UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Beatriz Lancia Noronha de Oliveira

A arbitragem nos contratos de parceria público-privada

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Justino de Oliveira

Faculdade de Direito

São Paulo - SP
2012

Beatriz Lancia Noronha de Oliveira

A arbitragem nos contratos de parceria público-privada

Dissertação submetida à banca examinadora no âmbito do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Orientador: Professor Doutor Gustavo Justino de Oliveira

São Paulo - SP
2012

Beatriz Lancia Noronha de Oliveira

A arbitragem nos contratos de parceria público-privada

Dissertação submetida à banca examinadora no âmbito do Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito

Área de concentração: Direito do Estado

Aprovada em: _____/_____/_____

BANCA EXAMINADORA

.....
Orientador: Professor Doutor Gustavo Justino de Oliveira
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

.....
2° Examinador

.....
3° Examinador

A meus queridos pais, Cristina e Luciano, pelos valiosos ensinamentos de vida, essenciais para minha formação humana e acadêmica.

A meu amado marido, Flávio, companheiro de todas as horas, pelo apoio e compreensão ao longo deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço imensamente ao Professor Gustavo Justino de Oliveira, que me acolheu como sua orientanda e em mim depositou sua confiança e apoio. Foram absolutamente imprescindíveis todas as ponderações e sugestões. Seu enorme incentivo foi essencial para a conclusão desse trabalho.

Devo agradecimentos também aos Professores Dr. Carlos Alberto de Salles e Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior pelas estimadas sugestões no exame de qualificação.

Agradeço aos Professores Dr. Edmir Netto de Araújo, Dr. Sérgio Resende de Barros e Dr. Celso Fernandes Campilongo, com quem tive a oportunidade de muito aprender nas disciplinas cursadas no âmbito deste Curso de Pós-Graduação.

Quero agradecer igualmente aos colegas do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Direito Administrativo Democrático (NEPAD – USP), que tanto contribuíram na discussão deste trabalho.

Agradeço a meus colegas defensores públicos federais, que comigo compartilham a importante missão de busca de um ideal de Justiça, e que foram a mim solidários na elaboração deste trabalho.

Merecem grande agradecimento todos os amigos que encontrei neste programa de Pós-Graduação na Faculdade de Direito, pelos anos de calorosa convivência e pelas amizades que levarei para toda a vida.

Registro um especial agradecimento à minha família, que me apoiou e compreendeu a minha ausência para que esta dissertação pudesse ser elaborada.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

OLIVEIRA, B. L. N. **A Arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Pretendeu-se, por meio de uma avaliação doutrinária, jurisprudencial e histórico-legislativa, analisar a compatibilidade do emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. Nota-se, no contexto atual, uma nova postura estatal frente aos contratos administrativos, atuação esta que, desde o final do século XX, vem valorizando a paridade, a participação e o consenso nas relações entre o parceiro público e o particular. No bojo dessa nova concepção se inserem as parcerias público-privadas, que carregam inovações no trato entre a Administração contratante e o particular contratado. Não é por acaso que a Lei federal nº 11.079/2004, que trata dessa figura contratual moderna, foi uma das pioneiras em admitir, no âmbito da Administração Pública, a solução de controvérsias por meios não judiciais. Dessa forma, o estudo se volta à possibilidade do emprego da arbitragem nesse contrato de parceria, hipótese que encontra respaldo legal na Lei federal nº 11.079/2004. Embora a questão possa, aparentemente, encontrar barreiras nos princípios norteadores da Administração Pública (princípio da indisponibilidade, princípio da supremacia do interesse público, princípio da legalidade e princípio da publicidade), uma reflexão mais aprofundada permite vislumbrar que seu emprego, observadas algumas limitações, não afronta tais princípios, sendo notório que o legislador brasileiro, a jurisprudência pátria e a prática nas parcerias público-privadas vêm, cada vez mais, se inclinando para a aceitação da arbitragem como meio alternativo para a solução de controvérsias oriundas da relação jurídico-contratual administrativa.

Palavras-chave: Arbitragem. Parceria público-privada. Compatibilidade.

ABSTRACT

OLIVEIRA, B. L. N. **Arbitration in public-private partnerships**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

It is intended to analyze, through the study of doctrinal assessment, case law and the legislative evolution, the compatibility of the use of arbitration in public-private partnership. It can be observed, in the present context, a new attitude of state government concerning the administrative contracts, which, since the end of the twentieth century, comes to valuing equality, participation and consensus in the relationship between public and private partners. The public-private partnerships are inserted in this new context, and they carry innovations in the dealing between the contracting authority and the private contractor hired. It is no coincidence that the federal Law No. 11.079/2004, which brings this modern type of contract, was a pioneer in admitting, under the Public Administration, the resolution of disputes by *alternative dispute resolution* – ADR processes. Thus, the study is directed to the possibility of arbitration in contracts of partnership, what finds support in the statutory Federal Law No. 11.079/2004. Although the issue can apparently find barriers in the guiding principles of Public Administration (principle of unavailability, the principle of supremacy of public interests, the principle of legality and the principle of publicity) further reflection shows that the arbitration, subject to certain limitations, does not affront such principles. Finally, the Brazilian law, the case law and the public-private partnerships that have been signed recently are, increasingly, turning toward the acceptance of arbitration as an alternative dispute resolution method for resolving disputes in Public Administration.

Keywords: Arbitration. Public-private partnership. Compatibility.

RESUMÉ

OLIVEIRA, B. L. N. **L´arbitrage dans les contrats de partenariats public-privé**. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

Il est proposé, à travers une évaluation doctrinale, jurisprudentielle et législative, de présenter une analyse à propos de la compatibilité de l'utilisation de l'arbitrage dans les contrats de partenariat public-privé. Il faut noter, dans le contexte actuel, une nouvelle attitude de l´État face aux contrats administratifs, ce qui, depuis la fin du XXe siècle, vient à valoriser l'égalité, la participation et le consensus dans les relations entre le partenaire public et le secteur privé. Au cœur de ce nouveau contexte se trouvent les contrats de partenariat public-privé, qui apportent des innovations dans les rapports entre l'Administration Publique et l'entrepreneur privé. Ce n'est pas au hasard que la Loi fédérale nº 11.079/2004, qui établisse le régime juridique des contrats de partenariats, a été innovatrice à admettre, dans le cadre de l'administration publique, le règlement des différends par des moyens non judiciaires. Ainsi, l'étude se tourne vers la possibilité de soumettre à l´arbitrage les litiges provenant du contrat de partenariat public-privé, une hypothèse qui repose sur la Loi fédérale nº 11.079/2004. Bien que la question peut apparemment trouver des obstacles dans les principes directeurs de l'Administration Publique (le principe de l´indisponibilité, le principe de la suprématie de l'intérêt public, la primauté de la loi et le principe de la publicité), une réflexion plus approfondie rend compte que, sous réserve de certaines limitations, l´emploi de l´arbitrage ne confronte pas ces principes. Le législateur brésilien, la jurisprudence et de la pratique dans les contrats de partenariats public-privé sont de plus en plus inclinés vers l'acceptation de l'arbitrage comme mode alternatif de résolution des différends qui proviennent des relations contractuelles administratives.

Mots-clés: Arbitrage. Partenariat public-privé. Compatibilité

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA NOVA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA 14

1.1 O contrato administrativo e o regime jurídico aplicável 14
1.1.1 Histórico 15
1.1.2 Tendências atuais: aproximação entre Direito Público e Privado 18
1.1.3 Expansão do consensualismo na Administração Pública: as parcerias público-privadas frente à Reforma do Estado 22

1.2 Parcerias público-privadas: delimitação do conceito e origem 26
1.2.1 Parcerias em sentido amplo e estrito 26
1.2.2 A origem estrangeira dos contratos de parceria público-privada 29
1.2.3 O conceito brasileiro de parceria público-privada 31

1.3 Parcerias público-privadas na Lei federal nº 11.079/2004 33
1.3.1 Modalidades 35
1.3.1.1 Concessão administrativa 36
1.3.1.2 Concessão patrocinada 39
1.3.2 Repartição de riscos e equilíbrio entre as partes 40
1.3.3 Prestação de garantias pelo poder público 42
1.3.4 A execução do contrato: prazo, sanção pelo inadimplemento e controle social 45
1.3.5 Previsão de solução de controvérsias por meios não judiciais 47

2 A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS 50

2.1 Arbitragem no Brasil: a Lei federal nº 9.307/96 50
2.1.1 Natureza jurídica 51
2.1.2 Histórico da arbitragem no Brasil 52
2.1.3 Requisitos para a submissão de um litígio à arbitragem 55

2.2 A constitucionalidade da Lei de Arbitragem em face do Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal 57

2.3 A arbitragem em face dos outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias 61
2.3.1 Outras modalidades de resolução alternativa de controvérsias: mediação, conciliação e transação 61
2.3.2 Cláusula arbitral escalonada 65

2.4 Previsão da arbitragem na Lei das Parcerias Público-Privadas 68

2.4.1 Histórico legislativo 68
2.4.2 A arbitragem como concretização do princípio da eficiência administrativa 72

3 A ARBITRAGEM E O INTERESSE PÚBLICO: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL . 77

3.1 A arbitragem envolvendo o interesse público 77
3.1.1 A Administração Pública e a autonomia da vontade 79
3.1.2 Princípio da supremacia do interesse público: a divisão entre interesse público primário e secundário 80
3.1.3 Princípio da indisponibilidade 85
3.1.3.1 A indisponibilidade em confronto com o procedimento da arbitragem 85
3.1.3.2 As posições conciliadoras 87
3.1.3.3 O princípio da indisponibilidade e a submissão parcial de um litígio à arbitragem 89
3.1.4 Princípio da legalidade 91
3.1.5 A exigência da patrimonialidade nos conflitos submetidos à arbitragem 93

3.2 Adaptações necessárias para o uso da arbitragem nos contratos administrativos: compatibilização com os princípios da Administração Pública 94
3.2.1 Previsão no edital de licitação 95
3.2.2 Realização no Brasil e em língua portuguesa 98
3.2.3 Aplicação do princípio da legalidade e proibição da equidade 99
3.2.4 Obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública 102

3.3 A arbitragem nas cláusulas regulamentares 105

3.4 O cumprimento da sentença arbitral pelo Poder Público 109

4 UMA ANÁLISE DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS E DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO 113

4.1 A evolução do posicionamento do Tribunal de Contas da União 114

4.2 A posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça 121

4.3 A parceria público-privada para a construção e exploração da Linha 4 do Metrô de São Paulo 128
4.3.1 A previsão contratual da arbitragem 129
4.3.2 O conflito judicial travado no Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2 – 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo 132

4.4 As parcerias público-privadas nas obras de modernização das Arenas de futebol para a Copa do Mundo de 2014 136
4.4.1 O Contrato de Parceria Público-Privada para a construção da Arena Multiuso em Pernambuco 137
4.4.2 O Contrato de Parceria Público-Privada para a reconstrução do estádio de Futebol Octávio Mangabeira – Fonte Nova 138

4.4.3 O Contrato de Parceria Público-Privada para a modernização do Mineirão 140

CONCLUSÃO 143

REFERÊNCIAS 147

INTRODUÇÃO

O tema da arbitragem nos contratos de parceria público-privada é intrigante e desafiador. Já de início, exige a conformação de interesses aparentemente opostos. Enquanto argumentos desfavoráveis suscitam pela sua incompatibilidade com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, fato é que a arbitragem vem ganhando espaço no Direito Público, o que veio a se confirmar com a previsão expressa de seu emprego nos contratos de parceria público-privada (artigo 11 da Lei federal n. 11.079/2004).

Claramente, essa lei vem amparada pelo entendimento, crescente na doutrina e na jurisprudência, acerca da possível conciliação entre interesse público e arbitragem. Seu emprego é medida que se mostra desejável frente à "crise de Justiça" e à necessidade de imprimir maior tecnicidade e celeridade à solução dos litígios que se originem deste complexo contrato administrativo.

O contrato de parceria público-privada é, por sua vez, ambiente propício para o desenvolvimento da arbitragem como mecanismo de solução de litígios que envolvam contratos administrativos. Primeiramente, é uma modalidade contratual complexa, de longa duração, que exige grandes investimentos privados e a colaboração do particular para que seja viável sua implantação. É necessário, portanto, o oferecimento de vantagens que atraiam o particular e minimizem seus riscos no curso da execução contratual. Em segundo lugar, enquanto modalidade contratual que encarna uma nova forma de atuação administrativa, pela qual o consenso e a paridade contratual assumem um papel cada vez mais importante, as parcerias público-privadas são vocacionadas a acolher formas de resolução de conflitos diferenciadas.

Feitas essas considerações preliminares, tem-se que o objetivo da presente pesquisa é concentrar argumentos, posições, decisões jurisprudenciais e experiências brasileiras acerca da admissibilidade da utilização da arbitragem como meio alternativo na solução de conflitos no âmbito dos contratos de parceria público-privada, tendo-se como enfoque os princípios e valores presentes na Constituição Federal.

Será necessário avaliar o contexto histórico e social em que se inserem as parcerias público-privadas, o porquê da inserção da cláusula arbitral nessa modalidade contratual, a evolução da arbitragem como método alternativo de solução de controvérsias, sua

compatibilidade com o interesse público e, por fim, as experiências contratuais e jurisprudenciais sobre o tema. Para tanto, a dissertação é desenvolvida em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, as parcerias público-privadas são inseridas no contexto do novo *contratualismo administrativo*. Nesse contexto de transformação do Direito Administrativo, é criada a lei das parcerias público-privadas - Lei federal n. 11.079/2004, a qual traz em seu cerne características próprias de um contrato inovador. Como forma de solução de litígios, referida lei prevê a possibilidade de emprego da arbitragem, aqui entendida não só como uma forma de incentivar o particular a pactuar com a Administração Pública, mas também como método adequado, eficiente e célere de resolução de conflitos.

No segundo capítulo, o foco será a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro e na Lei das Parcerias Público-Privadas. Após um breve histórico legislativo, ter-se-á que a Lei das Parcerias Público-Privadas foi a primeira a admitir, expressamente, no âmbito das concessões administrativas não setoriais, o emprego da arbitragem, possibilitando também o emprego de outras formas não judiciais de resolução de controvérsias. A opção pela abertura do contrato a mecanismos alternativos de solução de controvérsias é, em seguida, cotejada com o princípio da eficiência administrativa.

No terceiro capítulo, analisa-se a possível conciliação da arbitragem com o interesse público. A arbitragem com o poder público é então confrontada com aqueles princípios que, de início, seriam impeditivos a seu emprego nos contratos administrativos, quais sejam, a supremacia do interesse público, a indisponibilidade do interesse público e a submissão da administração pública ao princípio da legalidade. Em seguida, serão sugeridas, com base nos valores constitucionais, certas adaptações no procedimento arbitral quando aplicado no âmbito da Administração Pública. Propõem-se, igualmente, determinados limites procedimentais à arbitragem nas parcerias público-privadas.

Por fim, o último capítulo, de cunho prático, prestar-se-á, inicialmente, à consolidação das principais decisões proferidas pelos tribunais superiores — Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça — e pelo Tribunal de Contas da União acerca do tema da arbitragem em contratos administrativos. Após, o estudo se voltará à análise de contratos específicos de parceria público-privada com previsão da arbitragem. Será interessante conferir em que hipóteses ela é admitida, para a solução de conflitos envolvendo quais matérias, e quais são os procedimentos a serem adotados antes de sua instauração.

Cumpre salientar que, especificamente no tema da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, existem ainda poucos julgados, haja vista tratar-se de uma figura contratual recente. É por isso que os tribunais tratam com maior incidência de hipóteses fáticas concernentes aos contratos administrativos em geral. Para fins deste trabalho, a análise de julgados em contratos administrativos em geral não prejudica a exposição sobre o tema, já que as polêmicas trazidas nas decisões — especialmente no que diz respeito ao confronto entre arbitragem e supremacia e indisponibilidade do interesse público — têm a mesma tônica nos contratos de parceria público-privada e nos contratos administrativos em geral.

Por último, a partir do desenvolvimento traçado neste estudo, e com subsídio nas fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais analisadas, chega-se finalmente à conclusão.

Objetivando delimitar o objeto de pesquisa, a legislação aqui tratada é apenas a federal, embora não se ignore a existência de legislação estadual sobre parcerias público-privadas, muitas com importância reconhecida e criação anterior à Lei federal.

Para conferir maior amplitude bibliográfica a este trabalho, foram consultados textos em língua estrangeira. Esclarece-se que, com o fim de imprimir maior fluidez à dissertação, as citações foram livremente traduzidas para o português, assumindo a autora integral responsabilidade pela tradução.

1 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NA NOVA CONTRATUALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

1.1 O contrato administrativo e o regime jurídico aplicável

No século XIX, o Direito Administrativo aflora como resposta à necessidade de se submeter o Estado a bases legalmente estabelecidas, com a finalidade de afastar o poder despótico dos governantes absolutistas. Surgem, assim, regras de Direito Administrativo para enquadrar a atuação dos governantes a padrões legais pré-estabelecidos pela assembleia legislativa.

Amparado na legitimidade normativa e no *munus* de proteger o interesse público, o Direito Administrativo inicialmente se cercou de uma série de prerrogativas, não extensíveis ao Direito comum, entendidas como necessárias para o bom cumprimento de suas missões. Ou seja, como guardião do interesse público, deveria o Estado, nesse ramo especial do Direito, gozar de prerrogativas próprias para que o bem social fosse alcançado. Daí se falar em regime jurídico administrativo, próprio do Direito Público e não extensível às relações jurídicas privadas.

Todavia, se, tradicionalmente, o contrato administrativo permaneceu como expressão da autoridade da Administração Pública sobre o particular — relação de hierarquia — as novas tendências do Direito Administrativo apontam para um regime jurídico mais flexível, aproximado das formas jurídicas privadas, e, principalmente, mais consensual.

Nesse contexto de transformação florescem as parcerias público-privadas, que, juntamente com seus dispositivos mais flexíveis, trazem propostas inovadoras para o Direito Público, admitindo formas antes só imagináveis no âmbito das relações privadas.

É preciso analisar o histórico e a evolução das relações contratuais entre Estado e particular (item 1.1.1), passando-se pelas tendências atuais do Direito Administrativo (item 1.1.2) para vislumbrar uma nova forma de contratualização administrativa (1.1.3), da qual fazem parte as parcerias público-privadas.

1.1.1 Histórico

O contrato administrativo, ao lado do ato administrativo, é uma das formas de atuação do Estado para a consecução de suas finalidades públicas.

De início, as relações contratuais entre o ente público e o privado eram plenamente regidas por um conjunto de normas derrogatórias do Direito comum, denominado "regime jurídico administrativo", o qual estabelece, como característica central, uma relação de prerrogativas e sujeições em relação ao particular.

No Estado Liberal, a contratação com o particular não era prática central, pois ao Estado incumbia a função de eximir-se de ações positivas, garantindo as liberdades individuais por meio de condutas de abstenção.

Mais tarde, no auge do modelo de Estado Social, com o inchaço das atribuições estatais, aliado à inviabilidade de o aparato estatal prover, por si mesmo, todas as demandas exigidas, tornou-se necessário ampliar as formas associativas com o particular. A necessidade de colaboração do particular para a realização de funções públicas intensificou-se com a percepção de que o papel estatal não se limitava a obrigações garantísticas da liberdade e da propriedade dos indivíduos, típicas da visão liberal do início do século XIX, mas que a ele competia providenciar, também, condições mínimas para o bem-estar da população.

A relação contratual com o particular, apesar de necessária em um Estado com excesso de atribuições, cresceu arraigada a ideais de autoridade típicos do Estado Liberal. Por meio de atos que exprimiam a unilateralidade estatal, e exercendo seu *ius imperii*, a Administração Pública exercia poder de autoridade em relação ao particular, ao fundamento de que seria necessário um regime jurídico diferenciado para que o Estado pudesse tutelar a liberdade dos indivíduos.

O Direito Administrativo brasileiro, inspirado no modelo liberal, herdou em grande escala esse modo imperativo de administrar e de contratar. Até pouco tempo atrás, era inquestionável na doutrina e na jurisprudência a ideia de que a Administração Pública deveria dispor de meios próprios — e não extensíveis ao particular — que indicassem sua superioridade contratual em nome da conveniência administrativa. As leis editadas até então, igualmente, reproduziam o pensamento dominante na doutrina e jurisprudência.

Nessa perspectiva ainda tradicional, o contrato administrativo vem caracterizado no manual de Hely Lopes Meirelles como o "ajuste que a Administração Pública, nessa

qualidade, firma com o particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”.[1]

Na visão tradicional do Direito Administrativo, as prerrogativas conferem à Administração Pública uma posição de supremacia sobre o particular, as quais se estabelecem ou por meio de cláusulas contratuais não extensíveis ao contratante privado ou por expressa previsão legal.

As chamadas cláusulas exorbitantes ou de prerrogativas, se fossem previstas em contratos particulares, seriam consideradas ilícitas por conferirem supremacia de uma parte em relação à outra. É em razão dessa disparidade que, no contrato administrativo tradicional, diz-se que há uma relação de verticalidade, no topo da qual se encontra a Administração Pública, dotada de seu *ius imperii*.

A Lei nº 8.666/93, lei geral sobre licitações e contratos, prevê a existência de cláusulas dessa natureza, as quais de uma forma ou de outra apontam para uma supremacia da parte-Administração: (i) a possibilidade de alteração unilateral do contrato, em termos qualitativos ou quantitativos, sem necessidade de consentimento do particular, desde que observados os limites legais; (ii) o amplo poder de fiscalização da execução do contrato, inclusive com acompanhamento das obras e serviços por um funcionário representante da Administração Pública, o qual tem amplo acesso à obra ou serviço; (iii) a rescisão unilateral do contrato, independentemente de provocação do Poder Judiciário, em caso de não cumprimento, pelo particular, das cláusulas contratuais, em razão de sua desídia ou demora ou, ainda, por motivo de conveniência e oportunidade; e (iv) a aplicação de penalidades, após devido processo administrativo, o qual poderá concluir pela aplicação de sanções administrativas ao particular, como advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.

Pelo contrato administrativo tradicional, o particular que contrata com a Administração está diretamente afetado pelo regime de prerrogativas, e tem obrigações específicas. Não há propriamente acordo de vontades, já que o particular se limita, em regra, a observar os limites legais, contratuais e regulamentares a ele impostos. Dessa forma, nos contratos administrativos clássicos, não é plena a autonomia de vontade, nem é livremente celebrado o contrato.

---

[1] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 221.

Sobre o tema, assim esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

> É de notar que as prerrogativas em pauta colocam o "contrato" à mercê de uma das partes, tanto no que atine à continuidade quanto, dentro de certos limites, no que respeita às condições relativas à prestação devida pelo particular. Daí que subvertem profundamente a noção de contrato encontradiça na teoria geral do Direito, autorizando a questionar se ainda seria o caso de usar com propriedade esta titulação. A qualidade "administrativo" aposta à palavra "contrato" parece, no caso, ter o condão de modificar o próprio sentido substantivo.[2]

Para o autor, os poderes conferidos à Administração Pública no bojo do contrato administrativo não têm natureza contratual, sendo dispensável, inclusive, sua previsão no contrato específico, já que tais prerrogativas decorrem de competências públicas atribuídas ao Administrador, pelo regime jurídico administrativo. As chamadas "cláusulas regulamentares", ou seja, aquelas que admitem alteração pela Administração Pública sem o consentimento do particular contratado, sequer poderiam ser consideradas partes integrantes do contrato, já que não constituem o núcleo negociável do objeto contratual.

Essa visão costumeira de contrato administrativo já não é adequada às novas exigências que se impõem à Administração Pública moderna, a qual depende da colaboração dos particulares para o desenvolvimento de suas funções (e a eles deve prestar um incentivo para que com ela cooperem). Ao mesmo tempo, em respeito ao ideal democrático, deve a Administração proporcionar à sociedade a efetiva possibilidade de participação e acesso aos assuntos públicos.

Analisando a evolução do Estado e do Direito Administrativo, Odete Medauar[3] esclarece que a assunção de funções pelo Estado tornou necessário o aumento do corpo administrativo, inclusive com exigência de recrutamento de pessoal qualificado. Por sua vez, a sociedade também foi se infiltrando no bojo da Administração Pública, por meio de grupos e associações, atuantes em comissões, conselhos e grupos de trabalho, para colaborar na definição de diretrizes em diversos setores da vida social.

Diante desse cenário, o regime jurídico administrativo, antes único e amparado no ideal de proteção do interesse público, passa por uma desconstrução doutrinária, à medida que se percebe que o bem comum não deixa de ser preservado quando aplicadas formas menos rígidas de administrar e mais aproximadas do Direito Privado.

---

[2] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 628.

[3] MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

É interessante a pontuação de Luciano Silva Costa Ramos[4] sobre a inviabilidade de um regime jurídico-administrativo único. Para o autor, à Administração Pública, em seu vasto leque de atribuições, pode ser conveniente utilizar fórmulas privadas para a prossecução do interesse público. E, nesses casos, o emprego das formas privadas poderá, inclusive, ser o mais apropriado para a satisfação do interesse da coletividade, não significando seu emprego nenhuma afronta às regras e normas do Direito Administrativo.

Com instrumentos mais maleáveis, o Direito Privado passa a ser atrativo nas relações administrativas. A aproximação entre Direito Público e Direito Privado passa a ser uma tendência na atuação administrativa.

1.1.2 Tendências atuais: aproximação entre Direito Público e Privado

Vem-se observando, tanto em domínio doutrinário quanto legislativo, uma reformulação do modelo tradicional de regime jurídico administrativo, de forma a se aproximar o regime público do privado, aplicando-se à Administração, crescentemente, regras do Direito comum.

A visão tradicional de Administração Pública com privilégios vem cedendo lugar a uma Administração Pública menos impositiva e mais aberta à interação. Exige-se da nova Administração Pública uma postura mais flexível.

A mudança de paradigma vem acompanhada do entrosamento, cada vez maior, entre o ente público e o particular. A relação entre Estado e particular, tradicionalmente vertical, carregada de burocracia, dá ensejo a uma forma de contratação mais aberta à participação popular, consensual e eficiente, permitindo a inclusão democrática e a integração entre administrador e administrado.

Nesse contexto, o contrato administrativo clássico, um dos pilares da teoria do Direito Administrativo, vê-se compelido a flexibilizar-se, descerrar-se e adaptar-se às novas exigências, voltadas a uma maior paridade das posições jurídicas entre Administração e particular.

---

[4] RAMOS, Luciano Silva e Costa. Contornos jurídicos da utilização do regime jurídico-privado pela administração pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. Madri, n. 46, p. 223-232, 2004.

Nesse sentido, considera Sabino Cassese[5] que é uma tendência atual do Direito Administrativo o estabelecimento de um novo equilíbrio entre público e privado. Se no modelo tradicional o foco se colocava sobre a autoridade pública e suas prerrogativas, o Direito Administrativo moderno tem como centro de atenção seu destinatário, o qual, em última instância, é o próprio cidadão. Daí a necessidade de novos métodos de atuação da Administração Pública, fundados essencialmente em bases negociais e de incentivo à participação privada.

De acordo com a doutrina administrativista moderna, indivíduos e sociedade civil já não são meramente objeto da ação pública. Ao contrário, são destinatários da atuação estatal, como sujeitos de direitos e de deveres, e devem participar da construção do novo Direito Administrativo, tanto através da cooperação com poderes públicos para implemento de projetos de Estado (por meio de instrumentos contratuais) como pela possibilidade de terem suas reivindicações recebidas pelos órgãos competentes.[6]

Os canais de participação social, proporcionados por um Estado mais integrador, não só auxiliam na busca de soluções para os problemas sociais como também atuam como elemento legitimador da ação estatal. Ao permitir a participação na ação pública, o Estado aproxima-se dos problemas sociais, permitindo que a noção de interesse público seja esculpida não só por decisão da Administração Pública, mas também pela participação popular.

É notável, dessa forma, a exigência de uma aproximação entre ente público e particular, o que, certamente, requer o emprego de instrumentos jurídicos apropriados para disciplinar a relação entre a sociedade civil, cada vez mais participativa, e a Administração Pública, cada vez mais dependente dos recursos e da iniciativa dos particulares.

Nesse contexto, a figura contratual assume uma dimensão importante. Pela celebração de arranjos consensuais, a Administração Pública interage com indivíduos, empresas, organizações não governamentais e toda a sociedade civil, estabelecendo um equilíbrio de forças que se traduz na negociação.

A ideia tradicional de que o contrato administrativo significa a reunião de vontades antagônicas deixa lugar para o espírito da colaboração, pelo qual ambas as partes deverão esforçar-se para que o pacto efetivado atinja os objetivos anteriormente visados. No contrato de parceria, é mais tênue a contraposição de vontades. A vontade das partes

---

[5] CASSESE, Sabino. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giufrè, 2009.

[6] Nesse sentido, destaca-se a importância de abertura de canais para viabilizar o diálogo com o cidadão, como a realização de audiências públicas e a criação de órgãos de ouvidoria, por exemplo.

aponta para a mesma direção, porque o atingimento do objetivo proposto significa ganhos para ambas as partes.

Substituindo a lógica da imposição (relação verticalizada), a negociação em condições mais paritárias, por meio de contratos de parceria, fortalece os laços entre a Administração Pública e os demais agentes da sociedade.

Trata-se, segundo Gustavo Justino de Oliveira, da expressão do Estado Contratual, muito mais mediador e garantidor do que mero detentor do poder de império. Nesse sentido, enfatiza a importância da negociação no novo contrato administrativo:

> Aplicada ao terreno da Administração Pública, essa orientação [negociação] gerou locuções como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária e mais recentemente, Administração consensual.
> [...]
> O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação e a colaboração. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.[7]

A essa nova postura da Administração Pública, ainda em formação, consistente na adoção de uma atuação amparada em bases negociais, em que estão presentes influências do Direito Privado, o autor dá o nome de *nova contratualização administrativa*.[8]

A "nova contratualidade administrativa", nos dizeres de Floriano de Azevedo Marque Neto,[9] tem efeitos importantes no contrato a ser celebrado entre a Administração Pública e o particular, a saber: (i) deslocamento de imposições antes normativas para o contrato; (ii) aumento da consensualidade, o que se reflete nas cláusulas contratuais, aumentando a importância do momento pré-contratual de negociação; (iii) surgimento de contratos atípicos, cada vez mais adaptados à realidade fática em que se inserem; (iv) vinculação a metas de resultado e desempenho, inclusive com remuneração variável; (v) preocupação com padrões de eficiência e maior abertura ao compartilhamento de ganhos e

---

[7] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 33.

[8] Segundo o autor, "a *contratualização administrativa* retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca". OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo**... Op. cit., p. 224.

[9] MARQUES, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 29, n. 107, dez. 2009, p. 80.

riscos com o Poder Público; (vi) flexibilização do regime de equilíbrio econômico-financeiro; e (vii) multiplicação dos contratos de cooperação.

Carlos Pinto Coelho Motta[10] aponta que a flexibilização do Direito Administrativo é resultado das diversas tendências do Direito Administrativo, dentre elas a superação da dicotomia entre liberdade e autoridade. A autoridade do Estado não mais se legitima pela garantia de liberdade ao indivíduo. No cenário atual, em meio a demandas sociais e conflitos políticos e ideológicos, não se concebe uma Administração Pública burocratizada e autoritária. É necessário flexibilizar e democratizar as instâncias estatais, garantindo-se ao particular sua participação na gestão.

Por sua vez, Pedro Machete menciona um novo estilo de atuação: a "administração cooperante" ou "administração concertada", cujo ponto distintivo é a negociação como uma forma de condução da gestão pública.[11] Pondera o autor que esse novo estilo de organização privilegia soluções pacificadoras. Em lugar de um "direito de colisão" entre interesses públicos e particulares, abre-se caminho para um "direito de distribuição" de interesses privados mediado pela Administração Pública. Ao *Estado mediador* compete viabilizar canais de interlocução tanto entre Poder Público e indivíduos quanto entre indivíduos e grupos sociais entre si.

A nova fórmula adotada vai ao encontro do princípio da eficiência, já que, enquanto comportar estrutura saturada, hipertrofiada e burocratizada, não tem o Estado condições materiais de realizar, por si, as missões que lhe foram conferidas. A parceria, nesse contexto, surge como forma de garantir a efetivação do princípio constitucional prescrito no artigo 37 da Constituição Federal.

Lembre-se que a Constituição Federal de 1988, sem se desvencilhar totalmente do modelo social, atribuiu à Administração Pública um extenso rol de competências e funções para cujo implemento há escassez de estrutura e verbas públicas. Não podendo se eximir de seus deveres constitucionais — a prestação de serviços públicos essenciais à coletividade —, é dever do Estado buscar institutos e soluções que lhe permitam cumprir suas funções com presteza e eficiência. Assim, a própria Constituição Federal admitiu, no bojo de seu artigo 175, a possibilidade de que os serviços públicos sejam prestados por particulares, por meio de concessão ou permissão.

---

[10] MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Arbitragem nos contratos administrativos. **BDA: Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 13, n. 10, p. 672-676, out. 1997.

[11] MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 48

Trata-se, portanto, da passagem de um modo de agir imperativo, autoritário e unilateral da Administração Pública para uma modalidade de solução que valoriza a cooperação e o consenso, o que, certamente, atrai a participação popular (enriquecendo o ideal democrático), permite a descentralização dos serviços essenciais do Estado (para que sejam desempenhados pelo particular) e prestigia o princípio da eficiência.

É claro que essas tendências de aproximação entre Administração Pública e particular foram alavancadas por um cenário de crise econômico-fiscal, que exigiu uma reformulação administrativa consistente na necessidade de captação de recursos privados. A reforma do Estado e a dependência do capital privado impulsionaram a aproximação do regime jurídico administrativo ao regime jurídico privado.

1.1.3 Expansão do consensualismo na Administração Pública: as parcerias público-privadas frente à Reforma do Estado

Conforme acima aventado, essas alterações no modo de administrar são em parte consequência da crise da Administração Pública burocrática e da necessidade de sua reforma. Hipertrofiado e superdesenvolvido, o Estado Social assumiu proporções e dimensões incompatíveis com a eficiência no exercício de suas funções básicas. Já não é mais sustentável a centralização de funções públicas nas mãos da Administração Pública, pois, saturada, ela não tem condições financeiras nem materiais de efetuar as funções a ela designadas.

A confortável posição da Administração Pública do século XIX — superior e isolada — não se sustenta diante do dinamismo e das transformações do mundo moderno. Ensina Arnoldo Wald que o caráter autoritário típico da Administração Pública do século XIX foi substituído por uma necessária flexibilização da atuação administrativa:

> Deste modo, o Direito Administrativo do século XIX caracterizou-se pelo seu caráter autoritário e pela possibilidade de predeterminação de todas as situações, num mundo considerado seguro e estável, a rápida evolução tecnológica e financeira, as constantes modificações legais e a impossibilidade de qualquer previsão, a médio ou longo prazo, no plano econômico, exigiram uma reformulação do Direito Administrativo, que

> como os demais ramos do direito, passou a constituir um "direito flexível", na feliz expressão de Jean Carbonnier.[12]

Além disso, com a complexificação da sociedade e das demandas sociais, cresce a necessidade de empreendimentos que demandam infraestrutura extremamente custosa e de longa maturação, cujos custos a Administração não tem meios de suportar sem a cooperação privada.

Gaspar Ariño Ortiz[13] ressalta que a crise pela qual passa o Estado não corresponde a um mero ciclo por que passam periodicamente as economias. Trata-se de uma falência do modelo do Estado Social, com necessária ruptura de sua estrutura jurídica. O Estado Social não pode mais suportar os custos das obrigações por ele assumidas. Por outro lado, a crise social não pode significar um retrocesso ao liberalismo, pois não se pode admitir a ausência ou insuficiência de Estado. É necessário um modelo de Estado que, ao invés de renunciar à prestação de serviços, garanta sua realização, de forma eficaz e desburocratizada, ainda que a execução do serviço incumba a outrem. A nova estruturação deverá passar de uma gestão burocrática e monopolista para uma gestão compartilhada com os entes privados, garantindo-se a flexibilidade e eficiência dos serviços. Para vencer a crise, o Estado deve admitir-se como um Estado Contratual.

Contextualizando a situação fática para o cenário político-administrativo brasileiro, Luiz Carlos Bresser Pereira[14] enfatiza que a reforma da Administração Pública é uma resposta à crise da forma burocrática de administração. No período em que a atuação do Estado brasileiro se restringia ao modelo liberal, cuja função era garantir os direitos individuais pela não interferência na esfera privada, a Administração Pública burocrática, apesar de ineficiente, logrou sobreviver. Contudo, a partir do momento em que o Estado assumiu extenso rol de atividades sociais, esse modelo burocrático, ineficiente, não pôde responder adequadamente às demandas de Estado.

Para Alexandre Santos de Aragão,[15] as medidas de desestatização tomadas na década de 1980, consistentes fundamentalmente no fenômeno da privatização (transferência da titularidade de bens e atribuições ao setor privado), foram insuficientes

---

[12] WALD, Arnoldo *et al*. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 49-50.
[13] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. *In*: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org.) **Privatización y liberalización de servicios**. Madri: UA/BOE, 1999.
[14] BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e da Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.
[15] ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

para frear a crise de Estado. Desse modo, seria necessária uma nova forma de transferência da gestão dos serviços públicos, a fim de que pudessem ser prestados com a eficiência exigida da função administrativa.

Diante do extenso rol de atribuições, do crescente endividamento estatal e da pouca atratividade do contrato administrativo tradicional — ancorado fortemente na desigualdade dos contratantes e na imposição unilateral de cláusulas e condições — foi necessário repensar o contrato administrativo clássico, insubsistente para atender às novas e ampliadas demandas de colaboração com o Estado.

Com a falência do Estado-Providência e a redução do papel do Estado a áreas específicas, sinaliza Arnold Wald[16] que se engrandece a "missão da empresa", pois é ela que, organizada em um regime jurídico privado e de livre concorrência, mobiliza recursos e executa funções de forma ágil e dinâmica. Para que seja garantido o efetivo aproveitamento da colaboração com o particular, o modelo de parceria, como instrumento de desenvolvimento, deve favorecer o diálogo e o consenso, afastando-se do trato autoritário. Passando-se a execução das funções públicas ao ente particular, o Estado permanece presente como instância reguladora, porém não mais executora da competência.

