

UNIVERSIDADE FUMEC
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE - FCH
Programa de Pós-Graduação em Direito

Tamírames de Almeida Damásio Soares

**O INTERESSE PÚBLICO E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA
ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)**

Belo Horizonte

2015

Tamírames de Almeida Damásio Soares

**O INTERESSE PÚBLICO E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA
ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Mineira de Educação e Cultura - FUMEC, para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Área de concentração: Instituições Sociais, Direito e Democracia.

Linha de pesquisa: Esfera pública, legitimidade e controle.

Orientadora: Professora Doutora Maria Tereza Fonseca Dias.

Belo Horizonte

2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S676i Soares, Tamírames de Almeida Damásio, 1990-
O interesse público e a solução de controvérsias por
meio da arbitragem nos contratos de parceria público-
privada (PPP) / Tamírames de Almeida Damásio Soares.
– Belo Horizonte, 2015.
238 f. ; 29,5 cm

Orientadora: Maria Tereza Fonseca Dias
Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade
FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da
Saúde, Belo Horizonte, 2015.

1. Interesse público - Brasil. 2. Arbitragem (Direito
administrativo) - Brasil. 3. Contratos administrativos -
Brasil. I. Título. II. Dias, Maria Tereza Fonseca. III.
Universidade FUMEC, Faculdade de Ciências Humanas,
Sociais e da Saúde.

CDU: 35:347.918



UNIVERSIDADE
FUMEC/FCH

FACULDADE DE CIÊNCIAS
HUMANAS, SOCIAIS E DA SAÚDE

PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO EM INSTITUIÇÕES SOCIAIS, DIREITO E DEMOCRACIA

**NOTA FINAL DA DEFESA DE DISSERTAÇÃO DE
MESTRADO**

BANCA EXAMINADORA:

ASSINATURAS:

Prof. Dra. Maria Tereza Fonseca Dias M. T. Dias

Prof. Dr. Sérgio Mendes Botrel Coutinho S. M. B. Coutinho

Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes C. S. B. Lopes

MESTRANDA: TAMÍRAMES DE ALMEIDA DAMÁSIO SOARES

TÍTULO DA DISSERTAÇÃO:

**“O INTERESSE PÚBLICO E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIA POR
MEIO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA
PÚBLICO-PRIVADA (PPP)”**

NOTA: (90) noventa

ASSINATURA - ORIENTADORA: M. T. Dias

DATA DA DEFESA: 15/07/2015

AGRADECIMENTOS

A Deus, por sempre renovar a minha fé e a crença num dia melhor.

À Professora Maria Tereza Fonseca Dias por ter me admitido como orientanda e pelos inúmeros ensinamentos transmitidos.

Aos meus pais, por sempre acreditarem nos meus sonhos e se esforçarem para realizá-los. Nada disso seria possível sem o amor e a confiança depositados por eles em mim. A eles, o meu mais profundo agradecimento.

Ao meu irmão, Diego, e aos amigos que tornam os momentos difíceis mais brandos.

“O reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitrará, quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa”.

CONSELHO DE MINISTROS. **Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001**. Portugal: Conselhos dos Julgados de Paz, 2001. Diário da República, 28 dez. 2001.

RESUMO

Esta dissertação tem como escopo examinar a arbitragem, especificamente no que diz respeito a sua compatibilidade para dirimir controvérsias oriundas de contratos de parceria público-privada, conduzida nos termos da Lei nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129 de maio de 2015. O tema foi explorado a partir do estudo do conceito de interesse público primário, desenvolvido por Renato Alessi. Após, realizou-se aprofundado exame sobre o cabimento do instituto da arbitragem nos contratos administrativos e, finalmente, foi analisada a utilização do aludido método à contratação na modalidade de parceria público-privada. As principais teorias relativas à submissão de litígios oriundos dos contratos administrativos à via arbitral foram examinadas e interpretadas com o objetivo de analisar os motivos pelos quais a arbitragem enfrenta obstáculos no âmbito do Direito Público. A partir da análise e refutação das principais teses que negam a admissão da arbitragem nos litígios em que o Poder Público configurar como parte, foi possível confirmar as hipóteses iniciais de que a arbitragem é eficiente meio de solução de controvérsias surgidas da relação contratual envolvendo a Administração Pública e que o referido método alinha-se perfeitamente ao atual modelo de governança administrativa, propiciando, em última análise, que o Poder Público atinja os interesses públicos primários. Atentou-se, ainda, para o fato de que a adoção da arbitragem nas relações que envolvem a Administração Pública possui algumas peculiaridades. Devem ser observados determinados pressupostos jurídicos próprios da natureza do Direito Público. Tais peculiaridades, como a necessidade de a previsão da arbitragem constar em edital de licitação, flexibilização do procedimento arbitral, restrição à confidencialidade, julgamento por equidade e as prerrogativas da Fazenda Pública, entre outros temas, foram abordadas na presente pesquisa. Quanto a metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho, além da revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, realizou-se estudo empírico da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, por meio do exame de 10 instrumentos contratuais celebrados em âmbito estadual e federal. A investigação envolveu especialmente o conteúdo da cláusula compromissória arbitral prevista nos instrumentos analisados. O estudo das decisões dos tribunais pátrios restou parcialmente prejudicado diante da insuficiência de decisões judiciais, impedindo a consolidação de uma análise consistente sobre o assunto. Ao final do trabalho, concluiu-se que a adoção do mecanismo da arbitragem pela Administração Pública nas controvérsias oriundas de contratos de PPP amolda-se perfeitamente ao ordenamento brasileiro e que o mencionado método constitui importante instrumento para a concretização do interesse público primário, respeitadas as devidas peculiaridades inerentes ao Regime Jurídico Administrativo.

Palavras-chave: Interesse público. Arbitragem. Resolução de controvérsias. Parceria público-privada. Contratos administrativos.

ABSTRACT

This essay has the aim to check the arbitration, specifically regarding to its compatibility to settle disputes with resources from the partnership of public-private contracts, carried out with the Law nº 9307/1996, recently amended by Law no. 13.129 may 2015. The topic was explored from the study of the concept of primary public interest, developed by Renato Alessi. After in-depth examination was held on the appropriateness of the Arbitration institute in administrative contracts and finally adapted to the use of the aforementioned method to hiring in the public-private partnership mode. The main theories concerning the submission of disputes arising from contracts to the administrative arbitration were examined and interpreted, in order to analyze the reasons why arbitration faces significant obstacles in the Public Law. From the analysis and refutation of the main theses that deny the admission of arbitration in disputes in which the Government set up a party, it was possible to confirm the initial hypothesis that arbitration is an efficient means of resolution of conflicts arising from the contractual relationship involving Public administration and that this method of dispute settlement aligns perfectly to the current model of administrative governance, leading, ultimately, that the Government reaches the primary public interests. It was observed also the fact that the adoption of arbitration in relations involving the public administration has some peculiarities. Should be subject to certain own legal assumptions of the private law nature. Such peculiarities, such as the need for the prediction of arbitration included in the bidding rules, the easing of the arbitration, the restrictions on confidentiality, the trial of fairness and the prerogatives of the Treasury, among other issues, have been addressed in this study. The methodology used in the task development, as well as bibliographic and legislative review on the subject, it was also held an empirical study of the adoption of arbitration in the partnership of public and private contracts, by examining 10 contractual arrangements reaching state and federal level. Finally, there was a behavioral study of public administration and courts before the adoption of arbitration in the public-private partnership contracts, by examining ten contractual instruments entered into by the state and federal public authorities. The research especially involves the terms of the arbitration commitment clause and criticisms relevant to the subject. The behavioral test of the courts remained partially damaged thanks the failure of judicial decisions, blocking the consolidation of an analysis. At the end of the work, it was concluded that the use of the arbitration mechanism by the Public Administration in the controversies from the contracts molds perfectly to the Brazilian legal contracts and that the method mentioned is an important tool for achieving the primary public interest of the State, respecting the peculiarities inherent to Public Law.

Keywords: Public interest. Arbitration. Dispute resolution. Public-private partnership. Public contracts.

RESUMEN

Este estudio tiene como centro examinar el arbitraje, específicamente en lo que respecta a su compatibilidad para dirimir litigios oriundos de contratos de sociedad público-privada, en los términos de la Ley número 9.307/1996, recientemente modificada por la Ley nº. 13.129 de mayo de 2015. El tema fue explotado a partir del estudio del concepto de interés público primario, desarrollado por Renato Alessi. Posteriormente se realizó un examen sobre la viabilidad del instituto de arbitraje en los contratos administrativos y, finalmente, se adecuó la utilización del aludido método a la contratación en la modalidad de sociedad público-privada. Las principales teorías relativas a la sumisión de litigios originarios de contratos administrativos a los arbitrajes fueron examinados e interpretados, con el objetivo de analizar los motivos por los cuales el arbitraje enfrenta relevantes obstáculos en el ámbito del Derecho Público. A partir de este análisis la refutación de las principales tesis que niegan la admisión de arbitraje en los litigios en que el poder público forma parte, fue posible confirmar las hipótesis iniciales de que el arbitraje es un eficiente medio de dirimir conflictos surgidos de la relación contractual envolviendo la Administración Pública y que el referido método de solución de controversias se alinea perfectamente al actual modelo de gobierno administrativo, propiciando en última instancia, que el poder público alcance los intereses públicos primarios. Se resaltó asimismo el hecho de que la adopción de arbitraje en las relaciones que involucran a la Administración Pública, posee algunas particularidades. Deben ser observados determinados presupuestos jurídicos propios de la naturaleza del derecho privado. Tales particularidades, como la necesidad de arbitraje constar en edital de licitación, flexibilización del procedimiento arbitral, restricción a confidencialidad, juzgamiento por equidad e las prerrogativas de la hacienda pública, entre otros temas, fueron abordados en la presente pesquisa. Cuánto la metodología utilizada en el desarrollo de la trabajo, servirse de la revisión bibliográfica y legislativa sobre el tema, así como se llevó a cabo el estudio empírico de los procedimientos de arbitraje en los contratos de asociación público-privada, mediante el examen de 10 arreglos contractuales concertadas a nivel estatal y federal. Por fin, se realizó un estudio comportamental de la Administración Pública y de los Tribunales delante de la adopción de arbitraje en los contratos de sociedad público-privada, por medio del exámen de 10 (diez) instrumentos contractuales celebrados por las Administraciones Públicas, estatales y federales. La investigación envuelve especialmente los términos de la cláusula compromissória arbitral y las críticas pertinentes al asunto. El exámen comportamental de los Tribunales quedó parcialmente perjudicado, delante de la insuficiencia de decisiones judiciales, impidiendo la consolidación de una análisis. Al final de la obra, se concluyó que la adopción del mecanismo de arbitraje por las Administraciones Públicas en los litigios derivados de se ajusta perfectamente a los contratos legales de Brasil y que el método mencionado es una herramienta importante para lograr el estado de interés público primario, respetado peculiaridades apropiadas inherentes al Derecho público.

Palabras Claves: Interés público. Arbitraje, Resolución de controversias. Parceria público-privada; Contratos administrativos.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMCHAM	Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
DECEX	Departamento de Educação e Cultura do Exército
DER	Departamento de Estradas de Rodagem
EBC	Empresa Brasil de Comunicação
FGV	Fundação Getúlio Vargas
GPA	Gestores Prisionais Associados S/A.
km	Quilômetro
LC	Lei Complementar
ONU	Organização das Nações Unidas
PIB	Produto Interno Bruto
PPP	Parceria Público-Privada
RNTPD	Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre
SBTVD	Sistema Brasileiro de Televisão Digital
SEDES	Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico
SEPLAG	Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão
SETOP	Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas
SETRE	Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte
SLT	Secretaria Estadual de Logística e Transportes
SPA	Seguintes Rodovias de Acesso
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Secretaria dos Transportes Metropolitanos
TCU	Tribunal de Contas da União
UAI	Unidade de Atendimento Integrado

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	23
2 INTERESSE PÚBLICO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	29
2.1 Origens da noção de interesse público.....	30
2.2 O interesse público primário como conceito jurídico normativo-basilar da atividade administrativa.....	32
2.3 Fundamentos constitucionais das limitações substanciais negativas e positivas ao interesse público primário.....	39
2.3.1 A dignidade humana.....	40
2.3.2 As múltiplas dimensões dos direitos fundamentais	42
2.3.3 O direito fundamental à boa Administração Pública.....	45
2.3.3.1 Direito à administração pública eficiente e eficaz.....	46
2.3.3.2 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.....	47
2.3.3.3 Do princípio da publicidade.....	49
2.3.3.4 Da motivação.....	51
2.3.3.5 Da impessoalidade.....	52
2.3.3.6 Da legalidade.....	52
2.3.3.7 Da moralidade.....	53
2.4 Contratos administrativos e arbitragem como vetores do interesse público primário.....	55
3 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	63
3.1 Panorama geral da arbitragem.....	64
3.2 Arbitragem e processo estatal: aspectos favoráveis e desfavoráveis.....	66
3.2.1 Celeridade.....	66
3.2.2 Escolha da lei aplicável.....	68
3.2.3 Flexibilidade do procedimento arbitral.....	68
3.2.4 Escolha do árbitro.....	69

3.2.5 A confidencialidade.....	71
3.2.6 O custo do procedimento arbitral.....	74
3.2.7 A concessão de medidas urgentes.....	76
3.3 A arbitragem e o Poder Público: requisitos necessários à adoção da arbitragem nos contratos administrativos.....	80
3.3.1 Arbitrabilidade subjetiva: a capacidade do Estado de contratar e se submeter ao procedimento arbitral.....	81
3.3.2 Arbitrabilidade objetiva: elementos preponderantes à admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de controvérsias derivadas de contratos administrativos.....	84
3.3.2.1 A tese da indisponibilidade do interesse público.....	88
3.3.2.2 A tese da ofensa ao princípio da legalidade.....	94
3.3.2.3 A tese da afronta aos direitos e garantias individuais e às regras de competência processual.....	99
3.3.2.4 A noção de patrimonialidade: estudo do objeto permitido na arbitragem.....	101
3.4 O entendimento do Tribunal de Contas da União: cabimento restrito do uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública.....	103
3.5 A jurisprudência brasileira	105
3.6 Contratos administrativos e previsibilidade expressa da arbitragem.....	107
3.7 Da estrita observância aos princípios da boa-fé e da proibição do venire contra factum proprium.....	108
4 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP).....	111
4.1 Generalidades e aspectos centrais da parceria público-privada.....	114
4.1.1 As múltiplas perspectivas de análise das PPPs.....	118
4.1.2 As condições negativas para a contratação na modalidade de parceria público-privada.....	121

4.1.3 As principais vantagens das parcerias público-privadas para o Poder Público.....	123
4.2 A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas.....	124
4.2.1 O interesse público primário e a governança pública nas parcerias público-privadas: sinal verde à utilização da arbitragem.....	125
4.2.2 Pressupostos à admissibilidade da via arbitral nos contratos de parceria público-privada.....	127
4.2.3 As peculiaridades da submissão de litígios oriundos dos contratos de parcerias público-privadas à via arbitral.....	134
4.2.3.1 Eleição de foro.....	134
4.2.3.2 Compromisso arbitral versus cláusula compromissória.....	135
4.2.3.3 Publicidade mitigada	136
4.2.3.4 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública.....	138
4.2.4 Os efeitos da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.....	139
5 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA.....	143
5.1 Estudo de contratos de parceria público-privada que preveem o uso da arbitragem.....	144
45.1.1 Exame de contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de Minas Gerais.....	144
5.1.1.1 Contrato de concessão patrocinada para a exploração da rodovia MG-050.....	146
5.1.1.2 Contrato de concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal na Região Metropolitana de Belo Horizonte.....	152
5.1.1.3 Contrato de concessão administrativa para a implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI).....	158

5.1.1.4 Contrato de concessão administrativa para operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão.....	165
5.1.2 Exame de contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de São Paulo.....	173
5.1.2.1 Contrato de concessão patrocinada da Linha 6 - laranja de metrô de São Paulo.....	173
5.1.2.2 Contrato de concessão patrocinada para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009.....	180
5.1.3 Exame do contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro.....	186
5.1.3.1 Concessão administrativa para operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho).....	187
5.1.4 Exame do contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado da Bahia.....	193
5.1.4.1 Concessão administrativa para reconstrução e operação do Estádio Octávio Mangabeira (“Estádio da Fonte Nova”).....	193
5.1.5 Exame de contratos de parceria público-privada celebrados pela Administração Pública Federal.....	198
5.1.5.1 Contrato de concessão administrativa para viabilizar a manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre – RNTPD	198
5.1.5.2 Contrato de concessão administrativa destinada à construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus.....	203
5.2 A jurisprudência dos Tribunais.....	208
6 CONCLUSÃO.....	213
REFERÊNCIAS.....	217

1 INTRODUÇÃO

Em virtude do anacrônico sistema judicial, marcado pela morosidade e inefetividade, supõe-se que haverá crescimento do número de interessados que recorrerão à arbitragem para a solução de problemas.

