: a analogia entre o compromisso arbitral e a transação. Porém, não se pode confundi-los. Enquanto a transação é acordo entre as partes para colocar fim a um litígio, a arbitragem significa submissão do conflito à decisão de árbitros escolhidos pelas partes, com renúncia ao judiciário¹⁷.

Porém, é errado esse raciocínio, tendo em vista que os institutos da transação e da arbitragem de maneira nenhuma se confundem. O ponto comum é apenas a matéria que lhes são passíveis de discussão, que são os direitos indisponíveis, nada mais.

É muito simplista o argumento de que não cabe à administração pública realizar arbitragem, pois todos seus interesses seriam indisponíveis, e a arbitragem apenas alcançaria os interesses disponíveis. Atualmente, além de permitido, é de se querer que o Poder Público faça uso da arbitragem, com o fim de empreender maior celeridade ao processo, ante a ausência de empecilhos legais ou constitucionais.

O que a Lei de Arbitragem quis dizer com direitos patrimoniais disponíveis é que são direitos passíveis de negociação, contratação. Ora, assim os são os direitos públicos.

Isso porque, na realidade, o princípio da indisponibilidade do interesse público significa que não pode o administrador atuar para atender interesse que lhe é próprio, mas sim interesses públicos. Em outras palavras, “o princípio reforça a noção segundo a qual o administrador deve obediência à lei, na medida em que atua na gestão de interesses cujo titular (a coletividade) se expressa mediante decisões do Legislativo”¹⁸.

Assim, há, dentro dos interesses do Poder Público, direitos que podem ser objeto de contratação, logo, passíveis de submissão à arbitragem, e aqueles que não o são, sendo-lhes defesa a arbitragem.

De acordo com Di Pietro¹⁹:

¹⁶ CÂMARA, Jacinto Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Atlas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41529/40879>>. Acesso em: 31 ago. 2018. p. 119.

¹⁷ PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. *Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23491/20498>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

¹⁸ CÂMARA; SUNDFELD., op. cit., nota 16.

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro. Forense, 2017. Disponível em: < <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/7095/891-Direito-Administrativo-Maria-Sylvia-Zanella-di-Pietro-30-edicao-2017.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

É possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão (em que a Administração Pública atua sem o seu poder de império, ou seja, como se fosse um particular na gestão de seus negócios); nessa situação ela se iguala ao particular, ao contrário do que ocorre quando se trata de ato de império.

Desse modo, é possível a arbitragem nos atos negociais, em que a administração pública se iguala ao particular, porque age sem prerrogativas públicas²⁰.

É preciso esclarecer que direito patrimonial indisponível não se confunde com o princípio da indisponibilidade do interesse público. Enquanto o interesse público é sempre indisponível (tanto o primário – interesse da coletividade – quanto o secundário – atividade meio da administração), os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis, conforme visto.

Ademais, é importante aqui mencionar a posição do Superior Tribunal de Justiça, entendendo pela possibilidade de utilização da arbitragem em relação a serviços comerciais e industriais do Estado, ou seja, quando se trata de atividade econômica em sentido estrito. Nesse sentido²¹:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. 1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência. 2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VII, do Código de Processo Civil. 3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade economia de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, §1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste. 4. Recurso especial provido.

3 – EXECUÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL EM ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Apesar da notável eficiência da arbitragem no âmbito da administração pública, ante sua celeridade e demais benefícios, ainda há uma barreira a ser enfrentada no momento da execução da sentença arbitral.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. n.º 606.345 RS 2003/0205290-5*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 17/05/2007 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007, p. 240. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/relatorio-e-voto-14086269>>. Acesso em: 03 set. 2018.

Em regra, o sistema de execução da sentença arbitral segue o rito de execução da sentença judicial, tendo em vista que constitui título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII do Código de Processo Civil vigente²², de modo que seguirá o rito dos artigos 354 e 353 do mesmo diploma legal.

Ocorre que quando se fala em pagamentos pela Fazenda Pública, inevitavelmente incidimos no sistema de precatórios, previsto no artigo 100 da Constituição Federal de 1988²³:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009). (Vide Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Temos que nos atentar, ainda, ao artigo 78 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT²⁴, segundo o qual o exequente poderá receber seu crédito em pequenas parcelas anuais, que poderão ser divididas em até 10 anos.