As primeiras leis que conferem certa mudança de paradigma, com o implemento de uma Administração Pública mais consensual e concertada,[17] surgem a partir do final da década de 1990.[18] Antes disso, o contrato administrativo é ainda concebido como um instrumento não paritário que confere uma série de prerrogativas em prol da Administração Pública contratante.

É nesse panorama que apontam as parcerias público-privadas, disciplinadas em nível nacional pela Lei federal nº 11.079/2004, a qual estabelece bases normativas diferenciadas dos disciplinamentos anteriores — Lei federal nº 8.666/93 (relativa às contratações em geral no âmbito da Administração Pública) e Lei federal nº 8.987/95

---

[16] WALD, Arnoldo *et al*. **O direito de parceria**... Op. cit.

[17] Segundo Eduardo García de Enterría, trata-se de uma técnica de administrar diferenciada, que não se limita à obtenção de bens e serviços do particular, mas do estabelecimento de verdadeiros convênios com o particular. Nesse sentido, na administração concertada, a Administração Pública renuncia ao modo imperativo e unilateral de administração, para associar-se ao particular, com ele convencionando uma forma mais equilibrada de administrar, obtendo, como vantagem, uma colaboração mais ativa e eficiente. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11 ed. Madri: Civitas, 2002, p. 667.

[18] Nesse sentido, citam-se a Lei federal nº 8.987/95, sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, a Lei federal nº 9.637/98, sobre as Organizações Sociais, a Lei federal nº 9.790/99, sobre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e, finalmente, a Lei federal nº 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas.

(acerca do regime jurídico das concessões comuns) — garantindo maior flexibilidade e participação do contratante particular no momento da contratação e da execução.

Ressaltando que o novo consensualismo administrativo se expressa por meio de diferentes instrumentos jurídicos, é importante a consideração trazida por Gustavo Justino de Oliveira a respeito da inserção das parcerias público-privadas nas modalidades que integram a expressão do novo *contratualismo administrativo*:

> Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um *módulo consensual da Administração Pública*, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, tais como protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre outras figuras de base consensual possíveis de serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.[19]

Antes mesmo do surgimento da Lei das Parcerias Público-Privadas, a regulamentação legal das Organizações Sociais (Lei federal nº 9.637/98) e das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Lei federal nº 9.790/99) já trazia importantes transferências de funções e serviços do ente estatal aos entes privados, por meio de convênios ou de termos de parceria, figuras essas mais adequadas ao modelo de participação popular, intensificando-se, dessa forma, o intercâmbio de relações consensuais no âmbito administrativo.

Nesse sentido, Arnoldo Wald[20] preleciona que, nas contratações modernas, especialmente nas concessões atuais, vigora o espírito de associação, cooperação e colaboração entre o poder público e privado. Em razão disso, em substituição ao modelo autoritário, fala-se modernamente em “Direito Administrativo participativo”.

De fato, o regramento das parcerias público-privadas é mais adequado às necessidades contemporâneas de flexibilizar a relação com o ente privado a quem se concede a execução de um serviço, buscando-se assegurar, assim, a exigida qualidade do serviço público, através de um instrumento jurídico mais adequado, que permite o diálogo e a possibilidade de arranjo de condições contratuais antes reservadas ao domínio da Administração Pública contratante.

---

[19] OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo**... Op. cit., p. 228.
[20] WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 29, n. 107, dez. 2009.

Os dispositivos contratuais estabelecidos nos contratos de parceria público-privada são mais tênues no que concerne às denominadas cláusulas exorbitantes, porque levam em conta a existência de uma relação jurídica mais paritária entre os contratantes, de modo que a imposição unilateral do Estado, com seu *ius imperii*, é medida excepcional.

Feitas essas considerações, as quais permitem entender o que motivou o legislador a inserir dispositivos flexibilizados na Lei federal nº 11.079/2004, impõe-se uma análise mais aprofundada das parcerias público-privadas, delimitando-se seu conceito.

1.2 Parcerias público-privadas: delimitação do conceito e origem

Se consideradas em sentido amplo, as parcerias público-privadas exprimem uma forma de entrosamento já conhecida da atuação administrativa brasileira antes mesmo do surgimento da Lei federal nº 11.079/2004. A Lei vem apenas a consolidar novas modalidades de associação diferenciada com o particular (item 1.2.1). Retirando inspiração em modelos estrangeiros (item 1.2.2), apresenta uma proposta adaptada à realidade nacional, com conceito e características que vêm definidos no próprio instrumento normativo (item 1.2.3).

1.2.1 Parcerias em sentido amplo e estrito

Segundo a doutrina,[21] as parcerias público-privadas podem ser definidas em sentido amplo e estrito, pois significam, ao mesmo tempo, uma nova forma de associação do Estado com o particular e, também, nos termos da Lei federal nº 11.079/2004, modalidades específicas de contratos de concessão.

Para fins deste trabalho, quanto à aplicabilidade da arbitragem aos contratos de parceria público-privada, importa a definição de parcerias público-privadas em sentido estrito.

[21] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Santos de Aragão mencionam o duplo sentido da expressão, sinalizando a necessidade de que a parceria público-privada seja definida em sentido amplo e em sentido estrito. No mesmo sentido, Ribeiro e Prado enfatizam que a polissemia da expressão acaba por acarretar dificuldades de conceituação.

Em sentido amplo, as parcerias constituem os múltiplos vínculos entre público e privado, em que o ente público transfere, de forma consensual e mais paritária, a responsabilidade ao particular para realizar atividades continuadas de interesse público. Nesse contexto, incluem-se a concessão comum de serviços públicos, o contrato de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público.

Nesse sentido mais abrangente, as parcerias entre iniciativa pública e privada não configuram novidade no ordenamento jurídico. Aliás, em nível global, a ideia de mútua colaboração torna-se intensificada ao final da 2ª Guerra Mundial, momento de crise do Estado, quando se vislumbra o espírito de colaboração entre sociedade civil e Estado para a concretização do interesse comum.

Considerando a noção ampla, as parcerias público-privadas surgiram no ordenamento jurídico brasileiro muito antes da Lei federal nº 11.079/2004. O exemplo mais visível é a Lei de Concessões (Lei federal nº 8.987/1995), já que viabilizava a gestão comum, entre público e privado, de interesses públicos. Após, vieram as leis que organizaram o regime jurídico do terceiro setor, como a Lei federal nº 9.637/98, sobre as Organizações Sociais, e a Lei federal nº 9.790/99, sobre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Dessa forma, quando surgiu a Lei federal nº 11.079/2004, o ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de legislação sobre parcerias público-privadas, embora se tratasse de formas de parcerias muito divergentes umas das outras, mantendo-se em comum o espírito da mútua colaboração e da inserção do particular em questões relacionadas à gestão dos serviços públicos.

Restava criar um instrumento jurídico a contratos específicos e que fosse complementar à legislação até então existente.

Em sentido estrito, entretanto, o tema surge com o programa de Reforma do Estado iniciado na década de 1990 e com as privatizações ocorridas no âmbito do governo de Fernando Henrique Cardoso, culminando-se com a criação de leis que refletiam o espírito de reforma do Estado. Aliás, o incentivo às formas de parceria com o ente privado na gestão pública foi a grande bandeira levantada no governo Fernando Henrique Cardoso, fator de mudança visto como a saída para a crise de Estado, fiscal e política, que assolava o país no início da década de 1990.

Dentre essas novas criações, a Lei federal nº 11.079/2004, já no governo do presidente Lula, traz inovações importantes no tocante ao regime de espécies complexas de concessão.

Para enfrentar a crise fiscal eclodida nas últimas décadas do século XX, analisada no item 1.1.3, foram necessárias medidas de desestatização e desburocratização do aparato administrativo. A edição da Lei federal nº 11.079/2004 insere-se nesse contexto de reformas.

Sua criação está vinculada, em certa medida, à necessidade de a Administração Pública suprir as carências sociais e econômicas da sociedade, fazendo uso do crescimento econômico vivenciado pelo setor privado, transferindo-se à iniciativa privada os altos custos do empreendimento, sem prejuízo de garantias prestadas pela Administração em favor do particular. Tal necessidade se faz ainda mais premente no contexto de reforma do Estado, redução da máquina burocrática e privatização.

Assim, a Lei das Parcerias Público-Privadas criou a possibilidade de celebração de contratos específicos entre o Estado e o particular, viabilizando um regime de concessões próprio à necessidade de investimento em infraestrutura, a ser possibilitado pelo financiamento por recursos privados. A exigência de alto valor de investimento pelo setor privado foi compensada com a possibilidade de abertura do contrato, conferida por cláusulas que possam estabelecer condições mais vantajosas e atrativas ao particular na contratação com o Poder Público.

No âmbito legislativo, a primeira lei a ser editada foi a do estado de Minas Gerais, no final de 2003, seguida pela lei do estado de São Paulo, em 2004. A lei federal, após certa resistência, foi votada e aprovada no final de 2004 detendo aplicabilidade não só em nível federal, mas no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A Lei das Parcerias Público-Privadas é resultado de uma busca por um instrumento jurídico-contratual que, mitigando os riscos do investidor, flexibilize o *ius imperii* da Administração Pública como parte no contrato, prevendo vantagens ao particular, como, dentre outras, a prestação de garantias pelo Poder Público, o maior equilíbrio entre as partes na negociação do contrato, bem como a solução de conflitos por meios alternativos de solução de controvérsias.

Em contratos de longa duração, com complexidade de objeto, torna-se necessária a efetiva cooperação entre as partes contratantes a fim de que possam superar as dificuldades que venham a surgir ao longo do período de execução.

Percebe-se, assim, que o contrato de parceria público-privada é complexo e envolve mútua colaboração e apoio tanto do parceiro público quanto do parceiro privado, sem os quais o contrato será fadado ao fracasso. Daí se falar em paridade e colaboração, elementos essenciais para a boa execução do contrato.

Esse cenário de déficit orçamentário e fiscal não é realidade exclusivamente brasileira. Outros países, antes mesmo das soluções adotadas pelo legislador brasileiro, viram na parceria uma forma de superação da crise fiscal. Faz-se a seguir uma breve análise das principais experiências que inspiraram a Lei nº 11.079/2004, sem nenhum pretexto de esgotar tais modalidades.

1.2.2 A origem estrangeira dos contratos de parceria público-privada

As parcerias entre os setores público e privado configuram fenômeno que se observa em outros ordenamentos jurídicos. Conforme já ressaltado, a própria Lei federal nº 11.079/2004 surgiu inspirada em modelos de outros países.

Embora não seja possível extrair um regime jurídico uniforme em todas as experiências estrangeiras, fato é que subsiste uma busca do aproveitamento da *expertise* e dos recursos privados como forma de superação da crise do modelo político de intervenção social do Estado, sendo necessária a colaboração dos particulares para a execução dos projetos de Estado.

Em língua inglesa, assim como ocorre em língua portuguesa, as chamadas *public-private partnerships* têm um significado bastante abrangente, designando as diferentes formas de associação da Administração Pública com o particular, desde as simples privatizações até as modalidades mais complexas de mútua colaboração, como consórcios e concessões.[22]

A Lei das Parcerias Público-Privadas se ampara bastante no modelo inglês. A versão britânica, em meio ao governo neoliberal de Margaret Thatcher, é apresentada como resposta à crise de Estado.

---

[22] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP**: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

Nesse sentido, a *private finance initiative*,[23] dentro do programa das *public-private partnerships*, aparece como uma forma de concessão de serviços aos particulares, cuja execução correria por conta e risco do parceiro público. À semelhança do que ocorre no modelo nacional, tais formas de parceria exigem grande investimento privado e necessidade de implementação ou melhoria da infraestrutura. O particular assume a prestação do serviço, sendo os custos recuperados pela tarifa do usuário final ou por subsídios do governo. O serviço, dessa forma, poderá ser custeado pelo Estado.

Essa é uma vantagem analisada por Alexandre Santos de Aragão.[24] Para o autor, a grande inovação da *private finance initiative* consiste na possibilidade de concessão de serviços públicos não onerosos (como os relacionados a ensino, educação, estabelecimentos prisionais, bibliotecas, etc.), sendo o custo do serviço assumido pelo próprio poder público, calculado de acordo com a produtividade do serviço realizado.

No Direito Administrativo francês, as parcerias público-privadas são entendidas como diversas formas de concessão do serviço público. Em sentido estrito, porém, os "*contrats de partenariats*", que se assemelham muito ao modelo de parceria público-privada brasileiro, foram disciplinados na Ordonnance nº 2004-559, de 17 de junho de 2004, com regime posteriormente alterado pela Lei nº 2008-735, de 28 de junho de 2008. Segundo a definição legal:

> O contrato de parceria é um contrato administrativo pelo qual o Estado ou uma pessoa jurídica de direito público confia a um terceiro, por um período determinado em função do prazo de amortização dos investimentos ou do financiamento, uma missão global que tenha por objeto o financiamento, a construção ou a transformação, a conservação, a manutenção, a exploração ou a gestão das obras, equipamentos ou bens imateriais necessários ao serviço público.[25]

---

[23] Diogo Rosenthal Coutinho aponta que essa forma de parceria, no sistema britânico, subdivide-se em três modalidades de execução: (i) o *free standing*, caracterizado pela cobrança de tarifa do consumidor final, (ii) as *joint ventures*, em que os setores público e privado atuam em conjunto, porém a participação do ente público é limitada e a responsabilidade por riscos e custos é assumida pelo parceiro privado e (iii) os *serviços vendidos ao setor público*, consistentes em execução de serviços públicos a serem disponibilizados ao Estado. (COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: relatos de algumas experiências internacionais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011).

[24] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.

[25] Artigo 1º- I da Lei nº 2008-735, de 28 de junho de 2008, em tradução livre. No original: Art. 1er.-I – "*Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public*."

Nos Estados Unidos, as parcerias entre agentes públicos e privados se dão tanto no plano dos serviços sociais quanto na construção e operação de infraestruturas e envolvem uma série de possibilidades de associação com o ente privado, as quais não são idênticas às modalidades contratuais nacionais trazidas pela Lei federal nº 11.079/2004.

Interessante notar que, no âmbito dos serviços sociais — como os relativos à educação e à saúde —, há tradição de que essas parcerias se deem por meio de agentes privados sem finalidade lucrativa (aproximando-se do modelo nacional das Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), cujos recursos são obtidos através de doações privadas ou por incentivos governamentais.

Quanto às parcerias para construção e operação de infraestruturas, dentre as diversas modalidades existentes destacam-se a *built-transfer* (ou *turnkey*), a *built-lease-transfer* e a *built-operate-transfer*. Na primeira hipótese, o projeto é financiado e construído pelo parceiro privado, que o entrega ao final da construção para que seja operado pelo parceiro público. A segunda modalidade consiste na mesma lógica, com a diferença de que, ao invés de se transferir o empreendimento na finalização da obra, cedem-se as instalações ao poder público em regime de arrendamento. No *built-operate-transfer*, o parceiro público fica responsável tanto pela construção da infraestrutura quanto pela execução do serviço por determinado prazo.

Em Portugal, as parcerias público-privadas vêm mostrando-se satisfatórias como meio de enfrentamento da crise econômico-social no país. O programa de parceria público-privada no país visa à captação de investimentos privados para a execução de projetos que demandam infraestrutura. O Decreto-Lei nº 86/2003 regulamentou o regime de parcerias público-privadas, estabelecendo uma forma especial de contratação pela qual a responsabilidade pela execução e financiamento incumbe ao parceiro privado. Mostraram-se exitosos os programas de parceria público-privada nos setores rodoviário e de saúde.

1.2.3 O conceito brasileiro de parceria público-privada

Para fins deste trabalho, importa o conceito de parcerias público-privadas em sentido estrito,[26] especificamente nas modalidades trazidas pela Lei federal nº 11.079/2004,

[26] Cf. item 1.2.1.

restando excluídas do regime jurídico desta lei as concessões comuns, as quais permanecem sob a regência da Lei federal nº 8.987/95.

Quanto à natureza jurídica, o contrato de parceria público-privada insere-se na categoria dos contratos administrativos, assim entendidos os contratos celebrados pela Administração Pública sob a égide do Direito Público, porque têm como objetivo final a prestação de um serviço público.

O fundamento constitucional para as concessões de serviço público em geral vem expresso pelo artigo 175 da Constituição Federal, dispositivo que confere ao Poder Público a possibilidade de prestar diretamente os serviços públicos ou de transferir sua execução ao particular, por meio de concessão ou permissão. A concessão, assim, caracteriza-se pela transferência da execução dos serviços públicos — os quais são de titularidade do Poder Público — a particulares, que os executam mediante contraprestação pecuniária.

Em realidade, as parcerias público-privadas enquadram formas especiais de concessão de serviços públicos, as quais são definidas em lei como concessão administrativa e como concessão patrocinada.

Nesse sentido, e conforme já anotado anteriormente sobre a polissemia da expressão "parcerias público-privadas", bem assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro[27] que, embora as parcerias entre setor público e privado, em sentido amplo, possam expressar diferentes arranjos contratuais, a Lei de Parceria Público-Privada restringe a definição a duas modalidades específicas de contrato, pelo que, citando *ipsis litteris* o artigo 2º da Lei federal nº 11.079/2004, a "parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

Alguns autores, superando a definição meramente legalista das parcerias público-privadas, contribuem com uma definição funcional do instituto, destacando as principais características desse tipo de contrato administrativo.

Nesse sentido, é esclarecedora a definição de Paulo Modesto,[28] pois abarca as características das parcerias público-privadas:

> Trata-se de *contrato de direito público, de longo prazo e caráter extraordinário*, somente aplicável a ajustes de *grande vulto*, cujo valor

---

[27] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 145.

[28] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos e "serviço público", "serviços de relevância pública" e "serviços de exploração econômica" para as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 509-510.

> seja equivalente ou exceda a 20 milhões de Reais, possua *prazo de vigência* igual ou superior a 5 anos (mas não excedente a 35 anos) e envolva *compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado*, inclusive no tocante à *cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*.

Por sua vez, para Alexandre Santos Aragão,[29] as parcerias público-privadas assim podem ser conceituadas:

> Contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermediário, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privado à Administração Pública ou à população.

São destinados a investimentos de grande monta, no valor mínimo de vinte milhões de reais, destinados a projetos de infraestrutura, podendo ser remunerados pelo parceiro público ou por este em concorrência com a tarifa paga pelos usuários.

A forma de remuneração é um importante distintivo desses contratos, pois possibilita a contraprestação total do parceiro público (concessão administrativa) ou sua contraprestação parcial (concessão patrocinada). Dessa forma, uma das grandes novidades é a possibilidade de oferecimento de contraprestação direta por parte do Poder Concedente, tanto na concessão administrativa quanto na concessão patrocinada.

A Lei federal nº 11.079/2004 é o guia normativo das parcerias público-privadas, e traz importantes especificidades do contrato. Merecem destaque os tópicos a seguir especificados, porque refletem a vontade do legislador de inovar no âmbito dessa modalidade de contratos administrativo, dentre eles destacando-se a previsão legal do emprego da arbitragem.

1.3 Parcerias público-privadas na Lei federal nº 11.079/2004

No final de 2003, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional o projeto de lei para as parcerias público-privadas que viria a ser recebido como Projeto de Lei nº

[29] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 122.

2.546/2003. A versão apresentada teve tramitação tumultuada[30] e não ficou isenta de críticas e propostas de emenda pelos congressistas. Tão sensível é a questão que o projeto recebeu proposta de 36 emendas na sessão deliberativa da Câmara dos Deputados, sendo algumas delas acolhidas pelo plenário.[31] Foram necessárias várias negociações entre o Executivo e o Congresso, bem como alterações no projeto, para que este pudesse ser finalmente aprovado.

Em 30 de dezembro de 2004, finalmente, foi publicada a Lei federal nº 11.079/2004. Recentemente, o texto legal recebeu alterações promovidas pela Medida Provisória nº 575, de 2012, a qual veio, dentre outros matérias, especificar aspectos sobre o Fundo Garantidor.

Em termos materiais, a Lei tem inspiração nos modelos da *common law* inglesa e nos países europeus. É possível verificar, a partir da motivação apresentada no Projeto de Lei para a submissão do projeto ao Congresso Nacional, que sua criação vem justificada pela necessidade de viabilização de uma nova modalidade de contrato administrativo, com compartilhamento de riscos e ganhos, o que é sustentado pelo sucesso em outros países.[32]

De início, após as definições trazidas pelos artigos iniciais, o artigo 4º elenca as diretrizes que norteiam a contratação por parceria público-privada. Na contratação e execução do contrato, devem ser observados o atendimento da eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; o respeito aos interesses e

---

[30] MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance das leis, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei n. 11.079 de 30.12.2004. **Interesse Público**. Sapucaia do Sul-RS, v. 5, n. 29, p. 63-92, jan./fev. 2005.

[31] BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.546/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>. Acesso em: 16 jul. 2012.

[32] O Projeto de Lei nº 2546/2003 vem acompanhado da apresentação de suas justificativas, dentre as quais se destacam: "3. A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado. 4. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado. 5. As Parcerias Público-Privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprindo demandas desde as áreas de segurança pública, habitação, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica. Veja-se que o Projeto de Plano Plurianual do Governo, encaminhado para vigorar no período de 2004 a 2007, estima a necessidade de investimentos na ordem de 21,7% (vinte e um vírgula sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização. 6. A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei federal nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado. [...]"

direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;[33] a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; a transparência dos procedimentos e das decisões; a repartição objetiva de riscos entre as partes; e a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Em que pese a busca expressa desses objetivos, os quais se mostram compatíveis com a atuação da Administração Pública contemporânea, a Lei federal nº 11.079/2004 sofre duras críticas da doutrina,[34] pois seus dispositivos mais flexíveis — e, assim, mais atrativos à iniciativa privada, são interpretados como previsões inconstitucionais.

Algumas das discussões serão abordadas nos seguintes tópicos, ressaltando-se que não é objetivo deste trabalho o esgotamento das discussões e críticas acerca dos diversos dispositivos da Lei federal nº 11.079/2004, concentrando-se os esforços na análise específica da viabilidade do emprego da arbitragem para a solução dos litígios que venham a surgir da execução do contrato.

1.3.1 Modalidades

O artigo 2º da Lei federal nº 11.079/2004 classifica as parcerias público-privadas nas modalidades de concessão administrativa e concessão patrocinada.

Conforme acima anotado, as espécies de *concessões* não se limitam àquelas descritas pela Lei das Parcerias Público-Privadas. Aliás, esta somente estabelece parâmetros para duas de suas modalidades — concessão administrativa e concessão patrocinada. Deve-se ainda mencionar a concessão comum, a qual, disciplinada pela Lei federal nº 8.987/95, não é objeto da Lei federal nº 11.079/04, pois se refere a contratos administrativos cujas cláusulas não estabelecem formas de contraprestação pecuniária pelo Poder Público em favor do contratado.

---

[33] Vale assinalar que o objeto do contrato de parceria público-privada, embora possa ter vasto horizonte, encontra certos limites, como ocorre em qualquer contrato que envolva a concessão de tarefas estatais aos particulares, os quais resultam da ideia de indelegabilidade de certas funções próprias do Estado por representarem atividades que expressam a soberania do Estado.

[34] Criticando fortemente diversos dispositivos da Lei federal nº 11.079/2004, Celso Antônio Bandeira de Mello anota que "não nos recordamos de alguma outra lei que conseguisse reunir uma tal quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos". (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 801).

De acordo com o artigo 2º, II, da Lei federal nº 8.987/95, a concessão (comum) de serviço público relaciona-se à "a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco e por prazo determinado*".

Já as parcerias público-privadas, em sentido estrito, enquanto modalidades de concessão de serviço público, caracterizam-se pela mútua colaboração entre os parceiros público e privado, expressamente admitido o compartilhamento de riscos entre a Administração Pública e o contratante.

Tanto na concessão administrativa quanto na concessão patrocinada, a lei prevê a necessidade de contraprestação pecuniária ao parceiro privado, com a ressalva de que na concessão patrocinada a contraprestação estatal constitui uma das formas de remuneração, ao passo de que na concessão administrativa será a forma básica de remuneração, pois é ele o beneficiário, direto ou indireto, do serviço prestado.

E, seguindo as definições da lei, a concessão patrocinada (item 1.3.1.1) "é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado", ao passo que a concessão administrativa (item 1.3.1.2) "é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens".

Em razão das peculiaridades de cada espécie, mostra-se necessária uma análise mais detida das modalidades de parceria público-privada admitidas pela Lei federal nº 11.079/2004.

1.3.1.1 Concessão administrativa

No que tange às concessões administrativas — contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta —, subdividem-se em duas as situações fáticas que autorizam sua celebração.

Ou a Administração Pública é *usuária direta* do serviço, gozando diretamente das vantagens propiciadas pela execução do contrato, ou a Administração Pública é

beneficiária indireta do serviço a ser prestado, sendo este direcionado aos usuários do serviço público.

Carlos Ari Sundfeld[35] explica que, na qualidade de usuária direta, essa modalidade de parceria público-privada se destina à execução de *serviços ao Estado* (assim entendidos como aquelas utilidades prestadas em favor da Administração Pública, sem o envolvimento ou o gozo direto dos administrados), ao passo que, quando usuária indireta, a concessão se presta à execução de *serviços públicos* (pois, neste caso, são os usuários os destinatários do serviço prestado).

Ou seja, ou o serviço é prestado diretamente ao usuário do serviço público — hipótese em que a Administração Pública é beneficiária indireta — ou a utilidade é destinada à satisfação de uma necessidade da própria Administração Pública, ocasião em que é diretamente beneficiada pelo serviço prestado.

Nessa submodalidade em que a Administração Pública é a beneficiária direta do serviço, a concessão administrativa parece se aproximar do contrato de empreitada, uma vez que tem por objeto a execução de uma atividade material à Administração, mas com ela não se confunde porque, após a construção da obra ou a execução serviço, a gestão do serviço, inclusive a responsabilidade pela manutenção, ampliação e recuperação da infraestrutura, fica a cargo do parceiro privado a fim de permitir que o investimento inicial seja recuperado pela duração contratual.

Se a concessão se limitar à mera execução do serviço, resta desvirtuada a aplicação da Lei das Parcerias Público-Privadas, como bem é assinalado no artigo 2º, § 4º, III, da Lei federal nº 11.079/2004.[36] Essa disposição legal obriga a que a remuneração do parceiro privado fique vinculada não só à execução da obra (já que o objetivo das parcerias público-privadas não é a obra em si), mas à exploração da infraestrutura por ele idealizada.

Por essas características, Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que a concessão administrativa é uma forma de "terceirização de serviços públicos"[37] (terceirização da atividade-meio — serviços administrativos — ou terceirização da atividade-fim — serviços sociais do Estado), porque, além de eventual obra, incumbe ao parceiro particular a própria gestão dos serviços e dos recursos envolvidos na execução do contrato.

---

[35] SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 31.

[36] Artigo 2º, § 4º: "É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: [...] III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública."

[37] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias**... Op. cit., p. 154.

Em ambas as hipóteses de concessão administrativa, seja a Administração Pública beneficiária direta ou indireta, a remuneração do concessionário se dá exclusivamente pelo poder público, sem a participação tarifária do usuário.

Nesse caso, o cálculo da contraprestação não deverá ser feito a preço fixo pelo Poder Público, mas deve ser calculado de forma variável, de acordo com a utilidade concretamente prestada pelo concessionário e com o resultado de sua gestão, incentivando-se, dessa forma, a eficiência e a qualidade do serviço prestado ao usuário. O pagamento a preço fixo afastaria o parceiro privado do compartilhamento de riscos e da mútua assistência entre as partes, situações essas inerentes aos contratos de parceria público-privada.[38]

A concessão administrativa é modalidade adequada às hipóteses em que inexiste a possibilidade de cobrança de tarifa do usuário, como no caso da prestação do serviço de saúde, que, por força da Constituição Federal, é garantido de forma gratuita aos usuários. O serviço é prestado por terceiro que receberá a remuneração do parceiro público, sem que o usuário direto ou indireto seja afetado pela cobrança de tarifa.

Além da saúde, outros setores podem ser beneficiados por essa modalidade. Analisando a hipótese, Alexandre Santos de Aragão[39] elenca as atividades que tipicamente poderão ser objeto da concessão administrativa:

> (1) Serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex., rodovia em uma região muito pobre); (2) serviços públicos sociais, como a educação, a saúde e a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada. Lembremos, por exemplo, de algumas experiências já vividas em algumas entidades da federação de "terceirização" da administração de hospitais públicos; (3) atividades preparatórias ou de apoio ao exercício de poder de polícia que, em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos aliás também expressamente estabelecidos no art. 4º, III, da Lei nº 11.079/04. Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.; (4) atividades internas da Administração Pública, em que o próprio Estado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex., construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para a maior eficiência do Estado, etc.).

---

[38] Nesse sentido: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.
[39] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.

Em realidade, sendo a Administração Pública a beneficiária direta ou indireta dos serviços, não se pode negar que todos os exemplos acima citados apresentam o administrado — cidadão — como destinatário do serviço. É por isso que Celso Antônio Bandeira de Mello[40] critica a modalidade. Se são os administrados os verdadeiros usuários, argumenta o autor, resta evidente que a Administração Pública não se beneficia propriamente do serviço executado. A referência ao benefício direto ou indireto da Administração Pública, aos olhos do autor, foi meramente retórica, como uma forma de legitimar o fato de que a prestação de serviços públicos seja totalmente custeada não pela tarifa, mas pelos recursos públicos.

1.3.1.2 Concessão patrocinada

A concessão patrocinada, por sua vez, assemelha-se à concessão comum, regida pela Lei federal nº 8.987/95. Embora não seja modalidade contratual totalmente nova — já que a lei de concessões permitia que o concessionário tivesse outras fontes de receita[41] — implica uma facilidade de pagamento de quantia adicional pelo Poder Público.

Nessa modalidade, assim como ocorre na concessão comum, transfere-se ao particular a execução de serviços públicos ou obras públicas, mediante a remuneração tarifária. A principal diferença reside na previsão legal de que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, na concessão patrocinada haverá uma contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao parceiro privado.

Assim, dentre outras questões oportunamente abordadas, a concessão patrocinada distingue-se da concessão comum porque envolve, além da contraprestação tarifária, a remuneração pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Essa contribuição do parceiro público na contraprestação remuneratória do parceiro privado pode assumir, a depender do caso concreto, patamar relevante.

---

[40] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.

[41] Para Marçal Justen Filho, já seria possível a concessão de subvenções, pelo Poder Público, ao concessionário do serviço, se tal medida fosse necessária para garantir a modicidade tarifária do serviço e o amplo acesso do usuário. Além disso, tal auxílio por meio do poder público seria um incentivo de atuação nos setores em que, embora essenciais, não fossem atrativos em razão dos altos riscos envolvidos. A ideia, segundo o autor, não seria retirar da iniciativa privada o risco inerente ao negócio, mas apenas viabilizar o empreendimento. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003). Ainda sobre o tema, cf. artigo 11 da Lei nº 8.987/95 sobre o recebimento de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados em favor do concessionário.

Segundo previsão legal, permite-se que a contraprestação do parceiro público corresponda a até 70% da remuneração do contratado, podendo o percentual ser ainda maior, caso haja autorização legislativa específica.

Tal previsão faz da concessão patrocinada uma opção atrativa para as hipóteses em que a atividade objeto da concessão não seja suficiente para remunerar, por si, a atividade desenvolvida pelo parceiro privado.

A contraprestação pecuniária pelo poder público é vista como ampla vantagem para autores como Carlos Ari Sundfeld[42] e Alexandre Santos de Aragão[43], que defendem que tal contraprestação pública poderá viabilizar projetos complexos e de baixo retorno tarifário.

Por outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello[44] enxerga a situação de modo diverso. O autor critica essa possibilidade de desembolso de até 70% da remuneração pelo poder público na concessão patrocinada. No seu entendimento, se a criação das parcerias público-privadas vincula-se à necessidade de economia de recursos públicos, parece-lhe antitética a autorização para dispêndio de recursos públicos, seja na concessão patrocinada, seja na concessão administrativa.

De acordo com o artigo 6º da Lei das Parcerias Público-Privadas, a retribuição financeira do parceiro público não será necessariamente oferecida em espécie, podendo consistir em ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direitos em face da Administração Pública, outorga de direitos sobre bens públicos dominicais, além de outros meios admitidos em lei.

1.3.2 Repartição de riscos e equilíbrio entre as partes

Importante ponto distintivo das parcerias público-privadas, em relação aos contratos de concessão em geral, é a possibilidade de compartilhar riscos e ganhos econômicos.

De tão significativo nos contratos de parceria público-privada, o compartilhamento de riscos é realçado nas diretrizes gerais elencadas no artigo 4º da Lei federal nº 11.079/2004. Seguindo essa lógica, o artigo 5º aponta ser obrigatória a previsão de cláusula

---

[42] SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit.
[43] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.
[44] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.

contratual concernente à repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Na concessão comum, objeto da Lei federal nº 8.987/95, a Administração Pública é responsável pelos riscos decorrentes da *álea extraordinária*, devendo, na sua ocorrência, garantir o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por sua vez, embora o concessionário esteja protegido pela garantia o reequilíbrio financeiro em caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da Administração — todos esses eventos constituindo-se pela álea extraordinária do negócio —, a atividade é, em regra, executada por sua conta e risco no que tange aos riscos inerentes do negócio (*álea ordinária*).

De acordo com as concessões regidas pela Lei nº 8.987/95, o contrato admite o reequilíbrio econômico-financeiro apenas na hipótese de ocorrência de fatos extraordinários, externos à atividade desenvolvida e, nesse caso, o risco é assumido pela Administração Pública. No entanto, tratando-se de riscos inerentes ao próprio negócio desenvolvido — *álea ordinária* —, o concessionário, na concessão comum, responde integralmente pela sua ocorrência.[45]

Hipótese diversa, entretanto, vem prevista nos contratos de parceria público-privada. O parceiro público, ao transferir a execução do serviço ao parceiro privado, não deixa de participar do contrato, pois a parceria público-privada pressupõe um mútuo suporte entre os parceiros. Tanto a *álea ordinária* quanto a *álea extraordinária* são compartilhadas.

O parceiro público responde não só pelos riscos extraordinários (pelos quais já respondia nos contratos de concessão em geral, com a diferença de que, nas parcerias, tal risco é compartilhado), como também pela *álea ordinária*, aquela comum e inerente ao próprio negócio desenvolvido no âmbito do contrato de parceria. Configura hipótese de *álea ordinária*, por exemplo, o prejuízo advindo da baixa captação de receita do serviço executado em virtude da insuficiência de usuários pagantes de tarifa. Nesse caso, os prejuízos decorrentes serão suportados pelos parceiros público e privado.

Dessa forma, ocorrendo a hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro, seja pela concretização de risco ordinário ou extraordinário, o contrato de parceria público-privada

---

[45] Mesmo nas concessões em geral, em que o particular, em tese, responde integralmente pelos riscos ordinários do negócio, geralmente o risco é transferido para o usuário. Nesse sentido, Marçal Justen Filho ressalta que a noção de que o concessionário atua por sua conta e risco, na concessão comum, é falaciosa, pois o concessionário transfere ao usuário os custos de sua atividade. Quanto mais arriscada a atividade, maiores serão os seus *custos de transação*, e tal avaliação financeira será considerada pelo concessionário no valor da tarifa. Daí porque compartilhar os riscos entre parceiro público e parceiro privado é uma vantagem não só para as partes, mas também para os usuários do serviço. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral**... Op. cit).

deverá ser readequado para desonerar tanto o parceiro público quanto o parceiro privado do ônus de arcar sozinho com o prejuízo advindo do desequilíbrio ocasionado.[46]

Ao lado do compartilhamento de riscos, dividem os parceiros público e privado também os ganhos decorrentes da atividade. Prestadas as garantias pela Administração Pública, a lei permite que o parceiro público se beneficie dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado. Dividem-se os riscos, mas também os ganhos econômicos.

Se o parceiro público assume a possibilidade de prejuízos, injetando garantias contra os riscos do empreendimento, é razoável que possa beneficiar-se dos lucros dele oriundos.

1.3.3 Prestação de garantias pelo poder público

Em regra, o objeto do contrato de parceria público-privada demanda uma quantidade de investimento que o parceiro privado não é capaz de suportar, sendo necessário recorrer-se a instituições que possam conceder crédito suficiente para que a prestação seja concretizada. A fim de que o parceiro público possa captar o investimento necessário para a execução do empreendimento que ficou a seu encargo, o parceiro público fornece garantias que poderão tranquilizar os investidores contra o risco de insolvência.

O investidor, apesar de conceder os recursos necessários para a viabilidade da execução do contrato, não tem relação jurídica com o parceiro público, pois o contrato é firmado com o vencedor da licitação, que fica responsável pela captura de recursos suficientes para a execução de sua prestação contratual. Essas garantias fornecem o lastro patrimonial necessário para que o parceiro privado possa valer-se dos recursos do financiador do projeto enquanto não terminada a obra e disponibilizado o serviço.

Na realidade, a lógica de garantias nas parcerias público-privadas funciona como mecanismo para angariar financiamento, em favor do Estado, por meio de terceira pessoa. O poder público contrata um particular para que contraia financiamento de recursos que

---

[46] Anota Maria Sylvia Zanella Di Pietro que o parceiro privado não poderá ser obrigado a dividir o prejuízo oriundo do fato do príncipe ou do fato da Administração, porque, em ambos os casos, o risco foi gerado pela própria Administração Pública, seja por ato não relacionado propriamente ao contrato (fato do príncipe), seja por ato praticado pelo administrador enquanto parte do contrato (fato da Administração). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias**... Op. cit).

serão utilizados para a exploração da atividade. É uma maneira de evitar que o próprio Estado, limitado a normas específicas sobre endividamento e responsabilidade fiscal, tenha que se submeter a condições de financiamento.