Isto porque o referido método de solução de controvérsias apresenta-se como via célere e eficiente ao deslinde de litígios, especialmente os complexos. As principais características desse mecanismo conferem aos litigantes a possibilidade de obter decisão mais técnica, prestando às partes mais tranquilidade e confiança no instrumento. A autonomia da vontade, princípio basilar e fundamental da via arbitral, demonstra ser fator também essencial à organização da sociedade, da economia contemporânea e do atual modelo de governança administrativa, constituindo elemento hábil a gerar resultados sólidos e adequados a partir de procedimentos que prestigiam a consensualidade.

Dessa forma, diante da necessidade de reforma do Estado, manifestada pela crise do Poder Judiciário e, no âmbito da Administração Pública, maculada pela ineficiência da gestão em diversos setores, destacando-se os problemas relacionados à deficiência de infraestrutura e prestação de serviços públicos, sobrevieram as estratégias de execução indireta de atividades públicas, realizadas por delegação ou privatizações. Nesse contexto, a aplicação de mecanismos de resolução de controvérsias passa a receber mais destaque e, a partir de então, eles passam a integrar o modelo de governança administrativa, visando mais eficiência na condução de negócios pelo Poder Público.

No entanto, a utilização da arbitragem para resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos tem sido objeto de muita polêmica no Direito brasileiro, principalmente no que se refere ao argumento da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, este último recentemente mitigado com a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. A arbitragem, por ser uma manifestação indissociável da autonomia contratual, nem sempre pode ser adotada como instrumento de solução de controvérsias pela Administração Pública. A autonomia contratual não compreende todo e qualquer interesse jurídico.

O desafio desta pesquisa compreende a investigação e desconstrução dos óbices invocados para negar a admissibilidade de o Estado submeter-se à arbitragem, a discussão das vantagens e como tem sido e deve ser realizada a adoção do referido método de solução de controvérsias pela Administração Pública diante da indisponibilidade do interesse público primário.

Portanto, pretende-se, por meio do presente estudo, analisar a admissibilidade de adoção da arbitragem na composição dos litígios oriundos dos contratos administrativos, especialmente dos contratos de parceria público-privada, incluindo-se no objeto desta pesquisa os pressupostos da pactuação, os critérios sobre os quais a técnica da arbitragem pode ser utilizada nos contratos celebrados pela Administração Pública (objeto do contrato, regras aplicáveis à arbitragem, limites da convenção arbitral) e, por fim, estudar os contratos celebrados pela própria Administração e as decisões dos Tribunais sobre o tema.

Deseja-se discorrer de forma minuciosa sobre os pressupostos de arbitrabilidade. O conceito de arbitrabilidade guarda relação direta com o objeto que pode ser submetido ao procedimento arbitral. Desse modo, os pressupostos funcionam como indicativos dos limites e requisitos a serem respeitados para validação e eficientemente ser instituída a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no contrato administrativo.

Ressalte-se que não constitui objetivo deste estudo dissertar especificamente sobre as definições, características e teorias desenvolvidas sobre os contratos administrativos, mas sim analisá-los nos contornos necessários à abordagem da adoção da arbitragem, visando demonstrar as hipóteses apresentadas.

Nesse sentido, pretende-se avaliar o instituto da arbitragem considerando-se os princípios constitucionais da Administração Pública, expressos no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, sob o enfoque da indisponibilidade do interesse público primário, desenvolvido por Renato Alessi.

O interesse público primário é sintetizado pelos fins que cabem ao Estado concretizar, externados pela promoção e proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito ao acesso à justiça e à segurança. Por tal motivo, esses interesses merecem desfrutar de supremacia em relação aos secundários, que refletem os interesses internos da Administração Pública, generalizados pelos interesses do Erário Público.

No âmbito dos contratos administrativos, a identificação dos interesses públicos primários recai sobre o conteúdo das cláusulas contratuais. Em ampla definição, considera-se que tais cláusulas, em face da sua natureza, possuem, em seus conteúdos, disposições relativas a interesses públicos primários, enquanto as cláusulas que envolvam questões econômico-financeiras estão diretamente associadas aos interesses secundários.

Nesse sentido, observa-se que os interesses públicos primários, por se traduzirem em direitos indisponíveis, não poderão ser submetidos à arbitragem. Todavia, no tocante aos interesses secundários, identificados nos contratos como as matérias que se relacionam ao seu conteúdo econômico-financeiro, não há dúvidas quanto à possibilidade de se submeterem à via arbitral, uma vez que estão inseridos no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, torna-se indissociável a premissa de que a adoção da arbitragem para solucionar as controvérsias advindas de contratos administrativos não fere o princípio do interesse público, principalmente quando a referida hipótese é analisada considerando-se outros aspectos, também relacionados à concretização dos interesses públicos primários, como o direito fundamental à boa administração.

Nesse contexto, propõe-se a alteração paradigmática do modelo atual de solução de controvérsias com a Administração Pública que substitua a obrigatoriedade da adoção do sistema judicial por uma que leve em conta a celeridade e a efetividade na solução de problemas, realizada a partir de método de resolução de controvérsias, sem prejuízo da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

A presente pesquisa visa apresentar a face da arbitragem que propicia, por meio de sua adoção, incentivo para a atuação do particular em favor de benefícios públicos. Verifica-se que a política de incentivos é um dos elementos fundamentais ao bom desempenho da gestão pública, vez que para o Poder Público atrair e alcançar o investimento de recursos privados devem ser oferecidas eficientes oportunidades ao agente privado.

A arbitragem, no contexto das parcerias na Administração Pública, desempenha função múltipla. Por um lado, reflete na minimização dos riscos e custos transacionais envolvidos nos contratos administrativos, reduzindo o valor do custo total do contrato, gerando economia ao Erário Público e conferindo mais segurança ao investidor privado, que se sentirá atraído pela possibilidade de obter

uma solução célere, eficiente e, sobretudo, técnica nas eventuais divergências surgidas da relação contratual. Por outro lado, a via arbitral propicia o contínuo desenvolvimento das atividades e prestação de serviços públicos, que poderiam restar interrompidas ou oferecidas com má qualidade caso a controvérsia se arraste por anos no Poder Judiciário.

Nota-se que o emprego da arbitragem nas relações que envolvem o Poder Público, diferentemente de como ocorre entre agentes privados, merece obedecer a algumas peculiaridades, ou seja, observar determinados pressupostos jurídicos inerentes a toda e qualquer ação estatal. Indica-se, a título de ilustração, que o julgamento de controvérsias realizado por árbitro ou tribunal não pode ser baseado em equidade, em respeito ao princípio da legalidade. Do mesmo modo, encontra-se vedada a estipulação de atos do processo arbitral serem confidenciais, em obediência ao princípio da publicidade. Tal constatação se alinha, inclusive, com a Lei nº 13.125/2015, que reforça os mencionados aspectos, conforme previsto em seu art. 2º, §3º, analisada adiante. Portanto, verificou-se a necessidade de, no presente estudo, adequar o procedimento arbitral a alguns preceitos próprios da disciplina jurídica do Direito Público.

Utilizou-se para a elaboração desta investigação, principalmente, a pesquisa bibliográfica, constituída de livros e artigos científicos, embora a pesquisa documental também tenha sido realizada por meio de documentos como reportagens de jornais, revistas, relatórios de pesquisa, documentos oficiais, entre outros.

A investigação envolveu especialmente o estudo da cláusula compromissória arbitral inserida nestes contratos, para que se pudesse fazer as críticas pertinentes ao tema.

No tocante a utilização da arbitragem pela Administração Pública e a posição dos Tribunais diante da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, foram examinados 10 instrumentos contratuais, sendo que quatro deles foram firmados pelo Estado de Minas Gerais, dois pelo Estado de São Paulo, um pelo Estado do Rio de Janeiro, um pelo Estado da Bahia e dois foram constituídos no âmbito da Administração Pública Federal. A seleção dos instrumentos contratuais foi realizada tendo em vista a sua disponibilidade nos portais de transparência dos Estados e da União Federal, bem como pela diversidade dos objetos das concessões. Deu-se preferência aos contratos cujos

objetos não fossem coincidentes e que a contratação tivesse ocorrido mais recentemente, ou seja, nos últimos oito anos. A definição da quantidade de contratos analisados foi realizada considerando-se todas as características anteriormente mencionadas, observada, principalmente, a similitude dos termos das cláusulas compromissórias dentre os diversos contratos previamente identificados. Evitou-se trazer à pesquisa instrumentos contratuais que não inovavam em relação ao seu conteúdo e, portanto, não propiciariam novas questões para análise.

Inicialmente, pretendia-se analisar todas as decisões dos Tribunais que fossem relacionadas a contratos de parceria público-privada que, concomitantemente, previam a adoção da arbitragem para solução de controvérsias. Entretanto, por insuficiência de decisões relativas ao objeto de estudo, foi realizado o exame de apenas um julgado, o que demonstrou, por outro lado, que a adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada tem alcançado o objetivo a que se propõe, ou seja, resolver as controvérsias independentemente de intervenção judicial.

O relatório da pesquisa foi dividido em quatro capítulos, excluindo-se os capítulos de introdução e conclusão. No primeiro capítulo de desenvolvimento estabeleceu-se o marco teórico do presente estudo e discorreu-se sobre o interesse público primário, na concepção do autor Renato Alessi, a partir da apropriação da sua obra que foi feita pela literatura brasileira. Ainda no mencionado capítulo, verificou-se que o interesse público primário apresenta função norteadora da produção de normas e do desenvolvimento das atividades administrativas concretas, visto que a compatibilidade do interesse público com os direitos fundamentais é critério de juridicidade e de validade da atividade administrativa.

A abordagem acerca da adoção da arbitragem nos contratos administrativos foi realizada no segundo capítulo. Foi desenvolvido o panorama geral da arbitragem, merecendo destaque os aspectos favoráveis e desfavoráveis à sua utilização em relação à via judicial. No entanto, o ponto crucial deste capítulo refere-se à elucidação dos pressupostos da instituição da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, revelados pela arbitrabilidade subjetiva e objetiva, com o devido enfrentamento das principais teses contrárias à resolução de controvérsias oriundas de contratos administrativos pelo árbitro.

Destaca-se também a exposição do entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema.

No terceiro capítulo de desenvolvimento do trabalho apresentou-se a solução de controvérsias por meio da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, demonstrando-se as generalidades e os aspectos centrais da mencionada modalidade de contratação. Adentrando-se na questão da adoção da arbitragem nos contratos de PPPs, estabeleceu-se relação entre o interesse público primário e o moderno conceito de governança administrativa. Também foram analisados os pressupostos à admissibilidade da via arbitral nos contratos de parceria público-privada, expondo-se as peculiaridades da utilização da arbitragem. Por fim, discorreu-se sobre os efeitos da adoção da arbitragem nos contratos de PPPs.

Realizou-se, no último capítulo, análises de contratos de parceria público-privada celebrados por Estados e pela União Federal que preveem a adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias, bem como estudo de decisão judicial sobre o tema.

Finalmente, considera-se que o presente trabalho cumpriu o objetivo estabelecido, ao propor a adequação harmoniosa do instituto com as características primordiais da arbitragem às exigências do Direito Público, visando resguardar, sobretudo, o interesse público primário nas contratações celebradas na modalidade de parceria público-privada.

Contudo, a fase inicial em que se encontra a contratação na modalidade de parceria público-privada, considerando o período de 10 anos da legislação federal que finalmente a disciplinou, associada a recentíssima previsão expressa da arbitragem na Administração Pública no âmbito da lei da arbitragem (Lei nº 13.129/2015) levou a conclusão de que, apesar de não representar inovação no âmbito privado, até a atualidade encontra obstáculos no âmbito do Direito Público e merece mais estudos e análises ao longo do tempo, a fim de que se verifique o quanto a adoção do referido método pode contribuir para a Administração Pública e para a sociedade em geral.

2 INTERESSE PÚBLICO E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Admitindo o interesse público como conceito jurídico determinável, verifica-se, contudo, dificuldades de, abstratamente, definir o seu devido contorno. Explica-se: a dificuldade concentra-se na conceituação precisa do termo interesse público, sem trazer à luz as peculiaridades de uma situação e/ou caso concretos.

A noção inicial de interesse público foi apresentada sinteticamente por autor José Cretella Júnior, como:

[...] o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob o regime jurídico do direito público, exorbitante e derogatório do direito comum. A finalidade de toda e qualquer administração é o interesse público¹.

Percebe-se que, em sentido geral, essa ideia transcrita, brevemente elaborada por Cretella Júnior, não se destoa da relação direta estabelecida entre o interesse público e a atividade administrativa, da mesma forma que é transmitida por José dos Santos Carvalho Filho, quando afirma que:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público e em caso de não estiver presente esse objetivo, a atuação estatal será inquinada de desvio de finalidade².

Apesar de ambas as noções serem genéricas, imperioso reconhecer que trazem, na essência, características fundamentais capazes de contradizerem a tese defendida por alguns autores. Humberto Ávila³, por exemplo, afirma que, pelo fato de o interesse público ser de difícil concretização - vale evidenciar, não determinável objetivamente - deve ser recusado seu caráter ético-jurídico condicionante, o que o torna, por conseguinte, conceito jurídico indeterminado.

¹ CRETELLA JÚNIOR, José. Interesse público: direito administrativo. In: FRANÇA, Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 45, 1980, p. 399.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed., São Paulo: Atlas, 2012, p.32.

³ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 213-214.

Nesse sentido, Carlos Vinícius Alves Ribeiro conclui que somente na em análise específica dos casos administrativos, é possível ao intérprete, diante de todos os elementos do fato, identificar o que é ou não interesse público. Em outras palavras, o autor observa que é possível delimitar os contornos do que seja interesse público, considerando as zonas de certeza negativa e positiva do termo. Trata-se, portanto, de conceito determinável⁴, conforme discutido adiante.

2.1 Origens da noção de interesse público

Hodiernamente, a noção de interesse público possui diferentes características daquele inserido no Estado Absolutista e, por conseguinte, ao longo de sua evolução vem sendo objeto de pesquisa de diversos estudiosos.

Rousseau nomeou o interesse público de “vontade geral”⁵ ao afirmar que:

Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado de acordo com a finalidade de sua instituição, que é o bem comum, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses mesmos interesses que o possibilitou. O que existe de comum nesses vários interesses forma o liame social e, se não houvesse um ponto em que todos os interesses concordassem, nenhuma sociedade poderia existir. Ora, somente com base nesse interesse comum é que a sociedade deve ser governada.⁶

A Revolução Francesa rompeu com as pretéritas noções helênicas e romanas de interesses coletivos e interesses do Estado, rejeitando a ideia de interesse público como fundamento da soberania do monarca e, mais adiante, do Estado Absolutista.

Surgem, então, as primeiras percepções de interesse público, no Direito francês. O Estado, nessa mesma linha, passou a agir adequando os interesses divergentes permanentes na sociedade.

⁴ É a correta observação de RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 101-119.

⁵ Lourival Gomes Machado, tradutor do Contrato Social, destacou que “Rousseau avançou na direção certa, na medida em que sempre se recusou a reduzir a vontade geral à simples concordância (numérica ou da maioria, coincidente ou de opinião) das vontades particulares. Para ele, vontade geral só era aquela que traduzisse o que há de comum em todas as vontades individuais, ou seja, o substrato coletivo das consciências”.

⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. *In*: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Victor Civitas, v. XXIV, 1973, p. 49.

Importante elucidar que, conforme indicado por Emerson Gabardo - reflexão esta que se compartilha neste trabalho - o interesse público componente do atual princípio da supremacia do interesse público não se confunde com a noção embrionária e característica da filosofia política liberal-revolucionária, associada à vontade geral do povo; tampouco é similar ao chamado “interesse geral”, inserido no conceito de “serviço público”, que compôs o cenário jurídico das ideias iniciais coletivistas a respeito da intervenção típica do Estado Social.⁷

Nesse contexto histórico do Estado Social, a concepção de bem comum demonstrou preocupação com a dignidade da pessoa humana, revelada pela busca de condições sociais que propiciariam bem estar ao indivíduo. Assim, o bem comum, fundamentado na natureza humana, tornou-se passível de alterações de acordo com a evolução de cada época, transformando-se em conceito dinâmico, até a concepção contemporânea.⁸

Essa concepção contemporânea, fomentada no Estado social interventor do pós-guerra, é resultado de interpretação conceitual do Direito Administrativo baseada no seu regime jurídico e, sendo assim, o interesse público encontrado é aquele inserido no sistema constitucional positivado.

Emerson Gabardo esclarece e sintetiza o entendimento pós-moderno do interesse público ao afirmar que:

O interesse público desenvolveu-se com a Revolução Francesa no sentido de opor-se aos interesses personalistas, devendo prevalecer a vontade geral. Aos poucos foi substancialmente alterado, tendo em vista o abandono da vontade geral jacobina rumo a uma objetivação de valores democráticos como a dignidade. No final do século XX, muito pouco há na teoria do Direito Administrativo da sua origem revolucionária, como uma decorrência natural das modificações na estrutura mental da sociedade. [...] Ao contrário do que previu Jurgen Habermas, é a esfera pública que está sendo “colonizada” pela privada, pois a definição corrente em geral promovida pela mídia e aceita por quase todos os setores da sociedade coincide, no máximo, com um “dever de encenar dramas públicos e o direito do público de assistir à encenação”. A recusa pós-moderna a todo tipo de abstração, o individualismo hedonista e a prevalência dos critérios econômicos e psicologizantes (sentimentais) nas decisões da vida quotidiana fizeram com que perdesse sentido um interesse que ultrapassasse a situação concreta de cada um rumo a um dever ser coletivo aprimorado⁹.