Entretanto, fez bem o legislador ao prever regra específica na Lei das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079/04)²⁵ que constitui possível alternativa ao exequente. Isto porque o artigo 16 do mencionado diploma legal trata do Fundo Garantidor das Parcerias Público Privadas, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias de que trata esta lei²⁶.

Isso significa dizer que quando se trata de PPP, havendo decisão contrária à Fazenda Pública, a condenando a pagar valor em dinheiro a particular, a administração pública poderá fazer uso das garantias do Fundo para efetuar o pagamento.

²² BRASIL. *Lei Federal nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 17 set. 2018.

²³ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁴ “Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 30, de 2000)”. BRASIL. *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct> Acesso em: 17 set. 2018.

²⁵ BRASIL. *Lei Federal nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2014, artigo 16, *caput*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 16 set. 2018.

²⁶ Ibid.

Assim, conjugando os artigos 11, inciso III e 16, caput da Lei nº 11.079/04²⁷, há maior facilidade na obtenção de valores pelo particular frente à administração pública.

Há vozes que sustentam que a criação de fundos garantidores ferem a isonomia na administração pública, já que não está presente nos contratos administrativos em geral. Porém, não é o entendimento que deve prevalecer. Espera-se que o gestor público invista mais em fundos garantidores para que as execuções de modo geral possam ser mais céleres

Insta ainda ressaltar que muitos casos são levados ao juízo arbitral em que o contrato administrativo ainda está vigente, e discute-se apenas uma não execução de parte do contrato. Nestes casos, é possível que após a decisão arbitral a Administração efetue voluntariamente o pagamento, como forma de acatar a decisão arbitral e seguir na normal execução do contrato.

Em todas as demais hipóteses, não há como negar que a execução da sentença arbitral que condena ao pagamento de quantia certa em desfavor da Fazenda Pública em face ao particular há de ser realizada mediante o rito dos precatórios, por força da previsão constitucional.

Por outro flanco, nota-se que a maioria das prerrogativas aplicáveis à administração pública em juízo não se aplicam quando esta atua no procedimento arbitral. Como exemplo, pode-se citar o reexame necessário, inaplicável ao processo arbitral, tendo em vista que a Lei nº 9.307/96²⁸ nada fala a respeito. É possível afirmar isto até porque não existe em âmbito arbitral o duplo grau de jurisdição.

Também por falta de previsão legal específica, não goza a administração pública em sede arbitral dos prazos em dobro previstos no CPC. Neste tocante também não há qualquer ilegalidade, posto que o legislador, por política judiciária, não prevê esta prerrogativa em todos os processos em que a Fazenda Pública atue, como é, por exemplo, no caso dos Juizados Especiais Federais²⁹.

CONCLUSÃO

A arbitragem é um instituto de resolução alternativa de conflito utilizado há muito tempo no Brasil. Sua eficácia e celeridade são grandes atrativos para sua adesão, tendo em vista que um terceiro, com conhecimento especializado, é chamado para decidir o conflito que

²⁷ Ibid.

²⁸ BRASIL. op. cit., nota 10.

²⁹ BRASIL. Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/civil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

lhe é apresentado. A decisão proferida deve ser respeitada, tendo em vista que o atual Código de Processo Civil reconhece a sentença arbitral com eficácia de um título executivo judicial, nos termos do artigo 515, inciso VII, CPC/15.

É reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro a aplicação do instituto de arbitragem também em âmbito da administração pública, o que não gera ofensa ao princípio da inafastabilidade jurisdicional, estabelecido constitucionalmente. Tampouco merece prosperar o argumento da indisponibilidade dos interesses públicos, já que, como abordado neste estudo, não restam dúvidas acerca da possibilidade do uso de arbitragem quando o interesse da administração versar sobre atos de gestão.

Entretanto, como está em pauta o interesse público da administração, não é possível deixar de lado a exigência prevista no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, qual seja, a realização de um certame licitatório envolvendo o contrato.

Assim, erradicando qualquer discussão sobre o tema, há previsão especial na Lei de Parcerias Público-Privadas a possibilidade da adoção da arbitragem como meio de resolver eventuais conflitos, já que agora o direito da Administração em fazer uso da arbitragem foi positivado no artigo 11, inciso III da Lei nº 11.079/04.

Superados os argumentos contrários ao uso do mecanismo em âmbito de direito público, surgiram os questionamentos acerca das formas de execução arbitral. Como é notória, a forma da Administração Pública tem para realizar pagamentos é através do sistema constitucional de precatórios. Todavia, em âmbito de PPP, há positivado o Fundo Garantidor, que permite o pagamento imediato de quantia determinada em lei, sendo assim, mais um fator que atribui benefício à escolha do instituto ora estudado.