Muitos dos financiadores desses projetos são organismos internacionais, como o Banco Mundial (BM) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), que apoiam projetos de infraestrutura em países em desenvolvimento. A prestação de garantias, muitas vezes, é imposição desses organismos que, detendo os recursos necessários para a viabilização do empreendimento, exigem a inserção de cláusulas contratuais que estabeleçam garantias em seu favor para a concessão do crédito[47].

As garantias se prestam também a tranquilizar os parceiros privados. Como a contraprestação do parceiro público, nos contratos de parceria público-privada, pode atingir patamar elevado, e como a contraprestação pelo parceiro público somente terá início quando o serviço for disponibilizado, a Lei federal nº 11.079/2004 estabeleceu formas de minimizar o risco de não pagamento pela Administração Pública.

A Lei federal nº 11.079/2004 prevê que as garantias prestadas pela Administração Pública poderão ser constituídas por (i) vinculação de receitas, (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 e (v) garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade, (vi) além de outras previstas em lei.

Dentre as garantias acima enunciadas, destaca-se aquela relativa à possibilidade de instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei. Personificando esse tipo de garantia, a Lei federal nº 11.079/2004 já veio a instituir o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, previsto especificamente para as modalidades contratadas no âmbito da União Federal.

De acordo com os artigos 16 a 20 da Lei, o Fundo Garantidor tem natureza privada, é composto por patrimônio próprio, inteiramente público, do qual participam a União, suas autarquias e fundações públicas, tendo por finalidade "oferecer garantia de pagamento de obrigações pecuniárias federais em concessões patrocinadas ou administrativas". O Fundo

[47] A previsão da cláusula arbitral é uma das garantias que podem ser exigidas por esses organismos, já que, ao minimizar os riscos de eventuais demandas recaírem sobre a esfera do Poder Judiciário – o que poderá implicar retardamento da solução ao litígio – a cláusula presta-se a garantir uma solução adequada e célere das demandas que possam surgir da execução do contrato.

Garantidor será gerido por instituição financeira controlada direta ou indiretamente pela União Federal.[48]

Em caso de inadimplemento pelo parceiro público, o Fundo Garantidor transfere ao parceiro privado a prestação devida, passando a ser credor, por sub-rogação, do parceiro público quanto ao montante inadimplido.

Grande discussão na doutrina se trava acerca da natureza jurídica do Fundo Garantidor e da possibilidade de transferência de seus recursos para o parceiro privado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[49] defende que, sendo o fundo constituído por patrimônio público, oriundo da União, autarquias e fundações públicas, os recursos não perdem a natureza de bem público somente pelo fato de estarem vinculados a um fundo específico, mesmo que a lei preveja que tal fundo detenha natureza privada. Além disso, enfatiza a autora que, enquanto fundo, constitui-se de receitas específicas para a realização de determinados objetivos, submetendo-se a todo disciplinamento doutrinário a respeito dos fundos criados pelos entes públicos, especialmente a proibição de vinculação de receitas de impostos, conforme determinado pelo artigo 167, IV, da Constituição Federal.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello[50] repugna a existência do Fundo Garantidor como forma de garantia do pagamento do parceiro público. Na visão do autor, além de constituir afronta à ordem constitucional de pagamento dos precatórios, prevista no artigo 100 da Constituição Federal, a solução adotada pelo legislador ordinário feriria também o princípio da igualdade, pois proporciona tratamento diferenciado ao credor específico dessa modalidade de contrato administrativo, preterindo-se os demais credores, inclusive aqueles mais antigos na ordem cronológica.

Por outro lado, como o artigo 8º, V, da Lei federal nº 11.079/2004 faz menção às "garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade", há quem defenda — como Carlos Ari Sundfeld[51] — que o Fundo Garantidor detém personalidade jurídica de empresa estatal e estaria, portanto, sujeito ao regime jurídico privado, por força do artigo 173 da Constituição Federal, pelo qual as empresas públicas submetem-se às regras de Direito comum. Tal natureza jurídica privada explicaria a não

---

[48] De acordo com o artigo 1º do Estatuto do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, o Fundo Garantidor "tem natureza privada, com patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e está sujeito a direitos e obrigações próprias, cujos participantes podem ser a União, suas autarquias e fundações públicas que a ele aderirem [...]". (BRASIL. Ministério da Fazenda. **Estatuto do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/estatuto_FGP.pdf>. Acesso em: 08/07/2012).

[49] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias**... Op. cit.

[50] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.

[51] SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit.

submissão do Fundo Garantidor à regra constitucional do artigo 100 acerca do pagamento de débitos da Fazenda Pública por meio de precatórios.

No mesmo sentido, assevera Alexandre Santos Aragão[52] que seria legítima a criação de pessoa jurídica de Direito Privado para a gestão do fundo, sem que isso implique ilegítima burla ao regime de precatórios, já que a criação de entes privados, pela Administração Pública, é prerrogativa assegurada pela Constituição Federal, sendo desejável sua criação para assegurar a eficiência dos serviços públicos.

A viabilidade e constitucionalidade do Fundo Garantidor tem especial importância, nesse trabalho, no tocante à execução da sentença arbitral. Uma vez estabelecida por arbitragem a condenação do parceiro público para o pagamento de determinada quantia, poderia o desembolso ocorrer de imediato e a encargo do Fundo Garantidor? Essa é uma questão delicada que será examinada no item 3.4.

1.3.4 A execução do contrato: prazo, sanção pelo inadimplemento e controle social

O contrato de parceria público-privada, em ambas as modalidades — concessão patrocinada e concessão administrativa —, prevê regras específicas para sua execução, as quais não encontram correspondência nas outras formas de concessão ou contratação com o ente público. A execução vincula-se à ideia de que o contrato de parceria é diferenciado, e por isso deve ser flexibilizado para oferecer vantagens suficientes ao particular, a ponto de torná-lo atrativo para envolver-se em um empreendimento de grande vulto, por longo período de tempo.

No que tange às disposições específicas para atrair o contratante privado, a primeira delas diz respeito ao prazo contratual. Segundo o artigo 5º, I, da Lei federal nº 11.079/2004, o prazo de vigência não será inferior a 5 anos nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação do contrato. O longo prazo previsto para a execução contratual se justifica pela necessidade de concessão de tempo razoável para que o parceiro privado possa recuperar os altos investimentos iniciais necessários à realização do projeto.

Lembre-se que a responsabilidade pela realização da obra ou do serviço, desde a especificação do projeto, compete ao parceiro privado. O edital de licitação deverá conter

[52] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit.

apenas elementos básicos do projeto a ser desenvolvido, de modo que os meios para sua consecução ficam a cargo do parceiro privado vencedor da licitação.

E, considerando que a estrutura lhe deve servir por anos como fonte de lucro, é de seu interesse que seja bem executada. Isso vai ao encontro do princípio da eficiência, já que, quanto mais bem realizada a estrutura inicial, mais rentável lhe será ao longo dos anos. Após a realização do projeto infraestrutral, a Administração Pública, também vinculada ao princípio da eficiência, deverá realizar um controle de qualidade sobre o resultado final da obra ou serviço objeto da concessão — controle de performance.[53]

Importante frisar que, na Lei federal nº 11.079/2004, sendo o prazo de vigência de até 35 anos, fica dificultado o controle orçamentário no Plano Plurianual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou na Lei Orçamentária Anual. Por isso, a Lei federal nº 11.079/2004 prevê, no artigo 10, uma série de controles que antecedem a abertura da licitação com a finalidade de orientar a Administração Pública contratante ao cumprimento dos objetivos e obrigações previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente quanto a uma ação planejada e transparente, com prevenção de riscos e correção de desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

Quanto às sanções a serem aplicadas em caso de inadimplemento contratual, a Lei federal nº 11.079/2004 traz uma inovação importante ao determinar, dentre as cláusulas obrigatórias, a previsão quanto às penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual. Tradicionalmente, nos contratos de concessão comum, o capítulo das penalidades vem associado às sanções aplicáveis ao contratante privado, como reflexo dos poderes de controle e sancionatório que detém a Administração Pública enquanto poder concedente.[54]

Ao mencionar as penalidades a serem aplicadas à Administração Pública, depara-se com uma situação ainda pouco esclarecida, pois a lei não especifica as sanções aplicáveis, nem a forma de sua execução. A doutrina entende que tais penalidades, para serem aplicáveis à Administração Pública, deverão ter previsão legal, em respeito ao princípio da legalidade, e, mesmo assim, não poderiam implicar no reconhecimento de um "poder

---

[53] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. cit.

[54] Nesse sentido, o artigo 87 da Lei federal nº 8.666/93 prevê, pela inexecução do contrato, as seguintes sanções: advertência, multa; suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

sancionatório" em favor do parceiro privado, pois essa é uma prerrogativa exclusiva da Administração Pública contratante.

Reconhecendo a dificuldade em estabelecer parâmetros para a punição da Administração Pública inadimplente, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[55] vê como única possibilidade a cominação de multa ressarcitória em favor do parceiro privado prejudicado, como forma de compensação dos danos sofridos pelo inadimplemento do parceiro público.

Obviamente, as sanções financeiras previstas contratualmente não excluem as penalidades previstas no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, conforme disposição do artigo 29 da Lei federal nº 11.079/2004.

Por fim, no que tange ao controle social do contrato, preveem-se disposições diferenciadas do regime e contratação administrativa geral. Aponta Hélio Saul Mileski[56] serem dois os momentos de controle judicial. Em primeiro lugar, já no procedimento licitatório, a minuta do edital e a do contrato de parceria público-privada deverão ser submetidas ao controle social, consistente na publicação na imprensa oficial, em jornal de grande circulação e em meio eletrônico, acompanhadas da justificativa, do objeto e do prazo de contratação (artigo 10, VI, da Lei federal nº 11.079/2004). Após, o controle dá-se na execução contratual, pela obrigação do órgão gestor da parceria de disponibilizar ao público relatórios de desempenho (artigo 14 § 6º, da Lei federal nº 11.079/2004). Essa forma de controle social é bastante positiva e garante a transparência da contratação e execução do contrato.

Conforme a seguir exposto, a exigência de transparência e de probidade exigidas da contratação pela parceria público-privada não será prejudicada pelo emprego da arbitragem nessa modalidade.

1.3.5 Previsão de solução de controvérsias por meios não judiciais

Ainda em consonância com a tendência de aproximar o ente particular do poder público, através de instrumentos mais paritários, a Lei nº 11.079/2004 previu o emprego de

[55] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias**... Op. cit.
[56] MILESKI, Helio Saul. Op. cit.

mecanismos alternativos de resolução de disputas, sendo possível o emprego da arbitragem.

Nos termos de seu artigo 11:

> 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.

Pela disposição legal, para solucionar determinadas questões do contrato, as partes poderão valer-se de mecanismos autocompositivos de solução de litígios (conciliação, mediação, transação), sem prejuízo de recorrerem à arbitragem, caso não encontrem uma solução amigável.

Conforme analisado, os dispositivos diferenciados constantes da Lei das Parcerias Público-Privadas são, em parte, resultado de uma crise fiscal e de uma crise democrática da Administração Pública. Eles visam a conferir abertura e paridade ao contrato, estabelecendo melhores condições para o contratante privado.

A previsão de solução de controvérsias por arbitragem é uma dessas disposições mais flexíveis. Ao mesmo tempo, viabiliza a celebração de contratos complexos (os quais, talvez, não fossem tão atrativos sem sua previsão) e impulsiona a flexibilização e desburocratização da atuação administrativa. Sobre o tema, Carlos Alberto de Salles[57] ressalta que a arbitragem é, a um só tempo, causa e consequência da reforma do Estado:

> A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tonar atrativo o negócio com o Estado.

---

[57] SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 62.

Sintetiza o autor que a previsão da arbitragem nos contratos administrativos preenche uma dupla vantagem: a primeira importa em proporcionar uma alternativa adequada às soluções de controvérsias, e a segunda é relativa ao atrativo que esse mecanismo proporciona aos particulares que irão contratar com a Administração Pública, já que constitui garantia de resposta rápida e eficiente às controvérsias.

Todavia, embora sejam várias as vantagens da adoção do procedimento arbitral nos contratos de parceria público-privada, será necessária uma cuidadosa análise da compatibilidade desse instituto com as regras específicas do Direito Público.

No próximo capítulo, apresenta-se o instituto da arbitragem, sua natureza jurídica (item 2.1.1), o histórico da Lei federal nº 9.307/96 (item 2.1.2), a natureza dos litígios que a ela podem ser submetidos (item 2.1.3) e as dificuldades de sua aceitação pela doutrina e jurisprudência brasileira (item 2.2). A seu lado figuram outras modalidades de solução de controvérsias (item 2.3), as quais são, geralmente, oferecidas às partes antes da submissão do litígio à arbitragem, esta última sendo empregada após as tentativas de solução amigável (item 2.3.2). Por fim, a inserção da modalidade na Lei federal nº 11.079/2004, além de propiciar todos os benefícios próprios do instituto, traz a vantagem de concretização do princípio da eficiência administrativa (item 2.4.2.).

Tais considerações serão necessárias para enfrentar a polêmica acerca da aplicabilidade da arbitragem no âmbito do Poder Público, especialmente no que diz respeito às parcerias público-privadas.

2 A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E NA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

2.1 Arbitragem no Brasil: a Lei federal nº 9.307/96

Paralelamente à resolução judicial das controvérsias, e como alternativa ao colapso do Poder Judiciário em resolver de forma eficiente e célere as demandas que lhe são submetidas, a arbitragem surge como mecanismo heterocompositivo de solução de litígios, pelo qual é conferida a um terceiro, não investido do Poder de Estado, e nos termos da vontade externada pelas partes envolvidas, a atribuição de decidir, de forma definitiva, acerca de determinada controvérsia.

Com propriedade, Carlos Alberto Carmona,[58] comentando a Lei federal nº 9.307/96, define a arbitragem como um:

> [...] meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial — é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Detendo ao mesmo tempo natureza contratual e jurisdicional, a arbitragem traz a vantagem da negociabilidade e da segurança jurídica (item 2.1.1). Ao lado de outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias, a arbitragem vem ganhando espaço na comunidade jurídica, por serem reconhecidos os benefícios e vantagens que o acolhimento dessa modalidade de solução de controvérsias pode trazer às partes, ainda mais após a edição da Lei federal nº 9.307/96 (item 2.1.2). As demandas suscetíveis à solução pela arbitragem, bem como os requisitos para seu emprego, merecem destaque no item 2.1.3.

---

[58] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

2.1.1 Natureza jurídica

Muito se questiona acerca da natureza jurídica do instituto. Por seu caráter privado (o Estado, em regra, não se imiscui no procedimento arbitral de resolução do conflito, salvo em casos excepcionais ou para determinar a execução forçada[59]), há argumentos favoráveis à natureza contratual privada. Por outro lado, por se tratar de uma decisão imposta de forma definitiva, é possível sustentar tratar-se de uma modalidade jurisdicional autônoma e alternativa à do Poder Judiciário.

O ponto central da discussão refere-se à posição central e dicotômica, de um lado, da autonomia da vontade (não se pode imaginar a instituição da arbitragem senão pela vontade das partes envolvidas), e, de outro, ao caráter definitivo e vinculante da decisão imposta pelo árbitro.

Para José Luís Esquível,[60] a natureza jurídica da arbitragem tem sido analisada sob a ótica de três correntes. Segundo a "corrente contratualista", a arbitragem tem natureza de negócio jurídico, caracterizado pela autonomia das partes quanto às regras a serem aplicadas na resolução de conflitos de natureza disponível. A natureza contratualista se evidencia pela necessidade de convenção arbitral entre as partes. Já para a "corrente judicialista", à qual se filia o autor, os árbitros se equiparam a juízes, cujas decisões têm a mesma força vinculante das decisões judiciais, equiparando-se a função arbitral ao poder estatal de julgar. Por fim, para a "corrente mista", ou *sui generis,* a arbitragem tem aspectos tanto contratualistas como judicialistas. Se, antes da instauração do Tribunal Arbitral, as partes têm autonomia para estabelecer as regras a serem aplicadas, esgota-se essa autonomia com o início do procedimento, a partir do qual as decisões tomadas pelo Tribunal terão caráter vinculante, independentemente da vontade da parte desfavorecida.

A corrente híbrida parece, acertadamente, sintetizar as características da arbitragem, já que o procedimento não é nem totalmente livre às partes nem integralmente jurisdicionado, o que permite determinada margem de decidibilidade pelas partes envolvidas. Enquanto a vontade das partes é elemento essencial para sua constituição, não se podendo admitir arbitragem sem o consentimento das partes (viés contratual), figura-se

---

[59] Embora a arbitragem disponha da chamada *jurisdictio* — poder de dizer o direito — não detém o *imperium* — poder de obrigar o cumprimento. Nesse caso, as decisões que não forem voluntariamente obedecidas deverão ser executadas perante o Poder Judiciário. Outras hipóteses de recorrer ao Poder Judiciário dizem respeito a eventuais nulidades no curso do processo de arbitragem, execução de medidas coercitivas, antecipatórias, cautelares e instrutórias, etc.

[60] ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

absolutamente irrelevante a concordância da parte no que tange ao quanto decidido pelo árbitro ou tribunal arbitral (viés jurisdicional).

É em razão dessas características que José Cretella Neto[61] propõe que a arbitragem tem uma natureza mista *sui generis*, pois o fundamento contratual na sua instituição cede lugar para o fundamento jurisdicional na forma de resolução de conflitos.

2.1.2 Histórico da arbitragem no Brasil

Antes da edição da Lei federal nº 9.307/96, a qual representou verdadeira inovação legislativa sobre a matéria no ordenamento jurídico pátrio, outros dispositivos, constitucionais e infralegais, também trataram desse mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias.

Na primeira constituição brasileira, a arbitragem aparece de forma bastante ousada. O artigo 160 da Constituição de 1824 possibilitou o emprego da arbitragem "*nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas*", sendo ainda admitida a execução da "sentença arbitral" sem recurso, se assim o convencionassem as partes.

Contudo, como os textos constitucionais que se seguiram deixaram de prever expressamente a arbitragem e, mais, em sentido contrário, garantiam como direitos fundamentais a inafastabilidade do Poder Judiciário (a exemplo do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988), esse recuo foi interpretado como forma de repúdio à arbitragem.

O Código Comercial de 1850, editado sob a vigência da Constituição de 1824, também previa uma espécie de arbitragem obrigatória que acabou sendo posteriormente revogada pela Lei nº 1.350, de 1866, por se considerar inconstitucional a obrigatoriedade da jurisdição arbitral.[62]

Na vigência do Código Civil de 1916, a arbitragem foi disciplinada pelo artigo 1.037, segundo o qual "as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências

---

[61] CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

[62] O Código Comercial estabelecia em vários dispositivos a hipótese de arbitragem obrigatória para solucionar diversos tipos de conflitos, dentre eles aqueles decorrentes da formação ou execução dos contratos comerciais, ou das divergências entre os sócios durante a existência da sociedade comercial ou da companhia. (Cf. artigos 20 do Título Único "Da administração da justiça nos negócios e causas comerciais" do Código Comercial).

judiciais, ou extrajudiciais". Convém notar que, à semelhança do artigo 1º da Lei 9.307/96, o Código Civil estabelecia uma condição subjetiva de arbitrabilidade ("pessoas capazes de contratar"), porém não trazia restrição quanto à arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a matéria passível de decisão pelo árbitro.[63]

No âmbito processual civil, o Código de Processo de 1939 previu o Juízo Arbitral nos artigos 1.031 a 1.046. Nos dispositivos, há grande preocupação formal com o procedimento, bem como com a figura do árbitro, sua aptidão para julgar a causa e sua imparcialidade. Apesar de notáveis inovações, a sentença arbitral, segundo previsão do artigo 1.041, ainda dependeria de homologação perante o Poder Judiciário, a fim de que lhe fosse conferida força de sentença, sendo possível, inclusive, recurso de apelação da sentença que homologasse, ou não, a decisão arbitral. A necessária chancela do procedimento perante o Poder Judiciário deixava o procedimento moroso e complicado, retirando-lhe uma das mais importantes características do instituto, a celeridade.

Com a vigência do novo Código de Processo Civil, de 1973, não houve alteração substancial no disciplinamento da arbitragem, conforme se vislumbra da análise dos artigos 1072 a 1102. Diferentemente do Código Processual anterior, a nova lei adjetiva adicionou ao requisito objetivo uma condição objetiva concernente à matéria sujeita à arbitragem, consoante se depreende do artigo 1.072: "As pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação." O laudo arbitral, que não ficaria sujeito a recurso, salvo se as partes convencionassem o contrário, deveria ser proferido por árbitro que tivesse aptidão para julgar a causa, excluindo-se os incapazes, os analfabetos, os impedidos de servir como juízes e os suspeitos de parcialidade.

Dentre outros regramentos, e à semelhança do disciplinamento da lei civil, estabelecia-se que o laudo arbitral, apesar de ser fruto de um procedimento adequado e imparcial, deveria receber a chancela do Poder Judiciário, por meio de procedimento de homologação judicial, cabendo recurso de apelação da sentença que homologasse ou não o laudo arbitral.

Além disso, mesmo que estabelecida previamente no contrato, a cláusula compromissória[64] não era autoaplicável, pois, uma vez surgido o conflito entre as partes,

---

[63] Sobre os requisitos da arbitrabilidade, cf. item 2.1.3.

[64] Carlos Alberto Carmona define a cláusula compromissória como o "pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio que possa decorrer de uma

estas deveriam ratificar sua vontade, por meio de compromisso arbitral específico. Em outras palavras, a cláusula somente teria eficácia com a concordância das partes no momento da deflagração do conflito. Esse procedimento dificultava a concretização da arbitragem, já que, uma vez deflagrado o conflito, as partes envolvidas, muitas vezes já desgastadas pelo litígio, não detinham condições para novas negociações.[65]

Nada podendo fazer para obrigar a parte recalcitrante a celebrar o compromisso, somente restaria à parte prejudicada resolver tal inadimplemento em perdas e danos perante o Poder Judiciário.

A disciplina anterior, ao exigir uma confirmação do juízo arbitral anteriormente estabelecido, possibilitando que o contratante pudesse rever seu posicionamento, desviava-se do dever de boa-fé[66] que atualmente é tão prestigiado pelo ordenamento jurídico.

No regramento atual, trazido pela Lei federal nº 9.307/96, a cláusula compromissória, se prevista de forma irrevogável, tem por força excluir, ainda que de forma não absoluta, a apreciação pelo Poder Judiciário. A previsão do artigo 267, VII (extinção do processo, sem julgamento de mérito, pela convenção de arbitragem), inserida pela Lei federal nº 9.307/96, veio a solucionar o impasse.

Além disso, não é mais necessária a celebração de compromisso arbitral ratificador da cláusula. Na redação original do artigo 301, IX, do Código de Processo Civil, apenas o compromisso arbitral seria matéria a ser alegada preliminarmente em contestação, a fim de excluir a jurisdição estatal. Com a introdução da Lei federal nº 9.307/96, o referido inciso foi alterado, figurando-se como matéria arguível preliminarmente a convenção de arbitragem, assim entendida não só como o compromisso arbitral confirmatório da convenção, mas a própria cláusula compromissória.

Hoje, a importância da cláusula compromissória é tanta que esta detém uma espécie de autonomia, de modo que a invalidade do contrato não implica necessariamente a invalidade da cláusula (artigo 8º da Lei de Arbitragem). A nova previsão legislativa vem ao encontro da simplificação do procedimento e da segurança jurídica que se pretende

---

determina relação jurídica". CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 16.

[65] A necessidade de posterior ratificação da arbitragem por compromisso arbitral desmotivava seu emprego, por criar uma situação de insegurança jurídica às partes contratantes. Por isso, era fortemente criticada por Carlos Alberto Carmona: "[...], a doutrina e a jurisprudência praticamente transformaram o *pacto de contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pacto nudum*, contribuindo para que os agentes do comércio (especialmente os agentes do comércio internacional) abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias no Brasil". (CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 5).

[66] Segundo esse princípio, não pode o contratante adotar posição diversa daquela adotada anteriormente, restando rechaçado o "*venire contra factum proprium*". Os contratantes devem manter coerência nas suas posições pretéritas, evitando surpreender o outro ou frustrar suas expectativas.

conferir à arbitragem. Isso porque recorrer ao Poder Judiciário para simples homologação, com a possibilidade ainda de interposição de recurso, era ônus que retirava da arbitragem todo o atrativo de celeridade e de flexibilização do procedimento.

Com a edição da Lei federal nº 9.307/96, grande parte dos entraves para a submissão de um litígio à arbitragem restaram superados.

2.1.3 Requisitos para a submissão de um litígio à arbitragem

O emprego da arbitragem, tanto no âmbito privado quanto no público, somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam o seu emprego. Assim, não é qualquer litígio que está apto a ser resolvido por esse mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, mas somente aqueles que satisfaçam os *requisitos de arbitrabilidade*.

Pela regra do artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem, é necessário que estejam presentes as condições para a *arbitrabilidade subjetiva* e para a *arbitrabilidade objetiva*.

A condição subjetiva diz respeito às pessoas que poderão submeter um conflito à apreciação de um árbitro, ou seja, as possíveis partes que poderão se contrapor no procedimento arbitral. Diz o artigo 1º da Lei federal nº 9307/96 que poderão se sujeitar à arbitragem as pessoas *capazes de contratar*.

A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, se refere às matérias sobre as quais poderá decidir o árbitro, matérias essas que, segundo o mesmo artigo 1º, devem ser atinentes a direitos patrimoniais disponíveis. O Código Civil, em seu artigo 852, complementa a restrição do artigo 1º da Lei de Arbitragem vedando o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

Quanto ao requisito da arbitrabilidade subjetiva, não há empecilho para que a parte envolvida seja a Administração Pública. É que, de fato, o Poder Público é capaz de contratar, inclusive internacionalmente, tanto que o faz constantemente por meio de diferentes figuras contratuais. Escolher pela arbitragem é um desdobramento do próprio poder de contratar, já que a cláusula compromissória integra o contrato, constituindo, em

si, um ato de disposição próprio do direito de contratar. É nesse sentido que Eros Grau[67] afirma que "sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem".

Por certo, a capacidade da Administração Pública de contratar sofre limitações legais, porque sua autonomia não correspondente exatamente à liberdade da autonomia privada. Na Administração Pública, autonomia para contratar significa valorar e escolher entre as alternativas aquela que melhor atinja o bem comum. O administrador público, ao praticar atos de disposição em nome da Administração Pública, deve sempre perseguir o interesse público. Toda escolha deve ser motivada e amparada nas determinações objetivas da lei e do ordenamento.

Embora a capacidade de contratar, em relação à Administração Pública, sofra limitações legais, tais restrições não constituem óbice para o preenchimento do requisito da arbitrabilidade subjetiva, pois não retiram da Administração Pública a aptidão para figurar como parte em um contrato administrativo, desde que o objetivo a ser perseguido seja a satisfação de um interesse público.

É, contudo, na seara da arbitrabilidade objetiva — submissão ao árbitro apenas de matérias concernentes a direitos patrimoniais disponíveis — que surgem as discussões sobre a possibilidade de se submeterem as demandas do Poder Público à arbitragem. O cerne das discussões reside na premissa de que as matérias envolvendo os contratos administrativos não seriam arbitráveis em razão da indisponibilidade do interesse público que norteia as relações administrativas.[68]

Além desses dois requisitos, veiculados expressamente no artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96, não se podem descartar outros previstos em dispositivos legais externos à Lei de Arbitragem.

Nesse sentido, embora não esteja expressamente mencionado na Lei de Arbitragem, é certo que qualquer litígio a ser submetido à arbitragem, ainda que referente a direitos disponíveis, deverá originar-se de uma relação jurídica que contenha os requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, como determina o artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não

---

[67] GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000, p. 20.

[68] Sobre a compatibilidade entre a disponibilidade de bens patrimoniais e a indisponibilidade do interesse público, cf. capítulo 3.

defesa em lei. Caso contrário, a própria decisão arbitral será eivada da nulidade que acometeu o negócio jurídico que a originou.[69]

No tocante à arbitragem envolvendo os contratos administrativos, especificamente as parcerias público-privadas, além dos requisitos acima indicados, a arbitragem depende da observância de requisitos adicionais do artigo 11, II, da Lei federal nº 11.079/2004, ou seja, previsão editalícia de seu emprego, realização no Brasil e em língua portuguesa.

Ainda em se tratando de arbitragem no âmbito do Poder Público, existem outras condicionantes, de ordem constitucional, a serem observadas na arbitragem. Nesse sentido, o procedimento deverá respeitar o princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, sendo vedada a arbitragem por equidade.[70]

A possibilidade de existirem *direitos administrativos disponíveis*, bem como todas as formas de adaptação da arbitragem às exigências da Lei federal nº 11.079/2004, são tratadas no capítulo 3 deste trabalho. Importante frisar, por ora, que sob a ótica da Lei federal nº 9.307/96, não se encontram impedimentos de submissão da Administração Pública a seu disciplinamento.

2.2 A constitucionalidade da Lei de Arbitragem em face do Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal

Com a edição da Lei federal nº 9.307/96, o Supremo Tribunal Federal foi instado a analisar sua constitucionalidade em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão a direito.

Pela redação da Lei, tem-se que, na existência de cláusula compromissória, opondo-se uma das partes quanto à instituição do compromisso arbitral, poderá a outra recorrer ao Poder Judiciário, a fim de obrigar-se a lavratura do compromisso (artigo 7º da Lei federal nº 9.307/96). Nesse caso, a sentença de procedência valerá como compromisso arbitral.

Além disso, a Lei federal nº 9.307/96 trouxe importantes alterações no Código de Processo Civil. Pelo novo disciplinamento, o artigo 267, VII, da lei processual passou a

---

[69] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.

[70] Acerca das limitações constitucionais a serem observadas na arbitragem envolvendo o Poder Público, cf. capítulo 3 deste trabalho.

prever que a convenção de arbitragem configura causa de arquivamento do processo, de modo que, ajuizada uma ação que verse sobre matéria sobre a qual se instituiu a cláusula arbitral, deverá o juiz extingui-la sem analisar o mérito. Por fim, nos termos do artigo 33 da Lei de Arbitragem, o Poder Judiciário somente poderá rever o conteúdo da decisão caso ela seja eivada de nulidade.

Todas essas alterações, que implicam restrição à parte que tenha anuído a uma cláusula arbitral, foram objeto de fortes críticas, ao fundamento de que tais disposições não poderiam impedir o cidadão do acesso ao Poder Judiciário.

Atualmente, essa discussão encontra-se superada, tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se assentou pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem.[71] Segundo a Corte, uma vez acordado o juízo arbitral, com a manifestação de vontade da parte, não se vislumbra afronta ao acesso à Justiça, uma vez que o direito de ação é disponível por seu próprio titular. Assim, se a parte recalcitrante anuiu anteriormente à cláusula arbitral, e não houve nenhum vício de consentimento que pudesse invalidar o ato, o poder conferido ao juiz para substituir sua vontade é legítimo e constitucional.

Para o Tribunal, o dispositivo constitucional não se destina ao cidadão, que é livre para se comprometer ao procedimento arbitral nas hipóteses autorizadas em lei. Na realidade, a inafastabilidade do Poder Judiciário se dirige ao legislador, que não poderá obrigar o cidadão a se submeter a tribunais de exceção.

De fato, não há impedimento de acesso ao Poder Judiciário, mas, antes, uma prévia adesão, no bojo do exercício de liberdade contratual, viabilizando, a quem assim quiser ou contratar, a adoção de uma via especial para as partes em litígio.

Além de não apresentar afronta ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, defende-se que o emprego da arbitragem poderá, ao contrário, representar uma forma de concretização dos princípios constitucionais, especialmente aqueles relativos ao acesso à Justiça, à duração razoável do processo, ao princípio democrático, bem como à eficiência administrativa (tratada separadamente no item 2.4.2).

---

[71] No julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/AgR/EP, publicado em 30 abr. 2004, acerca de pedido de homologação de sentença arbitral oriunda da Espanha**,** o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria pela constitucionalidade da Lei da Arbitragem, considerando que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV Constituição Federal, já que este *representa um direito à ação e não um dever*. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/AgR/EP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001, p. 30 abr. 2004).

Nesse sentido, argumenta Carlos Alberto de Salles[72] que os mecanismos não judiciais de solução de controvérsias são métodos aliados da tutela judicial, pois oferecem *respostas adequadas* às demandas dos jurisdicionados, proporcionando, assim, o acesso à Justiça por meio de um mecanismo adequado de justiça. Na mesma diretriz, explica Lauro da Gama e Souza Junior[73] que a arbitragem é um meio alternativo de *acesso à Justiça*, na medida em que possui a mesma efetividade da solução judicial.

Por certo, o dispositivo constitucional visa a evitar a edição de leis autoritárias, que deixem o cidadão desprotegido de eventual abuso cometido em razão de lei que o exclua do acesso à discussão de seus direitos. Não é esse o espírito da arbitragem articulada pela Lei federal nº 9.307/96, já que as normas atinentes ao procedimento implicam a observância do *due process of law*. Ou seja, se o procedimento seguir as determinações processuais essenciais (garantia do contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador), ter-se-á por satisfeito o espírito estampado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, o qual implica o direito de todos ao acesso à Justiça.

Na arbitragem, o acesso à Justiça pode ser, inclusive, mais efetivo. Calcada em pressupostos de celeridade, flexibilidade, tecnicidade e informalidade, esta poderá será uma forma mais adequada de atingir o mesmo fim buscado ao socorrer-se ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização da justiça.

Isso porque, a depender da matéria e da natureza do contrato, bem como dos resultados que com ele se pretender alcançar, é possível que a jurisdição estatal não ofereça a resposta adequada à demanda. É esse juízo de adequação que justifica, na ótica de Carlos Alberto de Salles, a opção da Administração Pública pela arbitragem.

A constitucionalidade do emprego da arbitragem veio a ser consolidada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que, ao acrescentar a duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII) ao rol das garantias constitucionais, afasta, por uma interpretação sistemática e proporcional dos dispositivos envolvidos, antigos argumentos contrários a seu emprego, dentre eles a suposta violação ao artigo 5º, XXXV.[74]

---

[72] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.

[73] SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul./set. 2005.

[74] SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. Op. cit. No mesmo sentido: WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 16, p. 11-32, jan./mar. 2008.

Cabe também ressaltar a visão de José Cretella Neto,[75] para quem a instituição da arbitragem é, em si, uma forma de democratização da Justiça, pois possibilita o acesso do ente privado à função estatal de julgar:

> Parece-nos evidente que o árbitro exerce verdadeira jurisdição, e o faz por indicação das partes — com respaldo na lei, que valida a convenção — de forma que, ao permitir a legislação que se instaure o juízo arbitral, consagra a maior participação do povo na administração da Justiça, sem dúvida princípio democrático, claramente caracterizador do Estado de Direito.

Por fim, resta ressaltar que a via do Poder Judicial não fica completamente inviabilizada. Em primeiro lugar, essa modalidade de resolução de controvérsias pressupõe que o litígio deflagrado envolva direitos de natureza disponível, ou seja, sobre os quais as partes podem livremente dispor. Quanto aos direitos e interesses indisponíveis, a via de resolução continua sendo a judicial.

E, mesmo em relação aos litígios envolvendo direitos disponíveis, o árbitro não detém os poderes do Estado, já que não poderá empregar a força para a execução de seus julgados. Não comportando a plenitude de poderes da Justiça do Estado, a execução forçada deverá ficar a cargo das cortes estatais (a arbitragem dispõe apenas o poder de dizer o direito, não detendo poder de obrigar o cumprimento).

Nada impede, ainda, que a parte lesada possa reclamar judicialmente caso tenha havido uma nulidade no curso do processo de arbitragem. Não estão imunes da apreciação judicial as questões que envolvam violação de matéria de ordem pública ou vício praticado no curso do procedimento. Nesse ponto, é ponderado o ensinamento de Adilson Abreu Dallari[76]:

> A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Além disso, há hipóteses específicas mencionadas na Lei federal nº 9.307/96, pelas quais as partes poderão procurar amparo na via judicial, a exemplo do artigo 7º (tutela

---

[75] CRETELLA NETO, José. **Curso**... Op. cit., p. 15.
[76] DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996, p. 10.

específica da cláusula compromissória), do artigo 31 (execução da sentença arbitral) e do artigo 22, parágrafos 2º e 4º (execução de medidas coercitivas, antecipatórias, cautelares e instrutórias). No último caso, em caráter excepcional, o Poder Judiciário poderá conceder a medida de urgência antes mesmo de instituído o juízo arbitral, a fim de evitar, pelo poder geral de cautela, lesão ou ameaça de lesão.

2.3 A arbitragem em face dos outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias

Ao lado da arbitragem figuram outras modalidades de resolução extrajudicial de controvérsias, as quais não são excludentes entre si. Ou seja, é possível que, no âmbito da arbitragem, sejam empreendidas também outras medidas visando à solução amigável das controvérsias. Além disso, é possível que as partes, antes mesmo da sentença arbitral, resolvam a lide por si mesmas, por meio de concessões recíprocas. A Lei federal nº 9.307/96, aliás, incentiva a prática.[77]

É por isso que, em geral, e também nas parcerias público-privadas, a arbitragem é adotada após tentativas de resolução amigável ao conflito.

2.3.1 Outras modalidades de resolução alternativa de controvérsias: mediação, conciliação e transação

Sem a pretensão de exaurir essas modalidades, já que não constituem o objeto central desta pesquisa, cumpre mencionar que, além da arbitragem, consideram-se meios alternativos de solução de controvérsias — porque se afastam da solução judicial — a conciliação, a mediação e a transação.

Enquanto a arbitragem é solução heterocompositiva de controvérsias — porque o equacionamento será conferido por um terceiro que não é investido de poder de Estado —, a mediação, a conciliação e a transação são instrumentos autocompositivos, porque os

[77] Cf. artigos 21, § 4º, e 28 da Lei de Arbitragem.

próprios sujeitos envolvidos no conflito encontram uma solução pacificadora ao litígio, com ou sem o aconselhamento de terceiro.[78]

Nos países de língua inglesa, os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, tanto autocompositivos quanto heterocompositivos, são conhecidos como ADR ("*alternative dispute resolution*").