⁷ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 285.

⁸ DI PIETRO, *Op. Cit.*, 2010, p. 90- 91.

⁹ GABARDO, *Op.cit.*, 2009, p. 287.

Por fim, adentra-se na fase atual do interesse público e, nessa linha, será dada, no próximo item, uma noção acerca do conceito de interesse público.

2.2 O interesse público primário como conceito jurídico normativo-basilar da atividade administrativa

Apesar de o interesse público não estar previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental da Administração Pública, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como um dos princípios norteadores da atividade administrativa. Não obstante, o interesse público primário encontra sua validade nos direitos fundamentais e, por conseguinte, possui suas raízes explicitadas na Constituição brasileira, conforme será mais bem exposto a seguir.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 legitima os direitos fundamentais, que são, por sua vez, manifestados por vasta gama de princípios e regras – algumas vezes, por ambos, concomitantemente. A proteção dos direitos fundamentais exige a organização do Estado e o desenvolvimento de múltiplas atividades, entre as quais está incluída a atividade administrativa.

A atividade administrativa, a organização da estrutura administrativa e a relação estabelecida entre a Administração Pública e os particulares se submetem a arranjo sistematizado de princípios e regras, que é denominado regime jurídico administrativo¹⁰.

Assim, por interpretação lógica, observa-se que o mencionado regime jurídico administrativo possui fundamento na Constituição, mais especificadamente, nos direitos fundamentais.

Neste ponto, cumpre elucidar uma questão que não é objeto específico do presente item de estudo, mas a oportuna ponderação acerca da

¹⁰O principal conceito de regime jurídico administrativo foi apresentado pelo doutrinador francês Jean Rivero, para quem “[...] as normas do direito administrativo diferenciam-se das normas de direito privado enquanto conferem aos órgãos públicos poderes que não existiam nas relações entre particulares: é o conjunto das prerrogativas do poder público”. “[...] Caracterizam-se (pois), em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõe à sua liberdade de ação mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”. (RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981. p. 42).

indisponibilidade do interesse público contribuirá para racionalização do tema ora tratado.

Observa-se que o entendimento compartilhado nesta pesquisa é de que o interesse somente é qualificado como público por ser indisponível. Isso significa dizer que ao se verificar que determinado interesse não pode ser colocado em risco ou que, em outras palavras, não pode ser alvo de alguma transigência, bem como que a sua natureza exige que seja efetivado, o mesmo é reconhecido, neste momento, como indisponível e, por consequência da sua indisponibilidade, em momento imediatamente posterior é qualificado como público.

O raciocínio inverso, como se pode perceber, tergiversa a essência do interesse público, motivo pelo qual a lógica apresentada e implementada nesta ordem é crucial para o perfeito entendimento do interesse público como direito fundamental de natureza indisponível.

Por esse motivo, Marçal Justen Filho ressalta que:

O núcleo do Direito Administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. Quando se invoca um interesse público somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade é atribuída ao Estado precisamente pela inviabilidade de sua concretização se fossem atribuídos à titularidade dos particulares, para realização segundo o regime de direito privado¹¹.

Esta orientação está plenamente alinhada à concepção prevalente no Direito Constitucional, que admite que todo o ordenamento jurídico deve ter o seu contorno delimitado conforme os direitos fundamentais, isto é, nenhuma posição jurídica - comando, proibição ou alternativa - pode ser interpretada isoladamente, sem se considerar a persecução dos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se que o interesse público primário, decorrente dos direitos fundamentais, apresenta função norteadora da produção de normas e do desenvolvimento das atividades administrativas concretas.

Ademais, com o estabelecimento da Nova Ordem Constitucional de 1988, toda a atuação do Estado passou a sujeitar-se à concretização dos objetivos de proteção à dignidade da pessoa humana e de respeito aos direitos

¹¹ JUSTEN FILHO, *Op.Cit*, 2013, p.153.

fundamentais. Assim, ao Estado é imputado o dever de garantir o seu pleno exercício e gozo.

Nesse entendimento, Juarez Freitas adequadamente expõe que “[...] o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais”¹².

Daniel Sarmento, associando o tema à importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao esclarecer que:

Como se sabe, a ideia da dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que deve se irradiar por todo o seu ordenamento e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros e para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público¹³.

Desta maneira, o Estado tem obrigação de definir meios para que os objetivos da República¹⁴ sejam implementados e realizados no cotidiano dos seus cidadãos¹⁵.

Renato Alessi, como discorre Ribeiro, foi responsável pela distinção crucial realizada entre o interesse público e sua supremacia, revelada pelo interesse público primário e secundário¹⁶.

¹² FREITAS, Juarez. **O Conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004p. 34-35.

¹³ SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 171–216.

¹⁴ Conforme estabelece o art. 3º da CF/1988: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL. *Op.Cit.*, 1988).

¹⁵ Neste sentido também se posicionou o Supremo Tribunal Federal: “A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 2.649**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.08.05.2008, Plenário, Diário Judiciário Eletrônico 17.10.2008).

Luís Roberto Barroso, seguindo as linhas de estudo de Alessi, também confirma a existência e distinção entre interesse público primário e secundário no Estado Contemporâneo, ao afirmar que:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabem a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do estado-membro, do município ou de suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático.

Para o citado autor, esta distinção foi acolhida pelo direito brasileiro, pois:

[...] É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se presta, à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes. O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do Erário.

Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la. [...] O interesse público desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é parâmetro da ponderação¹⁷.

Nesse sentido, Renato Alessi, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, elucida que os interesses secundários do Estado “[...] só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários”, ou seja, com os interesses públicos propriamente ditos¹⁸.

¹⁶ RIBEIRO, *Op.Cit.*, 2010, p. 101-119.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 71.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 66.

Alessi, citado por Romeu Felipe Bacellar Filho, asseverou, ainda, que o interesse público secundário pode facilmente colidir-se com o interesse público primário. Por isso a imprescindibilidade da existência de instrumentos que assegurem o vínculo entre a atividade administrativa e a realização do interesse público primário.¹⁹

Conforme enfatizado por Juarez Freitas:

O princípio do interesse público prescreve que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima (o “bem de todos”, no dizer do art. 3º da CF/1988) sobre a vontade egoisticamente articulada ou facciosa, sem que aquela volição se confunda com a simples vontade do aparato estatal, tampouco com o desejo da maioria.²⁰

Finaliza o autor, destacando que “[...] trata-se, em vez de problemática supremacia do lidimo primado tópico, que se esclarece somente na relação nuançada com os demais princípios e direitos fundamentais, no plano concreto.”²¹

Renato Alessi, citado por Carlos Vinícius Alves Ribeiro, ressalta que, em síntese, o interesse público dotado de supremacia é apenas aquele internalizado pela administração, incluído entre os fins administrativos, advindos da lei, que é o instrumento jurídico abstrato anterior à prática do ato²².

Portanto, em última análise, realizam-se os interesses públicos quando a Administração promove a concretização de reais benefícios para os seus partícipes, pelo menos em um patamar mínimo para que não ocorra estabilidade, tampouco o retrocesso dos direitos conquistados. Realizados os referidos interesses públicos, considerar-se-ão simultaneamente alcançados os objetivos fundamentais da República.

Em uma excelente análise comparativa entre a atual Constituição Federal e os textos constitucionais anteriores, a título de ilustração, vale trazer à colação o estudo que o autor José Afonso da Silva realizou acerca da importância da concretização real de benefícios produzidos pela Administração no tocante ao princípio do desenvolvimento nacional:

¹⁹BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. *In*: HACHEM, Daniel W.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.93.

²⁰FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 54.

²¹FREITAS, *Op. Cit.*, 2009, p. 54.

²²RIBEIRO, *Op.Cit.*, 2010, p. 101-119.

O desenvolvimento nacional constava na Constituição de 1967 como um dos princípios da ordem econômica que tinham por fim realizar a justiça social (art. 157) e da Constituição de 1969 com um fim a ser realizado pela ordem econômica juntamente com a justiça social (art. 160)²³.

José Afonso da Silva fundamenta, de igual modo, que o mencionado princípio constitucional, como vetor de sua trajetória, surge na Constituição Cidadã como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e destaca a importância interpretativa da alteração dessa disposição constitucional ao longo das Constituições brasileiras. Confira-se:

Nas Constituições anteriores ligava-se à ordem econômica, o que dava uma visão estreita do desenvolvimento como desenvolvimento econômico. Como um dos objetos fundamentais da República, alarga-se seu sentido para desenvolvimento nacional em todas as dimensões. Entretanto, deve-se atentar que as relações contextuais mostram que o desenvolvimento econômico e social, sujeito a planos nacionais e regionais (art. 21, IX), está na base do desenvolvimento nacional, objeto do art. 3º, II.²⁴

A análise realizada pelo referido autor indica, na concepção adotada neste trabalho, que o interesse público perseguido nesse novo contexto constitucional não é um mero crescimento econômico, sem justiça social, uma vez que, faltando esta, o desenvolvimento é incompleto ou ineficaz e, assim sendo, em suas palavras:

O desenvolvimento nada mais é do que simples noção quantitativa, como constante aumento do produto nacional, como se deu o regime anterior, que levou o país à oitava potência econômica do mundo, ao mesmo tempo em que o desenvolvimento social foi mínimo e a miséria se ampliou²⁵.

Em prosseguimento à análise, constata-se que o desenvolvimento meramente quantitativo não atinge o interesse público imposto pela Constituição Federal de 1988, pois o crescimento econômico com ausência de participação popular no resultado e de melhoria da qualidade de vida dos cidadãos não alcança a correta interpretação de desenvolvimento.

²³ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p.46.

²⁴ SILVA, *Op.Cit.*, 2006, p.46.

²⁵ SILVA, *Op.Cit.*, 2006, p.47.

Pela noção de desenvolvimento, colhe-se a conceituação indicada pela Organização das Nações Unidas (ONU), segundo a qual:

O desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes²⁶.

Por essa razão, conclui José Afonso da Silva²⁷ que a Constituição Federal (CF) visa ao desenvolvimento nacional equilibrado, conforme previsão do art. 174, § 1º da CF/1988. O mesmo vai dizer a recente alteração legislativa promovida na Lei nº 8.666/1993, quando disciplinou, em seu art. 3º²⁸, a busca do desenvolvimento nacional sustentável, como objetivo das licitações e contratações públicas.

Enfim, por todo o exposto, conclui-se que a regularidade jurídica da atuação estatal depende da busca inafastável do interesse público primário que, por sua vez, depende diretamente da compatibilidade e realização dos direitos fundamentais.

A compatibilidade do interesse público com os direitos fundamentais torna-se o critério de juridicidade e de legitimidade da atividade administrativa.

Realizadas essas reflexões iniciais, resta assentar que a utilização da arbitragem como método de resolução de litígio de contratos celebrados pela Administração Pública será analisada, no presente estudo, sob o prisma do interesse público primário, devendo, este último, estar em consonância com todo o ordenamento jurídico.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

²⁷ SILVA, *Op. Cit.*, 2006, p.47.

²⁸ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1993).

2.3 Fundamentos constitucionais das limitações substanciais negativas e positivas ao interesse público primário

A Administração Pública, por meio do agente público, não possui legitimidade para definir o conteúdo do interesse público primário, visto que a formação deste último é constitucionalmente atribuída ao legislador.

Não obstante, o interesse público primário está formalmente limitado ao processo legislativo previsto, o que dificulta - e não raras vezes, impossibilita - a abolição, ainda que realizada sob o pretexto de mera reforma, de determinado interesse. Esta é a conclusão a que se chega ao realizar a análise do dispositivo constitucional que estabelece o processo legislativo a que se submetem as emendas constitucionais, ressaltando, no referido dispositivo legal, a previsão de cláusulas pétreas²⁹ (art. 60, §4º da CF/1988).

Assim sendo, deve-se afirmar que o interesse público não pode ser estabelecido de acordo com a vontade do administrador, sendo vedadas as atribuições de interesse público, presumidas ou incompletas, desprovidas de previsão normativa específica.

Nesse sentido, verifica-se que a Administração Pública está limitada substancialmente de maneira positiva e negativa no que se refere ao interesse público primário. A limitação substancial positiva diz respeito à motivação e ao fundamento jurídico-constitucional que exige da Administração Pública ação positiva, enquanto a limitação substancial negativa diz respeito ao fundamento que estabelece as áreas em que a Administração Pública deve ter conduta omissiva, ou seja, deve se abster de agir, haja vista que o interesse público resguardado deve ser concretizado pelos membros da comunidade, individualmente ou em grupo.

Nessa mesma linha de raciocínio, Marçal Justen Filho ensina que:

²⁹ Vale ressaltar a existência de atual crítica sobre a expressão "cláusulas pétreas". A nomenclatura transmite a noção de que tais cláusulas estariam "petrificadas" e, portanto, impassíveis de alteração. No entanto, conforme elucidou Gilmar Ferreira Mendes, há possibilidade de superação das cláusulas pétreas (integral ou parcialmente), desde que realizada por mecanismo especial e democrático. (MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. ano 2, n. 6. jan-mar 1994. São Paulo: RT, 1994, p.18-19).

[...] A regularidade jurídica da atuação estatal depende não apenas da ausência de aparente desconformidade com os limites postos pela ordem jurídica. Mais do que isso, a regularidade da atuação estatal depende de sua conformidade com a realização dos direitos fundamentais. A compatibilidade com os direitos fundamentais torna-se o critério de juridicidade e de validade da atividade estatal, inclusive para desqualificar a conduta estatal puramente omissiva.³⁰

Portanto, observa-se que as mencionadas limitações ao interesse público devem ser observadas em todo e qualquer ato ou contrato administrativo ou ainda, em procedimentos administrativos, judiciais e arbitrais. Verifica-se que apesar de arbitragem ser método de solução de controvérsias que prestigia a consensualidade e a autonomia da vontade, a adoção da via arbitral não tem o condão de macular nenhuma das limitações substanciais ao interesse público.

Dessa forma, no tocante à resolução de controvérsias originadas de contratos administrativos por meio da arbitragem, o árbitro deve ter especial atenção quanto às limitações, visto que a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade e que a decisão do árbitro deve se pautar no Direito brasileiro, o que significa dizer que a legislação brasileira não poderá ser afastada no julgamento do litígio. Esse raciocínio encontra-se consolidado pela recente previsão do art. 1º, §3º, da Lei nº 13.129/2015, que estabelece que o procedimento arbitral que envolver a Administração Pública será sempre de direito³¹.

Nesse contexto, exposta a lição preliminar sobre o tema, passa-se a abordagem específica das principais limitações substanciais aos interesses públicos primários.

2.3.1 A dignidade humana

De acordo com o art. 1º da CF/1988, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 80.

³¹ BRASIL. Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mai. 2015.

soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.³²

Com efeito, ao fundamentar o Brasil como República na dignidade da pessoa humana, a Constituição estabeleceu limite que prevê que o legislador e a Administração Pública não podem, de maneira irrestrita, formar vontades em nome dos seus membros - o que significa dizer que não podem determinar o interesse público primário sem observância dos preceitos legais. Tal limitação negativa se torna ainda mais consistente quando evidenciado que o princípio da autonomia privada possui como seu fundamento constitucional exatamente os princípios da liberdade e da dignidade humana.

Nesse panorama, a dignidade da pessoa humana surge como elemento essencial da comunidade política, pois toda a ordem constitucional se associa à dignidade humana, que consiste na concepção de que o ser humano não é instrumento e sim sujeito, detentor de direitos e obrigações.

De acordo com Luís Roberto Barroso, “[...] a dignidade apresenta três conteúdos essenciais: valor intrínseco, autonomia e valor social da pessoa humana”³³ Tal opinião traduz a ideia de que o ser humano não pode ser reconhecido como objeto, tampouco ter a sua liberdade extinta (valor intrínseco); o ser humano é sujeito detentor de capacidade decisória e liberdade de escolha, tanto no âmbito privado, quando no cenário político (autonomia). Por fim, a dignidade representa o valor do indivíduo como parte da comunidade, o que requer a imposição de limitações para assegurar tanto a sua integridade, quanto a de outrem, especialmente quanto à necessidade de ser praticada a solidariedade (valor social).

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

O ser humano não pode ser subordinado ao tratamento reservado aos objetos. Ele é o protagonista de toda a relação social, e nunca pode ser sacrificado em homenagem a alguma necessidade circunstancial ou, mesmo, a propósito da realização de “fins últimos” de outros seres humanos ou de uma “coletividade” indeterminada. Não há valor

³² BRASIL, *Op. Cit.*, 1988.

³³ BARROSO. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conceitos mínimos e critérios de aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.21 e ss.

equiparável ou superior à pessoa humana, que é reconhecida com integridade, abrangendo tanto os aspectos físicos como também seus aspectos imateriais. A dignidade relaciona-se com a “integridade” do ser humano na acepção de um todo insuscetível de redução, em qualquer de seus aspectos fundamentais³⁴.