Com esse trabalho foi possível concluir que a nova Lei de Arbitragem, junto com a previsão específica na Lei de PPP, positiva os entendimentos já consolidados pela doutrina e jurisprudência acerca da admissibilidade de arbitragem em âmbito público. Ademais, é possível afirmar que se espera que o administrador público faça uso da arbitragem sempre que possível, e que o legislador brasileiro vise sempre aprimorar esta prática, já que, como visto, há muitas vantagens a serem colhidas a partir de sua adoção.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO NETO. Pedro Irineu de Moura. *A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade*. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ri/edicoes/53/212/ri_l_v53_n212_p139.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 17 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 13.129*, de 26 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm> Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 10.259*, de 12 de julho de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10259.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 11.079*, de 30 de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm> Acesso em: 16 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm> Acesso em: 14 set. 2018.

_____. *Lei Federal nº 9.307*, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em: 18 set. 2018.

_____. *Lei Ordinária do Estado do Rio de Janeiro nº 5.068*, de 10 de julho de 2007. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/3f9398ab330dbab883256d6b0050f039/465e374d41ace5468325732100704436?OpenDocument>> Acesso em: 21 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. nº 606.345 RS 2003/0205290-5*, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Data do Julgamento: 17/05/2007 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 08/06/2007, p. 240. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8926234/recurso-especial-resp-606345-rs-2003-0205290-5-stj/relatorio-e-voto-14086269>>. Acesso em: 03 set. 2018.

CÂMARA, Jacinto Arruda. SUNDFELD, Carlos Ari. *O cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Revista de Direito Administrativo. Atlas. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/41529/40879>>. Acesso em: 31 ago 2018.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DELGADO, José Augusto. *A Arbitragem no Brasil – evolução história e conceitual*. Disponível em: <http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf> Acesso em: 05 set. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/7095/891-Direito-Administrativo-Maria-Sylvia-Zanella-di-Pietro-30-edicao-2017.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2018.

_____. Maria Sylvia Zanella. *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>> Acesso em: 19 set. 2018.

FREIRE. José Nantala Badue. *As barreiras da execução de sentença arbitral contra a Fazenda Pública*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-barreiras-da-execucao-de-sentenca-arbitral-contra-a-fazenda-publica/>>. Acesso em: 20 set. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Arbitragem e Prestação de Serviços Públicos*, 2003. Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45459> >. Acesso: em 22 mai. 2018.

LARGHI. Guilherme Mendes. *As inovações da Lei nº 13.129/2015 na lei de arbitragem e sua aplicação no âmbito da administração pública*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/GuilhermeMendesLarghi.pdf> Acesso em: 20 ago. 2018.

LEMES. Selma Ferreira. *Incentivos à arbitragem na administração pública*. Disponível em: <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%A7%C3%A3oP%C3%BAblica%20-2016.pdf>> Acesso em: 04 set. 2018.

NARDI, Luciana. *A arbitragem na administração pública*. Tribunal Arbitral de São Paulo-Mediação e Arbitragem. Disponível em: <http://www.taspmv.com.br/artigos/artigosrecentes_27.htm> Acesso em: 22 mai. 2018.

OLIVEIRA. Gustavo Justino de. *Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública*. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/ver/bete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>> Acesso em: 19 set. 2018.

PEREIRA, Ana Lucia Pretto; GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira. *Arbitragem na Administração Pública Brasileira e Indisponibilidade do Interesse Público*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/viewFile/23491/20498>>. Acesso em: 31 ago. 2018.

RODI. Rodrigo Mota. *Cabimento da arbitragem na administração pública: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União*. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/294_monografia_2016_Rodi.pdf> Acesso em: 04 set. 2018.

SAVOLDI. Pedro Adolfo; PRIESS. Alexandre dos Santos. *A (in)admissibilidade da arbitragem na administração pública*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64942/a-inadmissibilidade-da-arbitragem-na-administracao-publica>> Acesso em: 19 ago. 2018.

SICA. Heitor Vitor Mendonça. *Arbitragem e Fazenda Pública*. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2016/03/24/arbitragem-e-fazenda-publica/>> Acesso em: 20 set. 2018.

WEBER. Ana Carolina. *Arbitragem nas parcerias público-privadas*. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/23663/16719>> Acesso em: 19 ago. 2018.