Ada Pellegrini Grinover[79] atribui a busca de soluções alternativas às controvérsias a uma *crise de Justiça*. Segundo a autora, a morosidade do Poder Judiciário, a burocratização dos processos, a complexidade procedimental, a inércia dos juízes e as deficiências de informação e de representação processual são algumas razões para que as partes em litígios busquem outras formas para a solução de litígios.

A autora menciona o crescimento de uma "cultura da conciliação" como resposta à crise da Justiça. Explica que a solução de controvérsias pela via conciliativa se legitima por seu caráter funcional, social e político. O caráter funcional se traduz pela eficiência e rapidez da solução. No plano social, a via conciliativa permite uma solução pacificadora, ponderada, contraposta à solução judicial, que é alcançada pela sentença e se limita a estabelecer uma relação vencedor-vencido. Por fim, o caráter político se expressa pela participação popular na administração da justiça, em contraposição à exagerada centralização estatal da via judicial.

A *Justiça Conciliativa* atenderia, assim, a um *fundamento social* geralmente não alcançado na jurisdição estatal: a melhor pacificação social. Por regra, a via conciliativa permite melhor aceitação da decisão livremente adotada pelas partes, com cumprimento mais célebre, evitando-se as insurgências por meio de recursos ou instrumentos jurídicos impugnativos comuns na via judicial.

Igualmente, a solução do conflito por meios negociais tem por vantagem estimular o que Deutch[80] denomina de "processos construtivos". Se a condução negocial é bem feita, as partes saem satisfeitas e com o sentimento de que na solução não há um vencido e um vencedor, mas todos são vitoriosos. Além disso, o uso de mecanismos negociais estimula o desenvolvimento de soluções criativas capazes de compatibilizar interesses divergentes.

A distinção entre mediação e conciliação pode ser analisada sob o aspecto dos poderes do interveniente, na forma de condução dos trabalhos e no objeto a ser

---

[78] DINAMARCO, Cândido R. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.
[79] GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 4, n. 14, 2007.
[80] DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict**: Constructive and Deconstructive Processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

perseguido.[81] Na mediação, existe um terceiro envolvido na aproximação das partes em conflito, com a incumbência de persuadi-las a adotar uma solução autocompositiva, mas a decisão final será das partes envolvidas e a solução dependerá de seu expresso consentimento. O mediador escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções concretas. Sua função é buscar a reflexão para que os próprios interessados cheguem a um acordo. Por sua vez, a conciliação se assemelha à mediação pela existência de uma terceira pessoa responsável pela aproximação entre as partes, mas dela se distingue pelo fato de que sua atuação vai além da mera aproximação. O conciliador poderá sugerir soluções, propor concessões recíprocas e estimular condutas. Ou seja, tem um papel muito mais presente e ativo na solução da controvérsia.

Seja na mediação ou na conciliação, a solução dependerá da vontade e do expresso consentimento das partes envolvidas. A importância da conciliação é tamanha que o Código de Processo Civil prevê, no procedimento ordinário, uma audiência somente destinada à sua tentativa.

Na transação, as partes, mediante concessões recíprocas, chegam a um acordo sobre a solução aplicável ao conflito. Não há intermediação de um terceiro que estimule ou obrigue a adoção de determinada solução. São as partes que, espontaneamente, por via do diálogo, resolvem adotar uma solução, a qual deverá atender ao interesse de ambas as partes envolvidas. Essa solução é adequada ao conflito cujas partes não estão desgastadas pelo litígio e ainda têm um bom canal de diálogo.

No âmbito dos contratos administrativos, Onofre Alves Batista Junior[82] entende ser possível a celebração da transação, a qual, tendo natureza contratual, será celebrada como um contrato alternativo aos tipicamente previstos pelo poder público.

De fato, a transação, como vem disciplinada no Código Civil, é uma espécie contratual (artigo 840 e seguintes), uma vez que implica um acordo de vontades pelo qual ocorrem concessões mútuas. Assim, ao transacionar sobre determinada situação fática, a Administração Pública cria nova figura contratual, alternativa e adequada às peculiaridades do caso. E essa nova figura contratual terá características próprias e desvinculadas do *ius imperii* da Administração Pública.

---

[81] TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

[82] BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. Nesse sentido, esclarece o autor: "[...] se o contrato administrativo tem a mesma dignidade do ato administrativo e se a lei poucas vezes outorga competência para se perseguir fim de interesse público marcando o mecanismo para tanto, ou seja, se a lei nunca determina que a Administração atue imperativamente, é quase sempre possível a celebração de contratos administrativos alternativos que venham substituir, no mesmo escopo, o ato administrativo imperativo, mesmo na ausência de lei que expressamente autorize a celebração de contratos substitutivos" (Ibidem, p. 489).

Segundo José Luís Esquível,[83] o exercício do poder de império da Administração Pública, nesses contratos de transação, não se coaduna com a natureza do instituto, de modo que eventual alteração unilateral do contrato transacionado, pela Administração Pública, salvo raras exceções amparadas na lei e no interesse público, implica destruir o espírito da própria transação.

Importante salientar que algumas legislações setoriais conferem poder de celebração de transação administrativa, o que ocorre no Direito Tributário (artigo 171 do Código Tributário Nacional) e no Direito Administrativo das desapropriações (Artigo 10 do Decreto-Lei nº 3365/1941), permitindo, nesses casos, o afastamento da solução genérica, pois esta pode não ser a mais apropriada.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União — Lei Complementar nº 73/1993 —, prevê, dentre as atribuições do Advogado-Geral da União, as de desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União. Por sua vez, a Lei federal nº 9.469/1997 o autoriza, bem como aos dirigentes máximos das empresas públicas federais, a celebrar acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R$ 500.000,00. A redação do dispositivo foi dada pela Lei federal nº 11.941/2009, que ampliou o limite antes estabelecido, que era dez vezes menor. A exigência é que tal acordo se dê com a chancela do Poder Judiciário.

No que tange à conciliação, é explícita sua infiltração no ramo do Direito Público, conforme preveem as Leis nº 9.099/95 e nº 12.259/2001, respectivamente, sobre a possibilidade de transação penal (artigo 76) e de transação em matéria administrativa, inclusive tributaria, no âmbito dos Juizados Especiais Federais (artigo 10).

Outra possibilidade de emprego do mecanismo encontra-se regulada na Lei nº 10.259/2001,[84] a qual autoriza, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, transação, conciliação e desistência em matéria administrativa.

Os mecanismos envolvendo transação, mediação e conciliação são fenômenos que podem ocorrer tanto no âmbito do processo quanto fora dele. Ocorridas no bojo do processo, o juiz extinguirá a ação com julgamento de mérito, colocando fim ao litígio, nos termos adotados pelas partes. Nada impede que esses mecanismos sejam empregados antes mesmo do ingresso em juízo, o que é, aliás, preferível, a fim de que sejam evitados os desgastes do processo.

---

[83] ESQUÍVEL, José Luís. Op. cit.

[84] É este o teor do artigo 10º, parágrafo único: “Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais”.

Exemplo de estímulo à solução pré-processual é a criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, no âmbito da Advocacia Geral da União, que está em funcionamento desde 2007. A Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, dispõe que, sendo identificadas, em sede administrativa, controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União, poderá ser solicitado seu deslinde por meio de conciliação a ser realizada, dentre outros, pela Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Esta terá por atribuição identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal, manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação e, sendo o caso, buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal. Nos termos do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal poderá propor ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação.

2.3.2 Cláusula arbitral escalonada

É possível questionar se, nas diversas hipóteses em que a adoção de mecanismos alternativos de controvérsias é viável, o legislador pressupôs que algumas modalidades fossem empreendidas antes do emprego da arbitragem, estabelecendo-se, assim, etapas prévias de submissão do litígio a outras formas de solução.[85]

Embora não exista uma ordem de preferência explícita, fato é que diversos contratos administrativos[86] que preveem o emprego da arbitragem, via de regra, determinam que, antes da instalação do procedimento arbitral, seja oportunizada e oferecida às partes uma instância amigável de resolução do conflito.

---

[85] Carlos Alberto de Salles ressalta que a arbitragem somente deverá ser utilizada como *ultima ratio*. SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 78.

[86] Nesse sentido, reporta-se à análise dos contratos de parcerias público-privadas feita no capítulo 4, especialmente quanto às seguintes cláusulas: (i) 35ª do contrato de parceria público-privada para concessão patrocina para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4; (ii) 63.1 do contrato de parceria público-privada para concessão administrativa para a Arena Multiuso da Copa 2014 no Estado de Pernambuco; (iii) 43ª do contrato de parceria público-privada firmado para a reconstrução e operação do estádio de Futebol Octávio Mangabeira – Fonte Nova; e (iv) 39ª da parceria público-privada para concessão administrativa para operação e manutenção, precedidas de obra de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão.

Trata-se da chamada *cláusula arbitral escalonada*, pela qual somente após essa instância preliminar de mediação ou conciliação, e restando esta infrutífera, é autorizado o início do procedimento arbitral.

A própria lei de arbitragem estabelece que é dever do árbitro ou do tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes e que a possibilidade de acordo pode ocorrer em qualquer fase arbitral, hipótese em que o árbitro deverá declarar tal fato mediante sentença arbitral e encerrar o procedimento (artigos 21, § 4º, e 28 da Lei de Arbitragem).

Pela teleologia legal, é preferível que as partes, por elas mesmas, cheguem a um consenso sobre a solução do litígio, até porque, ainda que a arbitragem possa apresentar notáveis vantagens sobre o processo judicial, é certo que não deixa de ser um procedimento jurisdicional, pelo qual um terceiro impõe a solução a ser adotada pelas partes, independentemente de sua vontade.

No âmbito dos contratos administrativos, quando a lei autoriza o emprego da arbitragem para a solução de uma controvérsia originária da relação contratual, também vêm previstas outras formas de solução de litígio, todas classificadas sob o manto das "soluções amigáveis de controvérsias".

Dessa forma, a Lei federal nº 11.079/2004, ao mesmo tempo em que viabilizou o emprego da arbitragem para solucionar os litígios decorrentes de sua aplicação, não descartou o emprego de outros *mecanismos privados de resolução de disputas*, embora não tenha definido nenhuma ordem de preferência.

O artigo 23, XV, da Lei federal nº 8.987/95, considera cláusula essencial nos contratos de concessão aquela relativa ao "*foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais*". Deve-se frisar que, quando de sua edição, em 1995, a Lei de Concessões não mencionava expressamente o emprego da arbitragem, embora o fizesse em relação a outros meios consensuais de solução de controvérsias[87].

Após, por inovação trazida pela Lei federal nº 11.196/2005, a hipótese de solução de controvérsias pela arbitragem foi expressamente admitida. Importante salientar que, embora a Lei de Concessões não tenha dado preferência a nenhum método alternativo de

---

[87] Em face da redação original da lei, cogitou-se na doutrina uma interpretação ampliativa do dispositivo, para que fosse incluída a possibilidade submeter o conflito à arbitragem, já que, na sua instauração, a arbitragem é instrumento consensual de solução de controvérsias, embora perca essa característica com a prolação da sentença pelo árbitro, a qual é vinculante às partes. O próprio Tribunal de Contas da União viu-se compelido a enfrentar a questão e, no Acórdão n. 584/03 (BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 584/2003**. Rel. Ubiratan Aguiar, DOU 28 abr. 2003, p. 298-305) decidiu que uma interpretação ampliativa não seria possível, pois os meios amigáveis de solução de controvérsias não poderiam ter a mesma natureza da arbitragem.

solução de litígios, nota-se que a cláusula relativa "ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais" é essencial, nos termos do artigo 23, XV, da Lei federal nº 8.987/95, enquanto que a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, é cláusula facultativa, segundo o enunciado do artigo 23-A da citada lei.

Disso decorre que, em caso de controvérsias decorrentes da execução do contrato ou da interpretação das cláusulas, necessariamente as partes se submeterão a uma instância de negociação para a solução do conflito, mas a arbitragem somente será empreendida se o contrato assim o previr em cláusula não essencial. A previsão legal não poderia ser diferente, já que a arbitragem tem como característica essencial a autonomia das partes. Ou seja, ela somente poderá ser empregada se as partes envolvidas voluntariamente aderiram à convenção. Se a lei determinasse a arbitragem como cláusula essencial no contrato, decerto estaria criando uma espécie de "arbitragem obrigatória", a qual no passado já foi rechaçada.[88]

Na Lei federal nº 11.079/2004, o artigo 11 traz previsão semelhante, incluindo a arbitragem (bem como os outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias) entre as cláusulas facultativas do contrato.

Mostra-se evidente que intenção do legislador (refletida geralmente nos contratos administrativos) é a de que seja tentada uma solução consensual antes que um terceiro venha a solucionar a controvérsia. A solução autocompositiva poderá melhor atende às expectativas das partes, pois são elas mesmas, sem o poder impositivo de um terceiro (seja o árbitro, seja o juiz togado), e por concessões recíprocas, que encontram por si mesmas uma solução adequada ao litígio, evitando-se os desgastes de uma solução imposta por um terceiro alheio ao problema das partes, ou até mesmo a inexecução de uma decisão com que a parte não concorde.

Assim, se o cenário dos fatos e a relação entre as parte permitir a solução consensual, por mecanismos amigáveis (mediação, conciliação ou transação), esta poderá se mostrar a via eficaz para a solução do conflito.

Embora a intenção de promover uma instância conciliativa seja bastante positiva, essa fase prévia de resolução amigável do conflito não poderá significar entrave à instauração da arbitragem. Ou seja, as partes não poderão ser submetidas a tentativas inesgotáveis de solução amigável, o que poderia atrasar o procedimento arbitral e

[88] Cf. item 2.1.2.

prejudicar as vantagens a ele inerentes. Restando clara a indisposição para a conciliação ou mediação, é conveniente que seja de pronto iniciado o procedimento arbitral.

2.4 Previsão da arbitragem na Lei das Parcerias Público-Privadas

Apresentado o contexto da Lei federal nº 9.307/96, os debates sobre sua constitucionalidade, seu histórico e os requisitos para a aplicação de seus institutos, é necessário voltar-se à aplicabilidade específica da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

A previsão expressa do emprego da arbitragem no contrato de parceria público-privada é resultado de uma evolução legislativa (item 2.4.1). Embora outros mecanismos de solução de controvérsias já fossem admitidos na Lei federal nº 8.987/95, é a Lei das Parcerias Público-Privadas que, no afã do *novo contratualismo administrativo*,[89] veio, de forma inovadora, a prever a possibilidade específica da arbitragem nos contratos sob sua regência. Esta iniciativa deve ser aplaudida, pois, pelas características e vantagens inerentes ao instituto, veio ao encontro do princípio da eficiência administrativa (item 2.4.2).

2.4.1 Histórico legislativo

Analisar os antecedentes históricos da arbitragem nos contratos administrativos é uma missão necessária para entender o contexto de sua previsão nos contratos de parceria público-privada.

De início, o Decreto-Lei 2.300/86,[90] que antecedeu a Lei federal nº 8.666/93, (lei geral sobre licitações e contratos administrativos), continha disposição expressa da arbitragem nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias com pessoas

---

[89] Cf. item 1.1.3.

[90] Art 45. Parágrafo único. "Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral."

físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro. Contudo, ao substituir referido Decreto-Lei, a Lei federal nº 8.666/93 não reproduziu a mesma permissão da arbitragem, fazendo crer que esse mecanismo de solução de controvérsias estaria abolido do âmbito dos contratos administrativos.

Do mesmo modo, a vedação viria em decorrência da interpretação do artigo 55, § 2º, da mesma Lei federal nº 8.666/93, segundo o qual os contratos celebrados pela Administração Pública deveriam conter necessariamente cláusula que declarasse competente o foro da sede da Administração para dirimir as questões contratuais, salvo exceções envolvendo determinados contratos internacionais. Com base nesse dispositivo, argumenta-se haver vedação ao emprego da arbitragem nos contratos administrativos, já que havia determinação expressa para que constasse a competência territorial.

Apesar das opiniões divergentes, Carlos Alberto Carmona[91] e Selma Maria Ferreira Lemes[92] não veem nesse dispositivo legal empecilho ao emprego da arbitragem envolvendo o poder público. Segundo os autores, a Lei federal nº 8.666/93 não traz regra específica determinando a submissão do litígio ao Poder Judiciário. A cláusula obrigatória sobre o foro somente teria eficácia nas questões que fossem, de fato, levadas ao Poder Judiciário (como aquela relativa a matéria que não seja da competência do árbitro, ou para decidir a nulidade do procedimento arbitral), não sendo aplicada para as questões dirimidas por meio de arbitragem.

A mesma Lei federal nº 8.666/93 traz previsão que permite interpretação favorável ao emprego da arbitragem nos contratos administrativos. Há quem sustente que, ainda sem previsão expressa da arbitragem, existem dispositivos claros no sentido de sua admissão, sendo possível encontrar fundamento para sua aplicação na interpretação do artigo 54 da Lei federal nº 8.666/93, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado.[93]

O texto normativo também permite a alteração *consensual* dos termos contratados em certas hipóteses, bem como prevê a rescisão do contrato administrativo de forma amigável, por acordo entre as partes, desde que haja conveniência para a Administração Pública (artigo 79, II). Sendo possível a rescisão de forma amigável, esta também poderá ocorrer por meio de cláusula de arbitragem.

---

[91] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit.

[92] LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública, fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

[93] Defendem este argumento Adilson Abreu Dallari, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Gustavo Justino de Oliveira.

A Lei nº 8.987/95, que trata das concessões em geral, trouxe traço importante ao admitir o emprego de meios alternativos para a solução de controvérsias nos contratos administrativos.[94] Inova seu artigo 23, XV, ao se referir ao "*foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais*". Na redação original da lei, esta não mencionava expressamente o emprego da arbitragem. Contudo, em vista da inovação legislativa, defendeu-se que o então editado artigo 23, XV, embora se referisse a "modo amigável de solução de controvérsias", possibilitaria também o emprego da arbitragem, pois se deveria proceder a uma interpretação extensiva do dispositivo. Esta posição, porém, não foi aceita pelo Tribunal de Contas da União, conforme se infere da leitura do Acórdão nº 584/03,[95] de 28 de abril de 2003. Foi somente com a alteração legislativa promovida pela Lei federal nº 11.196/05 que restou resolvido o impasse.

A expressa previsão da arbitragem veio à tona antes, no âmbito dos contratos de concessão, com a edição da Lei nº 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas.

Tendo em vista o vulto do investimento, que, sem dúvida, cria um amplo universo de situações potencialmente conflituosas entre as partes contratantes, a lei previu expressamente, dentre outras formas não judiciais de solução de conflitos, o emprego da arbitragem, conforme dispõe seu artigo 11, III, *in verbis*:

> 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.
> [...]

Posteriormente, veio a Lei federal nº 11.196/05 a inserir o artigo 23-A na Lei federal nº 8.987/95, estendendo expressamente o emprego da arbitragem aos contratos de concessão comum. Encerrou-se, assim, a discussão sobre a extensão do artigo 23, XV, antes resolvida pelo Tribunal de Contas da União. Se a arbitragem não era possível por

---

[94] Na toada da legislação geral sobre contratos administrativos, foram editadas normas setoriais acerca do emprego da arbitragem como forma alternativa de resolução de conflitos, a exemplo das Leis federais nº 9.472/97 (Lei Geral das Comunicações), nº 9.478/97 (Lei de Política Energética Nacional), nº 10.233/01 (Lei dos Transportes Aquaviário e Terrestre) e nº 10.848/2002 (que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica).

[95] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 584/2003**. Op. cit. Acerca do comentário sobre o Acórdão em questão, cf. item 4.1 deste trabalho.

interpretação ampla do artigo 23, XV, a partir de então passou a sê-lo por previsão expressa do artigo 23-A da Lei federal nº 8.987/95:

> Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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.

Em setores específicos, sujeitos ao fenômeno da regulação estatal, há também previsão legislativa da arbitragem como solução de controvérsias. Em alguns casos, não se trata exatamente de arbitragem, nos exatos moldes daquele procedimento previsto na Lei Federal nº 9.307/96, mas de uma forma de a Administração Pública, no uso de sua função administrativa, solucionar conflitos entre particulares em litígio no âmbito dos setores regulados.

É o que ocorre no âmbito da Lei federal nº 9.478/97,[96] relativa à concessão de contratos de petróleo e gás natural, a qual determina que o contrato conterá, como cláusula essencial, a previsão de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem internacional.

Em matéria de transportes terrestres e marítimos, a Lei federal nº 10.233/2001 prevê como cláusula essencial aquela relativa às regras de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.[97]

Na Lei federal nº 9.472/97,[98] sobre concessões no ramo das telecomunicações, a arbitragem não vem expressamente prevista, mas o contrato deverá indicar o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

No setor da energia elétrica, a Lei federal nº 10.438/2003[99] prevê o emprego da arbitragem para estabelecimento da tarifa extraordinária, a fim de garantir a recomposição

---

[96] "Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional."

[97] "Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: [...] XVI - regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem."

[98] "Art. 93. O contrato de concessão indicará: [...] XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais."

[99] "Art. 4º. A Aneel procederá à recomposição tarifária extraordinária prevista no art. 28 da Medida Provisória nº 2.198-5, de 24 de agosto de 2001, sem prejuízo do reajuste tarifário anual previsto nos contratos de concessão de serviços públicos de distribuição de energia elétrica. [...] § 5º. A recomposição tarifária extraordinária estará sujeita a homologação pela Aneel e observará as seguintes regras: [...] V - para atender aos fins previstos no inciso IV, a homologação da recomposição tarifária extraordinária estará condicionada, nos termos de resolução da Aneel, à solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem levada a efeito pela Aneel."

do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão. Já a Lei federal nº 10.848/2004[100] (sobre a comercialização de energia elétrica entre concessionários, permissionários e autorizados de serviços e instalações de energia elétrica, bem como destes com seus consumidores), ao autorizar a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, determina que a convenção de comercialização e o estatuto social prevejam a arbitragem, a ser instituída nos termos da Lei federal nº 9.307/96.

2.4.2 A arbitragem como concretização do princípio da eficiência administrativa

A despeito das críticas da doutrina acerca da previsão da arbitragem nos contratos de parceria público-privada,[101] fato é que se vem cada vez mais reconhecendo sua possibilidade no âmbito dos contratos administrativos, inclusive naquelas modalidades contratuais em que não haja lei expressamente prevendo sua possibilidade.[102]

Muitos autores vinculam o emprego da arbitragem nos contratos administrativos à consecução do princípio da eficiência, que é, aliás, um mandamento constitucional estampado no artigo 37 da Constituição Federal.[103]

O princípio da eficiência determina que a ação pública se oriente para o efetivo cumprimento das missões do Estado, as quais devem ser atingidas por meio de

---

[100] "Art. 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, sob autorização do Poder Concedente e regulação e fiscalização pela Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, com a finalidade de viabilizar a comercialização de energia elétrica de que trata esta Lei. [...] § 5º. As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996."

[101] Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a previsão viola a Constituição Federal. Para o autor, os bens envolvidos são coisas *extra comercium* e, portanto, indisponíveis. No mesmo sentido, Lúcia Vale Figueiredo posiciona-se absolutamente contra a arbitragem nos contratos de parceria público-privada, entendendo que sempre haverá indisponibilidade do interesse público. Por fim, Ricardo Marcondes Martins, seguindo a tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello, argumenta ser inviável a arbitragem nas parcerias público-privadas, porque são se poderia cogitar de interesses públicos disponíveis. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov. 2010).

[102] Conforme referido no item 2.4.1, tem-se fundamento para o emprego da arbitragem, independentemente de previsão legal, por uma interpretação ampla do artigo 54 da Lei nº 8.666/93, o qual estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado.

[103] Nesse sentido: Arnoldo Wald e André Serrão, Carlos Alberto de Salles, Eduardo Talamini, Gustavo Justino de Oliveira e Lauro da Gama Souza Junior.

instrumentos que garantam a presteza, agilidade e economicidade da ação pública, com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis.

Em suma, o princípio da eficiência significa que à administração pública não incumbe apenas o cumprimento dos deveres constitucionais, mas o *bom* cumprimento de seus deveres.[104]

A arbitragem, enquanto uma das espécies de solução alternativa de controvérsias, tem como vantagem a adoção de uma solução especializada, célere e eficiente. Além disso, garante um procedimento mais flexível e mais próximo das partes envolvidas no litígio.

Quanto às vantagens desse mecanismo de solução de controvérsias, acentua Carlos Alberto de Salles:

> Os prós da arbitragem quando se trata de sua utilização no âmbito das relações privadas são bem conhecidos: a celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia de recursos materiais e humanos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro.[105]

Nesse sentido, os mecanismos negociais de solução de controvérsias vão ao encontro do que Canotilho[106] denomina "*good governance*" (boa administração), assim entendida como o dever da condução administrativa responsável, transparente, eficiente e democrática.

Como às partes é dado, de comum acordo, escolher o árbitro de sua confiança, com os conhecimentos técnicos e profissionais necessários para julgar a demanda que lhe é posta, a solução a ser dada ao caso, em regra, será mais próxima da tecnicidade esperada pelas partes, principalmente porque os contratos administrativos decorrentes de parcerias público-privadas tendem a ser complexos, extensos e multidisciplinares. Evidentemente, é mais adequada a solução por especialista que detenha a confiança das partes, pois o juiz togado é generalista e possivelmente não deterá conhecimento técnico sobre o objeto da demanda.

---

[104] No Direito comunitário europeu, o princípio da eficiência tem tanta relevância que é garantido como um direito fundamental: o *direito fundamental à boa Administração Pública*. Relevante anotar que o direito à boa Administração Pública está expressamente previsto no artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

[105] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 29.

[106] CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

A solução arbitral tem, igualmente, a vantagem de proporcionar uma decisão célere ao conflito. De acordo com o artigo 23 da Lei federal nº 9.307/96, a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes ou, caso nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença será de seis meses, contado da instituição da arbitragem.

A adoção de um procedimento expedito traduz-se em importante vantagem nos conflitos envolvendo a execução propriamente dita do contrato. Com uma decisão mais célere, evitam-se os desconfortos e prejuízos decorrentes de eventual retardamento do serviço, diminuindo-se o tempo de espera da decisão acerca do litígio.

Na fase de execução do contrato, a solução de controvérsias mais célere implica respeitar o princípio da continuidade do serviço público, já que, uma vez resolvidas com mais agilidade, as demandas oriundas da execução do contrato tornam-se menos suscetíveis de causar paralisação do serviço ou de constituir entrave que dificulte a continuidade do serviço objeto do contrato.

A importância dada ao prazo estabelecido para o julgamento é tamanha que a sentença proferida fora do prazo é passível de anulação, nos termos do artigo 32, VII, da Lei federal nº 9.307/96.

Deve-se ainda ressaltar que, no Direito brasileiro, a sentença proferida por arbitragem não fica sujeita a recurso, salvo na ocorrência de nulidade absoluta que poderá ser sanada pelo Poder Judiciário.[107] Assim, proferida a sentença no prazo estipulado, a questão tem-se por definitivamente solucionada em um curto período de tempo, evitando-se desgastes com a morosidade do Poder Judiciário e o manejo de recursos meramente protelatórios. Uma vez solucionada a questão em grau único, o contrato administrativo deverá seguir seu curso, sem que a parte vencida possa negar cumprimento ao decidido em instância arbitral.

Como contraponto às vantagens até aqui elencadas para a prática da arbitragem pelo Poder Público enquanto consecução do princípio da eficiência, não se pode deixar de mencionar que esse mecanismo de resolução de controvérsias pode ensejar gastos financeiros para a Administração Pública.

---

[107] Diferentemente, na França, segundo o artigo 1.482 do Código de Processo Civil francês, a sentença arbitral admite recurso, seja para rever o conteúdo decisório (*recours d´appel*), seja para sanar eventual nulidade ocorrida no bojo do processo (*recours em anulation*). Em matéria de arbitragem em geral, as partes podem renunciar ao direito de recorrer pelo *recours d'appel*, mas não poderão dispor do *recours en annulation*, já que o objeto deste diz respeito a matérias de ordem pública. O controle da atividade arbitral, pela via da jurisdição estatal, se faz no âmbito do contencioso administrativo, devido à dualidade de jurisdição existente naquele país.

Isso porque o custo da arbitragem é reconhecidamente mais elevado do que as despesas processuais no âmbito do processo judicial.[108] Além de ser aplicável, na seara judicial, a isenção das custas e emolumentos da União Federal, perante a Justiça Federal, e dos Estados, perante suas justiças estaduais,[109] o valor da taxa judiciária, atrelada a uma porcentagem do valor da causa, tende a ser muito inferior àquele exigido para a solução de uma demanda pela via arbitral.

Por outro lado, poderá haver uma redução de custos pela só previsão contratual da arbitragem no contrato administrativo. Selma Maria Ferreira Lemes[110] entende que, se o particular puder prever que o contrato administrativo disporá sobre a arbitragem, levará em consideração esse fato no cálculo de seus custos de transação e ofertará menor preço em processo licitatório.

Essas questões deverão ser levadas em consideração quando da opção da Administração Pública por estabelecer na minuta do contrato a solução de controvérsias pela arbitragem.

Embora a eficiência venha elencada no artigo 37 da Constituição Federal como um princípio basilar da Administração Pública, deverá ser cotejada com outro comando constitucional, mencionado no artigo 70, que estabelece o dever dos agentes públicos de agir em consonância com o princípio da economicidade.

Evidentemente, a depender do valor do objeto da disputa, bem como da necessidade de celeridade e tecnicidade da solução a ser adotada, o administrador deverá realizar um juízo acerca do custo-benefício da arbitragem, observando-se, em todo caso, os princípios da eficiência e da economicidade.

De qualquer forma, ao optar pela arbitragem no contrato público, deve o administrador precaver-se para que haja a dotação orçamentária necessária para o eventual pagamento das custas, em caso de necessidade de dispêndio pela Administração Pública.

Do ponto de vista do princípio da eficiência, verificou-se que a arbitragem representa uma importante forma de consecução deste mandamento constitucional.

Resta analisar, por fim, a compatibilidade da arbitragem com outras diretrizes legais e constitucionais e as adaptações necessárias do instituto para seu emprego nos

---

[108] Paulo Osternack Amaral apresenta um comparativo dos honorários cobrados pelas mais tradicionais câmaras de arbitragem brasileiras, os quais variam entre R$ 19.600,00 (dezenove mil e seiscentos reais) e R$ 147.000,00 (cento e quarenta e sete mil reais). Se comparado ao valor das custas judiciais, o valor da arbitragem pode ser consideravelmente superior. AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

[109] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2012.

[110] LEMES, Selma Maria Ferreira. Op. cit., p. 169.

contratos de parceria público-privada. No capítulo seguinte, a arbitragem será confrontada com a autonomia da vontade administrativa (item 3.1.1), com o princípio da supremacia do interesse público (item 3.1.2), com o princípio da indisponibilidade (item 3.1.3), com o princípio da legalidade (item 3.1.4) e com o requisito da patrimonialidade (item 3.1.5). Após, propõem-se as adaptações necessárias do instituto — determinadas pela Constituição Federal e pela Lei federal nº 11.079/2004 — para seu emprego nos contratos de parceria público-privada.

3 A ARBITRAGEM E O INTERESSE PÚBLICO: UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL

3.1 A arbitragem envolvendo o interesse público

Em 1993, a fim de analisar a possibilidade de extensão dos meios alternativos de solução de controvérsias ao poder público, o Conselho de Estado francês anotou que, em um primeiro momento, é contraditório que, de um lado, o Estado organize uma forma de justiça estatal e, de outro, deixe de a ela submeter os litígios nos quais se encontre envolvido.[111] Assim procedendo, o Estado estaria reconhecendo seu descrédito em relação à própria justiça pública. Por isso, a possibilidade do emprego da arbitragem, especialmente quando uma das partes em litígio fosse o Estado, embora admitida, deveria se limitar a questões específicas e excepcionais.

No estudo acima referido, o Conselho de Estado francês preconiza que o emprego da arbitragem deve ser excepcional,[112] pois as atribuições e responsabilidades propriamente estatais deveriam ser exercidas mediante poderes exorbitantes do Direito

---

[111] FRANÇA. Conselho de Estado. **Régler autrement les conflits**: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Paris: La Documentation Française, 1993.

[112] O estudo enfatiza que, em matéria administrativa, a arbitragem não poderá ser empregada em questões envolvendo normas de ordem pública ("*contentieux de la légalité entraînant annulation ou réformation des actes administratifs contraires à la règle de droit*"), ocasião em que apenas o juiz de direito poderá pronunciar-se. Outras matérias não são necessariamente estranhas à arbitragem, como aquelas relativas à responsabilidade extracontratual do Estado. Porém, sem maiores explicações, o documento afirma que não é desejável seu emprego nesse campo. No intuito de expandir os meios alternativos de solução de controvérsias, o estudo propõe que a extensão da arbitragem, em matéria pública, deve se fazer no domínio contratual. Nos contratos privados em que é parte a Administração Pública, ou seja, naqueles cujo objeto não envolve a prestação de um serviço público ou o exercício das funções próprias de Estado, não há qualquer impedimento ao emprego da arbitragem. Já nos contratos propriamente administrativos, tendo por cerne a prestação de um serviço público mediante o exercício de poderes do poder público, há elementos de resistência ao emprego da arbitragem, o que ocorre nos contratos de concessão em geral. No entanto, o grupo de estudos admite o emprego da arbitragem nos chamados "*marchés publics*", contratos tipicamente administrativos, assim entendidos como aqueles contratos em que a entidade pública adquire, a título oneroso, obras, bens e serviços. Além disso, alguns "*établissements publics*" (pessoas jurídicas de Direito Público constituídas para a execução de uma atividade de interesse público) também dispõem de autorizações específicas para recorrer à arbitragem, necessidade que se faz presente porque também prestam serviços que ultrapassam as fronteiras nacionais, como é o caso da Société Nationale de Chemins de Fer (SNCF), La Poste (Correios), Enérgie de France (EDF), Gaz de France (GDF), e Aéroport de Paris. Conclui o grupo de estudo que o modo usual de solução controvérsias continua sendo o judicial, na forma contenciosa ou administrativa, mas que é preciso viabilizar os mecanismos alternativos para o favorecimento e descarregamento da atividade jurisdicional do Estado. Embora não se tragam no documento proposições revolucionárias, o estudo abre espaço para o aprofundamento da discussão.

comum, os quais seriam incompatíveis com o procedimento da arbitragem enquanto método de solução privada de litígios.

Por sua vez, em 1999, o Conselho da Europa[113] elegeu a arbitragem e as demais formas de solução alternativa aos litígios envolvendo a Administração Pública como tema de um colóquio de uma conferência multilateral ocorrida em Lisboa. Em tal conferência, cuja finalidade era divulgar e facilitar a reforma das instituições nacionais em prol de instituições mais democráticas, produziu-se um importante documento[114] cujo foco é o favorecimento do emprego de soluções alternativas aos litígios envolvendo o Poder Público e as pessoas privadas.

Segundo o documento, as vantagens experimentadas pelos Estados europeus que adotam mecanismos alternativos são estruturais e também qualitativas: o emprego de tais técnicas permite a solução do problema da sobrecarga de demandas perante o Poder Judiciário, além de garantir, em muitos casos, soluções mais flexíveis, adequadas e ágeis para a demanda em questão.

Embora se tenha dado grande passo no que concerne à relevância desses mecanismos alternativos no âmbito da Administração Pública (como o reconhecimento de sua admissibilidade em certas relações jurídicas titularizadas pelo Estado), não houve, na conferência, uma conclusão clara acerca de seu emprego nos contratos de concessão, que, submetidos ao regime administrativo, muitas vezes encontram resistência nas legislações nacionais.

Na seara nacional, a arbitragem envolvendo o Poder Público nos contratos administrativos não ficou isenta de questionamento. Embora houvesse certa admissibilidade de seu emprego nas relações privadas em que a Administração Pública fosse parte,[115] a questão encontrava barreiras na sua aplicabilidade em relações em que a Administração Pública atuasse no uso de seu *ius imperii*.

O entrave estaria na delicada conciliação entre esse mecanismo de solução de controvérsias e o regime a que está sujeita a Administração Pública. É que, em se tratando

---

[113] O Conselho da Europa é uma organização internacional desvinculada dos organismos comunitários da União Europeia. Fundado em 5 de maio de 1949, o Conselho da Europa tem por objetivos fomentar um espaço democrático e jurídico europeu comum, bem como proteger os valores enunciados na Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotada pelos membros do Conselho da Europa em 1950.

[114] CONSEIL DE L'EUROPE. **Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées**: conciliation, médiation et arbitrage. estrasburgo: Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

[115] Já em 1973, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgado que ficou conhecido como "Caso Lage" (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 52.181**. Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ n. 68, p. 382), que seria possível a submissão do Estado à arbitragem em um caso referente à indenização devida pela União Federal em razão da incorporação de bens de particulares. Cf. item 4.2.

de Direito Público, a autonomia da vontade — elemento essencial para a arbitragem — é limitada (item 3.1.1), e, de acordo com os princípios administrativos clássicos, o administrador deverá observar, dentre outros, os princípios da supremacia do interesse público (item 3.1.2.), da indisponibilidade (item 3.1.3) e da legalidade (item 3.1.4), devendo todos os bens envolvidos na arbitragem ser disponíveis e patrimoniáveis (item 3.1.5).

Conforme abaixo desenvolvido, esses entraves são apenas aparentes e plenamente conciliáveis com o emprego da arbitragem.

3.1.1 A Administração Pública e a autonomia da vontade

Nas relações entre particulares, é a autonomia da vontade que determina a submissão de um conflito à solução pela arbitragem. Ou seja, uma vez observados os requisitos legais, são as partes que livremente escolhem submeter ou não um conflito à decisão arbitral.