Assim sendo, observa-se que a realização e o progresso da dignidade humana não seriam atingidos sem as limitações negativas- que vedam a supressão de direitos inerentes à concretização da dignidade da pessoa humana, principalmente no que se relaciona ao limite imposto ao Estado de ingerência sobre as decisões/escolhas do indivíduo - e positivas- que exigem que o Estado garanta a efetivação dos valores fundamentais à dignidade humana, assumindo, portanto, o papel de instrumento hábil e legítimo para assegurá-los.

2.3.2 As múltiplas dimensões dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais individualistas preservam a existência do indivíduo como sujeito autônomo e representam a difusão e a expressão da liberdade.

Em suma, esses direitos estão inseridos em determinada zona de autonomia individual em que é defeso ao Estado realizar intervenção. Seu conteúdo elide direito de defesa do particular diante do Estado. Assim, observa-se que a limitação substancial negativa do interesse público primário se manifesta pela abstenção do Estado de intervir na liberdade individual dos sujeitos integrantes da comunidade. Por outro lado, a limitação substancial positiva impõe ao Estado o dever de proteção da autonomia do ser humano.

No procedimento arbitral, por exemplo, as partes, possuem prerrogativas que não são conferidas aos litigantes do processo judicial. A possibilidade de escolha do árbitro, da fixação dos prazos, entre outras características presentes na arbitragem, encontram sua validade fundamentada na Lei nº 9.307/1996. Portanto, cabe ao Estado e ao árbitro, no desenvolvimento e julgamento do procedimento arbitral, garantir que o direito de escolha conferido às partes legalmente seja resguardado.

³⁴ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 176-177.

Os direitos fundamentais democráticos, inseridos em outra dimensão, foram estudados nas obras dos filósofos Rousseau e Siéys³⁵. Mais recentemente merece destaque o pensamento de Habermas, para quem somente devem ser consideradas válidas as normas a que todos os envolvidos possam prestar sua anuência, na qualidade de participantes em discursos racionais³⁶. Tais direitos espelham o entendimento de que o ser humano pratica a sua liberdade em sociedade e representam a difusão e expressão da igualdade. Dessa forma, o direito democrático é concretizado por intermédio da participação.

De acordo com Marçal Justen Filho:

Esse enfoque concebe o sujeito como um cidadão, que se realiza plenamente apenas numa sociedade democrática. Os direitos fundamentais democráticos envolvem a participação política dos cidadãos, a existência de eleições periódicas com sufrágio universal, o direito de petição e o devido processo legal e o acesso aos cargos públicos³⁷.

Em síntese, a limitação substancial positiva do Estado é refletida pela imposição ao mesmo de efetivar medidas que possibilitem a participação do cidadão na elaboração de decisões coletivas, garantindo a livre formação de opinião. Tal limitação é um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Não obstante, os contratos administrativos e a arbitragem se perfilam harmoniosamente com a referida dimensão de direitos fundamentais. Note-se que ambos os institutos prestigiam a consensualidade, isonomia e possibilitam a transação, em caso de controvérsia. De igual modo, o devido processo legal é princípio inafastável do processo arbitral. Assim, a Administração Pública, no exercício de suas atividades, bem como as partes litigantes e os árbitros, na composição do litígio submetido à via arbitral, deverão sempre buscar a concretização dos direitos fundamentais democráticos.

Por fim, observa-se que a dimensão dos direitos fundamentais sociais, estabelecida durante o Século XX, resultou da construção filosófica de vários pensadores, com o intuito de universalizar o exercício da liberdade e representam a difusão e expressão da solidariedade.

³⁵ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 181.

³⁶ HABERMAS *apud* JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 181.

³⁷ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 181-182.

De acordo com esses pensadores, o sujeito é detentor de múltiplas necessidades, sendo que algumas delas podem ser atendidas de forma individual e privada, ou seja, sem o aparato público. No entanto, ressalte-se que nem todas as necessidades podem ser alcançadas sem demandar ação positiva do Estado. Ademais, esses sujeitos possuem condições diversas para a satisfação dessas necessidades.³⁸

Nesse sentido, Marçal Justen Filho afirma:

Os direitos fundamentais sociais envolvem, portanto, a prestação de serviços por parte do Estado, incluindo educação, saúde e outras necessidades coletivas. Mas também compreendem a segurança individual e coletiva e outras garantias que não se enquadram propriamente no conceito de serviço público³⁹.

Desse modo, a limitação substancial positiva impõe ao Estado o dever de implementar e garantir que a solidariedade seja praticada de maneira difusa, devendo o mesmo satisfazer as demandas dos indivíduos na medida das suas necessidades, por meio do eficiente desenvolvimento de atividades públicas. Portanto, trata-se de harmonizar o desempenho das instituições públicas e privadas, dos agentes públicos e cidadãos para a concretização do bem comum. Já a limitação substancial negativa impede que o Estado ignore o sofrimento individual ou as tragédias coletivas, bem como que obrigue o indivíduo a suportar as suas próprias necessidades, ainda que diante de carência econômica.

No âmbito do objeto de estudo do presente trabalho, vislumbra-se que a submissão de controvérsias derivadas de contratos administrativos à arbitragem desempenha justamente a função determinada pela limitação positiva dos direitos fundamentais sociais. Pelo referido método de solução de problemas, as partes litigantes e o árbitro se esforçarão para resolver a controvérsia da melhor maneira possível. À título de ilustração, vale ressaltar que o problema poderá ser resolvido de forma célere, a fim de que os cidadãos não restem prejudicados por eventual interrupção de prestação de serviço público; da maneira mais eficiente, perquirindo, inclusive, a minimização dos prejuízos, entre outras. Ademais, verifica-se que o juiz estatal, no desempenho de sua função jurisdicional, poderá

³⁸ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 181-182.

³⁹ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 182.

agir em cooperação com o árbitro, no caso de o procedimento arbitral demandar, por exemplo, a execução de atos de força, que apenas poderão ser implementados pelo Estado.

2.3.3 O direito fundamental à boa Administração Pública

Mencionados as múltiplas dimensões dos direitos fundamentais, dos quais derivam as demais normas norteadoras do ordenamento jurídico, atenta-se para o direito fundamental à boa administração pública, originalmente sugerido por Juarez Freitas. Nas palavras do autor:

O Direito Administrativo, no século XXI, vencido o paradigma da razão monológica, haverá de ser o direito da discricionariedade administrativa legítima, isto é, das escolhas justificáveis. Será, pois, o direito da motivação consistente. Convergirá, nessa linha, com o inspirador art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais de Nice, guiada por direitos e princípios, acima de paixões e de imediatismos ensejadores de onerosos conflitos. Assim, para além do utilitarismo, não será o Direito Administrativo dos aparatos secundários ou das maiorias ocasionais, mas do interesse de todos e dos princípios fundamentais devidamente entrelaçados e hierarquizados, numa aplicação tópico-sistemática congruente⁴⁰.

O direito fundamental à boa administração pública revela-se pela congruência do direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à legalidade, à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.

Guido Falzone, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello, discorre sobre o tema amplamente tratado no Direito italiano e aduz que o direito fundamental à boa administração pública importa em desenvolver a atividade administrativa “[...] do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto”⁴¹. Ainda segundo Falzone, tal

⁴⁰ FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 311-334.

⁴¹ MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 122.

dever “[...] não se põe simplesmente como um dever ético ou como mera inspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico”⁴².

Nesse prisma, necessário se faz o esclarecimento acerca dos princípios essenciais para aplicação do direito fundamental à boa administração pública.

2.3.3.1 Direito à administração pública eficiente e eficaz

Esse direito tem origem em duas principais concepções, que são a eficácia econômica - conceituada por utilizar o modo mais econômico de recursos para alcançar o melhor resultado - e o dever de otimização dos recursos públicos – que exige a máxima obtenção de resultado com o menor dispêndio, sendo-lhe vedado o desperdício ou a má utilização dos recursos públicos.

No entanto, o princípio da eficiência, analisado sob a acepção do interesse público primário, afasta a obrigatoriedade de a administração perseguir pura e exclusivamente a lógica econômica, que objetiva o lucro e o acúmulo de riqueza.

Assim, pode-se considerar eficiente a administração pública que realize o interesse público primário sem propiciar o desperdício e, ainda, potencialize os recursos, a fim de que se obtenha o melhor resultado.

Marçal Justen Filho relaciona a contratação administrativa a eficiência, a partir do seguinte exemplo, a saber:

As contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos, fundamento da obrigatoriedade da licitação prévia. Mas a Administração Pública também está vinculada a promover a dignidade dos portadores de necessidades especiais. Para cumprir essa função, a Administração pode valer-se de contratações administrativas. Assim, os portadores dessas necessidades diferenciadas poderão ser contratados para prestar serviços de que a Administração necessita. Nesse caso, são realizadas concomitantemente duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar, por meio do trabalho, a promoção da dignidade individual dos portadores de necessidades especiais. Mas essa solução pode revelar-se como não sendo a mais eficiente sob o exclusivo prisma econômico. Afinal, não existirá licitação e o valor da contratação poderá superar aquele que a Administração obteria no mercado. Tal solução poderia ser incompatível com a eficiência econômica, mas satisfaz a eficácia da atividade administrativa. Essa orientação está no espírito da Lei 12.349/2010, que introduziu relevantes

⁴² MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 122.

alterações nas finalidades a serem buscadas por meio das contratações administrativas⁴³.

Desta forma, o princípio da eficiência exige que a Administração Pública pondere os interesses e os valores envolvidos, optando, em seguida, pela aplicação do meio mais produtivo a fim de que se atinja o melhor resultado, sem eleger, contudo, o lucro como objetivo fundamental da sua atividade. Tal princípio, conforme restará confirmado ao longo da presente pesquisa, representa um dos fatores determinantes à adoção da arbitragem nos contratos administrativos.

2.3.3.2 Dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

Apesar de o princípio da proporcionalidade não estar previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 como norteador da atividade da Administração Pública, seu conteúdo merece importante destaque no ordenamento jurídico, por derivar da multiplicidade de princípios e regras, que o direito fundamental à boa administração e o próprio interesse público primário impõem que convivam harmonicamente entre si.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em sucinta conceituação acerca do princípio da proporcionalidade, menciona que “[...] as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁴⁴.

Nesse sentido, extrai-se o entendimento que a decisão e o ato administrativo serão legítimos se, além de observadas as normas expressas e os princípios constitucionais, existir adequada relação entre os meios empregados e o resultado que se deseja alcançar pela Administração.

Michael Kohl, autor alemão citado por Marçal Justen Filho, classificou o conteúdo do princípio da proporcionalidade em três estágios:

A proporcionalidade de uma medida é estabelecida pela satisfação de um teste de três estágios: (1) a medida deve ser apropriada para o atingimento do objetivo (elemento de idoneidade da adequação); (2) a medida deve ser necessária, no sentido de que nenhuma outra medida disponível será menos restritiva (elemento de necessidade); (3) as

⁴³JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 217.

⁴⁴MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 110.

restrições produzidas pela medida não devem ser desproporcionadas ao objetivo buscado (elemento de proporcionalidade *stricto sensu*)⁴⁵.

O mais importante fundamento, intrínseco aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, é a contenção do excesso de poder, que possui os seus contornos delimitados pelos princípios da legalidade e da finalidade. Por este motivo, os principais objetivos presentes na aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade são conter atos, decisões e condutas administrativas que excedam as margens adequadamente aceitáveis dentro do contexto jurídico, necessárias à efetivação do fim almejado pela Administração.

Tem-se, então, o entendimento defendido por alguns autores, como Maria Sylvia Di Pietro⁴⁶ e Agostin Gordillo⁴⁷, de que o princípio da razoabilidade é uma das formas impostas para restringir a discricionariedade administrativa e, de outro lado, ampliar a área de submissão das decisões e atos administrativos ao Poder Judiciário, para apreciação.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto também compartilha da opinião desses autores e assevera que, pelo princípio da razoabilidade, “[...] o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para o satisfatório atendimento dos interesses públicos”⁴⁸. E conclui o seu raciocínio ressaltando que:

A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda à sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida⁴⁹.

Apesar de o art. 2º, *caput*, e Parágrafo Único, VI da Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo Federal) fazer referência expressa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade separadamente, Celso Antônio Bandeira de

⁴⁵ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2013, p. 165.

⁴⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.79.

⁴⁷ GORDILLO, Agustin A. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 183-184.

⁴⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 37-40.

⁴⁹ MOREIRA NETO, *Op. Cit.*, 1989, p. 37-40.

Mello⁵⁰ e Maria Sylvia Di Pietro⁵¹ sustentam que tais princípios se confundem em parte, mas não inteiramente, sendo certo que o princípio da proporcionalidade constitui apenas uma face do princípio da razoabilidade.

2.3.3.3 Do princípio da publicidade

O princípio da publicidade está consagrado no art. 37, *caput*, da CF/1988, e seu conteúdo é inerente ao modelo bem-sucedido do Estado Democrático de Direito. Tal princípio tem como fim precípua conferir máxima transparência das atividades estatais, o que imputa ao Estado o dever de expor a sua atividade administrativa sem nada ocultar, salvo nas situações em que o sigilo seja necessário.

Neste ponto, vale ressaltar que apesar de ser facultada às partes, na via arbitral, a adoção de sigilo, quando a arbitragem envolver a Administração Pública, a regra é inversa. Nesses casos, de acordo com a recente previsão legal, o procedimento arbitral respeitará a publicidade (art. 1º, §3º, da Lei 13.129/2015).

Wallace Paiva Martins Júnior discorre de forma aprofundada sobre as funções do princípio da transparência no Estado Democrático de Direito, ao afirmar que:

O princípio da transparência reúne funções materiais e instrumentais: aperfeiçoamento do caráter democrático do Estado (pela legitimidade do uso e do exercício do poder e da função pública), concretização da dignidade da pessoa humana, restauração da confiança na Administração Pública (pelas possibilidades de acesso e participação), parâmetro do controle da fidelidade do devido processo legal administrativo, garantia dos direitos dos administrados, recuso de obtenção de eficiência da ação administrativa mais próxima das demandas sociais e meio de maior adesão e consenso dos administrados às decisões administrativas⁵².

Ainda de acordo com o mencionado autor, o princípio da publicidade não se exaure com a mera divulgação do ato administrativo aos cidadãos, após a sua concretização pela Administração Pública. Na verdade, o referido princípio vincula o Poder Público em todas as fases do ato administrativo, o que importa

⁵⁰ MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 108-110.

⁵¹ DI PIETRO, *Op. Cit.*, 2009, p.79.

⁵² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

dizer que estará presente na elaboração da decisão administrativa, na motivação e, por fim, na sua execução⁵³.

Carlos Ari Sundfeld esclarece que:

Compreende a publicidade administrativa como mais do que a mera exteriorização do ato. O princípio não se limita à exposição da decisão, devendo o Poder Público agir de modo aberto, não se restringindo essa ação à simples notificação. A publicidade no aparelho estatal é, dessa forma, princípio básico e abrangente em um Estado Democrático, que favorece o seu indispensável controle⁵⁴.

Essa linha de pensamento também foi chancelada por Celso Bandeira de Mello, que, amparado nos estudos de Renato Alessi ratifica a lógica de que o atendimento ao princípio da publicidade não se restringe à expressão pública final do ato, que deve ser exposto por inteiro, vale dizer, deve ser demonstrado todo o processo realizado pela Administração, a fim de que toda a atividade seja conhecida pela comunidade⁵⁵.

Juarez Freitas prefere se referir ao princípio da publicidade como sendo o da “máxima transparência”, concebendo-o como dever de que a Administração atue sem omitir algo aos cidadãos, possibilitando, dessa maneira, a “atuação fiscalizatória da cidadania”. De acordo com o autor, o poder somente será legítimo se o Estado for capaz de motivar os seus atos, tornando-os público, ou seja, transparentes⁵⁶.

Por fim, ressalta-se que o princípio da publicidade, em harmonia com os princípios fundamentais, alicerces do Estado Democrático de Direito, exerce, no âmbito do Direito Administrativo, duas funções igualmente importantes: a primeira propicia a todos os participantes da comunidade o poder de acesso às informações acerca de condutas omissivas ou comissivas praticadas pela Administração Pública ou, ainda, condutas praticadas por agentes privados quando na gestão do Erário Público, enquanto a segunda garante ao cidadão o direito à verificação da lisura dos atos praticados pelo administrador.

⁵³ GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o Estado Democrático de Direito: uma reavaliação que se impõe. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 241- 266.

⁵⁴ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 177 e ss.

⁵⁵ SUNDFELD, *Op. Cit.*, 2001, p. 450.

⁵⁶ FREITAS, *et al.*, 2004, p. 56.

2.3.3.4 Da motivação

A motivação, apesar de não estar prevista expressamente no art. 37, *caput*, da CF/1988, está implícita no art. 1º, §2º dessa Carta Magna, quando reconhece a cidadania como um dos fundamentos da República, e no Parágrafo Único do referido preceito constitucional, que estabelece que todo poder emana do povo. Assim também o art. 5º, inciso XXXV da CF/1988, garante a inafastabilidade do Poder Jurisdicional quando se tratar de ameaça ou lesão de direito.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, amparado em Alberto Ramón Real, afirma que o dever de motivar é pressuposto de uma Administração democrática, acepção esta imprescindível ao Estado Democrático de Direito, visto que “[...] o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los”⁵⁷.

Hely Lopes Meirelles, ao esclarecer sobre o princípio da motivação, diz:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos dos fatos) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF/88. Assim, sempre que for indispensável para o exercício da ampla defesa e do contraditório, a motivação será constitucionalmente obrigatória⁵⁸.

Portanto, a motivação exige que a Administração Pública exponha as razões de direito e de fato que justifiquem a adoção de determinada providência. Assim, deve o administrador público explicitar a causa e os elementos ensejadores à realização do ato administrativo, indicando o fundamento jurídico que o justifique.

⁵⁷ MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 113.

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 38. ed., São Paulo: Malheiros, 2012, p.105-106.

Por fim, Maria Sylvia Di Pietro, ao discorrer sobre a imprescindibilidade da motivação nos atos administrativos, oportunamente elucida que “[...] sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos”.⁵⁹

2.3.3.5 Da impessoalidade

O princípio da impessoalidade é a emanção dos princípios da igualdade e da isonomia e tem em seu núcleo a proibição à discriminação, ou seja, veda que a Administração Pública conceda tratamento especial a um de seus cidadãos, estando este em situação jurídica idêntica aos demais. Favoritismos e perseguições são intoleráveis. Deve-se garantir aos cidadãos tratamento igualitário, ausente de diferenciação de qualquer espécie.

Oportunamente, vale destacar que a utilização da arbitragem para solucionar problemas advindos de contratos administrativos desempenha importante papel na concretização do princípio da impessoalidade. Por esse método de resolução de controvérsias, as partes litigantes estarão em condições de igualdade processual, pois, conforme se verificará ao longo do desenvolvimento da presente pesquisa, não serão aplicadas a Administração Pública, as prerrogativas processuais originalmente lhes atribuídas.

Nessa linha, para que seja alcançada a completude da impessoalidade, a Administração deve sempre atrelar as suas ações ao interesse público, visando não se afastar dos seus principais fins.

2.3.3.6 Da legalidade

O princípio da legalidade é a base do Estado Democrático de Direito. Representa a submissão integral da Administração Pública às leis. Esse princípio significa que a atuação da Administração está estritamente autorizada e delimitada pelas produções legislativas. Resta à Administração tão somente o dever de interpretá-las, cumpri-las e pôr em prática.

⁵⁹DI PIETRO, *Op. Cit.*, 2009, p. 81.

Celso Antônio Bandeira de Mello, embasado nos estudos de Renato Alessi, realiza comentário irretocável sobre o mencionado princípio ao afirmar que:

O da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma, a consagração da ideia de que Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consiste na expedição de comandos complementares à lei⁶⁰.

No Direito positivo brasileiro, esse princípio está inserido no art. 5º, II, CF/1988, que estabelece que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, além de previsto no art. 37, *caput*, CF/1988. O princípio da legalidade ainda é protegido constitucionalmente pelos chamados “remédios constitucionais” (ação popular, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e mandado de injunção).

2.3.3.7 Da moralidade

A moralidade, por ser princípio constitucionalmente consagrado, representa elemento estruturante da atividade administrativa. Dessa maneira, observa-se que a moralidade constitui verdadeiro pressuposto de validade aos atos administrativos.

Maurice Hauriou, citado por Hely Lopes Meirelles, desenvolveu estudo acerca da moralidade considerando-a uma “moral jurídica” e asseverou que o agente administrativo, nas atribuições de suas funções, deve, impreterivelmente, diferenciar o bem do mal, o honesto do desonesto, bem como que a sua conduta deve ser amparada na ética. Nessa linha, Hauriou concluiu que o agente

⁶⁰MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 99-100.

administrativo não deverá observar somente a legalidade de sua conduta, mas também a honestidade em seus atos⁶¹.

Dessa forma, o princípio da moralidade impõe que a Administração Pública e seus agentes ajam de maneira compatível com a legalidade e com os princípios éticos socialmente desejáveis. Esse princípio se associa à noção de honestidade, inclusive no tocante à fiel observância de padrões éticos, boa-fé, lealdade e de regras que garantam a boa administração e a disciplina interna na Administração.

Welter Henri, citado por Hely Meirelles, estabeleceu a diferença primordial entre a moralidade administrativa e a moralidade comum, ao afirmar que:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem o mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa⁶².

Por fim, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a moralidade como um dos fundamentos da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/1988), determinou a necessidade de sua proteção e a responsabilização do administrador público imoral. Por isso, encontram-se no ordenamento jurídico diversos mecanismos para frear os atos de amorais. Citam-se como exemplos as regras sobre improbidade administrativa (art. 37, §4º da CF/1988 e a Lei nº 8.429/1992); a ação popular, também denominada de remédio constitucional (art. 5º, LXXIII da CF/1988), a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), entre outros instrumentos.

Conclui-se, portanto, que o interesse público primário é elemento capital e norteador, fundamental à atividade da boa Administração Pública. Neste contexto, há de se considerar que as constantes demandas dos cidadãos impõem que a atividade pública se coadune com os anseios democráticos e com a ideia do bom gerenciamento, importando dizer que a Administração, por meio dos gestores públicos, deverá agir vinculada aos mandamentos constitucionais, procurando planejar e programar as políticas públicas, visando, ainda, maximizar

⁶¹ HAURIUO *apud* MEIRELLES, *Op. Cit.*, 2012, p. 90-93.

⁶² HENRI *apud* MEIRELLES, *Op. Cit.*, 2012, p.90-93.

o desenvolvimento da comunidade, na eficaz administração dos recursos sociais e econômicos.

Neste contexto, cumpre ressaltar que para atender de forma eficaz às demandas da comunidade, a gestão pública deve se desenvolver naturalmente, procurando meios e instrumentos que tornem mais dinâmicas e eficientes a atividade estatal, sem deixar, no entanto, de prestigiar os princípios e os valores intrínsecos ao Estado Democrático de Direito.

2.4 Contratos administrativos e arbitragem como vetores do interesse público primário

Nesse item, importa dizer que o interesse público perseguido nos contratos administrativos reflete a busca inarredável pelos fundamentos constitucionais. Nessa mesma linha de raciocínio, o Professor Lucas Rocha Furtado explica que a Constituição Federal de 1988 instituiu nova concepção de Estado Democrático de Direito, baseada na cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas, com o objetivo principal de realizar o interesse público. Atente-se ao ensinamento do autor, para quem:

O Estado brasileiro, conforme o modelo definido pela Constituição Federal é democrático, de direito, cooperativo e social. É democrático, em primeiro lugar, porque nascido da vontade do povo; de direito, porque se submete ao ordenamento jurídico previamente estabelecido, conforme definido na Constituição; cooperativo, porque, em inúmeras situações, necessita da participação de segmentos do setor privado para desempenhar suas atribuições; e social porque atua de modo a realizar o bem comum visando à satisfação dos direitos relacionados à dignidade da pessoa humana – saúde, educação, cultura, segurança etc.⁶³.

O Estado, como pessoa jurídica⁶⁴, desfruta de capacidade legal para assumir obrigações, direitos e responsabilidades, o que também lhe confere legitimidade para celebrar contratos, seja com pessoas jurídicas de Direito Público integrantes da Administração Pública, seja com as pessoas jurídicas de Direito Privado (particulares). Tais contratos celebrados pelo Estado, os contratos

⁶³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.36.

⁶⁴ A acepção de Estado aqui empregada compreende todos os órgãos e entidades da Administração Pública, direta e indireta, como pessoa jurídica de Direito Público interno, o que significa dizer: União, os Estados-membros, Municípios, Distrito Federal, autarquias e as demais entidades com personalidade de direito público, criadas por lei.

administrativos⁶⁵, serão alvo de estudo desta seção, sob a noção do interesse público primário.⁶⁶

O Parágrafo Único, do art. 2º da Lei nº 8.666/1993, que disciplina os procedimentos de licitações e contratos administrativos, prevê que é considerado contrato administrativo todo e qualquer ajuste entre órgão ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja acordo de vontades para a formação de um vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, vale explicitar a visão da autora Selma Maria Ferreira Lemes⁶⁸ sobre o tema:

O contrato administrativo representa uma das formas de atuação do Estado na consecução de atividade que envolve um interesse público específico. Como elemento diferenciador note-se que os contratos administrativos podem ser rescindidos e alterados unilateralmente pela Administração em decorrência das denominadas cláusulas exorbitantes; mas, evidentemente, com a contraprestação devida, ressarcindo o particular com os acréscimos e modificações efetuadas e sempre observando o princípio inarredável do equilíbrio econômico e financeiro do contrato (Art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988)⁶⁹.

⁶⁵ Os acordos de vontade celebrados entre o Poder Público e terceiros, denominados genericamente de contratos, dividem-se em duas modalidades, quais sejam: os contratos de Direito Privado da Administração, como, por exemplo, aqueles instrumentos firmados para compra e venda ou locação de imóvel e os contratos administrativos, exemplificados por contratos de concessão de serviço público, execução de obra pública, entre outros. A primeira modalidade de contratos submetete-se ao regime jurídico de Direito Privado, enquanto a segunda modalidade rege-se pelo Direito Administrativo. Ressalte-se que as duas modalidades de contratos estão submetidas às exigências previstas no Direito Administrativo quanto às condições e formalidades para celebração. No entanto, ressalvados as referidas exigências, aos contratos administrativos são aplicáveis as regras e os princípios inerentes ao Direito Público, autorizando-se apenas a aplicação supletiva das normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto, conforme previsão do art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/1993. Para a presente pesquisa, importará apenas segunda modalidade de contratos, ou seja, os contratos administrativos.

⁶⁶ Esta distinção realizada entre interesse público primário e secundário é originada da doutrina italiana. Atualmente, ainda é pouco disseminada na jurisprudência brasileira. Tal classificação foi fundamentalmente realizada por Renato Alessi. No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello, Luís Roberto Barroso e Diogo de Figueiredo Moreira Neto são os principais autores que trabalham a distinção.

⁶⁷Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei. Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, *Op. Cit.*, 1993.).

⁶⁸ Membro da Comissão Relatora do Projeto da Lei de Arbitragem.

⁶⁹ LEMES, Selma Ferreira Maria. **O Estado como parte na arbitragem**: casos no Brasil e no Chile. 2005. 13 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em integração da América Latina. São Paulo, 2005.

Nessa mesma linha, para Marçal Justen Filho:

Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa⁷⁰.

Celso Antônio Bandeira de Mello, além da tradicional conceituação realizada sobre o tema, traz interessante análise sobre a subordinação da celebração do contrato administrativo ao atendimento do interesse público, ao afirmar que:

É um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força da lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.⁷¹

A análise realizada pelo autor acerca dos contratos administrativos ressalta que a contratação pela Administração Pública deve obedecer a preceitos que objetivam assegurar a realização do interesse público. Nessa linha, observa-se que, por um lado, são atribuídas à Administração prerrogativas de supremacia necessárias à concretização da finalidade pública e, por outro, lhe são impostas obrigações características do instituto dos contratos (acordo de vontades), mas ambos convergentes ao propósito de assegurar o interesse público.

Desse modo, os princípios próprios do Direito Privado, inerentes às relações contratuais, assim como os princípios da boa-fé e lealdade contratual, entre outros, integram os contratos administrativos e se perfilam aos valores fundamentais e indeclináveis da Administração Pública, convivendo harmoniosamente com as cláusulas exorbitantes (exceções e prerrogativas da Administração determinadas em função do interesse público) para satisfazerem os objetivos do contrato firmado.⁷²

⁷⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 470.

⁷¹ MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p. 627.

⁷² Tal constatação alinha-se com a previsão expressa contida no art. 54, da Lei nº 8.666/1993, que estabelece que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos disciplinados pelo Direito Privado.

Caio Tácito, em breve afirmação, concluiu que “[...] a tônica do contrato se desloca da simples harmonia de interesses para a consecução de um fim de interesse público”⁷³.

Dessa sorte, o interesse público primário, realizado pelo atendimento aos direitos fundamentais, é concretizado por meio dos contratos administrativos, uma vez que estes últimos correspondem, em última análise, a instrumentos eficazes na consecução do bem comum.

Nesses termos, Lucas Furtado anota que:

A atividade material da Administração Pública não se desenvolve apenas por meio de atos unilaterais. Historicamente, estes constituíam o principal instrumento de atuação da Administração Pública. Esta se tem utilizado, todavia, com cada vez mais frequência de novos instrumentos para formalizar o seu relacionamento com os particulares. Administração necessita firmar acordos com entidades privadas com vista ao desempenho das suas necessidades relacionadas à realização de obras, à aquisição de bens ou à prestação de serviços. O objetivo precípua desses acordos de vontade era e continua a ser em grande medida o de atender às demandas internas da Administração Pública, que sempre necessitou da colaboração dos particulares para o fornecimento de bens e de serviços⁷⁴.

A interpretação ora defendida - de que a celebração de contratos administrativos integra o vetor do interesse público primário - torna-se ainda mais clara com a ponderação realizada por Marçal Justen Filho, que ao ensinar sobre os acordos de vontades da Administração Pública defende que:

Os acordos de vontade da Administração Pública não se destinam a satisfazer, de modo direto e imediato, uma necessidade do aparato administrativo ou dos membros da comunidade. Usualmente, esses contratos não são instrumentos de satisfação de intuito lucrativo de qualquer das partes, ainda que possam gerar transferência de recursos econômicos da titularidade de uma para a outra. Rigorosamente, não existe comutatividade em tais contratos – entendida a expressão comutatividade para indicar a correspondência entre as prestações realizadas reciprocamente pelas partes, de modo que a execução do contrato acarreta uma compensação econômica para cada qual. Enfim, os acordos de vontade da Administração Pública são instrumentos regulatórios para ordenação de condutas necessárias à produção de efeitos relevantes para a comunidade⁷⁵.

⁷³ TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 292.

⁷⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013, p.386.

⁷⁵ JUSTEN FILHO, *Op.Cit.*, 2013, p. 471.

Não obstante, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, especificadamente após o advento da Emenda Constitucional nº 19/98 - que introduziu no Texto Constitucional expressamente a busca constante da Administração Pública pela eficiência - vincula a referida gestora pública a uma sistematização de esforços materiais e intelectuais canalizados a uma tarefa direcionada para o Poder Público que, como não poderia deixar de ser, deve obedecer a uma vindicação do homem-cidadão para, conseqüentemente, realizar a concretude dos objetivos fundamentais do Estado.

Igualmente, para a realização das constantemente renovadas necessidades da sociedade, a Administração Pública, para a concretização de seu *mister* constitucional, deve promover permanentemente o desenvolvimento do cidadão, ou seja, deve destinar o maior e melhor esforço factível na efetivação da política pública.

Conclui-se daí que os contratos administrativos devem, obrigatoriamente, obedecer ao princípio do interesse público, entendido este último na modalidade de interesse público primário, a fim de que recaia sobre esse instrumento a legitimidade no desempenho da política pública.

Não obstante, a nova ideologia que alicerça a Administração Pública e o Estado pede que sejam estreitadas as relações entre o Poder Público e o setor privado⁷⁶. O Estado puro e simples prestador de serviço, aclamado no Estado Social, já não encontra o mesmo respaldo no Estado Democrático de Direito. A reivindicação é de que o Estado estimule o desenvolvimento e subsidie as atividades privadas, exercendo o papel de “mola propulsora”, a fim que, mais tarde, o particular possa se estabelecer e desenvolver sozinho, sem mais estar dependente da Administração Pública.

Nesse contexto, o Estado passa a amparar os seus cidadãos. O anseio da comunidade é de que haja democratização da Administração, com a livre participação dos administrados nas políticas públicas, nos órgãos de deliberação e na colaboração entre o setor público e o privado na concretização das atividades estatais. Hodiernamente, a tendência é que a máquina estatal se

⁷⁶ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na “[...] reforma do Estado, da Constituição e da Administração Pública, parece que o que muda é principalmente a ideologia, é a forma de conceber Estado e a Administração Pública”. (DI PIETRO, *Op. Cit.*, 2015, p.1-2).

retraia e que, simultaneamente, a atividade privada progrida, se expanda e que atinja o equilíbrio, convivendo harmonicamente.

Nesse diapasão, merecem considerável enfoque os contratos administrativos celebrados entre a Administração Pública e o setor privado, que já representam a flexibilização dos rígidos modos de atuação do Estado. O fenômeno da consensualidade alcança a Administração Pública, que, após reconhecer o importante papel do estreitamento das relações entre público e privado, mediante o acordo de vontades, consagra esse alinhamento de intenções e interesses por meio de parceria⁷⁷.

Em continuidade ao processo de evolução da Administração Pública e ainda fundamentado na ideologia da consensualidade, o instituto da arbitragem vem ganhando espaço no Direito brasileiro e se apresentando como eficaz método de solução de conflitos.