No âmbito administrativo, a própria autonomia da vontade — elemento essencial para a opção pela arbitragem, conforme expressamente previsto no artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96 — encontra limitações no que tange às escolhas que legitimamente podem ser realizadas pelo administrador.

Ou seja, para que a Administração Pública opte pela arbitragem, não basta a mera vontade do administrador. A decisão dependerá da demonstração de que esta escolha é a que melhor atenderá ao interesse público e que ela é adequada aos propósitos que se pretendem com ela alcançar.

Mesmo reconhecendo a existência de uma autonomia pública, explica José Manuel Sérvulo Correia[116] que esta é limitada: “mesmo quando [a Administração Pública] age no exercício de autonomia pública, a pessoa colectiva pública surge como um ‘sujeito submetido à lei e activo para sua realização”. Conclui o autor que a autonomia contratual pública deve dirigir-se à prossecução do interesse público especificado pelo legislador.

---

[116] CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003. O autor define autonomia pública como a “permissão da criação, nos âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder, isto é, de margem de livre decisão na criação de efeitos de direito nas situações concretas regidas pelo Direito Administrativo”. (CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. cit., p. 470).

Nesse diapasão, a decisão pela adoção da arbitragem depende de uma escolha motivada da Administração Pública, a qual deve observar tanto a legalidade quanto a finalidade do atendimento do interesse público. Assim, ao optar pelo emprego desse meio de solução de controvérsias, deve o administrador ponderar, a partir da situação dada, a adequação do procedimento aos meios disponíveis e aos objetivos pretendidos pela Administração Pública, sob pena de nulidade do ato ou contrato.

De regra, a escolha pela arbitragem atingirá todas essas determinações. Conforme anteriormente anotado, são muitas as vantagens proporcionadas pelo seu emprego.[117] São essas vantagens que justificam escapar da via judicial para procurar meios mais adequados de resolução de conflitos.

Dessa forma, embora a autonomia da vontade seja *limitada* na Administração Pública — não basta o mero querer do administrador —, é certo que esta limitação não poderá ser impeditiva do emprego da arbitragem, sendo lícito seu emprego toda vez que a arbitragem figurar como meio adequado de resolução do conflito.

3.1.2 Princípio da supremacia do interesse público: a divisão entre interesse público primário e secundário

Questão relevante que se coloca na presente discussão diz respeito à adequação do emprego da arbitragem nos contratos administrativos em face do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

O chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um dos alicerces do Direito Administrativo tradicional e legitima determinadas ações e prerrogativas da Administração Pública. Por meio desse princípio, protege-se o interesse público, o qual aparece, no Direito Administrativo clássico, como a própria finalidade da função administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello,[118] o princípio da supremacia é inerente a qualquer sociedade, sendo, inclusive, o fundamento de sua existência. Daí ser dispensável sua previsão expressa na Constituição Federal, já que a supremacia do público sobre o privado é o próprio pressuposto do convívio social.

---

[117] Cf. capítulo 2 desta dissertação.
[118] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular vem, no entanto, adquirindo novos contornos.

De acordo com Odete Medauar, a tradicional dualidade entre interesse público e interesse particular cedeu lugar a uma multiplicidade de interesses fluidos e interconexos, os quais não mais se enquadram na divisão dicotômica entre público e privado. É preciso ponderar os interesses em jogo, sem o estabelecimento de uma prévia primazia de um sobre o outro: "Tende a modificar-se também o entendimento de sacrifício de um interesse em prol, ou a ideia de primazia de um sobre outro interesse. [...] Cogita-se hoje na função atribuída à Administração de *ponderação os interesses* em confronto [...]".[119]

No mesmo sentido, Gustavo Binenbojm[120] propõe ser equivocado assumir um juízo prévio e absoluto da supremacia do interesse público sobre o particular. Para o autor, o interesse prevalente em cada caso dependerá de uma apreciação ponderada e equilibrada do caso concreto, de modo que o sistema constitucional vigente não admite um princípio absoluto que estabeleça, de antemão, uma preferência incondicional pelo interesse público.

Entende o autor que a supremacia do interesse público deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, o qual ocupa um papel central na aplicação de normas instituidoras de privilégios para a Administração, sendo possível que a satisfação de um interesse privado represente, concomitantemente, a satisfação de um interesse público, pois esses conceitos não são contraditórios.

Segundo seu entendimento, a técnica da ponderação consiste em buscar uma solução que melhor concilie todos os interesses envolvidos, buscando a justa proporção entre todos os interesses em jogo, sempre à luz dos ditames constitucionais e buscando-se, ao máximo, efetivarem-se os direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade não admite uma prévia escolha de interesses sem análise do caso concreto.

Assim, conclui o autor, a supremacia do interesse público, enquanto princípio de mesmo valor hierárquico em relação aos direitos fundamentais, deve ser analisada caso a caso, em cotejo com os demais interesses e direitos fundamentais envolvidos, levando-se em conta as peculiaridades da situação em concreto, sem que exista uma prévia seleção pelo interesse público sobre o privado.[121]

---

[119] MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo**... Op. cit., p. 192.

[120] BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever da proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

[121] Refutando as posições que minimizam a supremacia do interesse público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que este princípio está na base das principais atividades de Direito Administrativo (serviço público, fomento, intervenção e polícia administrativa), sendo o fundamento para a própria atividade estatal, a qual,

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e sua enorme preocupação com os direitos fundamentais, os privilégios da Administração Pública, antes fundados tão só no dogma da supremacia do interesse público sobre o particular, agora devem ser cotejados com os direitos fundamentais da Constituição Federal, os quais têm por absoluta prioridade o ser humano. O foco da supremacia do interesse público pulveriza-se, e outros interesses passam com ele a concorrer. Citando a argumentação de Gustavo Binenbojm, conclui Lauro da Gama e Souza Junior:

> Em suma, de uma concepção (paradigma clássico) que vislumbrava o *interesse público como um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos do cidadãos,* caminha-se para uma estrutura dogmática de direito administrativo (novo paradigma) despida de categorias a serviço do poder, interessada na sua legitimação democrática e fundada no princípio maior da *dignidade da pessoa humana*.[122]

Esta discussão sobre a necessária ponderação de valores, por certo, já seria suficiente para afastar qualquer argumento de que a arbitragem implicaria violação ao princípio da supremacia, já que, a rigor, seu emprego não significa, de antemão, abdicar do interesse público. Ao contrário, se do juízo da proporcionalidade resultar uma satisfação de um interesse público, restará evidenciado que o emprego da arbitragem é mecanismo idôneo e adequado para a resolução de conflitos nos contratos de parceria público-privada.

Além desse argumento acima exposto, outro também é bastante suscitado na doutrina para refutar o princípio da supremacia como impeditivo da arbitragem. Esse argumento está relacionado à clássica divisão entre interesse público primário e interesse público secundário.

A distinção entre interesses públicos primários e secundários tornou-se recorrente na doutrina administrativista brasileira com a divulgação dos ensinamentos do jurista italiano Renato Alessi[123] acerca do tema.

---

em última instância, defende os interesses da coletividade. A opção da superioridade do interesse público, segundo a autora, vem escancarada em vários dispositivos constitucionais, como o que determina a função social da propriedade e o que estabelece as restrições na propriedade particular em prol da coletividade, especialmente nos casos de desapropriação e requisição administrativa. Conclui a autora que a doutrina que minimiza o princípio da supremacia, sob o pretenso argumento de que este aniquila os direitos individuais, é, na realidade, retrógrada, pois defende a volta dos princípios do liberalismo, sem a preocupação do bem-estar coletivo e do interesse comum. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al*. (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Altas, 2010).

[122] SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. **Sinal verde**... Op. cit., p. 128.

[123] ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milão: Giuffré, 1949, v. 1.

O jurista italiano traz importante contribuição sobre o interesse público, distinguindo o interesse público primário do interesse público secundário:

> Estes interesses públicos, coletivos, de que a administração deve garantir a satisfação, não são, note-se, apenas o interesse da administração entendida como uma entidade jurídica autônoma, mas também aquele que tem sido chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto que o interesse da entidade administrativa é simplesmente um dos interesses *secundários* existentes na comunidade, e que pode ser satisfeito apenas no caso de coincidência — e limites de tal coincidência — com o interesse público primário [...].[124]

Pela definição trazida, os *interesses públicos primários* são os interesses do coletivo, aqueles prevalecentes em uma determinada sociedade. Por sua vez, os *interesses públicos secundários* são os que dizem respeito a interesses do administrador público quando atua na execução de seu objeto social. O autor italiano enfatiza que os interesses secundários somente serão legítimos se coincidentes com o interesse público primário, sob pena de a Administração Pública se desvirtuar do papel que lhe incumbe de defender os interesses da coletividade.

Com base em sua doutrina da divisão entre interesses públicos primários ("complexo de direitos individuais prevalecentes em uma determinada sociedade") e os interesses públicos secundários ("o interesse da administração enquanto aparato organizativo"), passou a ser justificável a existência de "interesses públicos disponíveis", desde que tais interesses detenham natureza instrumental.[125]

---

[124] Tradução livre do original em italiano: "*Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l´amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l´interesse dell´ amministrazionne intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibenne quello che è stato chiamato l´interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in uma determinata organizzazione giuridica della collettivitá, mentre l´interesse del soggetto amministrativo è semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono ricevere soddisfacimento soltanto in caso di coincidenza — e nei limiti di siffatta coincidenza — con l´interesse collettivo primario* [...]." (ALESSI, Renato. Op. cit., p. 122-124).

[125] Autores como Arnoldo Wald, Eduardo Grebler, Jefferson Carús Guedes, Paulo Osternack Amaral e Selma Maria Ferreira Lemes defendem a disponibilidade de interesses públicos com base na separação proposta por Renato Alessi. Em posição absolutamente contrária, Ricardo Marcondes Martins sustenta que a pressuposição de interesses públicos *disponíveis* é um *equívoco metodológico* ou um *vício de premissa teórica*, já que a Administração Pública, enquanto ente instrumental cuja existência se deve para o único fim de cumprir o interesse público, não poderá assumir a posição jurídica de particular. E se o interesse público secundário deve coincidir com o primário, pela própria definição de Alessi, não haveria motivos para ter características e natureza diferente. Para o autor, todas as leis que autorizam a arbitragem pela Administração Pública seriam inconstitucionais. (MARTINS, Ricardo Marcondes. Op. cit.).

Interesses públicos disponíveis, para essa doutrina, são os interesses públicos secundários, ou seja, aqueles econômicos ou financeiros próprios da Administração Pública enquanto órgão executor. Estes devem ser compatíveis com o interesse público primário, que é, em última instância, o reflexo da vontade da coletividade. Os interesses públicos secundários são instrumentais e se destinam à satisfação do interesse público primário: como finalidade precípua têm o atingimento do bem coletivo. Como os interesses secundários não interferem no interesse público primário — este, sim, indisponível — não haverá prejuízo ao coletivo em admiti-los como disponíveis.

Paulo Osternack Amaral[126] enfatiza que, na realidade, o interesse público secundário, porque instrumental e concernente ao modo de administrar do administrador público, em nada diverge do interesse de qualquer outro sujeito. No mesmo raciocínio jurídico, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[127] acentua que a questão crucial para verificar a disponibilidade ou indisponibilidade de um interesse público diz respeito ao grau de instrumentalidade nele envolvido:

> Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os *primários e os secundários (ou derivados)*, sendo que os primeiros são *indisponíveis* e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações *patrimoniais* e, por isso, *tornaram-se disponíveis* na forma da lei, não importando sob que regime.

São possíveis, portanto, os atos de disposição patrimonial quando o interesse secundário estiver em jogo, já que ele não representa esfera de atuação no âmbito do *ius imperii* (ato de autoridade), mas *ato de gestão* do administrador público, desprovido das prerrogativas de poder público.

Segundo esse raciocínio, o emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada seria viável em questões envolvendo atos de gestão — interesses públicos secundários — porque esses seriam disponíveis.

Disso decorre que, embora o interesse público primário seja irrenunciável, pois expressa a vontade da coletividade, os meios para o seu atingimento, por escolhas legítimas da Administração Pública (interesse público secundário), autorizam a disposição de bens patrimoniais da Administração Pública.

---

[126] AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem**... Op. cit.
[127] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 81-90, jul./set. 1997, p. 84.

A natureza instrumental dos interesses públicos secundários é determinante para justificar, no caso concreto, a viabilidade do emprego da arbitragem. Simplificada e adequada, a arbitragem poderá atender melhor à finalidade a que se destina, satisfazendo, em última análise, o interesse público primário.

3.1.3 Princípio da indisponibilidade

Conforme já ressaltado, o artigo 1º da Lei federal nº 9.307/96 esclarece que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles interesses ou direitos que, por sua natureza, poderão ser objeto de acordo ou renúncia pelo titular.

É preciso analisar se o interesse público possui essas características. Nos subitens que seguem, destacam-se a aptidão do procedimento da arbitragem em face do interesse público (item 3.1.3.1), as posições conciliadoras da doutrina (item 3.1.3.2) e a possibilidade de submissão de uma lide com interesses parcialmente disponíveis à arbitragem (item 3.1.3.3).

3.1.3.1 A indisponibilidade em confronto com o procedimento da arbitragem

Carlos Alberto Carmona esclarece que os direitos disponíveis são aqueles que permitem a seu próprio titular o livre arbítrio de exercê-los ou não:

> Um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.[128]

[128] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 38.

Por sua vez, Selma Maria Ferreira Lemes indica que "o conceito de disponibilidade está relacionado com o de negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livres no mercado".[129]

Dentre os argumentos desfavoráveis ao emprego da arbitragem pelo Poder Público, um dos principais evocados é a suposta incompatibilidade do instituto com o princípio da indisponibilidade do interesse público, que, superior e intangível, não admitiria qualquer forma de solução de conflito senão a jurisdição estatal.

O próprio Tribunal de Contas da União,[130] em várias decisões proferidas sobre arbitragem nos contratos públicos, fundamentou a inadmissibilidade da arbitragem no princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, é viável uma compreensão harmonizável e sistemática entre os institutos envolvidos, de modo que o reconhecimento de um não importe no afastamento de outro, até porque submeter um conflito à arbitragem não significa, necessariamente, renunciar a direito material. Importa, sim, deixá-lo à decisão de um terceiro que detenha a confiança das partes e a obrigação de atuar de acordo com a imparcialidade e o livre convencimento.

Por essa razão, ressalta Eduardo Talamini[131] que a arbitragem não é jogo de aposta ou de azar. Ao submeter um litígio à arbitragem, não se está entregando a decisão a um procedimento desregrado e inconsequente. Ao contrário, a arbitragem deve orientar-se por critérios objetivos que resguardam as garantias processuais necessárias — o devido processo legal e a ampla defesa — para o julgamento responsável da lide.

Ensina Adilson Abreu Dallari que não se pode confundir o interesse público com o mero interesse fazendário e que, ao decidir com imparcialidade, mesmo contra os interesses da Fazenda Pública, o árbitro vai ao encontro do interesse público, pois cumpre a função concreta de realização da justiça:

> Em primeiro lugar, cabe ressaltar que ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração

---

[129] LEMES, Selma Maria Ferreira. Op. cit., p. 124.
[130] Cf. item 4.1.
[131] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais: composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, v. 128, p. 59-77, out. 2005.

> ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei, e se confunde com a concreta realização da Justiça. Inúmeras vezes, para defender o interesse público, é preciso decidir contra a Administração Pública.[132]

Dessa forma, resta evidente que o procedimento da arbitragem não implica disposição irresponsável de direitos e interesses. Ao contrário, é forma de solução de controvérsias orientada pelo devido processo legal e, portanto, apta a resguardar o interesse público.

3.1.3.2 As posições conciliadoras

Já foi suscitado acima que é possível uma interpretação no sentido de que o interesse público secundário dispõe de uma margem de disponibilidade. Com base nessa possível disponibilidade, diversos autores posicionam-se pela viabilidade do emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

Eros Grau,[133] por exemplo, distingue a indisponibilidade de direitos patrimoniais da indisponibilidade do interesse público — que são conceitos absolutamente diferentes. Segundo o autor, o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede que a Administração aliene seus bens. Aliás, muitas vezes, para perseguir o interesse público, é preciso justamente que a Administração Pública disponha de seus direitos patrimoniais.

Assim, explica o autor, quando o Estado puder contratar, o que, de início, pressupõe a disponibilidade de bens patrimoniais, também poderá convencionar a arbitragem. A arbitragem é, nesse sentido, um desdobramento da capacidade de contratar. O contrato administrativo não é substancialmente diferente do contrato particular, pois não reflete a autoridade do Estado-ordenamento, mas, antes, é expressão dos atos de gestão para o atingimento do interesse público.

Também anotando que a cláusula arbitral é uma cláusula contratual como as outras que poderão ser inseridas no contrato administrativo, Carlos Pinto Coelho Motta[134] conclui que é o próprio contrato administrativo que fundamenta o juízo arbitral.

---

[132] DALLARI, Adilson Abreu. Op. cit., p. 9
[133] GRAU, Eros Roberto. Op. cit., 2000.
[134] MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Op. cit.

Caio Tácito, com argumentação análoga à de Eros Grau, no sentido de que a arbitragem é desdobramento da capacidade de contratar, entende que a mesma disponibilidade no poder de negociação do contrato está presente na fase de crise contratual: "assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação — e, por via de consequente, a convenção de arbitragem — será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens".[135]

Ainda nessa direção, focando-se na margem de negociação e disposição inerente a qualquer contrato, esclarece Gustavo Justino de Oliveira:

> Ora, sendo o contrato administrativo um processo próprio do agir administrativo, parece claro que a admissão, no ordenamento pátrio, da possibilidade de a Administração contratar implica conferir-lhe o direito de certa margem de negociação e disposição sobre determinados interesses, bens e direitos. É óbvio que tanto essa negociação quanto essa disposição encontram-se regidas, condicionadas, pelo regime jurídico-administrativo brasileiro.[136]

Em abordagem interessante sobre o tema, Eduardo Talamini[137] reconhece que o interesse público possa apresentar o caráter da indisponibilidade, mas isso não impede que a Administração Pública aliene seus bens, pois a alienabilidade dos bens em nada prejudica a satisfação do interesse público. Em determinada relação, ao reconhecer o direito do particular, não se está abdicando do interesse público. Ao contrário, o reconhecimento do direito alheio é um dever da Administração Pública, independentemente de provocação do Poder Judiciário, pois o administrador deverá observar os princípios da legalidade e da boa-fé. Por essa argumentação, a observância à lei e às cláusulas contratuais é mais do que uma faculdade — é um dever — e necessita ser imposta à Administração Pública independentemente da submissão da questão ao Poder Judiciário. A partir dessas premissas, com maior razão, será viável a submissão da questão administrativa à arbitragem, procedimento este que obedece ao devido processo legal, ao contraditório e ao imperativo de imparcialidade.

Nesse mesmo sentido, partindo da premissa de que não se devem correlacionar interesses públicos com indisponíveis e interesses privados com disponíveis, conclui

---

[135] TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 210, p. 111-115, out./dez. 1997, p. 114.
[136] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parceiras Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 623.
[137] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade... Op. cit.

Jefferson Carús Guedes[138] pela existência de direitos públicos disponíveis, que são, por exemplo, os direitos patrimoniais públicos, pois é permitida sua alienação.[139]

Mesma posição conciliadora entre contrato público e arbitragem é defendida por Arnoldo Wald,[140] *in verbis*:

> Embora os contratos de concessão tenham algumas peculiaridades características dos contratos administrativos, que contêm elementos de direito público, os direitos e obrigações a eles relativos são de natureza patrimonial e podem ser objeto de transação entre as partes, sendo, portanto, disponíveis. Desse modo, quaisquer questões relativas aos contratos de concessões e à relação entre a Administração e o concessionário podem ser resolvidas por arbitragem.

Por fim, Ribeiro e Prado curvam-se à arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, mas anotam que não se poderia colocar em questão "a supremacia da Administração Pública em relação às questões regulatórias e relativas ao poder de polícia". A arbitragem não caberia para as denominadas cláusulas regulamentares do contrato, já que não se pode limitar o "poder da Administração de adequar os contratos administrativos ao cumprimento do interesse público envolvido".[141]

3.1.3.3 O princípio da indisponibilidade e a submissão parcial de um litígio à arbitragem

Embora não haja uma indisponibilidade genérica dos interesses envolvendo o Poder Público, não se podendo atribuir de antemão a indisponibilidade dos assuntos que envolvem a Administração Pública, é certo que algumas matérias encontram restrições na

---

[138] Esclarece o autor: "A separação e classificação dos direitos públicos como indisponíveis e privados como disponíveis não é adequada, pois há interesses públicos disponíveis e interesses privados indisponíveis. Pode-se dizer que, predominantemente, direitos públicos são indisponíveis e direitos privados são disponíveis. [...] Desse modo, se vê que classificações generalizantes não são seguras e induzem a incorreções graves, que não se ajustam aos tempos complexos e ao espírito do Direito Administrativo desses tempos". (GUEDES Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *In*: GUEDES, Jefferson Carús *et al*. (Coords.). **Advocacia do Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249).

[139] No mesmo sentido, Eros Roberto Grau assinala "[...] o erro, muito comum, de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração". GRAU, Eros Roberto. Op. cit., p. 15.

[140] WALD, Arnoldo. **As concessões**... Op. cit., p. 37.

[141] RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. Op. cit., p. 290.

própria lei ou na doutrina quanto à sua transigibilidade, pois afetam o âmbito do *ius imperii* da Administração Pública.

Trata-se do que Carlos Alberto de Salles[142] denomina de *indisponibilidade jurídica*, ou seja, a indisponibilidade não advém do próprio interesse ou objeto (hipótese em que estaria presente a *indisponibilidade absoluta*), mas do *status* que a lei atribui ao bem ou interesse público, tornando-o intocável por vontade do legislador.

Acerca da indisponibilidade jurídica, com frequência se invocam o domínio fiscal, o poder de polícia, o poder regulamentar, bem como o exercício da função pública genericamente.[143]

Nessa linha, Allan R. Brewer-Carías[144] indica que alguns interesses, de caráter indisponível, não seriam suscetíveis à transação, dentre os quais ressalta especialmente as competências vinculadas dos órgãos administrativos e aquelas relativas ao exercício fiscal ou inerentes à gestão econômico-financeira do Estado. Já para as questões envolvendo o exercício de competências discricionárias, fruto de escolhas livremente fundadas em conveniência e oportunidade, a via não estaria vedada.

Quanto às limitações legais, o artigo 852 do Código Civil dispõe ser vedado o compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial. Há, também, o artigo 59 do Decreto-Lei nº 960/1938, pelo qual é vedada a submissão da cobrança da dívida ativa da Fazenda por meio de arbitragem. Por sua vez, o artigo 1º, § 2º, da Lei federal nº 9.469/1997 veda a possibilidade de transação nas causas envolvendo patrimônio imobiliário da União.

Nos contratos de parceria público-privada, é possível que haja previsões que reflitam meros interesses patrimoniais e outras em que esteja envolvido um interesse público indisponível. Nesse caso, é comum a previsão contratual que distinga as matérias suscetíveis de julgamento pela arbitragem daquelas que devam ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário.[145]

Havendo indisponibilidade parcial, nada impede que as partes restrinjam o litígio a ser levado à decisão do árbitro a parcela ou a determinadas cláusulas do contrato, a

---

[142] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.

[143] KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

[144] BREWER-CARIAS. Allan R. **Contratos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

[145] É o caso do contrato de parceria público-privada para a construção e operação da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, analisada mais detalhadamente no item 4.3, abaixo. Igualmente, há divisão de rol de matérias sujeitas à arbitragem nos contratos de parceria público-privada para a construção e exploração de estádios de futebol que serão utilizados na Copa do Mundo de 2014, submetendo-se à jurisdição estatal aquelas que não detenham o caráter da disponibilidade. Cf. item 4.4.

depender das circunstâncias específicas e da disponibilidade do interesse envolvido. Não há nenhuma obrigação de que a previsão da arbitragem seja aplicável à integralidade do contrato.

Aliás, a prática nos contratos administrativos[146] indica justamente o movimento contrário, ou seja, no sentido de que o contrato tenha parte de suas cláusulas vocacionadas à arbitragem, submetendo-se as outras à resolução pela jurisdição estatal.

Na própria lei de arbitragem há expressa previsão legal, no artigo 25, no sentido de que, deparando-se o árbitro com uma questão que envolva um direito indisponível, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá remeter a questão à apreciação da autoridade judicial competente suspendendo o procedimento arbitral até que a questão prejudicial seja solucionada pela jurisdição estatal.

Nos contratos examinados no capítulo 4, veremos que cláusulas envolvendo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, reajuste tarifário ou valor de indenização em caso de inexecução ou extinção do contrato são comuns no rol das matérias sujeitas à arbitragem.

3.1.4 Princípio da legalidade[147]

Toda a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, o qual determina que toda ação administrativa deverá ser amparada em lei.

No caso do emprego da arbitragem em contratos administrativos, questiona-se sobre a necessidade de autorização legal específica para que seja pactuada a arbitragem por meio de cláusula compromissória.

Segundo as decisões majoritárias do Tribunal de Contas da União,[148] a arbitragem não poderá ser prevista no contrato sem lei prévia autorizando a hipótese.

---

[146] Cf. capítulo 4.

[147] Neste item, analisa-se a necessidade de lei específica para submissão de um litígio em que o Poder Público seja parte. Sobre a extensão do sentido e alcance do princípio da legalidade e a proibição do uso da equidade, cf. item 3.2.3.

[148] Nos Acórdãos 286/1993, 584/2003 e 391/2008, abaixo analisados, o Tribunal de Contas da União decidiu pela inaplicabilidade da arbitragem em contratos envolvendo o Poder Público, ao argumento de que tal mecanismo de solução de controvérsias não encontrava respaldo em texto normativo que autorizasse seu emprego.

Compartilhando deste entendimento, Carlos Alberto de Salles[149] ressalta que o permissivo legal específico constitui um pressuposto de arbitrabilidade no âmbito público, já que a Lei de Arbitragem, enquanto norma geral, seria insuficiente para cumprir o mandamento constitucional do princípio da legalidade exigido da Administração Pública, dependendo seu emprego de lei específica para o setor.

Em sentido contrário, para Gustavo Justino de Oliveira,[150] mesmo antes da regulação da arbitragem pela Lei federal nº 11.079/2004, já era possível encontrar fundamento para sua aplicação na interpretação do artigo 54 da Lei nº 8666/93, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado.

Mesma posição é adotada por José Cretella Neto,[151] que afirma que o disposto no artigo 11, III, da Lei federal nº 11.079/2004 seria dispensável para ser aplicável aos contratos administrativos.

Em argumentação interessante com fundamento em uma interpretação dos princípios constitucionais, Lauro da Gama e Souza Junior[152] entende ser dispensada a exigência de lei específica, já que a Administração Pública está adstrita à observância dos princípios constitucionais, como aqueles relativos à eficiência (artigo 37, *caput*) e à duração razoável do processo (artigo 5º, LXXVIII), e tais princípios, por si, autorizam o emprego da arbitragem nos contratos públicos.

Embora a discussão sobre a necessidade de autorização legal para o emprego da arbitragem possa ter alguma implicação prática em outras modalidades de contratos administrativos, ela resta superada no que tange às parcerias público-privadas, uma vez que há autorização legal especificamente quanto a essa modalidade contratual, através do artigo 11 da Lei federal nº 11.079/2004.[153]

Assim, necessária ou não a autorização legal específica, a discussão torna-se irrelevante nas hipóteses em que o legislador expressamente permitiu seu emprego.

---

[149] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.
[150] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **A arbitragem**... Op. cit.
[151] CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
[152] SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde... Op. cit.
[153] Ressalta Carlos Alberto de Salles que, nas hipóteses em que já há autorização legislativa para o emprego da arbitragem na Administração Pública, como ocorre em relação aos contratos de parceria público-privada, tem-se que qualquer discussão sobre a disponibilidade e patrimonialidade do interesse torna-se completamente superada, já que o juízo de adequação quanto a esses requisitos já foi sopesado e superado pelo legislador. (SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 218).

3.1.5 A exigência da patrimonialidade nos conflitos submetidos à arbitragem

A lei de arbitragem traz a exigência de que o objeto da discussão seja um bem dotado de patrimonialidade.

Para Selma Maria Ferreira Lemes,[154] o viés econômico do contrato administrativo permite que, ao lado de cláusulas de supremacia estatal, existam aspectos de caráter patrimonial, passíveis de serem solucionados pela arbitragem.

Segundo Aline Lícia Klein,[155] "os direitos patrimoniais são aqueles passíveis de valoração pecuniária ou dos quais é possível extrair-se utilidade econômica".

O requisito estará satisfeito quando o objeto do interesse em litígio se revestir de caráter econômico ou puder se revestir de conteúdo negociável e apreciável financeiramente. Ou seja, o bem jurídico sob demanda deverá ter conteúdo apreciável em pecúnia, até para que eventual condenação se torne viável.

Nos termos do artigo 99 do Código Civil, os bens públicos dividem-se entre bens de uso comum (destinados ao uso indistinto da população, gratuita ou onerosamente), bens de uso especial (destinados a serviço ou estabelecimento da Administração Pública) e bens dominicais (sem destinação a uma finalidade específica). Os dois primeiros, porque destinados a cumprir específicas missões de interesse público, estão alheios ao comércio, e somente poderão ser objeto de negociação se forem desvinculados das atividades a que estão inicialmente atrelados, por meio de lei ou de ato administrativo, após o que, reclassificados como bens patrimoniais disponíveis, poderão ser objeto de alienação.

Importante ressaltar que os bens públicos qualificados como bens de uso comum e os bens de uso especial, embora passíveis de quantificação econômica, somente poderão ser negociáveis após a devida desafetação, por estarem vinculados a uma atividade de interesse público.

Dessa forma, a princípio será possível a arbitragem se do contrato de parceria público-privada surgir um litígio que envolva bens e direitos disponíveis. A disponibilidade e a patrimonialidade são requisitos aplicáveis a qualquer litígio que se pretenda submeter à arbitragem e estão especificamente previstos na Lei federal nº 9.307/96. Todavia, tratando-se de contratos de parceria público-privada, outros requisitos deverão ser observados, conforme a seguir exposto.

---

[154] LEMES, Selma Maria Ferreira. Op. cit.
[155] KLEIN, Aline Lícia. Op. cit.

3.2. Adaptações necessárias para o uso da arbitragem nos contratos administrativos: compatibilização com os princípios da Administração Pública

Como visto, em princípio não há incompatibilidade entre a arbitragem e seu emprego nos contratos que envolvam o Poder Público. Contudo, sua admissão, especificamente nos contratos administrativos, exige adaptações a fim de que sejam respeitadas as normas de Direito Público e mantidas as garantias e as formas de controle da Administração Pública.

Em outras palavras, a arbitragem nos contratos públicos não pode servir como mecanismo para afastar o controle sobre a atuação administrativa. Não poderá o administrador valer-se da cláusula compromissória para evadir-se do controle público ou democrático ao qual é submetida a Administração Pública. Isso justifica a impossibilidade de arbitragem de equidade, ou da sentença arbitral sigilosa.

Assim, a atividade estatal está submetida a uma série de controles, tanto internos como externos, os quais implicam uma atuação condicionada a fim de garantir que esse controle seja efetivamente exercido. O emprego da arbitragem nos contratos públicos deve levar em conta tais condicionantes, fato que explica um emprego diferenciado do instituto em se tratando de seu emprego no âmbito da Administração Pública.

Daí a necessidade de adaptação de certas regras da arbitragem, enquanto mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, quando aplicada aos contratos administrativos, garantindo-se a transparência e a observância às regras e peculiaridades do Direito Administrativo.

É por causa dessas peculiaridades e obrigações, às quais deverá curvar-se a Administração Pública no cumprimento de seu *munus*, que se cogita um modo especial e peculiar de estabelecimento da convenção de arbitragem, diferenciada daquela prevista nos contratos estritamente privados.[156]

Especificamente quanto aos requisitos elencados pelo artigo 11 da Lei federal nº 11.079/2004, destacam-se a necessidade de sua previsão em instrumento convocatório (item 3.2.1) e sua realização no Brasil e em língua portuguesa (item 3.2.2). Além de tais requisitos, específicos para a arbitragem envolvendo os contratos de parceria público-privada, outras adaptações serão necessárias em se tratando de contratos públicos,

[156] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.

especialmente no que concerne à proibição da arbitragem por equidade, dever de publicidade, necessidade de que a medida seja eficiente, bem como observância aos princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade (item 3.2.4).

Apesar de todas essas restrições, deverá haver um equilíbrio que possibilite, a um só tempo, que o emprego da arbitragem nos contratos administrativos obedeça às restrições próprias da atuação administrativa, sem, contudo, perderem-se a natureza e as características da arbitragem.

Nesse sentido, propõe Carlos Alberto de Salles uma *estratégia minimalista da intervenção* no processo arbitral na Administração Pública, admitindo, inclusive, que alguns atos sejam sigilosos, desde que se garanta publicidade à sentença e às provas produzidas.[157]

3.2.1 Previsão no edital de licitação

A Lei das Parcerias Público-Privadas prevê, em seu artigo 11, que o instrumento convocatório conterá minuta do contrato, podendo prever o emprego da arbitragem. Assim, se a Administração Pública optar pela arbitragem, deverá trazer essa opção já no momento da licitação, no instrumento convocatório, por meio de cláusula compromissória expressamente prevista.

Previsão semelhante se encontra na Lei federal nº 8.987/95, que elenca a arbitragem entre as cláusulas do contrato, cuja minuta é parte anexa do edital, nos termos do artigo 40, parágrafo segundo, inciso III, da Lei federal nº 8.666/93.

A redação simplificada do artigo 11, III, da Lei federal nº 11.079/04 é criticada por deixar de especificar a forma e as condições em que será conduzida a arbitragem. À diferença do que ocorre com a Lei de Parcerias Público-Privadas mineira (Lei estadual nº 14.868/03), a Lei federal não determina as condições mínimas do procedimento, como a necessidade de que seja conduzida por entidade especializada (*arbitragem institucional*). Todas as especificações ficam, dessa forma, a cargo do edital de licitações, que deverá estabelecer as condições mínimas para sua realização. Para Eduardo Grebler,[158] não se

---

[157] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 116.
[158] GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. **Revista de**

vislumbra nessa omissão legislativa nenhuma violação ao princípio da segurança jurídica, já que a minuta do contrato administrativo, anexada ao edital de licitação, poderá esclarecer todas as condições a serem contratadas.

Pela Lei das Parcerias Público-Privadas, a arbitragem somente poderá ser instituída por cláusula arbitral, ou seja, pela prévia escolha contratual da arbitragem. Não há menção sobre a possibilidade de as partes firmarem compromisso arbitral. A diferença é que, na cláusula arbitral, as partes estabelecem, previamente à existência da lide, que, no caso de ser deflagrado um litígio, este será remetido à decisão do árbitro. O compromisso, por sua vez, consiste no acordo entre as partes, firmado por ocasião da deflagração do litígio, pelo qual as partes decidem submeter a lide já instaurada à decisão arbitral.

Não há autorização legislativa para o estabelecimento da arbitragem por compromisso em matéria administrativa. Embora a solução por compromisso possa se mostrar adequada em situações em que as partes não tenham atingido um consenso sobre determinado empasse, seu estabelecimento poderia significar, na visão de Carlos Alberto de Salles, afronta à competitividade e à transparência do procedimento licitatório.[159] A submissão ao instrumento convocatório garante transparência ao processo licitatório, permitindo a todos os participantes que conheçam, de antemão, todas as condições que regerão o contrato a ser celebrado.

Em posicionamento contrário, Aline Lícia Klein defende que "em toda e qualquer contratação administrativa na qual não exista a previsão de solução mediante arbitragem, se as partes concordarem, poder-se-á a esta recorrer para resolver litígios passíveis de solução arbitral".[160] No seu entender, se as partes a qualquer momento podem adotar soluções consensuais em relação a determinados pontos controvertidos do contrato ou de sua execução, ainda que tais soluções não sejam previstas no contrato administrativo, com a mesma razão poderão firmar compromisso arbitral, desde que as partes envolvidas estejam de acordo sobre o mecanismo adotado. A exigência de previsão contratual da arbitragem inviabilizaria a utilização do compromisso arbitral, ou seja, impediria que as partes, mesmo concordando com a solução arbitral, estabelecessem, de comum acordo, uma convenção de arbitragem em relação a um conflito já instaurado.

No mesmo sentido, leciona Thalita Duleba Mendes: "A arbitragem é meio de solução de conflitos. Tal como ocorre com as pessoas privadas, a Administração pode

---

Arbitragem e Mediação. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004.
[159] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit.
[160] KLEIN, Aline Lícia. Op. cit., p. 95.

validamente pactuar sua sujeição à arbitragem por meio de compromisso posterior ao surgimento do litígio, não apenas por meio de cláusula compromissória interna a um contrato."[161]

Em todo caso, uma vez prevista a cláusula compromissória no edital de licitação, Carlos Alberto de Salles ressalta que não pode a Administração Pública renunciar a seu emprego. Isso porque "se, em um regime estritamente privado, as partes podem renunciar à convenção de arbitragem, o mesmo não ocorre em relação à Administração, tendo em vista a regra da vinculação ao instrumento convocatório".[162]

A necessária previsão da arbitragem já no edital de convocação, como hipótese a ser aceita pelo particular vencedor da licitação, implica no reconhecimento de que o particular adere a tal condição prevista pela Administração Pública. E, embora algumas cláusulas admitam a negociação (aquelas relativas à proposta do concorrente no âmbito da licitação), grande parte delas é de aceitação em bloco.

Nesse sentido, questiona-se se deverá ser observada a norma do artigo 4º, parágrafo 2º, da Lei de Arbitragem, relativa aos contratos de adesão, segundo a qual "a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula".