A arbitragem, expressamente prevista primeiramente na Lei de Parcerias Público-Privada (Lei nº 11.079/2004) e mais recentemente na Lei de Arbitragem - após o advento da Lei nº 13.129/2015 - como técnica alternativa à

⁷⁷ Patrícia Baptista explica com clareza sobre o fenômeno da consensualidade. De acordo com a autora, “[...] a dogmática inicial do direito administrativo rejeitava o exercício de qualquer atividade de natureza consensual pela Administração Pública”. Patrícia Baptista elucida, ainda, que “[...] tradicionalmente, o direito administrativo sempre desconfiou dos interesse privados. A construção dessa disciplina jurídica operou-se impregnada pela crença na pureza absoluta do interesse público legalizado que lhe competia proteger e, por isso mesmo, tinha como objetivo impedir qualquer possível contaminação desse interesse superior pelos interesses privados colhidos na sociedade, naturalmente subordinados.” A autora desenvolve o seu raciocínio, constatando que na vigência do Estado liberal reconheceu-se que seria útil que a Administração Pública recorresse à forma contratual para realizar determinadas atividades. Para a estudiosa, “[...] o recuo do Estado-providência e, por conseguinte, a devolução à sociedade de um papel ativo na condução dos negócios públicos demandaram o desenvolvimento de novas formas de concretização das relações administrativas”. Nesse sentido, ainda assentou que “[...] foi como alternativa à imperatividade e à unilateralidade que a ideia de consensualidade acabou incorporada à Administração Pública, de início como uma técnica de administração e, posteriormente, como uma categoria do direito administrativo.” Patrícia Baptista aponta, ainda, algumas razões a favor do consenso como meio de desenvolvimento da atividade administrativa. Dentre elas, “[...] a constatação de que o interesse público tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação de interesses privados.” Segundo a autora, “[...] a atividade consensual contribui, ainda, para aumentar a transparência das atividades administrativas”. Por fim, Patrícia Baptista conclui que “[...] a absorção da consensualidade pelo direito administrativo, de qualquer forma, não se faz possível sem uma adaptação da dogmática dessa disciplina. Por outro lado, através da construção e do desenvolvimento de novos instrumentos: como os convênios, acordos de programa e ajustes; e, por outro lado, com a necessária revisão de alguns de seus pressupostos originais, sobretudo daquele que qualificava as relações entre a Administração e os administrados, especialmente como relações de subordinação”. (BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.262-268).

solução de controvérsias - ilustra do desenvolvimento racional da Administração Pública.

Por um lado, o Poder Judiciário brasileiro vem sofrendo múltiplas mudanças desencadeadas pelo acúmulo extraordinário de ações judiciais e, por outro, a natureza da atividade empresarial impõe que as decisões sejam tomadas de maneira célere, de modo a amenizar eventuais prejuízos. Portanto, nada mais acertado que a Administração Pública busque resolver os problemas existentes e evolua, para melhor atender às necessidades dos cidadãos.

Ruy Barbosa, ao tratar da arbitragem, ressaltou a ocorrência da morosidade no Poder Judiciário:

[...] Justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta, porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade⁷⁸.

Apesar de a arbitragem ser método para a solução de litígios, observa-se que ela não surgiu com o fim de substituir a Jurisdição Estatal, tampouco concorrer com a mesma, mas sim com o fim de tentar minimizar os problemas de morosidade e de acúmulo de processos do Poder Judiciário, contribuindo, dessa forma, para o desenvolvimento da comunidade, entendida como Poder Público e povo.

Nesse cenário, dar-se-á sequência ao presente estudo por meio da discussão da arbitragem nos contratos administrativos e, em seguida, o estudo da utilização da arbitragem nos contratos de Parceria Público-Privada (PPP).

⁷⁸ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

3 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A atual temática relativa à “crise da justiça” ou “crise do Poder Judiciário” não é tão recente quanto se pensa. Deveras, o exagerado número de demandas que o Poder Judiciário recebe todos os dias influencia diretamente na eficiência da atividade jurisdicional, que, por causa de sua morosidade, contribui para a preservação de situações de injustiça e infelicidade pessoal dos jurisdicionados⁷⁹. Desde a época em que eram aplicadas as Ordenações do Reino já se percebia a preocupação dos governantes com a celeridade e efetividade processual. Não obstante, não se identifica na literatura período histórico sequer em que o Poder Judiciário tenha atendido de maneira plena aos interesses da sociedade⁸⁰.

Entretanto, a crise do “Poder Judiciário” não encontra as suas raízes precipuamente na legislação processual, tampouco na estruturação organizacional do referido Poder. Considerando-se a quantidade de novas ações que diariamente são submetidas ao Poder Judiciário, a solução imposta é a adoção de medida mais drástica, revelada pela mudança de lógica da própria sociedade. O remédio que se apresenta mais adequado é que se previna a submissão de litígios ao Judiciário. Trata-se, portanto, de exigência de mutação cultural: deve-se tentar identificar de maneira precisa os contornos do litígio ou da pretensão resistida pelas partes e perseguir a solução consensual do conflito.

No entanto, para que a referida mutação cultural seja alcançada, o próprio Poder Público deve fomentar exemplarmente essa lógica. Vale mencionar, a título de ilustração, que em Portugal, a Resolução nº 175/2001, expedida pelo Conselho de Ministros, orientou o setor público, em linha geral, a utilizar a arbitragem. Constou destas orientações que:

O reforço da qualidade da democracia e o aprofundamento da cidadania sugerem também a construção de uma nova relação do Estado com os cidadãos e com as empresas. Exigem que o Estado, ele mesmo, voluntariamente aceite e promova exemplarmente a resolução dos seus

⁷⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p.32.

⁸⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. Nona série. São Paulo: Saraiva, 2007, p.369.

litígios fora dos tribunais, quer confiando a decisão a um terceiro neutral que arbitrar, quer admitindo o auxílio de um mediador desprovido de poderes de imposição de um juízo vinculativo. Esta é uma opção expressamente acolhida no âmbito da reforma da justiça administrativa⁸¹.

A tendência contemporânea de consensualização da atividade administrativa tem, cada vez mais, incentivado a utilização de soluções extrajudiciais de conflito, seja prevenindo o próprio litígio, seja resolvendo-o em esfera diversa do Poder Judiciário.

Desse modo, supõe-se que a eleição da arbitragem como método de solução de controvérsias derivadas de contratos administrativos apresenta-se como técnica eficaz e necessária ao atendimento dos anseios sociais.

3.1 Panorama geral da arbitragem

A arbitragem representa meio alternativo - vez que é técnica processual alternativa à judicial - e facultativo - vez que a sua adoção prescinde da eleição do referido meio pelas partes - de solução de controvérsias, por meio do qual as partes, na fruição da autonomia da vontade, investem um ou mais particulares (árbitros) de poderes para resolver controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Observa-se, ademais, que a decisão proferida pelos árbitros se assemelha à judicial⁸², de modo que se recobre da garantia constitucional da coisa julgada material, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, e, se condenatória, será admitida como título executivo judicial, conforme inteligência dos arts. 31 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e 475-N, IV, do CPC, este último dispositivo transcrito para o art. 515, VII da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil). No conceito elucidativo de Cândido Rangel Dinamarco:

Juízo arbitral é o processo realizado pelo árbitro, pessoa de escolha das partes, e não pelo juiz, agente da jurisdição estatal; o vocábulo está nessa locução em seu sentido etimológico de processo e, conseqüentemente, juízo arbitral é o mesmo que processo arbitral. O processo arbitral constitui um meio alternativo de solução de conflitos,

⁸¹ CONSELHO DE MINISTROS. Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001. Portugal: Conselhos dos Julgados de Paz, 2001. **Diário da República**, 28 dez. 2001.

⁸² AMARAL, Paulo Osternack. **A concessão de medidas urgentes em processo arbitral envolvendo o Poder Público**. Revista de Processo, São Paulo, n. 157, mar.2008, p.22-23.

sendo realizado com o mesmo escopo de pacificação que comanda o exercício da jurisdição pelos juízes do Poder Judiciário [...]»⁸³.

As mencionadas características, associadas à previsão legal de que o árbitro é juiz de fato e de direito, munido de amplos poderes instrutórios (art. 22 da Lei nº 9.307/1996), e que a sua decisão não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº 9.307/1996), revelam o caráter jurisdicional de que se reveste o processo arbitral⁸⁴.

Ressalte-se que o caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido por grande parte da doutrina⁸⁵ e que mesmo os autores defensores de entendimentos contrários admitem a existência de elementos coincidentes ou semelhantes entre os processos arbitral e estatal⁸⁶. Este fato torna sem sentido o debate realizado acerca da natureza jurídica da arbitragem⁸⁷.

Assim, eleita a arbitragem como meio de solução de controvérsias entre as partes, a intervenção do Poder Judiciário resta consensualmente afastada, vez que este último fica obstado de decidir quanto ao mérito da controvérsia. Sobre o assunto, vale trazer a oportuna observação feita por Marcelo José Magalhães Bonicio, para quem:

Não é necessário dizer que a total falta de controle jurisdicional, por si só, tornaria temerário o uso da arbitragem e contribuiria para a falência deste sistema. Por outro lado, na mesma medida, eventual excesso no controle judicial das decisões do árbitro também teria este defeito. Trata-se, mais uma vez, da necessidade de observância de um certo equilíbrio na análise deste tema⁸⁸.

⁸³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 71.

⁸⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.273.

⁸⁵ Confira-se: ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei 9.307, de 23.09.1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.31; COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.86; JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p.539; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.356.

⁸⁶ Nesse sentido confere-se: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.34-36; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº. 9.037/96. 4. ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15.

⁸⁷ AMARAL, *Op. Cit.*, 2008, p.23.

⁸⁸ BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. São Paulo: Atlas, 2006, p.175-176.

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que o acordo realizado entre as partes, em eleger a arbitragem como meio de solução de controvérsias, não impede de forma plena a atuação do Poder Judiciário, até porque, se assim o fosse, contrastaria a previsão constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/1988). Em suma, as partes tão somente optarão pelo meio extrajudicial de solução de controvérsias quando a matéria objeto do litígio se referir a direito patrimonial disponível. A melhor ilustração do tema é que a própria Lei de Arbitragem prevê, no seu art. 33, as hipóteses em que a sentença arbitral poderá ser anulada pelo Poder Judiciário, ou seja, será passível de controle judicial.

Por fim, deve-se esclarecer que a convenção de arbitragem, entendida como gênero que abrange as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, conforme disposição do art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996, poderá ser administrada por instituição especializada (arbitragem institucional) ou poderá se desenvolver de maneira avulsa (arbitragem *ad hoc*), o que importa dizer, sem que a controvérsia seja submetida a uma câmara de arbitragem regularmente constituída.

3.2 Arbitragem e processo estatal: aspectos favoráveis e desfavoráveis

Em última análise, os principais aspectos favoráveis à utilização da arbitragem são fundados na ampla autonomia de vontade concebida às partes, característica esta precípua e peculiar ao referido método de solução de problemas.

3.2.1 Celeridade

A primeira vantagem da utilização da arbitragem em relação ao processo estatal é, sem dúvida, a celeridade. Sobre o tema, José Eduardo Carreira Alvim destaca:

Dentre as grandes vantagens da arbitragem está em poderem as partes convencionar o prazo em que querem obter uma sentença sobre a

controvérsia submetida a julgamento dos árbitros, o que jamais se pode esperar do juízo judicial⁸⁹.

Nessa mesma linha de raciocínio, Selma Ferreira Lemes sustenta que a arbitragem é mais célere que o processo judicial por três principais motivos: o árbitro possui mais tempo para se dedicar ao exame do caso do que um juiz togado; as regras processuais são mais flexíveis no procedimento arbitral; e, por fim, podem ser eleitos árbitros que disponham de conhecimento técnico acerca do conflito, o que facilitará o deslinde do litígio, pela melhor compreensão da matéria⁹⁰.

Em regra, a decisão arbitral será proferida no prazo convencionado pelas partes (art. 23, *caput*, da Lei nº 9.307/1996). No entanto, caso não haja previsão sobre o prazo de prolação da sentença, ela deverá ser apresentada pelos árbitros em seis meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Destaca-se, nessa questão, a peculiaridade de as partes serem autorizadas a prorrogar o prazo inicialmente estipulado para a entrega da sentença, desde que tal alteração seja realizada em comum acordo, conforme previsão do art. 23, §2º da Lei nº 9.307/1996, com a redação alterada pela Lei nº 13.129/2015. Por outro lado, a sentença arbitral que for proferida após o prazo estabelecido será invalidada (art. 32, VII da Lei nº 9.307/96). Tal dispositivo se justifica em função dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

Observa-se que a Lei de Arbitragem criou mecanismos hábeis para determinar, com precisão, o termo final para a prolação da decisão arbitral, alinhando o procedimento à garantia constitucional que assegura a todos a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988). Portanto, a previsibilidade em relação à prolação da decisão se apresenta como elemento favorável à eleição da via arbitral, que, em comparação ao processo estatal, ainda se destaca pela regra da irrecorribilidade.

⁸⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.145.

⁹⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p.175-176.

3.2.2 Escolha da lei aplicável

Outra vantagem do procedimento arbitral é a possibilidade de as partes determinarem a lei que será aplicável à resolução da controvérsia, conforme disposição do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996. Nesse ponto, cumpre elucidar que as partes possuem a liberdade de escolher não apenas a lei material - internacional ou nacional - que será aplicada ao caso concreto, mas também a lei processual a que o litígio será submetido, ou seja, as regras procedimentais que serão obedecidas pelas partes e pelo árbitro, desde que compatíveis com a ordem pública, com os bons costumes e com os princípios informadores do procedimento arbitral.

No entanto, a mencionada liberdade de escolha das regras não poderá ser aplicável nos litígios em que o Poder Público for parte. A melhor demonstração de tal constatação é que, havendo o litígio entre o particular e o Poder Público, o árbitro restará impedido de decidir com base em juízo de equidade, vez que, nesse caso, haveria claro desrespeito ao princípio constitucional da observância da estrita legalidade pela Administração Pública, previsto no art. 37, *caput*, da CF/1988⁹¹.

A recente alteração da Lei nº 9.307/1996, realizada pela Lei nº 13.129/2015, assentou tal questão, ao prever expressamente no art. 2º, §3º, que a arbitragem que envolver a Administração Pública será sempre de direito. Assim, nos casos em que o Poder Público for parte, deve-se atentar à imposição de que o árbitro não poderá julgar em sentido diferente daquele previsto no Direito positivo.

3.2.3 Flexibilidade do procedimento arbitral

A flexibilidade do procedimento arbitral é mais uma característica atinente ao processo arbitral. No processo judicial, a regra é a indisponibilidade do procedimento e, sendo assim, a liberdade das partes no tocante à alteração das

⁹¹ FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.35.

regras processuais constitui exceção e deve necessariamente estar autorizada em lei⁹².

O art. 21 da Lei nº 9.307/1996 contempla a possibilidade de as partes flexibilizarem o procedimento arbitral. Do referido dispositivo, conclui-se que as partes possuem três opções de escolha para determinação do procedimento arbitral. São elas: criar procedimento especial para o caso concreto; utilizar as regras de órgão arbitral institucional, entidade especializada ou o Código de Processo Civil; atribuir ao árbitro ou ao tribunal arbitral a opção de escolha do procedimento pelo qual será regida a arbitragem.

Ressalte-se que em qualquer das hipóteses sugeridas deve ser observado o princípio do devido processo legal, conforme inteligência dos arts. 5º, LIV e LV da CF/1988 e art. 21, §2º da Lei nº 9.307/1996. Sobre o assunto, o autor Pedro Antônio Batista Martins salienta que “[...] em hipótese alguma poderá ser violado o devido processo legal. Tanto o processual quanto o substantivo. É um bem jurídico de titularidade de toda e qualquer pessoa. É uma garantia de direito natural”⁹³.

Neste sentido, na arbitragem há ampla liberdade de escolha conferida às partes e ao árbitro em relação à fixação, condução e adequação do procedimento arbitral às peculiaridades do caso concreto, o que não se vislumbra no processo estatal.

3.2.4 Escolha do árbitro

Além das características já mencionadas, aspecto que merece relevante importância é a possibilidade de escolha do árbitro pelas partes (art. 13, §3º, da Lei nº 9.307/1996).

A lei estabelece apenas dois pressupostos relacionados à escolha do árbitro, que impõe que o julgador seja pessoa capaz e detenha a confiança das partes. A capacidade referida no art. 13, *caput*, da Lei de Arbitragem é a mesma capacidade civil disciplinada no Código Civil. Tal exigência justifica-se em razão

⁹² CINTRA, *Op. Cit.*, 2007, p. 344.

⁹³ MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 236.

da própria natureza da função do árbitro, que exige capacidade, maturidade intelectual, dignidade e ética.

Não existe qualquer restrição no tocante à nacionalidade do árbitro escolhido, o que significa dizer que as partes podem optar por eleger árbitro estrangeiro para julgar a controvérsia.

A escolha do árbitro pelas partes induz duas principais vantagens do processo arbitral quando comparado ao judicial: a primeira é relativa à segurança em relação ao julgamento. No processo arbitral, as partes terão a possibilidade de escolher um profissional conhecido pelas mesmas, uma pessoa na qual elas tenham confiança em atribuir o julgamento da sua causa, enquanto no processo judicial, em regra, o julgador será pessoa totalmente estranha às partes. Dessa forma, a tendência lógica é que as partes sintam-se mais seguras e confiantes quanto à imparcialidade, dedicação, competência e independência do julgador no litígio.

A segunda vantagem, apesar de se relacionar diretamente com a primeira quanto à competência, refere-se à possibilidade de escolha do árbitro considerando-se a tecnicidade dos julgamentos, ou seja, a qualificação técnica dele. Assim, há predisposição de que sejam escolhidos julgadores que detenham o conhecimento técnico especializado na matéria objeto do contrato em que nasceu o conflito. Essa margem de escolha, ao contrário do que ocorre no Poder Judiciário, permite que a decisão seja tecnicamente mais adequada e mais precisa do aquela que seria prolatada pelo juiz togado.

Carmona, nesta linha de raciocínio, assevera que:

A liberdade das partes para escolher árbitros permite que a nomeação recaia sobre pessoas dotadas do necessário conhecimento, o que lhes permitirá resolver os complexos problemas econômicos, jurídicos e técnicos trazidos pelos litigantes, pois não há dúvida que é sempre melhor designar árbitros que sejam *experts* na matéria por si mesmos⁹⁴.

O procedimento arbitral é, portanto, indicado principalmente para resoluções de litígios que envolvam grande complexidade técnica ou, ainda, como

⁹⁴ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993, p.75.

bem destacado por Carlos Alberto Carmona, para “resolver complexos problemas econômicos”⁹⁵.

Nesse ponto, cumpre mencionar que a nomeação de julgador dotado de profundo conhecimento técnico especializado, hábil, portanto, a resolver o conflito, não exclui o direito de os litigantes solicitarem a designação de perito para realizar o trabalho técnico. O que ocorrerá, no caso, é que o julgador restará apto a interpretar o laudo produzido e a indicar quesitos que realmente serão substanciais ao deslinde da controvérsia.

Cândido Rangel Dinamarco também não se afasta desse entendimento explicitado, ao afirmar que:

A busca da tutela adequada, ou seja, substancialmente justa, é favorecida por vários modos no processo arbitral, inclusive mediante a eleição de árbitros profissionalmente preparados para melhor entender questões e apreciar fatos inerentes ao conhecimento específico – o que não sucede no processo judicial, em que a presença de questões técnicas leva os juízes a louvar-se em peritos, deixando de ter contato direto com a realidade do litígio e sem ter, ele próprio, familiaridade com a matéria⁹⁶.

Nesse diapasão, acredita-se que a possibilidade de os litigantes nomearem o árbitro que deverá realizar minucioso exame dos documentos e argumentos de cada uma das partes, bem como que detenha os conhecimentos técnicos necessários à resolução do conflito é, juntamente com a celeridade, uma das maiores vantagens que o procedimento arbitral oferece em relação ao judicial.

3.2.5 A confidencialidade

O procedimento arbitral permite que, consensualmente, os litigantes restrinjam a publicidade dos atos e informações constantes no processo. Trata-se de relevante elemento inerente ao procedimento arbitral, já que o processo estatal é, em regra, atingido pelo princípio da publicidade, característica esta que o torna público, salvo nos casos em que seja aplicável o denominado segredo de justiça, conforme inteligência dos arts. 93, IX, da CF/1988 e 155, CPC.

⁹⁵ CARMONA, *Op. Cit.*, 1993, p.75.

⁹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional.** *Revista Jurídica*: Porto Alegre, n. 290, dez.2001, p.07.

A possibilidade de restringir a publicidade dos atos ou de instituir a confidencialidade como um dos elementos que comporão o regramento do procedimento a que se submeterá o litígio justifica-se em razão de que as partes poderão sentir-se mais confortáveis para confiar aos julgadores informações íntimas, relacionadas a segredos profissionais ou comerciais, intimidades corporativas, informações relativas à condição econômica da pessoa jurídica, entre outros dados que seriam relevantes à resolução da controvérsia, mas que, caso se tornassem de conhecimento público, poderiam acarretar prejuízos.

Apesar de alguns autores defenderem, como José Emilio Nunes Pinto, que a confidencialidade é inerente ao procedimento arbitral⁹⁷, o entendimento sustentado neste trabalho é de que a restrição à publicidade, em modo geral, não é elemento obrigatório, mas sim faculdade atribuída aos litigantes particulares.

Sobre o assunto, o autor José Emílio Nunes Pinto pondera que:

Não se pode afirmar que o dever de sigilo não se aplique de forma alguma; o que ocorre é que ele é temperado pelo interesse público inerente à Administração. O princípio da publicidade estará devidamente observado e satisfeito na medida em que reportem as informações quanto ao andamento do procedimento arbitral envolvendo pessoa jurídica de direito público ou, ainda que de direito privado, mas integrante da Administração, como as sociedades de economia mista, aos órgãos de controle interno e de controle externo da Administração, neste último caso, os Tribunais de Contas. Assim sendo, o princípio da publicidade não elimina a privacidade que caracteriza os atos do procedimento arbitral, os quais continuam restritos aos que dele participam. Invocar o princípio da publicidade para além desses limites será violar o dever de sigilo ao qual todos estão adstritos⁹⁸.

Todavia, deve-se aclarar sobre o posicionamento ora defendido. O entendimento compartilhado é de que a faculdade relacionada à confidencialidade deverá ser restringida quando o Poder Público for parte do procedimento arbitral. Isso porque, conforme já mencionado no item 2.3.3.3 deste trabalho, a Administração Pública não poderá afastar as previsões legais, tampouco se distanciar dos princípios e interesses públicos primários. A publicidade, além de ser um dos princípios estruturantes da atividade da Administração Pública (art. 37, *caput*, da CF/1988), é também interesse público primário que o Poder Público não

⁹⁷ PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6, jul./set. 2005, p. 35-36.

⁹⁸ PINTO, *Op. Cit.*, 2005, p.35-36.

pode deixar de perseguir, inclusive para que seja concretizado o direito fundamental à boa administração.

A recente alteração promovida na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 dirime parte da polêmica que paira sob a questão da confidencialidade nos litígios em que a Administração Pública for parte. O art. 2º, §3º, da Lei nº 13.129/2015 previu que a arbitragem respeitará o princípio da publicidade. Portanto, após a entrada em vigor da referida lei, a polêmica recairá somente sob como o princípio da publicidade será satisfeito no procedimento arbitral.

Defende-se, na presente pesquisa, a possibilidade de ser estabelecida pelas partes (Administração Pública e pessoa jurídica de Direito Privado) restrição de publicidade quanto a determinadas informações. Cumpre elucidar que tais informações somente poderão ser relacionadas à intimidade da pessoa jurídica de Direito Privado, como, por exemplo, dados relativos à condição econômica da pessoa jurídica contratada. Note-se que a confidencialidade apenas poderá ser convencionalizada para informações e dados estranhos à Administração Pública e, ainda assim, a restrição à publicidade não importará em sigilo absoluto, a ponto de tornar o procedimento insindicável. O processo arbitral garante às partes, a seus procuradores e órgãos de controle o direito de consultar os autos e obter dados do procedimento, desde que sejam respeitados os contornos da confidencialidade convencionalizada pelas partes.

A fim de melhor ilustrar a polêmica que envolve a publicidade, vale mencionar o “caso Guggenheim”. A questão principal do processo referia-se à impossibilidade de estipulação de cláusula de sigilo em contrato celebrado pela Solomon R. Guggenheim Foundation e o Município do Rio de Janeiro, visando a instalação de museu. Nesse julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao analisar a ação popular que pleiteava a anulação do mencionado contrato, decidiu que “[...] Revela-se atentatório aos preceitos constitucionais o estabelecimento de cláusula na qual se exige o sigilo na arbitragem, não podendo o Município a ela se submeter ante a indisponibilidade do direito em discussão, traduzindo em atentado à soberania quedar-se o componente da Federação, genuflexo, às leis alienígenas”⁹⁹.

⁹⁹ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 13ª Câmara Cível, **AI 2003.002.07839**, Rel. Des. Ademir Pimentel, jul. em 29.10.2003.

Por fim, é digno de destaque o fato de que, havendo impugnação da sentença ou da convenção arbitral perante o Poder Judiciário, a restrição de publicidade eventualmente convencionada pelos litigantes poderá ser sacrificada em razão da regra geral da publicidade que norteia o processo estatal. Entretanto, o mencionado sacrifício não ocorrerá se as questões dispostas no caso estiverem em consonância com as hipóteses que justifiquem a determinação pelo magistrado de que o processo estatal se desenvolva em segredo de justiça, conforme previsão do art.155, I, do Código de Processo Civil (correspondente ao art. 189, I, da Lei nº 13.105/2015).

3.2.6 O custo do procedimento arbitral

A experiência brasileira quanto à utilização da arbitragem ainda é recente. Principalmente, no que diz respeito ao custo-benefício econômico da eleição da arbitragem como meio de solução de controvérsias. Portanto, a ideia defendida nesse trabalho é de que a análise relativa à escolha da via arbitral deve ser pontual e realizada com base na ponderação de custos envolvidos no caso concreto¹⁰⁰.

No que diz respeito ao custo da arbitragem em contratos administrativos, a autora Selma Ferreira Lemes entende que ela é mais vantajosa que o processo judicial. Para a autora,

Em todos os tipos de contratos administrativos firmados pela Administração Pública Direta e Indireta, que tenham como objeto concessões, parcerias público-privadas, fornecimento de bens, execução de serviços, a inclusão de cláusula compromissória representa diminuição no custo da transação¹⁰¹.

Assim, o entendimento defendido neste estudo é de que a Administração Pública deverá analisar o custo-benefício da utilização da arbitragem de maneira que não será considerado tão somente custo econômico,

¹⁰⁰ José Carlos Barbosa Moreira pondera que a arbitragem nem sempre se apresenta como meio sedutor de resolução de problemas para o litigante comum, entendido, nesse caso, como pessoa física de condições econômicas médias. A verdade é que o cidadão, além de poder requerer à justiça estatal o benefício da assistência judiciária, também poderá usufruir do serviço prestado pela Defensoria Pública para obter acesso justo ao Poder Judiciário. Tais recursos não existem no âmbito da arbitragem. Por isso, a utilização da arbitragem é mais constante nos conflitos em que as partes são entidades economicamente poderosas. MOREIRA, *Op. Cit.*, 2007, p. 376.

¹⁰¹ LEMES, *Op. Cit.*, 2007, p.188.

imputado ao Erário Público, mas também as consequências que os cidadãos poderão vir a suportar na hipótese de a controvérsia ser submetida ao Poder Judiciário. Nesse contexto, o Poder Público, no exercício máximo do princípio da boa Administração, deverá zelar pela eficiência¹⁰².

A título de ilustração, vale trazer os cálculos do custo da instituição da arbitragem junto ao Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC): considerando-se uma arbitragem na qual a requerente indique aos seus pedidos o valor de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais) e a requerida na resposta ao requerimento de instituição de procedimento apresente pedidos contrapostos que correspondam ao valor de R\$100.000.000,00 (cem milhões de reais), aplicando-se a regra geral para cobrança de taxas de administração e honorários dos árbitros, considerar-se-á o valor em disputa total indicado pelas partes, ou seja, R\$102.000.000,00 (cento e dois milhões de reais), de maneira que cada um dos litigantes deverá pagar, no total, o valor mínimo de R\$488.600,00 (quatrocentos e oitenta e oito mil e seiscentos reais), sendo R\$118.800,00 (cento e dezoito mil e oitocentos reais) devidos pela taxa de administração + R\$367.800,00 (trezentos e sessenta e sete mil e oitocentos reais) relativos à remuneração do tribunal composto por três árbitros + R\$2.000,00 (dois mil reais) referentes à taxa de registro¹⁰³.

Os custos da utilização do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio (AMCHAM) são calculados de forma diversa da CCBC. Nessa câmara o cálculo não é realizado com base no valor da causa, mas o preço total da instituição da arbitragem variará de acordo com as horas despendidas pelos árbitros no exame do litígio e com o tempo de duração do procedimento arbitral. Observa-se: considerando-se o período de seis meses de desenvolvimento do procedimento arbitral e a atuação de três árbitros com o mínimo de 10 horas trabalhadas cada um, cada litigante (não sócio) pagará, no mínimo, o valor de R\$15.205,00 (quinze mil, duzentos e cinco reais), sendo R\$1.330,00 (um mil, trezentos e trinta reais) correspondentes à taxa de registro de início de procedimento + R\$5.100,00 (cinco mil e cem reais) referentes às mensalidades

¹⁰² Selma Lemes confirma o raciocínio de que a eleição pela utilização da arbitragem deve ser analisada pela relação custo-benefício, “[...] pois esses valores podem ser diluídos e considerados pequenos em razão do negócio e da insegurança em aguardar anos por uma decisão judicial”. LEMES, *Op. Cit.*, 2007, p.173.

¹⁰³ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Tabela de despesas e calculadora**. São Paulo: CCBC, 2015.

que deverão ser pagas enquanto durar o procedimento + R\$8.875,00 (oito mil, oitocentos e setenta e cinco reais) devidos pelos honorários arbitrais¹⁰⁴.

Desse modo, não há como ignorar a repercussão econômica que a escolha pela arbitragem causará. A Administração Pública deverá considerar que em algumas situações o valor do litígio não será razoavelmente adequado com a eleição de determinada câmara arbitral, pelo custo atribuído à utilização da mesma. Por outro lado, as outras características, mencionadas anteriormente neste capítulo, associadas às necessidades dos cidadãos e aos princípios norteadores da atividade da Administração poderão se sobrepor ao elemento custo, de modo que a adoção da arbitragem poderá ensejar uma minimização dos riscos e dos custos da transação.

Portanto, pode-se concluir que o custo da adoção da arbitragem merecerá importante e minucioso exame da Administração, visto que, em alguns casos, o procedimento arbitral poderá, pelo fator custo, tornar-se inviável.

3.2.7 A concessão de medidas urgentes

A Lei de Arbitragem dispõe expressamente sobre a concessão de medidas cautelares e coercitivas no procedimento arbitral. Confira-se:

“Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

[...]

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa”. (destacou-se).

Apesar de a primeira conclusão extraída da leitura desse dispositivo colacionado ser no sentido de que a concessão de medidas cautelares e coercitivas apenas será possível no procedimento arbitral caso as partes as requeiram perante o magistrado estatal, a correta interpretação da matéria caminha em direção oposta.

¹⁰⁴ CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO. **Tabela de custas e honorários**. São Paulo: Amcham, 2014.

No tocante às medidas coercitivas, de fato, a sua concessão pressupõe a interferência do Poder Judiciário. O árbitro não dispõe dos poderes de *imperium*, portanto, não detém competência para determinar que sejam realizados os denominados atos de força.

Todavia, no que se refere às medidas assecuratórias de Direito, a doutrina compreende que é possível o próprio árbitro responsável pela condução do procedimento arbitral concedê-las. É o que se verifica no instituto da tutela antecipada¹⁰⁵.

A necessidade de se assegurar a efetividade do processo associada ao problema da tempestividade da tutela jurisdicional fez o legislador brasileiro optar por conceber o instituto da antecipação de tutela, disposta no art. 273 do Código de Processo Civil e no art. 303 da Lei nº. 13.105/2015. Tal instituto, por meio de técnica de sumarização do processo de conhecimento, permite que o julgador, a pedido da parte, antecipe total ou parcialmente os efeitos da sentença.

Sobre os efeitos da tutela antecipada, discorre o autor Teori Albino Zavascki:

O que se antecipa não é propriamente a certificação do direito, nem a constituição e tampouco a condenação porventura pretendidas como tutela definitiva, antecipam-se, isso sim, os efeitos executivos daquela tutela em outras palavras: não se antecipa a eficácia jurídico-formal (ou seja, a eficácia declaratória constitutiva e condenatória) da sentença; antecipa-se a eficácia que a futura sentença pode produzir no campo da realidade dos fatos¹⁰⁶.

Não obstante, observa-se que, pela disposição do art. 273 do CPC, o julgador deverá verificar a verossimilhança das alegações da parte que requerer a tutela antecipada e, concomitantemente, identificar que há fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Luiz Guilherme Marinoni elucida que o principal motivo para a inclusão da autorização genérica para a antecipação da tutela no ordenamento brasileiro

¹⁰⁵ Nesse sentido confira-se a interpretação dos seguintes autores: CARMONA, *Op. Cit.*, 2009, p.270; CÂMARA, *Op. Cit.*, 2005, p.107; CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da justiça estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 03, jul./set., 2004, p.55. VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**. Porto Alegre, n. 07, jul./set.2005, p.09.

¹⁰⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000, p.48.

foi o fato de esse método representar uma alternativa para se restabelecer a distribuição isonômica do ônus do tempo do processo entre as partes¹⁰⁷.

Note-se que, apesar de a via arbitral ser demasiadamente mais célere que a judicial, alguns casos demandarão providências imediatas do árbitro, a fim de evitar que o próprio objeto da demanda se perca. Por óbvio, impõe-se ao árbitro responsabilidade semelhante ao do magistrado no que se refere ao dever de assegurar a efetividade e o resultado útil do processo. Não haverá qualquer vantagem se, ao final do procedimento, for constatado que o provimento arbitral não será eficaz.