Tal previsão legal, por certo, foi concebida para proteger a parte mais fraca da relação jurídica — em geral o consumidor — contra os abusos que poderiam ser perpetrados pela parte que estipulou as cláusulas, o que não é o caso, por completo, dos contratos administrativos, já que nesses há uma margem de negociabilidade, não se podendo aplicar o conceito de vulnerabilidade às relações jurídicas administrativas. O particular que contrata com a Administração Pública, em regra, não atende ao requisito de vulnerabilidade que é característico do microssistema do consumidor, pois as cláusulas substanciais do contrato, como o preço, são definidos pela proposta vencedora, fato que não ocorre nas relações de consumidor.

Igualmente, enquanto elemento de atratividade ao particular, pelos motivos acima já enunciados, não é razoável a exigência formulada no mencionado artigo. Em razão

---

[161] MENDES, Thalita Bizerril Duleba. A concessão de tutela de urgência contra a Administração Pública pelo Juízo Arbitral. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 355.
[162] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 46.

disso, Aline Lícia Klein[163] entende ser inaplicáveis, nos contratos administrativos, referidas disposições.

Posição contrária é adotada por José Cretella Neto,[164] que defende a natureza de contrato de adesão. Assim sendo, entende o autor perfeitamente aplicável o artigo 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem, de modo que a cláusula compromissória somente teria eficácia se suscitada pela parte aderente ou se destacada no contrato.

3.2.2 Realização no Brasil e em língua portuguesa

Também é exigência do artigo 11 da Lei das Parcerias Público-Privadas que a arbitragem seja realizada no Brasil e que todos os atos sejam praticados em língua portuguesa.

Em um primeiro momento, causa estranheza tal previsão legal, pois o lugar concreto de realização da arbitragem não interfere na qualidade dos árbitros ou da decisão a ser proferida. Sobre o tema, José Cretella Neto[165] critica fortemente esse requisito legal, por entendê-lo absolutamente inútil, já que, desde que realizada por árbitros e instituições idôneos, a arbitragem realizada no exterior tem a mesma aptidão para produzir resultados satisfatórios.

Analisando-se a questão com mais cautela, Carlos Alberto de Salles[166] anota que, ao estabelecer o local de realização da arbitragem, evitou o legislador que eventual sentença arbitral seja proferida no estrangeiro, prevenindo-se, assim, sua necessidade de homologação no Brasil, caso o litígio venha a ser judicializado.

Isso porque as sentenças estrangeiras somente são reconhecidas e executáveis no Brasil após se submeterem ao procedimento de homologação de sentença estrangeira que, segundo o artigo 105, I, “i”, da Constituição Federal, procede-se perante o Superior Tribunal de Justiça, podendo o procedimento ser vagaroso e custoso à parte interessada, o que poderá levar ao desarranjo, inclusive, das vantagens inerentes à arbitragem, comprometendo a simplificação dos procedimentos e a celeridade dos atos processuais.

---

[163] KLEIN, Aline Lícia. Op. cit.
[164] CRETELLA NETO, José. **Comentários**... Op. cit.
[165] Ibidem.
[166] SALLES, Carlos Alberto de. Op. cit., p. 251.

Quanto à exigência de que os atos sejam realizados em língua portuguesa, a exigência vai ao encontro do princípio da transparência e da publicidade, tornando-se acessível tanto às partes quanto aos terceiros interessados. De nada adiantaria tornar a arbitragem pública se ela não for acessível aos interessados. Além disso, enquanto idioma oficial do país, nos termos do artigo 13 da Constituição Federal, a língua portuguesa deverá ser aquela empregada nos atos que determinam a forma de proceder da Administração Pública.

O requisito, por certo, admite certa flexibilidade. É possível que, por ser a tradução desnecessária e custosa, nem todos os documentos constantes do processo venham a ser traduzidos ao português, desde que todas as decisões proferidas no âmbito do processo obedeçam à determinação linguística imposta pelo legislador. Também não há impedimento de que, paralelamente ao vernáculo, seja adotado outro idioma com a tradução de todos os atos realizados em língua portuguesa.

3.2.3 Aplicação do princípio da legalidade e proibição da equidade

A autonomia da vontade é um dos princípios centrais que norteiam a arbitragem, pois o procedimento está pautado em bases consensuais, as quais se definem não só pela forma de solução da controvérsia, mas também pelo procedimento a ser adotado, pelas regras a serem empregadas, pela indicação dos árbitros e por outras questões de direito material e processual que poderão ser livremente escolhidas pelas partes envolvidas no litígio a ser submetido ao procedimento.

O artigo 2º da Lei da Arbitragem oferece a opção pela arbitragem de direito ou de equidade, a critério das partes. A solução por equidade garante maior flexibilidade aos árbitros, que poderão solucionar a lide por critérios de justiça possivelmente inexistentes na legislação vigente, garantindo-se o suprimento de lacunas legislativas. De acordo com a lei, o julgamento por equidade é mera faculdade na arbitragem, não constituindo elemento essencial dessa forma de resolução de controvérsias.

Conforme anotado acima, no item 3.1.1, a autonomia da vontade da Administração Pública é diferenciada, pois, por determinação constitucional, toda atuação administrativa deverá ser pautada no princípio da legalidade. Ou seja, os impulsos da Administração

Pública se dão, precipuamente, de acordo com mandamentos legais e pela busca do interesse público.

Considerando que a autonomia da vontade é limitada na Administração Pública, e que ela tem o dever de observar o princípio da legalidade, escancarado no artigo 37 da Constituição Federal, não se pode admitir o emprego da equidade na arbitragem a que é submetida a Administração Pública.

Isso não significa, contudo, que a norma a ser aplicada deva ser aquela estritamente positivada, pois o princípio da legalidade deve ser interpretado de forma ampla, para abarcar não somente a lei em sentido estrito, mas todas as normas vigentes no ordenamento jurídico, aí incluídos também os princípios constitucionais.

Nesse sentido, José Manuel Sérvulo Correia esclarece que, no Estado de Direito contemporâneo, o princípio da legalidade carrega uma definição polissêmica, permitindo-se um significado mais amplo do que aquele tradicionalmente conferido à Administração Pública. Dessa forma, enfatiza o autor: "[...] a instituição do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis veio a conferir relevância prática crescente ao princípio da *legalidade constitucional*, assente na ideia da *superlegalidade material e formal* das normas constitucionais".[167]

Igualmente, Lauro da Gama e Souza Junior enfoca que "os princípios e o sistema de valor e interesses *constitucionais*, mais que a lei positiva, constituem o instrumento normativo adequado para pautar a conduta do Administrador Público".[168]

De acordo com esse raciocínio, na decisão de conflito em que seja parte a Administração Pública, o árbitro deverá aplicar não só a lei em sentido formal, mas também o ordenamento jurídico como um todo, não podendo se afastar dos deveres, princípios e garantias insculpidos na Constituição Federal.

Outra questão diz respeito à aplicação da norma procedimental. Se na arbitragem envolvendo a Administração Pública veda-se a utilização de lei de direito material diversa daquela estabelecida pelo ordenamento jurídico pátrio para a solução da questão de fundo, existe certa flexibilidade em relação a normas procedimentais, ou seja, aquelas aplicadas na condução do procedimento arbitral.

Permite o artigo 21 da Lei federal nº 9.307/96 que o procedimento seja aquele estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, podendo reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou de uma entidade especializada, facultando-se às partes,

---

[167] CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. cit., p. 17-18.
[168] SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde... Op. cit., p. 131-132.

ainda, delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, poderes para regular o procedimento.

Por outro lado, o Código de Processo Civil prevê dispositivos específicos quando a Fazenda Pública esteja em juízo, tal como a inaplicação dos efeitos da revelia, a contagem de prazo em quádruplo para contestar ou em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil), ou a determinação de remessa obrigatória à instância superior em determinadas hipóteses de sucumbência (artigo 475 do Código de Processo Civil).

As normas a serem empregadas no procedimento arbitral poderão ser aquelas escolhidas e estabelecidas pelas partes, mesmo nos conflitos em que a Administração Pública seja parte, pois as prerrogativas processuais conferidas ao ente público podem ser afastadas na convenção de arbitragem.

Explica Paulo Osternack Amaral[169] que as prerrogativas processuais de que a Fazenda Pública dispõe no processo judicial não se aplicam em sede arbitral, pois o procedimento célere é incompatível com normas que impliquem qualquer demora injustificada. Assim, no procedimento perante o juízo arbitral, não há que se falar em prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (artigo 188 do Código de Processo Civil), nem em reexame necessário (artigo 475, I e II, do Código de Processo Civil) — no procedimento arbitral não se prevê sequer hipótese de recurso em face da sentença arbitral —, ou em inaplicação dos efeitos da revelia.

Segundo o autor, tais prerrogativas processuais são resultado de construções infraconstitucionais que não têm outra finalidade a não ser evitar dificuldades operacionais na defesa judicial. E, por estarem no mesmo nível hierárquico da lei que institui a arbitragem, podem tais prerrogativas ser afastadas pela vontade das partes e com respaldo no artigo 21 da Lei federal nº 9.307/96.

Em sentido contrário, embora reconheça uma tendência à crítica e à mitigação das prerrogativas processuais da Fazenda Pública, Eduardo Talamini[170] sustenta que vigora um princípio de indisponibilidade processual, o qual se fundamenta na premissa de que a Administração Pública não pode ser prejudicada pela inércia do agente incumbido de sua defesa.

Em todo caso, ainda que admitida a escolha do procedimento, é certo que aquele escolhido não poderá se afastar dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. É que, mesmo que o procedimento tenha sido escolhido pelas partes, o

---

[169] AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem... Op. cit.
[170] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade... Op. cit.

devido processo legal e a ampla defesa permanecem como garantias inafastáveis, das quais decorre o direito de se fazer representar por advogado, o amplo acesso aos dados do processo e o tratamento isonômico e imparcial do árbitro, sob pena de nulidade da sentença arbitral, nos termos do artigo 32, VII, da Lei federal nº 9.307/96.

3.2.4 Obediência aos princípios que norteiam a Administração Pública

Além das exigências acima elencadas, que deverão ser observadas na arbitragem efetivada no âmbito dos contratos de parceria público-privada, outras condicionantes, de ordem constitucional, constituem verdadeiros requisitos de arbitrabilidade, exigindo-se, por vezes, adaptações da Lei de Arbitragem a fim de que esta possa ser empregada no âmbito público.

O artigo 37 da Constituição Federal traz um rol de deveres a serem observados quando envolvida a Administração Pública. Submetendo-se o Poder Público à arbitragem, não poderá o procedimento arbitral se furtar à observância de tais deveres.

Uma dentre as vantagens do emprego da arbitragem no âmbito das relações privadas é a possibilidade de que o procedimento seja confidencial e sigiloso o que, salvo exceções legais, não ocorre no processo judicial.[171] Com o sigilo dos atos jurisdicionais, evitam as partes que assuntos internos sejam trazidos a público, preservando-se, assim, a intimidade dos litigantes.

Tratando-se de contrato administrativo, todavia, essa possibilidade fica inviabilizada pelo dever de publicidade que paira sobre os atos administrativos, conforme manda o artigo 37 da Constituição Federal. Tamanha é a importância do princípio da publicidade que a própria Lei federal nº 11.079/2004 elenca em seu artigo 4º, V, dentre suas diretrizes, a “transparência dos procedimentos e das decisões”.

O princípio da publicidade está relacionado com o dever de transparência da Administração Pública e viabiliza o controle externo sobre ela exercido. É pelo pleno acesso aos atos e contratos administrativos que se torna possível o controle pela sociedade,

[171] O artigo 5º, XL, da Constituição Federal autoriza o sigilo dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. No âmbito infraconstitucional, o Decreto nº 4.553/2002 trata da salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal.

legitimando-se, assim, a ação pública. O sigilo, dessa forma, configuraria grave obstáculo ao controle externo.

Tem-se, portanto, a regra da publicidade da arbitragem nos contratos administrativos, de modo que o sigilo do procedimento arbitral deverá ser excepcional e devidamente justificado no interesse público. Essa conclusão implica que, na arbitragem com o Poder Público, fica inviabilizada a hipótese de se proceder a uma arbitragem sigilosa, embora a própria Lei de Arbitragem autorize sua ocorrência.

Nada impede, todavia, que o dever de publicidade dos atos seja flexibilizado. Assim, a depender do objeto do contrato, é possível que alguns documentos sejam resguardados, desde que as decisões e a sentença, bem como os motivos que determinaram a solução final, sejam revestidas da necessária publicidade.

Nesse sentido, explica Carlos Alberto Carmona[172] que, apesar de o princípio da publicidade ser inafastável, pois é forma de controle popular acerca dos atos praticados pela Administração Pública, o acesso público poderá se restringir aos atos e documentos essenciais do processo arbitral, mantendo-se a privacidade em atos não decisórios, como aqueles referentes aos debates travados entre as partes e aos documentos que instruíram o processo.

Além do princípio da publicidade, o artigo 37 da Constituição Federal também traz como exigência a ser observada pela Administração Pública a busca pela eficiência administrativa.

Segundo esse mandamento constitucional, a ação pública deverá ser orientada para o efetivo cumprimento das missões do Estado, com presteza, agilidade e economicidade, através do aproveitamento responsável dos recursos disponíveis e da obtenção de um resultado útil e satisfatório.

Conforme mencionado em tópico próprio,[173] a eficiência é uma das grandes vantagens da escolha da solução de conflitos por meio da arbitragem, pois proporciona uma resposta célere e especializada à demanda, por meio de um procedimento mais flexível e que valoriza o maior contato entre as partes em litígio, proporcionando-lhes melhores condições de encerrarem o litígio pela via não judicial.

Para avaliar a eficiência da solução arbitral no caso concreto, o Administrador Público deverá levar em conta a relação custo-benefício de seu emprego.

---

[172] CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**... Op. cit., p. 44.
[173] Cf. item 2.4.2.

Ainda dentre os princípios constitucionais, deve-se mencionar aquele relativo à impessoalidade. Segundo o preceito, o administrador público não poderá valer-se do poder a si conferido para auferir vantagem pessoal para si ou para outrem, devendo praticar o ato administrativo no âmbito de sua finalidade legal, a qual, em última análise, é o atingimento do interesse público. No emprego da arbitragem, tal princípio deverá ser observado, de modo que a solução não judicial de controvérsias não poderá ser utilizada para se desvirtuar da finalidade pública ou para servir como privilégio a interesses privados do administrador ou de terceiros.

Analisando ainda os princípios constitucionais, tem-se o princípio da moralidade. Segundo o preceito, na atuação administrativa, a conduta do administrador deverá seguir padrões de honestidade e eticidade. Além de dever respeito à lei, o administrador público deverá agir de forma idônea e oportuna.

Em princípio, não há qualquer incompatibilidade entre a moralidade administrativa e o emprego da arbitragem. Ao contrário, a busca de uma solução mais eficiente e célebre indica que o administrador público está preocupado com o padrão de qualidade de sua gestão, o que vai ao encontro da eticidade exigida de sua conduta. Não havendo qualquer desvio na atuação do administrador, a arbitragem é forma de resolução de conflitos compatível com a moralidade administrativa.

Em nível infraconstitucional, deverá a Administração Pública, no emprego da arbitragem, observar outros princípios, os quais vêm especificados no artigo 2º da Lei Federal nº 9.784/99, relativa ao processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

A razoabilidade e a proporcionalidade já foram tratadas no item 3.1.2 com o fim de afastar a premissa de que haveria, sempre, uma supremacia do interesse público. Conforme se discorreu naquele tópico, não se admite uma prévia escolha pela supremacia do interesse público sem antes se realizar a análise do caso concreto.

Na previsão contratual da arbitragem para solução de conflito decorrente da execução do contrato de parceria público-privada, a mesma ponderação de interesses deverá ser colocada em jogo. A técnica da ponderação exige que, na avaliação do caso concreto, a escolha recaia sobre aquela que melhor atenda aos interesses envolvidos. A razoabilidade, por sua vez, implica que a opção pela arbitragem atenda a parâmetros racionais e lógicos.

Todas as vantagens já discutidas neste trabalho (celeridade, tecnicidade, informalidade, praticidade, etc.), aliadas à observância de todas as condicionantes públicas

definidas em lei e na Constituição Federal, possibilitam vislumbrar uma adequação da arbitragem nos contratos de parceria público-privadas aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

É claro que, em todos os casos, o princípio da finalidade servirá de parâmetro e de controle para a atuação pública. Estritamente relacionado com o princípio da moralidade, o princípio da finalidade determina que a atuação administrativa, na opção pela arbitragem, deverá se voltar ao atingimento da finalidade pública, impedindo-se qualquer privilégio a interesses privados do administrador ou de terceiros.

Se cumprida a finalidade pública — consistente na busca da eficiência e celeridade da solução do conflito — bem como escolhidos os árbitros sem qualquer envolvimento ou favorecimento pessoal do administrador público, os quais deverão honrar o compromisso de imparcialidade na decisão do litígio, a controvérsia poderá ser submetida à arbitragem, pois de acordo com a finalidade pública exigida.

As adaptações e a observância às condicionantes elencadas no presente item são necessárias para que a arbitragem seja viabilizada nos contratos de parceria público-privada. Observadas essas condições, o litígio será, em tese, apto à solução pela via arbitral. Restará, no entanto, analisar se o objeto do conflito é passível de ser solucionado pela instância arbitral, ou se a matéria constitui objeto de ordem pública ou cláusula regulamentar, ocasião em que a arbitragem esbarrará no *ius imperii* da atuação administrativa.

3.3 A arbitragem nas cláusulas regulamentares

As cláusulas contratuais regulamentares são aquelas de prerrogativas, fixadas pelo Poder Público, com a finalidade de controlar e dirigir a execução do contrato administrativo. Por meio delas, o contratante pode, independentemente do consentimento do contratado, alterar cláusulas contratuais — sempre em nome do interesse público —, estabelecer formas especiais de controle para sua execução, bem como determinar a aplicação de penalidade.

Conforme acima referido, há cláusulas na Lei federal nº 8.666/93 que apontam para um desequilíbrio na relação contratual, garantindo-se certas prerrogativas à Administração Pública contratante: (i) a possibilidade de alteração unilateral do contrato, em termos

qualitativos ou quantitativos, desde que observados os limites legais; (ii) o poder de fiscalização e acompanhamento da execução do contrato; (iii) a rescisão unilateral do contrato, independentemente de provocação do Poder Judiciário, em casos específicos; e (iv) a aplicação de penalidades, após devido processo administrativo, o qual poderá resultar em aplicação de sanções administrativas ao particular.

Já se referiu também que o contrato de parceria público-privada é diferenciado, porque contém cláusulas mais isonômicas e paritárias, afastando-se, dessa forma, boa parcela da imperatividade do contrato administrativo tradicional.

Mesmo assim, não se pode negar sua existência mesmo nessa modalidade específica de contrato administrativo.

No que se refere a tais cláusulas exorbitantes do Direito comum, em regra não poderão ser afastadas ou remodeladas pelo árbitro, pois são garantias de ordem pública conferidas em lei em prol do interesse público e estão alheias à disponibilidade do administrador. Essas cláusulas, porque conferem prerrogativas especiais à Administração Pública, permanecem insuscetíveis à arbitragem (e também à apreciação pelo Poder Judiciário), porque configuram ferramentas conferidas legalmente ao administrador para o desempenho da função de administrar.

Nesse sentido, Mauro Roberto Gomes de Mattos enfatiza que: "A utilização da arbitragem para dirimir contenda resultante em um contrato público possui barreiras que não poderão ser penetradas, e uma delas é a revogação das cláusulas especiais (exorbitantes) colocadas a efeito para preservar o interesse da coletividade."[174]

Por sua vez, embora reconheça que as cláusulas exorbitantes (rescisão unilateral, alteração do objeto do contrato, etc) não sejam passíveis de solução arbitral, Selma Maria Ferreira Lemes[175] defende que as consequências patrimoniais delas advindas podem ser decididas pelo árbitro, em especial as questões relativas ao dever de indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porque refletem consequências patrimoniais que não se relacionam diretamente com o interesse público.

As cláusulas que autorizam o amplo poder de fiscalização do contrato, as que determinam a rescisão unilateral do contrato em casos de inexecução ou desídia e aquelas que impõem a aplicação de sanções administrativas expressam o *poder de polícia* típico da Administração Pública, assim entendido como o poder de coerção da Administração

---

[174] MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001, p. 126.
[175] LEMES, Selma Maria Ferreira. Op. cit., p. 144.

Pública a fim de buscar ajustar a conduta do particular à escorreita execução do contrato. Por essa razão, estão fora do alcance decisório do árbitro.

Já as cláusulas que preveem a alteração unilateral do contrato, em termos qualitativos ou quantitativos, constituem uma opção de conveniência e oportunidade diante da alteração das condições fáticas inicialmente contratadas, devendo ser voltadas à perseguição do interesse público. Por constituírem decisão de *mérito administrativo*, também tais cláusulas estão excluídas da apreciação do árbitro ou do Poder Judiciário.

Em regra, a discricionariedade administrativa, veiculada no mérito do ato administrativo, não pode ser objeto de revisão pelo árbitro ou do Poder Judiciário, pois é fruto de um julgamento de conveniência e oportunidade dentre as várias opções validamente possíveis pelo administrador. Salvo em caso de desvio de finalidade, ou de desrespeito aos princípios da Administração Pública, a opção não poderá ser objeto de revisão, seja em sede judicial, seja em sede arbitral, sob pena de violação à separação de poderes.[176]

Quanto à natureza das cláusulas que envolvam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o Tribunal de Contas da União, em decisão proferida no Acórdão nº 1.928/11, publicada no Diário Oficial da União de 01 agosto de 2011,[177] já decidiu que a cláusula correspondente ao reequilíbrio econômico-financeiro teria natureza regulamentar e, por isso, seria insuscetível de apreciação pelo tribunal arbitral. Nesse sentido, há quem sustente que o reequilíbrio econômico-financeiro fica afeto a direitos indisponíveis e, assim, é inviável a solução arbitral. Assim argumenta Mauro Roberto Gomes de Mattos:

> Caso ocorra desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e que consiste na real e efetiva manutenção do poder aquisitivo da tarifa proposta e ajustada no compromisso firmado entre particular e poder concedente, deverá a parte lesada ou prejudicada (contratado) se socorrer do manto protetor do Poder Judiciário, pois apesar de ser direito cristalino e insofismável tal equilíbrio, o poder público não possui procuração para acordar sobre tais desequilíbrios a não ser que eles estejam invencivelmente comprovados.[178]

---

[176] Em sentido contrário, sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa, cf. MARQUES, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. No texto, o autor entende que o princípio da discricionariedade não é dissociável do princípio da legalidade, já que é este que confere margem de abertura para o exercício daquele. Daí a necessidade de controle da discricionariedade, seja por instrumentos internos, seja por meio do controle externo.

[177] Cf. item 4.1.

[178] MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo... Op. cit., p. 130.

Para o autor, o tribunal arbitral é impedido de proceder à revisão contratual, podendo apenas decidir acerca das matérias sobre as quais as próprias partes poderiam convencionar, como aquelas decorrentes do artigo 65, II, da Lei federal nº 8.666/93.

Convém notar que, em posicionamento bastante recente, no Acórdão 157/2012,[179] publicado no Diário Oficial da União de 9 de fevereiro de 2012, que trata do acompanhamento do 2º estágio de concessão dos aeroportos internacionais Governador Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitscheck, em Brasília/DF, o Tribunal de Contas da União emitiu posicionamento contrário àquele exarado no Acórdão nº 1.928/11. Ao comentar as disposições finais do contrato, nas quais se destaca a cláusula referente à arbitragem, entendeu o Tribunal:

> A previsão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio futuro e incerto no âmbito de contratos administrativos é considerada lícita sempre que incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais - representativos do chamado interesse público secundário ou instrumental -, e não sobre potestades de índole pública (interesse público primário, de promoção do bem comum).

E, mencionando posicionamento doutrinário favorável à argumentação, reforça que a matéria atinente a aspectos patrimoniais e que esteja relacionada ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato é suscetível de ser dirimida por arbitragem.

Nesse sentido, alguns contratos administrativos analisados no capítulo seguinte[180] admitem o reequilíbrio econômico-financeiro como sendo matéria sujeita à decisão arbitral. Na realidade, enquanto fatia negociável do contrato, relativa exclusivamente a aspectos patrimoniais, não há vedação de que a questão seja decidida pelo árbitro. Explica Eduardo Talamini[181] que o litígio envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato permite a solução por arbitragem, pois estão presentes elementos patrimoniais.

De fato, diferentemente da natureza das cláusulas de prerrogativa, o reequilíbrio econômico-financeiro é direito do particular em qualquer contrato administrativo, e diz respeito exclusivamente ao necessário balanço patrimonial da relação. Por isso, em princípio, é matéria que pode ser objeto da arbitragem.

---

[179] Cf. item 4.1.

[180] A parceria público-privada para a construção e exploração da Linha 4 do Metrô de São Paulo, o Contrato de Parceria Público-Privada para a construção da Arena Multiuso em Pernambuco e o Contrato de Parceria Público-Privada para a modernização do Mineirão são exemplos de contratos que preveem, expressamente, a arbitragem como forma de se proceder ao reequilíbrio-econômico financeiro do contrato.

[181] TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005.

Outras que envolvam cláusulas de prerrogativa, ou seja, aquelas relativas ao exercício do poder de polícia ou que conferem à Administração Pública o poder de decidir conforme a conveniência e oportunidade, permanecem como matérias intangíveis pelo árbitro.

3.4. O cumprimento da sentença arbitral pelo Poder Público

Uma vez estabelecido que a matéria é suscetível à arbitragem, e após cumprido todo o procedimento arbitral, sobrevirá uma sentença arbitral, a qual poderá comportar uma condenação contra a Administração Pública.

Questão relevante se coloca acerca do modo de cumprimento dessa sentença arbitral. Sendo arbitrada uma obrigação de pagamento pecuniário pela Administração Pública, deverá ser apreciada a forma de execução desse julgado.

Decerto, não poderá ser ignorada a regra do artigo 100 da Constituição Federal, pelo qual os pagamentos pela Fazenda Pública se farão pela ordem cronológica de apresentação dos precatórios, com preferência para o pagamento de débitos de natureza alimentícia, ressalvados os débitos de até 60 salários mínimos, para a Fazenda Pública federal, cujo pagamento se dará por meio simplificado.

Primeiramente, deve-se enfatizar que a determinação do artigo 100 da Constituição Federal se refere às condenações pecuniárias em face da Administração Pública. Em se tratando de condenação de obrigação de fazer, ou de não fazer, a sentença é desde pronto exequível, não se submetendo a qualquer ordem cronológica para seu cumprimento. Dessa forma, a discussão travada no presente tópico se refere exclusivamente às condenações pecuniárias que possam decorrer do contrato.[182]

No item 1.3.3, foi abordada a discussão existente acerca da criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, o qual se destina à prestação de garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias público-privadas por eles celebradas.

Segundo previsão legal, o Fundo Garantidor terá natureza privada, constituída com patrimônio próprio, que é inteiramente público, constituído pela União, suas autarquias e

[182] CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Op. cit..

fundações públicas. Em caso de descumprimento da obrigação por parte do parceiro público, o débito é assumido pelo Fundo Garantidor, que se sub-roga nos direitos do parceiro público ou de seus investidores, passando a ser credor do parceiro público.

De acordo com a previsão legal, no artigo 18 da Lei nº 11.079/2004, o Fundo prestará diversas formas de garantia, dentre as quais: (i) a fiança, sem benefício de ordem para o fiador; (ii) o penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do Fundo; (iii) a hipoteca de bens imóveis do patrimônio do Fundo; (iv) a alienação fiduciária; (v) a cessão de direitos sobre outros contratos que produzam efeitos de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou a posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução; (vi) bem como outras formas de garantia real ou pessoal vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao Fundo.

Além disso, o artigo acima mencionado, em seu parágrafo quinto, na redação conferida pela Medida Provisória nº 575 de 2012, estabelece que o parceiro privado poderá acionar o Fundo Garantidor se dispuser de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público após quinze dias contados da data de vencimento. No caso de títulos não aceitos pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada, desde que transcorridos quarenta e cinco dias do vencimento do débito e que não tenha havido rejeição expressa por ato motivado.

É de se questionar se a sentença arbitral poderá ser executada mediante a execução da garantia promovida pelo Fundo Garantidor, tornando-se de pronto exigível.

Embora haja argumentos favoráveis a essa posição,[183] não nos parece, todavia, que esta solução seja possível.

Primeiramente, a satisfação das obrigações pelo Fundo Garantidor, *já quando há acordo expresso ou tácito do parceiro público*, é tema de debate.[184] Quando a obrigação for resultante de determinação em sentença arbitral, ou seja, sem a concordância expressa ou tácita da Administração Pública devedora, a questão é ainda mais delicada.

---

[183] Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Santos de Aragão, enfatizando que o Fundo Garantidor teria natureza privada, defendem que o regime jurídico a ele atinente é aquele do artigo 173 da Constituição Federal, ou seja, o privado. Tal natureza jurídica privada explicaria a não submissão do Fundo Garantidor à regra constitucional do artigo 100 acerca do pagamento de débitos da Fazenda Pública por meio de precatórios. (ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit. SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit.).

[184] Cf. item 1.3.3. Para Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a criação do Fundo Garantidor é inconstitucional, pois, além de violar outros dispositivos constitucionais, configura afronta à ordem de pagamento de débitos da Fazenda Pública estabelecida no artigo 100 da Constituição Federal.

Embora o comando constitucional do artigo 100 mencione expressamente que o pagamento por precatórios se dê em virtude de condenação por sentença judiciária, o raciocínio poderá ser extensivo às sentenças arbitrais, que têm a mesma natureza jurisdicional das sentenças judiciais, sob pena de violação do tratamento isonômico e imparcial que se exige da Administração Pública no trato com os particulares.

No que tange à forma de execução da garantia pelo Fundo Garantidor, a Lei federal nº 11.079/2004 não é específica em caso de decisão arbitral da qual seja sucumbente a Administração Pública. Ao contrário, a redação legal é bastante ampla, parecendo abarcar a prestação de garantia em qualquer situação que exija o pagamento de obrigações pecuniárias pelo Poder Público.

Dessa forma, pela ausência de especificação legal, e em uma leitura bastante superficial dos preceitos envolvidos, seria possível uma interpretação ampla da Lei das Parcerias Público-Privadas, entendendo-se que, em caso de sucumbência na instância arbitral, o Fundo Garantidor poderia oferecer a consolidação da garantia em favor do credor como forma de pagamento, com a transferência ao parceiro privado da prestação devida, passando a ser credor do parceiro público quanto ao montante inadimplido.

Evidentemente, essa solução não é isenta de fortes críticas. Maria Sylvia Zanella Di Pietro[185] entende que, sendo o Fundo Garantidor constituído por patrimônio público, oriundo da União, autarquias e fundações públicas, não há como negar sua natureza de bem público, pelo que deve estar submetido às regras aplicáveis à Fazenda Pública. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello[186] condena fortemente a opção legislativa da criação do Fundo Garantidor, pois a solução adotada pelo legislador ordinário acaba por ferir o princípio isonômico, uma vez que o pagamento simplificado por meio do Fundo Garantidor proporciona tratamento diferenciado ao credor específico dessa modalidade de contrato administrativo em relação àqueles que, embora mais antigos na ordem cronológica, detenham uma relação jurídica de outra natureza com a Administração Pública.

De fato, o cumprimento da sentença arbitral não poderá gozar de privilégios que não seriam admissíveis para o cumprimento das decisões judiciais. Se a Constituição Federal prevê modalidade diferenciada para o pagamento dos débitos fazendários, o procedimento deverá ser observado mesmo nas sentenças arbitrais.

---

[185] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias**... Op. cit.
[186] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit.

Dessa forma, quando a Administração Pública for condenada, por sentença arbitral, a uma obrigação de pagar cujo valor supere o limite para dispensa de precatório, o débito deverá ser cobrado por meio do procedimento diferenciado, com pagamento na ordem de apresentação cronológica do precatório.

Por outro lado, em se tratando de obrigação de fazer ou não fazer, ou de dar coisa certa, a sentença é de plano executável, podendo a parte vencedora pleitear desde logo o cumprimento. Importante ressaltar que, de acordo com a Lei federal nº 9.307/96, o árbitro não detém o poder de coerção sobre a parte vencida recalcitrante, devendo as medidas coercitivas ser demandadas diretamente ao Poder Judiciário. No caso de provocação judicial, a atribuição do juiz dirá respeito apenas à forma de execução do julgado, e não se discutirá o mérito da questão julgada pelo árbitro, pois a sentença arbitral condenatória constitui título executivo (artigo 31).

Com o cumprimento da sentença arbitral, conclui-se o ciclo da arbitragem e tem-se por encerrado o procedimento de resolução do conflito. Em tese, ao final desse trajeto, as partes terão solucionado o empasse que desencadeou todo o procedimento, devendo dar continuidade às relações jurídicas a que estão vinculadas.

Encerrada a análise teórica, o próximo capítulo se destina a uma abordagem prática da arbitragem, tanto no que diz respeito ao entendimento do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores sobre a matéria quanto à análise de experiências recentes em contratos de parceria público-privada.

4 UMA ANÁLISE DAS EXPERIÊNCIAS BRASILEIRAS E DA JURISPRUDÊNCIA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

A panorâmica traçada ao longo dos últimos três capítulos do presente trabalho permitiu um detalhamento teórico do procedimento e das peculiaridades da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. O presente capítulo trata de uma abordagem mais prática do emprego do instituto, com análise das decisões mais expressivas do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores acerca do tema. Será interessante também averiguar como a questão é tratada em determinados contratos de parceria público-privada firmados pelo Poder Público.

Aspecto intrigante é o tratamento nem sempre uniforme que se dá à arbitragem no Poder Público. Basta analisar os julgados dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União abaixo para verificar que, por vezes, o emprego da arbitragem vem autorizado somente aos entes da Administração Pública dotados de personalidade jurídica privada,[187] embora outras vezes se admita seu emprego especificamente em contratos de Direito Privado (como aqueles referentes a locações, por exemplo).[188] Por fim, de maneira mais abrangente, há decisões que permitem a arbitragem para aqueles contratos cuja regência se dê por meio das normas de Direito Público — contratos administrativos — desde que a controvérsia refira-se a parcela disponível e patrimonial de sua execução.[189]

Com relação aos julgados abaixo colacionados, faz-se uma ressalva metodológica. Embora o objeto do presente trabalho diga respeito à arbitragem especificamente nos contratos de parceria público-privada, muitas decisões trazidas à análise travam discussões no âmbito dos contratos administrativos em geral. Isso se deve ao fato de que existem ainda poucos julgados no tema das parcerias público-privadas, porque se trata de uma figura contratual recente.

Todavia, a análise dos casos envolvendo arbitragem e Poder Público em geral também é pertinente a este trabalho, pois os debates que envolvem a polêmica —

---

[187] Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 2005/0212763-0**. Mandado de Segurança n. 11.308/DF. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª S., j. 09 abr. 2008, DJe 19 maio 2008.

[188] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 391/2008**. Rel. Marcos Vinicios Vilaça, DOU 14 ago. 2008.

[189] Cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 157/2012**. Rel. Min. Aroldo Cedraz de Oliveira, DOU 09 fev. 2012.

arbitragem *versus* supremacia e indisponibilidade do interesse público — têm a mesma intensidade nos contratos de parceria público-privada e nos contratos administrativos em geral.

4.1 A evolução do posicionamento do Tribunal de Contas da União

O Tribunal de Contas da União é órgão da Administração Pública federal, não judicial, de fiscalização externa da atividade administrativa federal. Aos seus membros compete, dentre outros, apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens, e valores públicos da Administração direta e indireta, realizar inspeções e auditorias nas unidades administrativas, bem como aplicar sanções aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou de irregularidade de contas.

Cuida o órgão, assim, de zelar pelo bom funcionamento do aparato administrativo federal, emitindo pareceres e decisões aos quais devem curvar-se as unidades administrativas.

Não é de se estranhar, portanto, que exista um número razoável de julgados desse órgão envolvendo a arbitragem no âmbito do Poder Público.

O histórico de decisões e pareceres do Tribunal de Contas da União indica uma posição restritiva ao emprego da arbitragem nos contratos administrativos. As primeiras decisões são bastante incisivas no sentido de que seu emprego seria incompatível com os princípios da Administração Pública e com o regime jurídico diferenciado a que é submetida. Ao longo dos últimos anos, contudo, principalmente em razão das inovações trazidas pelas Lei federal nº 11.079/04 e nº 11.196/05, o Tribunal pareceu ter flexibilizado seu posicionamento anterior.

O primeiro pronunciamento do Tribunal de Contas da União a respeito da arbitragem nos contratos com a Administração Pública ocorreu por meio do Acórdão nº 286/93,[190] em resposta a uma consulta do Ministério das Minas e Energia quanto ao uso do instrumento para solucionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos

[190] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 286/93**. Rel. Homero Santos, DOU 04 ago. 1993, p. 64-68.

contratos celebrados entre a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco – CHESF e seus fornecedores de materiais e mão de obra.

Em firme entendimento desfavorável à utilização da arbitragem no âmbito dos contratos públicos, o Tribunal de Contas da União acolheu pareceres da assessoria técnica e do Ministério Público no sentido de que a arbitragem não encontraria acolhida nos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da indisponibilidade do interesse público, da inalienabilidade do interesse público, da tutela administrativa e da vinculação ao instrumento convocatório. A falta de previsão legal, à época, também influenciou esse pronunciamento pelo órgão.

Isso porque, levando em conta que a Lei federal nº 8.666/93 teria sucedido o Decreto-Lei nº 2.300/86, e que neste havia previsão excepcionalíssima de arbitragem, não repetida no texto da Lei de Licitações e Contratos de 1993, a assessoria técnica enfatizou que o legislador, ao editar a nova Lei de Licitação e Contratos, teria reconhecido a inaplicabilidade da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos.

A seu turno, o representante do Ministério Público, apontando para os princípios constitucionais do artigo 37, opinou que:

> da mesma forma que na transação, o Administrador, não podendo dispor, ao seu talante, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, sem a indispensável autorização legal, de requerer a instauração de juízo arbitral, e que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos, imanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.[191]

De fato, a própria Lei da Arbitragem somente viria a entrar em vigor em 1996 e a previsão expressa de sua aplicação nos contratos administrativos veio em 2004, com a edição da Lei das Parcerias Público-Privadas, estendida, com a Lei federal nº 11.196/2005, às concessões administrativas em geral.

O Acórdão nº 188/95[192] analisa as irregularidades no edital de licitação da Ponte Rio-Niterói. Dentre as questões suscitadas, analisou-se a validade da previsão da arbitragem. Foi o primeiro julgamento em que o Tribunal de Contas da União deu certa admissão à cláusula compromissória, ainda antes das alterações trazidas pela Lei federal nº 11.196/2005, baseando seu julgado pela redação do artigo 23, XV, da Lei nº 8.997/95.

---

[191] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 286/93**... Op. cit., p. 67.
[192] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 188/95**. Rel. Paulo Affonso Martins de Oliveira. DOU 22 maio 1995.

O representante do Ministério Público opinou no sentido de que já não era possível impedir seu emprego com amparo no princípio da legalidade. Isso porque, com o advento da Lei federal nº 8.987/95, teria ficado superada a proibição pela falta de previsão legal, já que citada lei, recém-criada, previu o foro e o modo amigável de solução de divergências.[193]

O relator endossou o parecer do Procurador do Ministério Público, quanto à existência de amparo legal para a arbitragem nos contratos administrativos, ressalvando que não seria possível incluir, na parte da arbitragem, cláusulas que não observassem estritamente os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público. Assim, reconheceu a legitimidade da arbitragem em contrato administrativo, desde que respeitados os princípios atinentes à Administração Pública.

Em julgamento de questão análoga, em 2003, o Tribunal de Contas da União pareceu recuar, determinando, no Acórdão nº 584/03,[194] a exclusão da cláusula 47, que previa arbitragem no âmbito dos contratos de suprimento de energia celebrados pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública federal, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com produtores independentes de energia.

Referida cláusula possibilitava o emprego da arbitragem, caso não houvesse solução amigável, a ser realizada na forma da Lei federal nº 9.307/96, composta por uma banca de três árbitros, pela Câmara de Arbitragem da cidade do Rio de Janeiro, em língua portuguesa e em conformidade com as leis brasileiras.

Pelo parecer técnico:

---

[193] Pela clareza da exposição, colaciona-se trecho da argumentação trazida pelo membro do Ministério Público: "É fato que a Administração Pública subsume-se ao princípio da legalidade estrita, princípio, aliás, elevado à categoria de princípio constitucional impositivo pelo constituinte de 1988. Portanto, se houver previsão legal que permita a aplicação de um instituto de Direito Privado ao Direito Administrativo não deve restar qualquer dúvida em relação à sua admissibilidade. Cumpre, destarte, verificar se o compromisso arbitral é instituto que pode ser incluído no âmbito da expressão 'modo amigável de solução das divergências contratuais', inserida em nosso ordenamento pela Lei nº 8.987/95. O compromisso arbitral ou simplesmente arbitragem consiste na utilização de árbitros para a solução de controvérsias, subtraindo-se a demanda da jurisdição da Justiça ordinária. Uma interpretação restritiva da expressão 'modo amigável de solução das divergências contratuais' poderia levar à conclusão de que apenas seria admitida a 'transação', instituto disciplinado pelo Código Civil em seus arts. 1.025 a 1.036, e que consiste na solução de controvérsias por parte dos próprios interessados mediante concessões mútuas. Ora, se for admitida a 'transação' como forma de solução de litígios em contratos de concessão, em que o Poder Público e o concessionário fazem 'concessões mútuas' (Código Civil, art. 1.025) para a solução amigável das divergências contratuais, não deve haver qualquer empecilho a que se admita a utilização de árbitros. A interpretação teleológica do Art. 23, inciso XV, da Lei nº 8.987/95 deve concluir que o legislador utilizou a expressão 'modo amigável de solução de divergências' em oposição a 'solução jurisdicional de controvérsias'".

[194] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 584/2003**. Op. cit.

> [...] como empresa pública comercializadora de energia elétrica, não caberia à CBEE, em caso de conflito com o particular, abrir mão da composição da lide no Judiciário. Os bens de uma empresa pública não podem ser considerados disponíveis, já que, em última instância, o responsável por qualquer ressarcimento ao particular será sempre o contribuinte, a partir da majoração dos encargos tributários.[195]

Além disso, não se poderia considerar disponível o fornecimento de energia elétrica em uma situação fática em que a população sofria com os efeitos do racionamento.

Não foi determinante, no julgamento do acórdão, a especial condição da empresa pública no desenvolvimento de atividade econômica. Embora nessa condição deva se submeter ao regime de Direito Privado, nos termos do artigo 173 da Constituição Federal, o fato de pertencer à Administração Pública Federal pesou no julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Nesse caso específico, embora a posição fosse no sentido de que o contrato em tela não se sujeitaria a esse instituto de Direito Privado, por incompatibilidade de regime jurídico, o Tribunal de Contas da União viu-se obrigado a afastar algumas previsões legais, dentre elas a incidência da Medida Provisória nº 29, de 07 de fevereiro de 2002, que autoriza a arbitragem para os agentes do Mercado Atacadista de Energia – MAE, e, nesse ponto, o argumento foi que a arbitragem estaria prevista especificamente no âmbito do MAE, o qual não engloba os contratos em apreço.

Interessante notar que, à época deste julgamento, assim como na data do julgamento do Acórdão nº 188/95, o artigo 23, XV, da Lei federal nº 8.987/95, já dispunha como cláusula essencial do contrato a relativa ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais, sem ainda prever especificamente a arbitragem — que foi adicionada pela Lei federal nº 11.196/2005.

Quanto ao argumento de que a cláusula, na sua redação original, interpretada de forma ampla, possibilitava o emprego da arbitragem, justamente em razão de uma interpretação extensiva do artigo 23, XV, da Lei federal nº 8.987/95, o Tribunal insistiu que a definição de foro e modo amigável nada teria a ver com a resolução de conflitos pela arbitragem.

E, por não haver autorização legal para que a CBEE estabelecesse a via arbitral, a cláusula contratual esbarraria em um princípio fundamental, que é o da legalidade, devendo, por essa razão, ser excluída do contrato.

---

[195] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 584/2003**. Op. cit., p. 301.

O Acórdão nº 391/2008[196] trata de relatório de auditoria realizada no âmbito do contrato de concessão celebrado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre S.A. (Concepa), com o objetivo de verificar a adequação dos valores de tarifas de pedágio na Rodovia BR-290/RS, trecho Osório-Porto Alegre, bem como acompanhar a execução do contrato de concessão e avaliar seu equilíbrio econômico-financeiro. O contrato de concessão estabelecia, em caso de conflito, a resolução por meio de arbitragem.

Na decisão, o Tribunal entendeu ser descabida a possibilidade de interpretar a cláusula da Lei de Concessões como uma possibilidade de utilização do instituto da arbitragem.

Consignou que somente caberia a arbitragem nos contratos em que a Administração Pública atuasse na específica função de particular, o que ocorre nos contratos de seguro, financiamento ou locação, pois somente nesses casos estariam envolvidos direitos de natureza disponível. Nos contratos regidos pelo regime jurídico administrativo, a arbitragem dependeria de previsão expressa e, mesmo assim, estaria restrita a certos aspectos que envolvessem direitos indisponíveis.

E, interpretando o artigo 23, XV, da Lei de Concessões, concluiu o Tribunal que o "modo amigável de solução de divergências" teria aplicação bastante restrita, nada mais sendo do que uma abertura destinada a propiciar a possibilidade "de contratar, de comum acordo, pareceres técnicos de especialistas do tema, propiciando melhores condições de discernimento para as partes, sem contudo dar a esses pareceres o caráter de sentença definitiva não sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário, como previsto na Lei da Arbitragem".

Mais recente é a edição da Instrução Normativa nº 52/2007, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União.

Rendendo-se à previsão legal da arbitragem na Lei Federal nº 11.079/2004, exige que o órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora mantenha arquivo atualizado dos documentos relacionados ao emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos processos de Parceria Público-Privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de cinco anos.

---

[196] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 391/2008**. Rel. Marcos Vinicios Vilaça, DOU 14 ago. 2008.

Nesse caso, resta claro que, ao estabelecer a necessidade de manutenção de arquivo relativo à arbitragem, o Tribunal de Contas da União acaba por reconhecer sua legalidade na solução de conflitos em contratos de Parceria Público-Privada, embora o pronunciamento não tenha ocorrido no julgamento de um caso concreto.

Por fim, a questão voltou à baila no Acórdão 1.928/11[197] e, mais uma vez, o Tribunal de Contas da União reafirmou seu entendimento restritivo ao emprego da arbitragem em contratos administrativos.

Trata-se de consulta formulada pela Procuradoria da República no Estado do Pernambuco acerca do contrato de Parceria Público-Privada para construção e exploração da Arena de Pernambuco, em Recife-PE, para a construção do Estádio de Futebol para a Copa do Mundo de 2014.

Em dúvida sobre a validade da cláusula que atribui a responsabilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato a comitê técnico, podendo a concessionária requerer a arbitragem, caso não haja acordo entre as partes, a Procuradoria da República formulou consulta junto ao Tribunal de Contas da União.

Por sua vez, a Secretaria Extraordinária da Copa de 2014 do Estado de Pernambuco (SECOPA) havia se manifestado no sentido de que o procedimento previsto (recomposição por comitê técnico) não encontraria vedação na Lei das Parcerias Público-Privadas, a qual, inclusive, estimula a previsão de mecanismos consensuais e extrajudiciais de resolução de conflitos.

Em análise do caso, o Tribunal de Contas da União opinou que "o dispositivo contratual questionado não estaria de acordo com a legislação, jurisprudência e doutrina vigentes por prever retirar da Administração o poder de decisão final sobre questões econômico-financeiras, matéria essa indelegável e irrenunciável". Isso porque, no caso em questão, "não há que se falar em direitos patrimoniais disponíveis, haja vista que as divergências porventura existentes referir-se-ão ao cumprimento de um contrato de concessão de serviço público, de caráter administrativo".

Por ser contrato submetido ao regime administrativo, o poder-dever de direção e de controle incumbiria à Administração Pública, com caráter irrenunciável.

Assim, no entender do Tribunal de Contas da União, a cláusula contratual relativa à fixação das tarifas de serviços públicos e à recomposição do equilíbrio econômico-

[197] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.928/2011**. Op. cit.

financeiro teria o viés de cláusula regulamentar, já que reflete a opção de alteração unilateral do contrato em função do interesse público.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União conclui que, em face da irrenunciabilidade do poder tarifário, fica inviável a resolução por meio da arbitragem de divergências tarifárias decorrentes do contrato de concessão de serviço público.

Esse posicionamento é alvo de crítica, a exemplo de Eduardo Talamini, que defende que mesmo os atos de autoridade poderão ser objeto de arbitragem, desde que presentes elementos patrimoniais, o que ocorre nas disputas envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.[198]

O argumento para a não submissão ao compromisso, no caso descrito, já não foi a incompatibilidade da arbitragem com os contratos administrativos, mas a insuscetibilidade de algumas cláusulas — as regulamentares, que exprimem o *ius imperii* — de serem objeto de decisão pelo árbitro.

Posição contrária, no entanto, foi enunciada pelo próprio órgão pouco tempo após a publicação do referido parecer. No recente Acórdão nº 157/2012,[199] relativo ao acompanhamento do 2º estágio de concessão dos Aeroportos Internacionais Governador Franco Montoro, em Guarulhos-SP, Viracopos, em Campinas-SP, e Presidente Juscelino Kubitscheck, em Brasília-DF, o Tribunal de Contas da União foi incisivo na permissão do emprego da arbitragem. De acordo com o teor do julgado, a cláusula arbitral é válida nos contratos administrativos, desde que incida exclusivamente sobre direitos patrimoniais, o que inclui o restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Traçado esse panorama acerca das decisões do Tribunal de Contas da União, não se evidencia um entendimento uniforme sobre o emprego da arbitragem nos contratos administrativos, bem como não se traça uma linha de evolução definida acerca de uma consolidação de posicionamento.

Em um primeiro momento, o Tribunal de Contas da União nega vigência aos compromissos arbitrais ainda que no âmbito de empresas estatais que exercem a atividade econômica.

Após, com as alterações legislativas, reconhecendo a possibilidade da arbitragem a que pode se submeter o poder público, houve certa flexibilização do órgão, ainda que de forma incipiente, mostrando-se inclinável à arbitragem nos contratos administrativos, desde que haja previsão legal e contratual.

---

[198] TALAMINI, Eduardo. Arbitragem... Op. cit.
[199] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 157/2012**. Op. cit.

Por fim, com a previsão legal da arbitragem nos contratos de Parceria-Público Privada, estendida às concessões em geral, viu-se o Tribunal de Contas da União obrigado a analisar cautelosamente esse instituto no âmbito dos contratos administrativos, com a distinção entre interesses disponíveis e indisponíveis, restando superados os argumentos antes utilizados pelo Tribunal no sentido de que o emprego da arbitragem violaria o princípio da legalidade ou a vinculação ao instrumento convocatório.

4.2 A posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se encontram numerosos julgados que tratem da arbitragem envolvendo o Poder Público, embora seja bastante comum e pacífica sua admissão entre os entes privados, principalmente após o advento da Lei federal nº 9.307/96.

A postura do Supremo Tribunal Federal é tradicionalmente contrária àquela do Tribunal de Contas da União, por admitir, sem tanta resistência, o emprego da arbitragem pelo Poder Público.

A decisão mais emblemática envolvendo a arbitragem no Poder Público é antiga e foi abordada no Agravo de Instrumento nº 52.181, pelo Tribunal Pleno, em decisão proferida em 14 de novembro de 1973.

No referido julgado, conhecido como "Caso Lage", o Supremo Tribunal Federal destacou ser possível o juízo arbitral às causas envolvendo a Fazenda Pública. Aponta, já na ementa, a "legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedentes do Supremo Tribunal Federal". Segundo a decisão recorrida do extinto Tribunal Federal de Recursos, transcrita no acórdão, entendimento contrário seria "restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como poder público, por insuscetível de transação".

No caso, referente à indenização devida pela União Federal em razão da incorporação de bens de particulares, em 1942, suscitou-se que a indenização fosse estabelecida por meio da arbitragem. Aceita pelas partes, foi editado o Decreto-Lei nº 9.521/46, dispositivo normativo legitimador da arbitragem nesse caso concreto, o qual estabeleceu que o "*quantum*" da indenização, correspondente ao justo valor que os bens e

direitos tinham à época da incorporação, seria fixado pelo juízo arbitral, sem possibilidade de recurso para as partes. E, assim, o juízo arbitral exarou decisão para solucionar o conflito no caso em questão.

Todavia, os créditos orçamentários para a realização do pagamento não foram autorizados, sob o fundamento de que o estabelecido pelo juízo arbitral seria inconstitucional, já que não seria admissível, aos entes públicos, o uso da arbitragem, uma vez que tais entes não poderiam transacionar.

A questão foi levada ao Poder Judiciário, tendo o Supremo Tribunal Federal confirmado a sentença de primeiro grau e reconhecido a validade da decisão proferida pelos árbitros. O fundamento foi a existência de ato normativo que prevê a arbitragem no caso concreto, sendo este compatível com os dispositivos constitucionais.

Embora a decisão em tela não tenha por objeto um contrato administrativo, traz relevantes ponderações acerca da admissão da arbitragem pelo Estado, nivelando-o à arbitragem efetuada no âmbito do Direito Privado, desde que na relação o ente público não esteja revestido dos poderes de *ius imperii*.

Ainda, o julgado faz importante correlação no sentido de que, podendo transacionar, é possível a submissão à arbitragem. Ou seja, sendo o direito do Estado *disponível*, é ele suscetível de ser transacionado ou submetido à arbitragem.

Especificamente no que tange à arbitragem nos contratos de parceria público-privada, ou mesmo nos contratos administrativos, não foram localizados pronunciamentos da Corte, possivelmente em razão de as inovações legislativas trazidas nas Leis Federais nº 11.079/2004 e 8.987/95 serem recentes.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, encontram-se julgados favoráveis ao emprego da arbitragem pelo Poder Público, muitas vezes com amparo no próprio entendimento do Supremo Tribunal Federal acima relatado.

No Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 2005/0212763-0,[200] em que foi Relator o Ministro Luiz Fux, o Tribunal reconheceu a validade da cláusula compromissória, principalmente por se tratar de sociedade de economia mista.

O Mandado de Segurança foi impetrado contra o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, que, pela publicação da Portaria Ministerial nº 782, em 07 de dezembro de 2005, anuiu com a rescisão contratual procedida pela sociedade de economia mista Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A – NUCLEP com a empresa TMC – Terminal

---

[200] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 2005/0212763-0**. Op. cit.

Multimodal de Coroa Grande S/A – SPE e autorizou a assunção, pela empresa estatal, do objeto de contrato de arrendamento.

O contrato em comento previa a administração, exploração e operação do terminal portuário e da área retroportuária no estado do Rio de Janeiro pela empresa contratada.

Com a rescisão do contrato, a NUCLEP ajuizou ação para efetivar a cobrança de débitos oriundos do contrato, bem como a reintegração de posse para a retomada do bem objeto do contrato. A ação foi julgada extinta, sem julgamento de mérito, em vista da inobservância da exigência contratual de prévia arbitragem.

Por sua vez, a contratada ajuizou o Mandado de Segurança, com pedido de liminar, para a suspensão dos efeitos da Portaria do Ministro de Minas e Energia.

Ao prestar informações, o impetrado arguiu que o contrato firmado é de natureza privada, mas se rege pelos normativos de Direito Público, e que por esse fato poderia determinar a rescisão unilateral do contrato, a qual foi homologada por meio do Decreto impugnado. Argumentou que a rescisão se deu por ser estar a contratada inadimplente com as obrigações contratuais, o que justificaria socorrer-se da prerrogativa de rescisão unilateral do contrato.

A liminar foi deferida, contra a qual se insurgiu a sociedade de economia mista, que interpôs agravo regimental, ao fundamento de que não seria possível o compromisso arbitral em contrato administrativo de arrendamento, por violar o interesse público.

Sustentou que, mesmo que admitida a arbitragem, esta não poderia impedir o uso das prerrogativas da Administração Pública decorrentes do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e que a rescisão unilateral do contrato constitui uma dessas prerrogativas.

E, como a empresa em questão presta serviço público (fornecimento de energia elétrica), seria de rigor a submissão ao regime jurídico administrativo, não podendo a arbitragem ser aplicada na espécie, uma vez que seria instituto privado inaplicável ao caso em análise.

Em seu voto, amparado nas cláusulas contratuais 21.1 e 22.2, que estabeleciam que a resolução de controvérsias seria realizada por processo de arbitragem, entendeu o Ministro Relator que a rescisão deveria ter sido discutida previamente em sede de juízo arbitral, em homenagem à previsão contratual válida e legítima, de modo que a edição da Portaria Ministerial foi ilegal.

Interessante consignar que o contrato previu uma espécie atípica de arbitragem, na medida em que seu emprego não impediria o ingresso em juízo, perante o qual seriam

dirimidas as controvérsias que não tivessem podido ser resolvidas por negociações amigáveis.

Aparentemente, o que se denominou “arbitragem” na verdade muito se assemelhava a uma espécie de submissão prévia a meios autocompositivos de solução de controvérsias. Isso porque, segundo o procedimento da Lei federal nº 9.307/96, a sentença arbitral não é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário, ressalvadas situações excepcionais.

Quanto à admissibilidade da arbitragem no âmbito do Poder Público, o Ministro Relator traz importantes ensinamentos que, por serem esclarecedores, merecem destaque, principalmente porque não se limitam ao caso concreto, podendo-se aplicar a situações que superam os limites da lide:

> [...] Defende ainda, o ilustre Ministro Eros Grau, que “embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tornam como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação v.g.), essa relação não deixa de ser contratual”, expressando, por conseguinte, meros atos de gestão, enquanto praticados pela Administração-contratante.
> É dizer, que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.
> Assim sendo, com o advento da Lei 9.307/96 permitiu-se a celebração de cláusulas contratuais em sede de contratos administrativos estipulando cláusula compromissória, exigindo-se, como requisito, a presença de direitos disponíveis.
> Sob a égide dessa premissa, a sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado na mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.
> Todavia, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.
> A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e do já citado Ministro Eros Roberto Grau.
> O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.
> Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração.

> [...]
> Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos **patrimoniais disponíveis**, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.
> Assim, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis.
> Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.
> [...]
> *In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem.[201]

Para a solução desse caso, levou-se em consideração o disposto no artigo 173 da Constituição Federal, no tocante ao regime jurídico privado aplicável às empresas estatais.

E, para legitimar o emprego da arbitragem pelo Poder Público, o Ministro Relator ainda cita a inovação trazida pelo artigo 23 da Lei federal nº 8.987/95, "que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais".

Interessante notar que o julgado fez importante distinção entre a indisponibilidade do interesse público e a disponibilidade dos direitos patrimoniais. Evitar toda e qualquer perda patrimonial não significa resguardar o interesse público. Aliás, ao evadir-se de sua responsabilidade para evitar diminuição de seu numerário, o Estado estará nitidamente se afastando do interesse público e provocando o locupletamento ilícito em desfavor do patrimônio do particular. Nesse ponto, o Relator apoia-se na conhecida e já analisada distinção feita pela doutrina quanto ao interesse público primário e secundário.[202]

---

[201] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 2005/0212763-0**. Op. cit.

[202] A ementa traz as seguintes ponderações: "A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado 'interesse público secundário'. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao 'interesse público'. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio."

Ressaltou que, ainda que o contrato seja de natureza administrativa, contém elementos de Direito Administrativo e de Direito Privado e, especificamente quanto às cláusulas de caráter patrimonial, não há nenhum óbice à solução da controvérsia por meio da arbitragem, pois trata-se de direitos disponíveis, em nome do bem coletivo.

Com base nesses argumentos, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade da arbitragem no caso em questão, por se tratar de submissão à arbitragem de cláusulas de contraprestação financeira, eminentemente patrimoniais.

No Recurso Especial nº 612.439/RS,[203] embora se trate de questão envolvendo empresa pública submetida ao regime privado, e não de contrato administrativo, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "são válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica 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". Mais uma vez, a questão de fundo tratava de fornecimento de energia elétrica.

No julgado, admitiu o Tribunal que, nos contratos cujo objeto fosse a produção ou comercialização de bens suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações decorrentes do acordo seriam transacionáveis e disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Por outro lado, as atividades das empresas estatais estritamente relacionadas ao interesse público primário envolveriam direitos indisponíveis e não arbitráveis.

Mesma solução foi dada no Recurso Especial nº 606.345/RS,[204] apenso ao Recurso Especial nº 612.439/RS, com extinção do processo pelo artigo 267, VII, do Código de Processo Civil, em razão da existência de compromisso arbitral no contrato firmado entre as partes.

Importante, por fim, pontuar, ainda que de forma breve, o decidido no Recurso Especial nº 1.171.688.[205]

Trata-se de arbitragem celebrada no âmbito de agência reguladora — no caso, a Anatel — para arbitramento de novos critérios para apuração do Valor de Uso de Rede Móvel (VU-M), a fim de impossibilitar o excesso de vantagens econômicas para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros.

---

[203] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 612.439/RS**. Processo n. 2003/0212460-3. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 25 out. 2005, DJ 14 set. 2006, p. 299.
[204] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 606.345/RS**. Processo n. 2003/0205290-5. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 17 maio 2007, DJ 08 jun. 2007, p. 240.
[205] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.171.688/DF**. Processo n. 2009/0242534-7. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 01 jun. 2010, DJe 23 jun. 2010.

No caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a fixação dos parâmetros não poderia ser revista judicialmente, pois a agência reguladora, no uso de seu poder regulamentar, já tinha fixado por arbitragem o Valor de Uso de Rede Móvel em caso análogo.

Na espécie, a Global Village Telecom Ltda. – GVT insurgiu-se contra os valores pagos à operadora TIM a título de Valor de Uso de Rede Móvel, que é a retribuição paga para as operadoras que permitem o uso de suas redes por terceiros.

Previamente, a operadora requerente já havia instaurado diversos processos por arbitragem contra outras operadoras perante a Anatel, que havia constituído uma Comissão de Arbitragem em Interconexão, possibilitando às operadoras contratar serviços de consultoria para discutir o preço pago a título de VU-M. Em vista do procedimento instaurado, a Câmara de Arbitragem acabou arbitrando o valor devido a título de VU-M entre a Global Village Telecom Ltda. e a Vivo.

Com base nesse fato, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento parcial ao recurso entendendo que o VU-M anteriormente arbitrado à operadora TIM deveria ser mantido pela Anatel, pois, pelo princípio da isonomia, a mesma lógica deveria ser estendida a todos os participantes de arbitragens similares.

Interessante ressaltar, nessa decisão, que o Superior Tribunal de Justiça conferiu a uma decisão arbitral efeitos que ultrapassam os denominados efeitos *inter partes*. O fundamento era de que, em nome dos princípios da isonomia e eficiência, não poderiam ser fixadas diferentes tarifas para o uso da rede móvel.

Há que se salientar, outrossim, que o arbitramento realizado no âmbito da Anatel não dispõe das mesmas características de um procedimento arbitral previsto na Lei n º 9.307/96. Em verdade, a arbitragem prevista no artigo 153, parágrafo segundo, da Lei federal nº 9.742/97, é o próprio exercício do poder regulamentar, pela agência, para resolver eventuais conflitos de interconexão quando se mostrar impossível a solução pelos interessados. Vale notar que o artigo 19, XVII, da Lei federal nº 9.742/97 estabelece como atribuição da Anatel "compor administrativamente conflitos de interesse entre as prestadoras de serviço de telecomunicações".

Nesse sentido, não se poderia confundir a arbitragem com a atividade administrativa arbitral. Embora ambas se destinem a resolver um litígio, distinguem-se pelo fato de a primeira ser o exercício da função jurisdicional, ao passo que a segunda é o desempenho da função administrativa, pela qual a Administração Pública decide uma

questão por meio de uma decisão com a natureza de ato administrativo, a qual poderia, em tese, ser revista pelos tribunais.

Além das decisões acima comentadas, não foram localizadas outras no âmbito do Superior Tribunal de Justiça que pudessem contribuir para o tema desta dissertação.

4.3 A parceria público-privada para a construção e exploração da Linha 4 do Metrô de São Paulo

Conforme acima analisado, os precedentes do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores raramente se referem ao tema específico da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. Anote-se que os próprios contratos de parceria público-privada são recentes e, em razão disso, há um número ainda reduzido de demandas judicializadas.

Se no campo da jurisprudência a discussão é ainda tímida, o mesmo não se pode dizer em relação à prática administrativa. A importância do contrato de parceria público-privada vem se revelando de forma crescente, principalmente no que se refere à celebração, entre Administração Pública e particular, de acordos envolvendo alto impacto orçamentário.

A concessão para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo é um desses grandes projetos cuja realização se efetuou por meio de um contrato de parceria público-privada.

No contrato em questão, houve previsão expressa de solução de controvérsias por meio de arbitragem, tendo sido efetivamente instaurado juízo arbitral para a solução de controvérsia que se originou no âmbito do contrato. No entanto, apesar da clareza da previsão contratual, o compromisso estabelecido não bastou para evitar que o conflito chegasse à apreciação do Poder Judiciário.

Pela importância do caso em questão para o tema desta dissertação, passa-se à análise do litígio que envolveu a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô e a concessionária Via Amarela.

4.3.1 A previsão contratual da arbitragem

O estado de São Paulo inovou na contratação do agente privado para a construção e exploração do serviço de transporte coletivo da Linha Amarela do Metrô de São Paulo.

Publicado no Diário Oficial do Estado de 21 de dezembro de 2005, o aviso de licitação para a concorrência internacional nº 42.325.212 — Concessão Patrocinada para Exploração da Operação dos Serviços de Transporte de Passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo — abriu portas à primeira parceria público-privada realizada no país.

Na licitação promovida pela Companhia do Metropolitano de São Paulo foram vencedores dois consórcios. O Consórcio Via Amarela ficou responsável pela construção da linha e das estações Lotes 1 e 2. O Consórcio Linha Amarela ficou responsável pela construção do Pátio Vila Sônia Lote 3.

O contrato, concebido pelo prazo de 30 anos, prevê a participação maciça do agente privado em investimentos, incumbindo-lhe a compra de frota de trens e sistemas operacionais.

Devido à complexidade e ao alto custo, foi de boa escolha a contratação do concessionário por meio da parceria público-privada que, conforme analisado nos capítulos anteriores, oferece vantagens ao grande investidor, propiciando ao contratado a divisão dos custos e dos riscos com a Administração Pública contratante.

Segundo a previsão contratual, a contrapartida do investimento para a iniciativa privada será proveniente das tarifas cobradas, uma vez que o serviço esteja em funcionamento, além de uma verba paga pelo Estado de São Paulo. Trata-se, assim, de uma concessão patrocinada.

Já na minuta do contrato[206] estabelece-se, na cláusula 35ª, a hipótese do uso da mediação, arbitragem e eleição de foro em caso de controvérsia acerca da interpretação ou execução do contrato.[207]

---

[206] SÃO PAULO (Estado). **Concorrência Internacional n. 42325212**: Concessão Patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra. Disponível em: <http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_ppp/docs/edital_linha_quatro_do_metro_sp.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

[207] "CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – MEDIAÇÃO, ARBITRAGEM E ELEIÇÃO DE FORO.
35.1. Ocorrendo controvérsia sobre a interpretação ou execução do CONTRATO, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro previsto na Cláusula Décima Terceira, poderá ser instaurado procedimento de mediação para solução amigável, a ser conduzido por um Comitê de

Mediação especialmente constituído.
35.2. O procedimento de mediação será instaurado, a pedido de quaisquer das partes, mediante comunicação escrita endereçada à outra parte, delimitando o objeto da controvérsia e indicando, desde logo, o seu representante no Comitê de Mediação.
35.3. No prazo máximo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento do pedido de instauração do procedimento de mediação, a outra parte deverá indicar o seu representante no Comitê de Mediação. Por sua vez, os representantes das partes no Comitê de Mediação escolherão, de comum acordo, um terceiro membro.
35.4. Os membros do Comitê de Mediação não poderão estar enquadrados em situações de impedimento e suspeição de juiz previstas no Código de Processo Civil, e deverão proceder com imparcialidade, independência, competência e discrição, aplicando-se-lhes, no que couber, o disposto no Capítulo III, da Lei 9.307, de 23.9.96, que trata da arbitragem.
35.5. O Comitê de Mediação, com base na fundamentação, documentos e estudos apresentados pelas partes, apresentará a proposta de solução amigável, que deverá observar os princípios próprios da Administração Pública.
35.6. A proposta do Comitê de Mediação não será vinculante para as partes, que poderão optar por submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso.
35.7. Caso aceita pelas partes a solução amigável proposta pelo Comitê de Mediação, será incorporada ao CONTRATO mediante assinatura de termo aditivo.
35.8. Se a parte se recusar, por qualquer forma, a participar do procedimento ou não indicar seu representante no prazo máximo de 15 (quinze) dias, considerar-se-á prejudicada a mediação.
35.9. A mediação também será considerada prejudicada se a solução amigável não for apresentada pelo Comitê de Mediação, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias a contar do pedido de instauração do procedimento.
35.10. Prejudicado o procedimento de mediação, qualquer das partes poderá submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Judiciário, conforme o caso.
35.11. Eventuais divergências entre as partes, relativamente às matérias abaixo relacionadas, que não tenham sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio de arbitragem, na forma da Lei nº 9.307/96:
• reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no CONTRATO;
• implantação e funcionamento do SISTEMA DE ARRECADAÇÃO CENTRALIZADA, bem como a repartição de arrecadação;
• reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual do PODER CONCEDENTE ou das partes intervenientes e anuentes;
• cálculo e aplicação do reajuste tarifário previsto no CONTRATO;
• acionamento dos mecanismos de garantia estipulados no CONTRATO;
• definição do número de trens que deverão ser adquiridos pela CONCESSIONÁRIA para operação da FASE II, tendo em vista o resultado dos ESTUDOS DE REPROJEÇÃO DE DEMANDA;
• aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos na Cláusula Décima Primeira;
• valor da indenização no caso de extinção da CONCESSÃO;
• inconformismo de qualquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação, nas hipóteses previstas no item 20.5.3. da Cláusula Vigésima; e
• qualquer divergência entre as partes quanto aos termos do Programa de Desmobilização previsto no item 23.2. da Cláusula Vigésima Terceira.
35.12. O PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA poderão, de comum acordo, submeter ainda à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do CONTRATO, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral.
35.13. A arbitragem será instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o direito brasileiro.
35.14. Sem prejuízo da propositura da ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei federal nº 9.307/96, a parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá também na multa cominatória no valor de R$ 50.000,00
(cinqüenta mil reais) por dia de atraso, até que cumpra efetivamente a obrigação. A multa cominatória ficará sujeita a reajuste periódico, na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à TARIFA DE REMUNERAÇÃO.
35.15. O Tribunal Arbitral será composto por 3 (três) membros titulares e 3 (três) suplentes, cabendo a cada parte indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois titulares indicados pelas partes, devendo ter experiência mínima de 10 (dez) anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto da controvérsia. A presidência do Tribunal Arbitral caberá ao

De início, o procedimento prevê que, havendo controvérsia, inclusive relativa à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, poderá ser instaurado o procedimento de mediação para solução amigável, a ser conduzido por um Comitê de Mediação especialmente constituído, cujos membros deverão atuar com imparcialidade, independência, competência e discrição.

Caso a mediação seja considerada prejudicada, seja pela recusa de uma das partes, seja pela não apresentação da solução do Comitê de Mediação no prazo de 60 dias, a controvérsia poderá ser submetida ao juízo arbitral ou ao Poder Judiciário, conforme o caso. Ou seja, na hipótese de a controvérsia versar sobre uma cláusula envolvendo direito disponível, poderá ser submetida à arbitragem. Por outro lado, tratando-se de demanda envolvendo direito indisponível ou cláusulas regulamentares, a solução deverá ser submetida ao Poder Judiciário.

Em todo caso, resta claro que e as partes devem, antes, empreender esforços para uma solução por meio da conciliação[208].

É de se ressaltar que existe previsão no edital acerca das divergências que serão necessariamente submetidas à arbitragem, na forma da Lei federal nº 9.307/96. São as matérias que, segundo a administração contratante, não envolvem a discussão de direitos indisponíveis e irrenunciáveis. Dentre essas matérias consideradas transacionáveis, a cláusula 35.11[209] sujeita necessariamente à decisão arbitral, por exemplo, aquelas relativas aos litígios envolvendo a recomposição do equilíbrio econômico financeiro do contrato, o estabelecimento de parâmetros para o cálculo do reajuste tarifário e a determinação do *quantum* indenizatório em caso de extinção da concessão. Também por arbitragem poderá ser reconhecida a inadimplência contratual de qualquer uma das partes ou determinado o acionamento de mecanismos de garantia previstos contratualmente.

---

terceiro árbitro.
35.16. Não havendo consenso entre os membros titulares escolhidos por cada parte, o Terceiro árbitro e seu suplente serão indicados pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), observados os requisitos do item anterior.
35.16.1. A parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.
35.17. Caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do Tribunal Arbitral, ou mesmo durante o procedimento amigável de solução de divergências, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do Tribunal Arbitral, deverão ser solicitadas nos termos do artigo 22, §4º da Lei 9.307/96.
35.18. Será competente o Foro Central da Comarca do Estado de São Paulo para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do CONTRATO, assim como para apreciar as medidas judiciais previstas no item anterior ou a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei federal nº 9.307/96.
35.19. As decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes."

[208] Cf. item 2.3.2.

[209] Remetemos o leitor à nota de rodapé n. 207, supra.

Essas hipóteses não são taxativas já que a cláusula 35.12 não descarta a possibilidade de outras matérias relativas à interpretação do contrato serem, de comum acordo, submetidas à arbitragem, desde que delimitadas no compromisso arbitral.

Mostrando-se compatível com o determinado pela Lei federal nº 11.079/2004, o contrato estabelece que a arbitragem será instaurada e administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, e aplicar o Direito brasileiro.

Como não poderia deixar de ser, o laudo arbitral é vinculante, não podendo nenhuma das partes a ele se subtrair, sob pena de multa diária, já previamente determina no contrato no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) com reajuste periódico, na mesma data e pelo mesmo índice aplicável à tarifa de remuneração.

Todavia, conforme já analisado oportunamente, nem a multa nem a sentença arbitral são autoaplicáveis em caso de não cumprimento voluntário, uma vez que dependem da coercibilidade do Estado-Juiz para sua efetivação. Assim, o procedimento não inviabiliza o acesso ao Poder Judiciário caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência, nos moldes do artigo 22, § 4º, da Lei nº 9.307/96.

Com fundamento na cláusula que prevê a instância arbitral, o Consórcio Via Amarela provocou a instauração de procedimento para solucionar litígio decorrente do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que deu origem à celeuma que culminou no Mandado de Segurança impetrado pela contratada, a seguir analisada.

4.3.2 O conflito judicial travado no Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2 – 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo

Tendo enfrentado maiores custos em razão da modificação da metodologia construtiva, o Consórcio Via Amarela requereu perante a Câmara Internacional de Comércio – ICC o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por meio de laudo arbitral, a Câmara concedeu indenização à concessionária, restringindo a apuração do valor da condenação, àquela altura ainda incerto e ilíquido, a perícia contábil.

Ao analisar as cláusulas contratuais, percebe-se que a matéria tratada envolve uma das hipóteses de arbitragem da cláusula 35.11 do contrato (reconhecimento do direito e

determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico financeiro, em favor de qualquer das partes, em todas as situações previstas no contrato).

Concomitantemente à impetração do Mandado de Segurança de que trata este tópico, a Companhia do Metropolitano de São Paulo ajuizou a ação ordinária nº 053.10.017747-9 perante a 1ª Vara da Fazenda Pública para pedido de anulação do laudo arbitral.

Na ação ordinária, ajuizada em 2 de junho de 2010, o magistrado, em sede de saneamento do processo, julgou-se incompetente para o conhecimento da causa, por entender que a Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô não estaria no uso de poderes típicos de Estado, pois sua opção contratual pela arbitragem descaracterizaria o regime de natureza administrativa e afastaria o foro privilegiado. Em vista desses argumentos, remeteu os autos para redistribuição a uma das Varas Cíveis.

De acordo com a decisão, apenas seria possível admitir o uso da arbitragem, pela Administração Pública, na hipótese de o ente estatal engajar-se em uma relação de Direito Privado, pois, do contrário, não haveria a disponibilidade do interesse exigida pelo artigo 1º da Lei federal nº 9307/96. E, se o ente optou contratualmente pela arbitragem, é porque a matéria tratada seria de Direito Privado, afastando-se, assim, a atribuição das Varas da Fazenda Pública para apreciação do feito.

Pouco antes, em 31 de maio de 2010, a Companhia Metropolitana de São Paulo – Metrô havia impetrado o Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2 perante a 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, tendo por impetrado o Tribunal Arbitral do Processo nº 15.283/JRF da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio – ICC.

O fundamento trazido pelo Metrô era no sentido de que a decisão ferira os princípios da ampla defesa, do contraditório, da fundamentação, da igualdade entre as partes e da violação dos limites da convenção de arbitragem. É que, no entender da contratante, teria sido necessária a realização de perícia de engenharia no âmbito do processo arbitral, para, efetivamente, definir o custo da obra pela nova metodologia.

Acudido pelos princípios da razoabilidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, o Juízo deferiu a medida liminar para garantir a realização da prova pericial de engenharia no curso do processo arbitral.

Em artigo sobre esse tema, Carlo de Lima Verona e Flávio Spaccaquerche Barbosa criticam a decisão judicial em comento:

> Ao determinar a produção de prova, a Justiça paulista usurpou a jurisdição dos árbitros porque, de um lado, atuou como autoridade recursal de mérito ao rever as matérias de fato e de direito para julgar que a prova pretendida deveria ser realizada e, de outro, não se restringiu à análise de eventual nulidade, mas interferiu diretamente no procedimento arbitral em decisão liminar concedida em mandado de segurança, e não em ação anulatória.[210]

Essa decisão foi atacada por meio de agravo de instrumento (AI nº 990.10.284191-0) pelo Consórcio Via Amarela, no bojo do qual a 5ª Câmara de Direito Público deu provimento ao recurso, tendo em vista que, em análise de cognição sumária, não se denotaria, *a priori*, qualquer irregularidade cometida pelo Tribunal Arbitral ao longo do processo que tramitou perante a ICC.

Dando prosseguimento ao feito, a julgadora converteu o julgamento em diligência para determinar a remessa ao Procurador Geral de Justiça a fim de apurar possíveis irregularidades, pois entendeu existentes, na celebração da parceria pública-privada em análise, indícios de irregularidades.

Nessa oportunidade, talvez precipitando o teor da sentença vindoura, ressaltou que o direito envolvido na lide não era puramente de natureza comercial, devendo, assim, sobressair o interesse público sobre o privado e, em alusão ao Recurso Especial nº 606.345-RS,[211] ressaltou que exerce poder de império a empresa estatal que persegue o interesse público primário, não podendo tais interesses sujeitar-se à arbitragem.

Em 23 de julho de 2012 sobreveio sentença extinguindo o feito sem análise do mérito, porque a medida havia sido impetrada após o prazo decadencial de 120 dias, contado da publicação da primeira decisão pelo Tribunal Arbitral, não tendo o pedido de esclarecimentos formulado perante o juízo arbitral o condão de suspender o prazo decadencial.

Em que pese não ter havido decisão de mérito, o Juízo da causa antecipa seu entendimento desfavorável à submissão da matéria à arbitragem, especialmente porque o caso em tela envolve indícios de escândalos relacionados aos contratos do Metrô:

---

[210] VERONA, Carlo de Lima; BARBOSA Fabio Spaccaquerche. Sentença Arbitral. Mandado de Segurança. Interferência do Poder Judiciário na Instrução de Procedimento Arbitral. Juízo da 13ª Vara Cível da Fazenda Pública da Comarcar de São Paulo/SP. Mandado de Segurança nº 053.10017261-2. Data da Decisão Liminar: 7 de junho de 2010. Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô vs. Tribunal Arbitral do Processo nº 15.283/JRF da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio – ICC. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano 7, n. 27, p. 117-126, jul./ago./set. 2010.

[211] Cf. item 4.2.

> [...] Há, portanto, algumas áreas em que a autonomia da vontade pode ser colocada em questão já que ausentes condições objetivas para o livre consentimento de uma das partes. E a autonomia de vontade não é uma característica própria da Administração Pública. Os impulsos que a movem são, como geralmente se aponta, o interesse público e a legalidade. Por outro lado, o contrato administrativo não é um ato de plena autonomia de vontade sob a ótica do contratante particular. O vínculo contratual estabelece-se por meio de um procedimento formal a licitação — em bases competitivas. Busca-se, por meio deste procedimento, a melhor proposta para o interesse do órgão licitante. Ao particular, no entanto, não é dado negociar as cláusulas contratuais estabelecidas previamente nos termos de um edital previamente divulgado. O Metrô possui personalidade jurídica de direito privado. E, após muito tempo de discussão, dirimiu-se a divergência acerca da possibilidade de as empresas públicas ou sociedades de economia mista sujeitarem-se ao Juízo Arbitral. O c. Supremo Tribunal Federal deixou consignado ser irrelevante que a empresa estatal (sociedade de economia mista ou empresa pública) possua a personalidade jurídica de direito privado, pois o que releva necessário perquirir é se ela, nos seus objetivos, se destina à exploração de serviço público ou à consecução da exploração de atividade econômica, para sabermos se estamos diante de direitos patrimoniais disponíveis ou não. [...] Deve preponderar a supremacia do interesse público o que torna o direito indisponível. [...] A questão envolve toda uma cautela diferenciada, enfatizada, inclusive, a folhas 1579, pelo próprio Metrô. Poucas não foram as matérias veiculadas nos jornais de grande circulação, ao longo dos últimos meses, e que noticiaram indícios de grandes escândalos relacionados aos contratos de obras do Metrô.[212]

Restou claro, pela fundamentação judicial, que existe certo receio de se subtraírem as questões envolvendo o Estado da apreciação do Poder Judiciário, tendo em vista o risco de corrupção que afeta os contratos desta natureza.

Pela análise efetuada nesse caso concreto, percebe-se que o próprio Poder Judiciário demonstra, pelas decisões proferidas, que não tem familiaridade com essa espécie de demanda. Enquanto na ação ordinária o Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública declinou sua competência, pelo entendimento de que o litígio submetido à arbitragem pela Companhia Metropolitana de São Paulo só poderia ter natureza comercial — fato que afasta a competência das Varas da Fazenda Pública —, o mandado de segurança foi regularmente processado perante a 13ª Vara da Fazenda Pública e, mais, a questão foi tratada como sendo insuscetível à arbitragem, sob o argumento de que o Metrô, embora detenha personalidade jurídica privada, presta serviços públicos, de modo que os bens e interesses envolvidos na prestação desses serviços seriam indisponíveis.

---

[212] SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2**. Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi, j. 23 jul. 2012, p. 25 jul. 2012.

O objetivo central da arbitragem, que é afastar a demanda da apreciação pelo Poder Judiciário, dando-se total soberania à decisão do árbitro — legitimamente investido de poderes de Estado —, ainda é um desafio a ser alcançado.

4.4 As parcerias público-privadas nas obras de modernização das Arenas de futebol para a Copa do Mundo de 2014

Os eventos esportivos de 2014 exigem custosos projetos de infraestrutura para a adequação das arenas de futebol às determinações da Federação Internacional de Futebol – FIFA. Por força das obrigações contraídas junto à entidade, várias cidades sedes foram compelidas a modernizar seus estádios ou promover a construção de uma nova obra.

Trata-se de investimentos de grande envergadura a serem concretizados em curto período de tempo. Por essa razão, os governos envolvidos com o compromisso de sediar jogos da Copa do Mundo de 2014 vêm se valendo da parceria público-privada para a viabilização do empreendimento.

Decerto, esta modalidade contratual garante maior flexibilidade ao contrato e maior interação entre os parceiros público e privado, seja pela divisão dos riscos do negócio, seja pela prestação de garantias pelo poder concedente ou pela previsão de mecanismos não judiciais de solução de controvérsias.

Em todos os contratos abaixo analisados, a arbitragem vem prevista como mecanismo de solução de controvérsias que venham a surgir no curso do processo, todos em consonância com o disposto na Lei federal nº 11.079/2004.

De acordo com as pesquisas realizadas, a cláusula arbitral nos contratos abaixo analisados somente foi questionada em uma oportunidade, a qual ocorreu perante o Tribunal de Contas da União no contrato celebrado pelo governo de Pernambuco.[213] Em relação aos demais contratos, não foram localizadas decisões judiciais ou a efetiva instauração de Tribunal Arbitral.

---

[213] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.928/2011**. Op. cit. Analisado no item 4.1 deste trabalho.

4.4.1 O Contrato de Parceria Público-Privada para a construção da Arena Multiuso em Pernambuco

Escalada a cidade de Recife como sede dos jogos para a Copa de 2014, o governo estadual optou pela realização das obras por meio da parceria público privada.

Por meio do Aviso de Licitação para concorrência internacional, de 18 de dezembro de 2009, o estado do Pernambuco noticiou a proposta de concessão administrativa para a Arena Multiuso da Copa 2014. No processo licitatório, estabeleceram-se as regras gerais para a seleção da proposta mais vantajosa, tendo por finalidade a celebração de uma parceria público-privada para a exploração, precedida da execução de obras de construção, da arena esportiva. O Consórcio Cidade da Copa foi vencedor, trazendo como menor valor presente líquido a soma de R$ 379.263.314,00.

De acordo com o contrato administrativo assinado pelas partes,[214] a contraprestação pecuniária, pelo estado do Pernambuco, se fará pelo ressarcimento das obras de construção, na primeira fase, e pelo pagamento de parcela mensal em razão da operação da arena, na fase posterior. O contrato é previsto pelo prazo de 33 anos, assegurando-se 30 anos para a exploração do empreendimento após a finalização das obras. Na modalidade administrativa, a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço.

Sabendo-se que, em se tratando de exploração de arenas esportivas, o risco ao investidor quanto à exploração da Arena depende de aspectos intangíveis, como a preferência do torcedor por um determinado clube, ou a frequência em dado lapso temporal, o contrato assinala que os riscos decorrentes das variações de demanda pelos serviços operacionais fornecidos pela arena serão compartilhados entre as partes. Por sua vez, também os ganhos decorrentes da redução dos riscos serão compartilhados.

O capítulo XXV é destinado à arbitragem. Segundo a cláusula 63.1, as controvérsias decorrentes do contrato que não forem dirimidas amigavelmente entre as partes poderão ser resolvidas por arbitragem, na forma prevista pela Lei federal nº 9.307/96, por meio de três árbitros que serão escolhidos entre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria objeto da controvérsia. Pela previsão contratual, o procedimento arbitral que vier a ser instaurado deverá se submeter às regras

---

[214] PERNAMBUCO. **Contrato Concessão Administrativa para exploração da Arena Multiuso da Copa 2014**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/recife/estadio/saiba-mais/contrato%20de%20concess%C3%A3o%20n%C2%BA%201-2010%20-%20arena%20pernambuco%20neg%C3%B3cios%20e%20investimentos.pdf>. Acesso em 19 dez. 2011.

de arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, terá lugar na cidade do Recife e será conduzido na língua portuguesa.

Interessante notar que, igualmente na cláusula relativa ao reequilíbrio econômico-financeiro, a possibilidade de socorrer-se à arbitragem vem expressa, já que há previsão de que a parte poderá aceitar o determinado pelo Comitê Técnico, ressalvado o direito da concessionária requerer a arbitragem.

Ao final, o contrato elege o foro da Comarca de Recife para dirimir as questões não passíveis de serem decididas mediante arbitragem, bem como para a execução da sentença arbitral.

Conforme mencionado acima,[215] o contrato em referência foi objeto de questionamento perante o Tribunal de Contas da União. Segundo parecer veiculado no Acórdão nº 1.928/11,[216] a pedido da Procuradoria da República no estado do Pernambuco, o Tribunal de Contas da União opinou que a cláusula que autoriza a arbitragem nas questões relativas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não é compatível com o regime jurídico administrativo, que deve nortear as questões econômico-financeiras do contrato, as quais se revestem da natureza de direitos indisponíveis.

4.4.2 O Contrato de Parceria Público-Privada para a reconstrução do estádio de Futebol Octávio Mangabeira – Fonte Nova

Sendo Salvador sede dos jogos da Copa de 2014, também o Governo do estado da Bahia adotou a sistemática da parceria público privada.

O contrato de parceria público-privada firmado para a reconstrução e operação do estádio de Futebol Octávio Mangabeira – Fonte Nova, que irá sediar jogos da Copa do Mundo de 2014, é semelhante ao formalizado no estado do Pernambuco.

Pelo edital de licitação da Concorrência Internacional nº 001/2009, buscou-se a escolha da proposta mais vantajosa, em razão da combinação do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, para formalização de parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, em que a Administração Pública é a usuária direta ou indireta. O vencedor foi o Consórcio

---

[215] Cf. Item 4.1
[216] BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.928/2011**. Op. cit.

Odebrecht/OAS e o contrato[217] foi formalizado pelo prazo de 35 anos, compreendido o prazo para a reconstrução da arena esportiva.

Como característica desse tipo de parceria, o contrato previu compartilhamento de riscos e ganhos econômicos. Assim, ocorrendo variações de demanda a maior, as correspondentes receitas líquidas que excederem o valor de expectativa de demanda no contrato serão compartilhadas entre a concessionária e o poder concedente, em igual proporção para cada parte, o mesmo ocorrendo em caso de variações de demanda a menor, ocasião em que as perdas correspondentes serão igualmente partilhadas.

São previstas também como remuneração do particular as receitas acessórias, assim entendidas como aquelas não diretamente vinculadas ao objeto da concessão, como atividades de publicidade ou patrocínio, compartilhando os resultados de tal exploração com o Poder Concedente.

A cláusula sétima assegura a prestação de uma garantia devida pelo parceiro público a fim de que a concessionária possa obter empréstimo ou financiamento a longo prazo nas taxas de juros mais vantajosas.

A arbitragem vem prevista na cláusula 43ª, que deverá ser precedida de tentativa de solução amigável, por meio da transação ou mediação, nos termos da cláusula 41ª.

Interessante ressaltar que o contrato prevê uma modalidade diferente de solução de controvérsias através da "peritagem", principalmente nas matérias que envolvam necessidade de conhecimentos técnicos ou matemáticos. Trata-se de submissão de matéria especializada a um *expert* no domínio envolvido, que, após estudo técnico, trará às partes as conclusões a que chegou.

O laudo pericial não faz coisa julgada entre as partes e não as vincula, podendo a controvérsia ser submetida à arbitragem caso haja divergência quanto à aceitação do laudo ou nomeação do perito por uma ou ambas as partes.

Já a submissão à arbitragem, de matéria relativa à interpretação ou execução do contrato, deverá ser requerida pela parte inconformada mediante a instalação de tribunal arbitral, com sede na cidade de Salvador, que será composto por três árbitros, devendo a parte indicar detalhadamente a matéria controvertida, utilizando como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no Regulamento do Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional. O idioma a ser utilizado no processo de Arbitragem será a língua

---

[217] BAHIA. **Contrato de Parceria Público-Privada para reconstrução do Estádio Fonte Nova em Salvador**. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Anexo_1_Contrato.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

portuguesa, devendo a decisão dos árbitros ser pautada nas leis brasileiras, proibida a arbitragem por equidade.

A cada parte caberá a escolha de um árbitro que, uma vez indicados por cada uma delas, deverão escolher em conjunto o nome do terceiro árbitro, a quem caberá a presidência do Tribunal Arbitral. A submissão à arbitragem terá caráter definitivo e a decisão proferida é irrecorrível.

O acesso ao Poder Judiciário resta assegurado para a obtenção de medidas cautelares de proteção de direitos previamente à instauração do procedimento de arbitragem, não sendo interpretado como uma renúncia do procedimento arbitral pelas partes, bem como para a execução de qualquer decisão arbitral.

A cláusula ainda estabelece que a medida liminar obtida perante o Poder Judiciário será, necessariamente, revista pelo tribunal arbitral, o qual decidirá pela conveniência de sua manutenção, revisão ou cassação. É questionável, pois, a validade deste dispositivo, uma vez que também a decisão do Poder Judiciário tem o caráter da definitividade, em razão da coisa julgada, sendo criticável a determinação de que uma decisão proferida pelo Poder Judiciário possa ser reapreciada por órgão extrajudicial.

4.4.3 O Contrato de Parceria Público-Privada para a modernização do Mineirão

O governo do estado de Minas Gerais, pelo edital de licitação para a Concorrência nº 002/2010, trouxe as diretrizes para a exploração, mediante a concessão administrativa prevista na Lei federal nº 11.079/2004, da operação e manutenção, precedidas de obra de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, na modalidade de escolha pelo menor preço.

Ao final do procedimento licitatório da concorrência, o governo de Minas Gerais firmou um contrato de parceria público-privada, pelo prazo contratual de 27 anos e no valor de R$ 771.739.248,13, com a Minas Arena Gestão de Instalações Esportivas S.A., uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), criada pelo consórcio vencedor da licitação (Egesa Engenharia, Hap Engenharia e Construcap – CCPS Engenharia e Comércio S.A.).[218]

---

[218] MINAS GERAIS. **Contrato de concessão administrativa para exploração, mediante concessão administrativa, da operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do**

As duas primeiras etapas do projeto, para correções de anomalias, reforço estrutural e rebaixamento do gramado, não foram realizadas por meio de parceria público-privada. Apenas a terceira etapa, mais demorada e mais custosa, se fará por meio deste tipo contratual.

Interessante ressaltar que o contrato traz, em um de seus anexos, um modelo de governança a ser observado durante o período de vigência do contrato, incluindo a fase de obras e também a prestação dos serviços. De acordo com o documento, a gestão do contrato será feita de forma compartilhada com os diversos atores públicos e privados que, de modo a garantir que as ações sejam pautadas pelo retorno econômico e social esperado para o Complexo do Mineirão, buscando-se uma gestão social, eficiente e financeiramente sustentável.

Pela constituição dos Comitês de Governança, cria-se um espaço de agregação para possibilitar o diálogo entre os atores envolvidos em um mesmo foro de discussão.[219]

Como mecanismos de solução de controvérsias, o contrato admite a composição amigável, a mediação e a arbitragem, respectivamente nas cláusulas 37ª, 38ª e 39ª.

Fixa a cláusula 38ª que, para a solução de eventuais divergências de natureza técnica, acerca da interpretação ou da execução do contrato, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, poderá ser instaurado procedimento de mediação para solução amigável, a pedido de qualquer uma das partes, a ser conduzido por um Comitê de Mediação especialmente constituído.

Os membros do comitê, que será composto por dois membros escolhidos cada um por uma das partes e outro escolhido de comum acordo pelos membros já escolhidos, apresentarão a proposta de solução amigável, a qual deverá observar os princípios próprios da Administração Pública.

Não sendo a proposta do Comitê de Mediação vinculante às partes, caso não seja acolhida pelas partes, estas poderão se socorrer da arbitragem ou do Poder Judiciário, dependendo do interesse envolvido.

A cláusula 39ª traz um rol de matérias que, não tendo sido solucionadas amigavelmente pelo procedimento da mediação, serão submetidas à arbitragem: a)

---

complexo do Mineirão. Disponível em: <http://www.copatransparente.gov.br/acoes/estadio-mineirao-3a-etapa-parceria-publico-privada/contrato-ppp-mineirao>. Acesso em: 07 dez. 2011.

[219] Segundo o documento, são atores envolvidos na realização do projeto o poder concedente, a concessionária, a ADEMG, autarquia estadual responsável pela administração dos estádios de futebol, o Governo do Estado de Minas Gerais, a Polícia Militar de Minas Gerais, o Corpo de Bombeiros Militar de Minas Gerais, a Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, os clubes de futebol, as federações de futebol, incluindo a FIFA, e as organizações da sociedade civil. Essas entidades comporão os Comitês de Governança, os quais têm poderes de deliberação.

reconhecimento do direito e determinação do montante respectivo da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; b) reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual por quaisquer das partes; c) acionamento dos mecanismos de garantia previstos no contrato; d) valor da indenização no caso de extinção do contrato; e e) inconformismo de quaisquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação ou dos Comitês de Governança.

Não obstante as matérias expressamente designadas na cláusula citada, as partes ainda poderão, de comum acordo, submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas com a interpretação ou execução do contrato, desde que seja delimitado claramente o seu objeto no compromisso arbitral.

A princípio, ficou estabelecido que a arbitragem será realizada pela Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, de acordo com o seu regulamento, sendo possível que as partes venham, de comum acordo, a escolher outra entidade arbitral. Será realizada na Cidade de Belo Horizonte, em língua portuguesa e aplicar o Direito brasileiro.

A arbitragem estabelecida no contrato torna-se vinculante para ambas as partes, de modo que nenhuma delas poderá se recusar a assinar o compromisso arbitral, sob pena de multa diária no valor de R$ 50.000,00 por dia de atraso.

A decisão será proferida, em caráter definitivo, pelo tribunal arbitral instaurado para esse fim, o qual será composto por três árbitros e três suplentes, incumbindo a cada uma das partes a indicação de um árbitro titular e de um suplente, devendo os titulares decidir sobre o terceiro árbitro e seu suplente. É requisito para a admissão do terceiro árbitro, que presidirá o Tribunal Arbitral, que tenha experiência mínima de dez anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto de controvérsia.

As medidas coercitivas ou de urgência poderão ser requeridas diretamente ao Poder Judiciário e, após a constituição do Tribunal Arbitral, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para apreciar a causa, sendo eleito o foro da comarca de Belo Horizonte, estado de Minas Gerais, o qual será também competente para a ação de execução da sentença.

CONCLUSÃO

A partir do final do século XX, o Direito Administrativo depara-se com importantes transformações, em razão da alteração do modo de agir do Estado. As experiências pretéritas comprovaram não ser possível ao Estado, de maneira unilateral, prover, isoladamente, todas as atividades a ele atribuídas. É necessária, portanto, a colaboração entre setor público e particular para a execução de serviços públicos e para a viabilização de projetos de interesse público.

Se, de início, as formas associativas com o particular ainda expressavam uma relação imperativa e autoritária da Administração Pública (relação verticalizada), tal proceder foi, aos poucos, cedendo lugar para arranjos mais igualitários, até porque o parceiro público deu-se conta da imprescindibilidade de colaboração e dos recursos do particular para a execução de suas tarefas essenciais.

Surgem, então, novas formas de acordos, contratos, parcerias e outras figuras consensuais de integração. Daí se falar em *novo contratualismo administrativo*,[220] que valoriza, sobretudo, a participação e a busca pela paridade entre os contratantes.

De criação relativamente recente, a parceria público-privada é figura contratual em que está presente esse espírito de cooperação e colaboração. Os altos custos envolvidos e a complexidade do empreendimento exigem investimentos maciços do particular e pressupõem uma relação de confiança e mútuo suporte para que a execução do contrato seja exitosa.

Tendo em vista esses fatores, a Lei federal n. 11.079/2004 veio a imprimir um novo regime jurídico sobre as modalidades de concessão de que trata. A possibilidade de resolução de conflitos pela arbitragem é uma das novidades introduzidas pela Lei das Parcerias Público-Privadas.

Além de atrair investidores e oferecer um estímulo ao particular para aderir ao contrato administrativo, a previsão dessa modalidade de resolução de litígios tem por vantagem permitir a melhor qualidade das soluções adotadas, porque podem ser exaradas por quem detenha conhecimento específico na matéria sob análise, sendo em regra proferidas em um decurso de tempo mais razoável do que na via judicial.

---

[220] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo**... Op. cit.

É intolerável, no cenário atual, dinâmico e globalizado, que uma demanda originária dessa modalidade contratual complexa fique refém da falta de tecnicidade e da demora do Poder Judiciário. A decisão arbitral evita todos esses inconvenientes, possibilitando que uma solução seja conferida em tempo razoável e por julgadores que realmente possam deter conhecimento específico acerca do objeto da demanda, viabilizando-se, assim, um resultado satisfatório que possa eficazmente solucionar a crise contratual.

As vantagens oferecidas pela decisão arbitral não se anulam pelo fato de uma das partes constituir-se pela Administração Pública, pois o emprego da arbitragem não é incompatível com o regime jurídico administrativo. Convém notar, aliás, que, no cenário administrativo atual, já não há mais uma divisão clara e instransponível entre direito público e direito privado, pois ambos os conceitos vêm encontrando intersecções e interrelações.

Além disso, conforme analisado, nem o princípio da indisponibilidade nem o da supremacia do interesse público sobre o particular – considerados pilares clássicos de sustentação do Direito Administrativo - poderão ser tidos como entraves à arbitragem nas parcerias público-privadas.

A clássica distinção entre direito público primário e secundário permite vislumbrar a existência de "interesses públicos disponíveis", pois os interesses públicos secundários, enquanto meramente instrumentais e titularizados pelo órgão executor, permitem a disposição de bens e interesses sem prejuízo do interesse público da coletividade, este sim indisponível. Assim, o conflito correspondente a parcela patrimonial e disponível do contrato poderá ser validamente decidido por meio de arbitragem.

Além disso, concorda-se ser equivocado assumir um juízo prévio e absoluto da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, pois o interesse prevalente — público ou privado — dependerá da apreciação ponderada e equilibrada do caso concreto.[221]

Uma análise à luz dos preceitos constitucionais permite concluir que o emprego da arbitragem vai justamente ao encontro do que se espera da Administração Pública contemporânea. Ao possibilitar a solução célere e adequada de conflitos, vislumbra-se uma atuação administrativa mais eficiente e desprendida de obstáculos procedimentais e burocráticos que atravancam a efetiva prestação do serviço público.

---

[221] BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia... Op. cit.

Apesar dessas considerações, é preciso reconhecer que a arbitragem nas parcerias público-privadas exige determinadas adaptações procedimentais.

É que a atuação administrativa impõe certas limitações que não se aplicam às relações privadas, mas que devem ser observadas quando se tratar de ente público envolvido no procedimento arbitral. É o caso, por exemplo, do dever de observância ao princípio da legalidade, o que implica a proibição do julgamento por equidade. Os procedimentos arbitrais relativos às parcerias público-privadas, outrossim, não poderão gozar do sigilo que é próprio à arbitragem entre particulares. O princípio da publicidade impõe a transparência e a acessibilidade dos julgados. Por seu turno, a Lei federal nº 11.079/2004 impõe que as decisões sejam proferidas no Brasil e em língua portuguesa, exigências inexistentes na arbitragem entre particulares. Além disso, a execução do julgado poderá depender de fatores externos à arbitragem, como a inclusão da condenação pecuniária na ordem cronológica de pagamento de débitos prevista no artigo 100 da Constituição Federal.

Evidentemente, essas limitações não inviabilizam o emprego da arbitragem, mas apenas demandam uma readequação do procedimento quando aplicado em solução de conflitos que se originem dessa modalidade contratual. Com as devidas adaptações, como o respeito aos princípios da Administração Pública — em especial a legalidade, publicidade, moralidade, impessoalidade, eficiência, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa e contraditório— e à legislação aplicável, não há motivo para se afastar a arbitragem das parcerias público-privadas.

Ao contrário, seu emprego, ao lado dos outros meios alternativos de solução de controvérsias, configura hipótese adequada para a pacificação dos litígios no âmbito da Administração Pública, ainda que o contrato administrativo possa conter elementos de supremacia estatal.

A orientação jurisprudencial vem, também, se firmando no sentido da viabilidade da arbitragem no tema em análise. Apesar de certa resistência do Tribunal de Contas da União, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já decidiram que a arbitragem é possível — e mesmo desejável — nos contratos administrativos, sendo ainda mais evidente seu cabimento quando houver expressa previsão legal, o que é o caso das parcerias público-privadas.

Reconhecendo os benefícios da previsão contratual da arbitragem, a prática administrativa vem se rendendo à inserção da cláusula arbitral para resolução de litígios decorrentes de parcerias público-privadas recentemente firmadas. Os contratos analisados

no capítulo 4 fazem prova de que a arbitragem é realidade cada vez mais presente no universo administrativo.

Tudo isso vem a confirmar a argumentação de que, não só nas relações entre particulares, como também em matéria administrativa, e em especial no tema das parcerias público-privadas, o emprego da arbitragem configura meio idôneo, hábil, desejável e eficaz de pacificação de litígios.

REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milão: Giuffré, 1949, v. 1.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e administração pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AMARAL, Paulo Osternack. Mandado de segurança contra decisões arbitrais: inviabilidade. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**. Curitiba, n. 44, out. 2010. Disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=44&artigo=476>. Acesso em: 16 nov. 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El retorno a lo privado: ante una nueva encrucijada histórica. *In*: ARIÑO ORTIZ, Gaspar (Org.) **Privatización y liberalización de servicios**. Madri: UA/BOE, 1999.

BAHIA. **Contrato de Parceria Público-Privada para reconstrução do Estádio Fonte Nova em Salvador**. Disponível em: <http://www.sefaz.ba.gov.br/administracao/ppp/Anexo_1_Contrato.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2012.

BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. *In*: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. **Transações administrativas**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever da proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. *In*: BINENBOJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.546/2003**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=144047>. Acesso em: 16 jul. 2012.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Estatuto do Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas**. Disponível em <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/ppp/downloads/estatuto_FGP.pdf>. Acesso em: 08/07/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 2005/0212763-0**. Mandado de Segurança n. 11.308/DF. Rel. Min. Luiz Fux, 1ª S., j. 09 abr. 2008, DJe 19 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.171.688/DF**. Processo n. 2009/0242534-7. Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª T., j. 01 jun. 2010, DJe 23 jun. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 606.345/RS**. Processo n. 2003/0205290-5. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 17 maio 2007, DJ 08 jun. 2007, p. 240.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 612.439/RS**. Processo n. 2003/0212460-3. Rel. Min. João Otávio de Noronha, 2ª T., j. 25 out. 2005, DJ 14 set. 2006, p. 299.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento nº 52.181**. Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ n. 68, p. 382.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/AgR/EP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12 dez. 2001, p. 30 abr. 2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1.928/2011**. Rel. Valmir Campelo. DOU 1 ago. 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 157/2012**. Rel. Min. Aroldo Cedraz de Oliveira, DOU 09 fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 188/95**. Rel. Paulo Affonso Martins de Oliveira. DOU 22 maio 1995.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 286/93**. Rel. Homero Santos, DOU 04 ago. 1993, p. 64-68.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 391/2008**. Rel. Marcos Vinicios Vilaça, DOU 14 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 584/2003**. Rel. Ubiratan Aguiar, DOU 28 abr. 2003, p. 298-305.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. *In* BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos; SPINK, Peter. **Reforma do Estado e da Administração Pública gerencial**. 7. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006.

BREWER-CARIAS. Allan R. **Contratos Administrativos**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes. **"Brancosos" e interconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense; 1999.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CASSESE, Sabino. **Istituzioni di Diritto Amministrativo**. 3. ed. Milão: Giufrè, 2009.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Les solutions alternatives aux litiges entre les autorités administratives et les personnes privées**: conciliation, médiation et arbitrage. Estrasburgo: Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias Público-Privadas: relatos de algumas experiências internacionais. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CRETELLA JUNIOR, José. **Do contrato administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRETELLA NETO, José. **Curso de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2012.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 13, 1996.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict**: Constructive and Deconstructive Processes. New Haven: Yale University Press, 1973.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *et al*. (Coords.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Altas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 1.

ESCOLA, Héctor Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

ESQUÍVEL, José Luís. **Os contratos administrativos e a arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2004.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. Apontamentos sobre aspectos controversos das parcerias público-privadas. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 29, n. 107, p. 113-121, dez. 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Régler autrement les conflits**: conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative. Paris: La Documentation Française, 1993.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 11 ed. Madri: Civitas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

GREBLER, Eduardo. A solução de controvérsias em contratos de parceria público-privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, ano 1, n. 2, p. 60-72, maio/ago. 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Arbitragem e prestação de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 233, p. 377-385, jul./set. 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça conciliativa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 4, n. 14, 2007.

GUEDES Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. *In*: GUEDES, Jefferson Carús *et al*. (Coords.). **Advocacia do Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. Uma análise do instituto da arbitragem no Brasil à luz da reforma do Judiciário e da lei das parcerias público-privadas (ppps). **Revista da Esmape**. Recife, v. 11, n. 23, p. 215-30, jan./jun. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública, fundamentos jurídicos e eficiência econômica.** São Paulo: Quartier Latin, 2007.

MACHETE, Pedro. **Estado de Direito democrático e Administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Discricionariedade administrativa e controle judicial da administração. *In*: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). **Processo Civil e interesse público**: o processo como instrumento de defesa social. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 29, n. 107, dez. 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. **Revista Interesse Público – IP**. Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 223, p. 115-131, jan./mar. 2001.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. O florescimento de novas figuras contratuais. **Revista do Advogado**. São Paulo, v. 29, n. 107, p. 150-154, dez. 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MENDES, Thalita Bizerril Duleba. A concessão de tutela de urgência contra a Administração Pública pelo Juízo Arbitral. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MILESKI, Helio Saul. Parcerias público-privadas: fundamentos, aplicação e alcance das leis, elementos definidores, princípios, regras específicas para licitações e contratos, aspectos controvertidos, controle e perspectivas de aplicação da Lei n. 11.079 de 30.12.2004. **Interesse Público**. Sapucaia do Sul-RS, v. 5, n. 29, p. 63-92, jan./fev. 2005.

MINAS GERAIS. **Contrato de concessão administrativa para exploração, mediante concessão administrativa, da operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão**. Disponível em: <http://www.copatransparente.gov.br/acoes/estadio-mineirao-3a-etapa-parceria-publico-privada/contrato-ppp-mineirao>. Acesso em: 07 dez. 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos e “serviço público”, “serviços de relevância pública” e “serviços de exploração econômica” para as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 81-90, jul./set. 1997.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da. Arbitragem nos contratos administrativos. **BDA: Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, v. 13, n. 10, p. 672-676, out. 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 12. ed. São Paulo: RT, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A arbitragem e as parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parceiras Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão**. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Estado contratual, direito ao desenvolvimento e parceria público-privada. *In*: TALAMINI, Eduardo *et a*l. (Coords.). **Parceria Público-Privada**: uma abordagem multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 83-119.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. O conflito entre o público e o privado no Direito. **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo, n. 39, p. 13-8, 2002.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PERNAMBUCO. **Contrato Concessão Administrativa para exploração da Arena Multiuso da Copa 2014**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/recife/estadio/saiba-mais/contrato%20de%20concess%C3%A3o%20n%C2%BA%201-2010%20-%20arena%20pernambuco%20neg%C3%B3cios%20e%20investimentos.pdf>. Acesso em 19 dez. 2011.

RAMOS, Luciano Silva e Costa. Contornos jurídicos da utilização do regime jurídico-privado pela administração pública. **Revista Trimestral de Direito Público**. Madri, n. 46, p. 223-232, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à lei de PPP**: parceria público-privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.

ROSE-ACKERMAN, Susan. El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el Estado contractual. **Revista del CLAD – Reforma y Democracia**, Caracas, n. 43, fev. 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÃO PAULO (Estado). **Concorrência Internacional n. 42325212**: Concessão Patrocinada para exploração da operação dos serviços de transporte de passageiros da Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, abrangendo de Luz até Taboão da Serra. Disponível em: <http://www.bnb.gov.br/content/aplicacao/desenvolvimento_em_acao/projeto_ppp/docs/edital_linha_quatro_do_metro_sp.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2012.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 13ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo. **Mandado de Segurança nº 053.10.017261-2**. Juíza Maria Gabriella Pavlópoulos Spaolonzi, j. 23 jul. 2012, p. 25 jul. 2012.

SEIDMAN, Harold; GILMOUR, Robert. **Politics position and power**: from positive to the regulatory state. Nova York: Oxford University, 1986.

SILVA, Gilberto Soares. A efetividade das parcerias público-privadas (PPPS) em face da necessidade de uma maior confiabilidade para investimentos pelo parceiro privado, em razão dos elevados riscos apresentados para concretização dos projetos. **Revista da ESMAPE**. Recife, t. 2, v. 12, n. 26, p. 73-94, jul./dez. 2007.

SOUZA JUNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma na Constituição. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul./set. 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Arbitragem e os contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, p. 105-107, jul/set. 1997.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 210, p. 111-115, out./dez. 1997.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: conseqüências processuais: composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. **Revista de Processo**. São Paulo, ano 30, v. 128, p. 59-77, out. 2005.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP). *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Orgs.). **Parcerias Público-Privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: RT, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

TIBURCIO, Carmen. A lei de arbitragem e a pretensa inconstitucionalidade de seu artigo 7º. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 218, p. 175-196, out./dez. 1999.

VERONA, Carlo de Lima; BARBOSA Fabio Spaccaquerche. Sentença Arbitral. Mandado de Segurança. Interferência do Poder Judiciário na Instrução de Procedimento Arbitral. Juízo da 13ª Vara Cível da Fazenda Pública da Comarcar de São Paulo/SP. Mandado de Segurança nº 053.10017261-2. Data da Decisão Liminar: 7 de junho de 2010. Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô vs. Tribunal Arbitral do Processo nº 15.283/JRF da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio – ICC. **Revista Brasileira de Arbitragem**, ano 7, n. 27, p. 117-126, jul./ago./set. 2010.

WALD, Arnoldo *et al*. **O direito de parceria e a lei de concessões**. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. A infra-estrutura, as PPPs e a arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 5, p. 14-28, abr./jun. 2005.

WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. **Revista do Advogado**. São Paulo, ano 29, n. 107, dez. 2009.

WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, n. 16, p. 11-32, jan./mar. 2008.