Alexandre Freitas Câmara, nessa linha de raciocínio, pondera:

Proibir a concessão de tutela antecipada pelo árbitro, principalmente nos casos de direitos em perigo (tutela de segurança), seria, a meu sentir, contrário ao princípio, norteador do sistema jurídico brasileiro, de acesso à ordem jurídica justa¹⁰⁸.

Portanto, afigura-se necessária a viabilidade da concessão de medidas urgentes e cautelares pelo juízo arbitral, a fim que o tempo de desenvolvimento do procedimento não cause gravame ao direito da parte que, aparentemente, tenha razão.

Sobre o tema, o estudioso Paulo Osternack Amaral elucida:

A partir do momento em que as partes retiram do Estado o poder de resolver o seu litígio, investindo um (ou mais) particular(es) de poder para decidir a controvérsia de forma definitiva, vinculante e obrigatória, parece claro que qualquer interferência estatal no mérito do litígio será ilegítima. Até porque, se apenas o árbitro está autorizado a proferir o provimento final, também recai sobre ele o poder de decidir se antecipará efeitos que a sua decisão irá produzir. Diante disso, é desnecessário que a convenção de arbitragem contenha autorização para que os árbitros antecipem tutela; ela está contida na incumbência dos árbitros de zelar pela justa solução do litígio – o que abrange a concessão de medidas de urgência, desde que presentes os requisitos legais¹⁰⁹.

Contudo, o entendimento do mencionado autor encontra interpretações contrárias na doutrina. José Carlos de Magalhães, por exemplo, discorda que a

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

¹⁰⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Op. Cit.*, 2005, p. 107.

¹⁰⁹ AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 87.

convenção da arbitragem já contemple autorização para que os julgadores privados realizem a concessão das medidas urgentes. Na opinião do mencionado autor, “se a convenção dispuser sobre a matéria e omitir autorização para o juízo arbitral deferir a tutela antecipada é porque não quiseram as partes conferir-lhe esse poder”¹¹⁰. Para Magalhães, a concessão de provimento antecipatório dependerá necessariamente de a convenção arbitral assim autorizar.

Diante desse cenário, acredita-se que, apesar de o árbitro ser competente para conceder ou negar quaisquer medidas conservativas, o mais adequado é que as partes, na elaboração da convenção arbitral, atentem-se para o assunto e estabeleçam, desde já, a autorização para que o árbitro as adote, caso seja necessário.

Assim, mostrando-se necessária a concessão de medida cautelar pelo árbitro e havendo o cumprimento espontâneo da decisão pelas partes, o Poder Judiciário sequer precisará intervir. Por outro lado, havendo descumprimento, o árbitro deverá requerer ao juiz estatal que seria originalmente competente para o julgamento da lide para adotar as medidas necessárias à efetivação da determinação arbitral.

Por fim, deve-se ressaltar que as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015 diminuirão, também, as discussões relativas à concessão de medidas cautelares e de urgência no procedimento arbitral. Pelo novo texto, o §4º, do art. 22, da Lei nº. 9.307/1996 foi revogado e a matéria passou a ser disciplinada pelos artigos 22-A e 22-B da nova Lei¹¹¹.

De acordo com a redação disposta pela Lei nº 13.129/2015, é facultado às partes recorrer ao Judiciário para pleitear a concessão de medida cautelar ou de urgência, desde que anterior à instituição da arbitragem (art. 22-A da Lei nº 13.129/2015). O dispositivo legal seguinte preceitua que após instituída a

¹¹⁰ MAGALHÃES, José Carlos de. A tutela antecipada no processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 04, jan./mar.2005, p.15-17.

¹¹¹ Nessa oportunidade, vale colacionar os dispositivos legais supracitados: Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. (BRASIL, *Op.Cit.*,2015).

arbitragem, é atribuída ao árbitro a competência para manter, modificar ou revogar as medidas concedidas pelo Poder Judiciário. O Parágrafo Único do art. 22-B da Lei nº 13.129/2015 estabelece, ainda, a obrigatoriedade de a medida cautelar ou de urgência ser pleiteada diretamente aos árbitros no caso de a arbitragem já estiver instituída.

Portanto, a concessão de medidas urgentes, após a entrada em vigor da Lei nº 13.129/2015, independerá da estipulação expressa das partes, se a arbitragem já restar instituída.

3.3 A arbitragem e o Poder Público: requisitos necessários à adoção da arbitragem nos contratos administrativos

O principal regime jurídico da arbitragem no Estado brasileiro é composto pela Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), recentemente alterada Lei nº 13.129/2015 e pela Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). Os referidos regramentos determinaram três pressupostos fundamentais à instituição da arbitragem pelas partes, sendo um de ordem subjetiva (capacidade para contratar) e dois de ordem objetiva (direitos patrimoniais e indisponíveis). A denominada arbitrabilidade subjetiva diz respeito ao sujeito, mais especificamente à capacidade da pessoa (física ou jurídica) em contratar. Portanto, consiste na identificação de quem assumirá o papel jurídico de parte no procedimento arbitral. Já a arbitrabilidade objetiva versa sobre as matérias que poderão ser subordinadas à via arbitral. Tais pressupostos são aplicáveis a qualquer pessoa que deseja submeter o seu litígio a um árbitro.

Dessa forma, o exame dos pressupostos de ordem subjetiva e objetiva, considerando-se o Estado como uma das partes litigantes, e ainda os contratos administrativos celebrados pela Administração como a matéria submetida ao procedimento arbitral, serão cruciais para afirmar o cabimento da arbitragem como meio de solução de controvérsias do Poder Público.

3.3.1 Arbitrabilidade subjetiva: a capacidade do Estado de contratar e se submeter ao procedimento arbitral

Esse requisito deverá ser analisado sob duas perspectivas: a primeira é relativa à capacidade genérica do Estado de contratar; e a segunda refere-se à capacidade específica do Estado para dispor dos direitos patrimoniais que são objeto do litígio.

A arbitrabilidade subjetiva está prevista nos arts. 1º da Lei nº 9.307/1996 e 851 do Código Civil, os quais dispõem que os sujeitos devem ser capazes de contratar e dispor dos direitos patrimoniais que pretendem submeter ao procedimento arbitral.

A capacidade subjetiva é originalmente disciplinada pelo Código Civil. Nesse entendimento, pode-se concluir que a capacidade subjetiva prevista no mencionado código inclui entre o conceito de “pessoas”, as pessoas físicas, as pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas jurídicas de direito público interno.

No tocante à capacidade das pessoas jurídicas de direito público interno para contratar, não restam dúvidas. Para a persecução dos seus objetivos, o Estado celebra uma multiplicidade de contratos e firma compromissos mediante acordos celebrados com outros entes estatais e com particulares.

Ademais, a capacidade de contratar é, em regra, decorrente da própria personalidade jurídica. Nesse sentido, para que houvesse debate a respeito desse aspecto, deveria existir, no ordenamento jurídico, regra que dispusesse sobre a exclusão das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e associações públicas), da capacidade subjetiva, o que não existe no cenário legislativo atual.

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, restou ultrapassada tal discussão. O art. 1, §1º, do mencionado diploma legal, previu expressamente que “[...] a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹¹².

Portanto, ultrapassada a primeira perspectiva de análise da arbitrabilidade subjetiva, passa-se ao exame da segunda perspectiva, que causa

¹¹² BRASIL, *Op. Cit.*, 2015.

certa controvérsia na doutrina. A capacidade específica da pessoa jurídica de direito público é tratada no âmbito da competência. Assim, para que a entidade pública possa firmar cláusula e compromissos arbitrais de forma válida, é primordial que possua competência para tanto, bem como que haja nos contornos e limites da mesma.

A competência de atuação do Poder Público é prevista em lei, ou seja, o instrumento legal deve prever o conjunto de deveres e obrigações que cabem àquela pessoa jurídica de direito público. Ressalte-se que, além do conjunto de atribuições conferidas em lei, a Administração ainda possui a sua competência delimitada pela finalidade e, conseqüentemente, pelos interesses públicos primários, que devem ser perseguidos.

Desse modo, deduz-se que os contornos da competência dificilmente poderão ser apurados em exatidão no plano abstrato, mas tão somente no caso concreto para verificar, inclusive, qual agente público será competente para participar do procedimento arbitral.

Em relação ao tema ora abordado, não se vislumbram sérias dificuldades quanto à aferição de competência da Administração Pública para se submeter à arbitragem. Tratar-se-á de pacto de convenção arbitral (cláusula ou compromisso) no qual a Administração e o particular acordarão que, havendo controvérsias entre as partes, o problema decorrente do contrato administrativo ou da relação contratual será solucionado por meio do procedimento arbitral.

Assim, eventual arguição de incompetência da Administração para dispor sobre os direitos envolvidos na controvérsia a ser dirimida por meio do procedimento arbitral provavelmente alcançaria também o objeto do contrato por vício. Explica-se: concluindo-se pela incompetência da Administração para submeter o litígio oriundo do contrato administrativo à arbitragem, verificar-se-á, em regra, que ela também não detinha poderes para celebrar contratos com aquele objeto. Por isso, eventual incapacidade para litigar no procedimento arbitral teria seu fundamento na incompetência para contratar o objeto do contrato administrativo.

Tal entendimento não parece destoar do raciocínio de Marçal Justen Filho, que considera possível a pactuação de cláusula compromissória nos contratos administrativos, uma vez que a indisponibilidade dos interesses tutelados pelo Estado não é traduzida pela indisponibilidade dos direitos

titularizados pela Administração. Para o renomado autor, defender a inviabilidade de a Administração se submeter à arbitragem corresponderia a admitir que ela não poderia celebrar contratos administrativos e, igualmente, não seria dotada de autonomia suficiente para produzir manifestações de disposição sobre bens e direitos¹¹³.

Diogo de Figueiredo Neto também se manifesta nesse mesmo sentido.

Nas palavras do autor:

Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indispensável. [...] A competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento¹¹⁴.

Nesse diapasão, após realizada detida análise acerca das duas perspectivas extraídas do pressuposto arbitrabilidade subjetiva, conclui-se que o Estado é parte integrante do conceito de “pessoa”, descrito no Código Civil e está autorizado a se submeter à arbitragem, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015, bem como que a sua capacidade de contratar encontra-se evidenciada em lei e na finalidade da própria pessoa jurídica de direito público. Ademais, restou claro que a competência do Estado para pactuar a resolução de litígio por meio de arbitramento se relaciona de maneira direta à capacidade do ente estatal de contratar.

Assim sendo, nos casos em que a Administração Pública entender, depois de realizado preciso exame acerca do custo-benefício, que a pactuação da arbitragem como meio de resolução de controvérsias do contrato administrativo será mais vantajoso para o Poder Público, o aspecto subjetivo não gerará maiores problemas.

¹¹³ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2009, p.539.

¹¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997, p. 88-89.

3.3.2 Arbitrabilidade objetiva: elementos preponderantes à admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de controvérsias derivadas de contratos administrativos

Os contornos objetivos para o cabimento da arbitragem fundam-se na condição inarredável de que a controvérsia submetida ao procedimento arbitral se refira a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e art. 1º,§1º, da Lei nº 13.129/2015). O Código Civil, em diretrizes mais elucidativas, prevê, no art. 852, que “[...] é vedado compromisso para solução de questões de Estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”¹¹⁵.

Ana Parestrelo de Oliveira informa que em Portugal a arbitrabilidade objetiva é o fator mais sensível no estudo do cabimento da arbitragem envolvendo o Estado¹¹⁶. No Brasil, a realidade não é muito diferente. A discussão doutrinária e jurisprudencial relaciona-se principalmente à disponibilidade dos direitos que possuem caráter patrimonial.

O conceito de disponibilidade associa-se à ideia daquilo que uma pessoa (no caso em estudo, mais especificamente, uma pessoa jurídica de direito público) pode realizar de maneira autônoma, ou seja, independentemente de autorização prévia ou ordem jurisdicional que a conduza a tanto. A esse respeito, Carlos Alberto Carmona afirma que:

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 infringência¹¹⁷.

A disponibilidade patrimonial, prevista nos art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e 852 do Código Civil, pode ser analisada sob duas perspectivas: a primeira refere-se a renunciar ao direito de obter a prestação jurisdicional do Poder Judiciário, enquanto a segunda é relacionada à (in)admissibilidade da disposição

¹¹⁵ BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007, p.33-39.

¹¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Op. Cit.*, 2009, p.56.

do direito material objeto da controvérsia. Nesta última perspectiva, trata-se de conteúdo associado diretamente ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da legalidade administrativa.

No tocante à primeira perspectiva, deve-se ressaltar que o acordo realizado entre as partes, o qual consiste na resolução de controvérsia por meio diverso daquele que importa na submissão do conflito ao Poder Judiciário, não induz à renúncia ao direito de obter a prestação judicial. As resoluções extrajudiciais de problemas são perfeitamente aceitáveis no âmbito do Direito e não representam qualquer ilegalidade. Essa realidade não se altera quando uma das partes é ente público. A Administração Pública possui liberdade para solucionar determinadas questões, entre elas as que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, internamente, o que significa dizer, no próprio âmbito administrativo, sem recorrer ao provimento jurisdicional estatal.

Ainda assim, mesmo que a controvérsia tenha sido resolvida por meio da arbitragem, a Administração Pública tem a obrigação de agir diligentemente, tal como deve se portar no procedimento judicial, inclusive fiscalizando os atos praticados no procedimento arbitral, a fim de que, havendo qualquer ilegalidade, a mesma seja imediatamente arguida e, se necessário, seja demandado o Poder Judiciário para realizar o controle da legalidade, tal como descrito no art. 5º, XXXV, da CF/1988 c/c art. 32, VIII e art. 33, ambos da Lei nº 9.307/1996. A Lei nº 13.129/2015, conferindo nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.307/1996, também disciplina a arguição de ilegalidade da decisão arbitral, que deverá ser requerida perante o Poder Judiciário.

Notadamente na arbitragem, o compromisso das partes se relaciona ao acatamento da sentença arbitral regular, proferida pelo árbitro após o regular desenvolvimento do procedimento. Dessa forma, a ocorrência de vício jurídico verificada no curso do processo arbitral libera as partes, inclusive aquela prejudicada, do compromisso de não recorrer ao Poder Judiciário. Primeiro, porque o procedimento arbitral, nesse caso, estaria eivado de vícios, importando, inclusive, na inconstitucionalidade ou ilegalidade do procedimento e da decisão proferida pelo árbitro; segundo, porque a convenção da arbitragem não tem o poder de alcançar os atos e as decisões irregulares, o que significa dizer que as partes jamais poderiam convencionar o acatamento de decisão que contraria

disposições constitucionais, infralegais, contratuais ou, ainda, os próprios termos do compromisso arbitral.

Ademais, imperioso atentar-se ao fato de que o compromisso arbitral vincula tão somente as partes contratantes, não alcançando terceiros, que, considerando-se prejudicados, poderão recorrer ao Poder Judiciário para a defesa de seus direitos e interesses.

Em se tratando de contratos administrativos, ainda que estiverem presentes os interesses públicos secundários, o correto é que não se poderá negar o conhecimento ou impedir a propositura de eventual Ação Popular ou Ação Civil Pública, conforme o caso, se cabíveis.

Por fim, resta destacar que no caso de se reputar correto o entendimento de que a convenção prévia da arbitragem como meio de solução de conflitos automaticamente implica a renúncia ao direito de obter a prestação judicial, a consequência necessária seria reputar inconstitucional a utilização da arbitragem por qualquer pessoa (independentemente de ser física, jurídica de direito privado ou pessoa jurídica de direito público), uma vez que a Constituição Federal de 1988 institui como um dos direitos fundamentais a inafastabilidade do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988)¹¹⁸.

Desse modo, superada a primeira perspectiva do exame da arbitrabilidade objetiva, passa-se ao exame da segunda perspectiva, que é a principal responsável pela discussão dos estudiosos do Direito no âmbito da adoção da arbitragem pelo Poder Público. No presente item, o estudo se propõe a investigar a admissibilidade de a Administração Pública pactuar a resolução de controvérsias derivadas dos contratos administrativos por meio da arbitragem.

Inicialmente, deseja-se esclarecer que, de modo algum, adotar a arbitragem como meio de resolução de conflitos importa em renúncia ao direito objeto da controvérsia. Muito antes pelo contrário, vez que o próprio litígio implica pretensão resistida entre as partes ou um conflito de interesses propriamente ditos. Não obstante, deve-se ter em mente que o Direito no qual se funda a

¹¹⁸Sobre o assunto, cita-se o consagrado entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido da constitucionalidade da arbitragem. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira nº. 5.206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, **Diário de Justiça**, Brasília, p. 29, 30 abr. 2004a.

controvérsia pode ou não ser reconhecido ao Poder Público pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, caso o provimento judicial seja improcedente para o pedido da pessoa jurídica de direito público e a sentença transitar em julgado, à Administração Pública caberá tão somente o cumprimento da decisão, independentemente da expressão de sua concordância. Tal circunstância, inclusive, poderá ocorrer tanto no âmbito judicial quanto no arbitral. O fato é que pactuar de maneira prévia que a resolução das controvérsias originadas de determinada relação contratual ou do próprio contrato administrativo será realizada por meio de arbitramento não significa que o Poder Público tenha declinado indevidamente de direito que lhe incumbia proteger.

Deve-se atentar, ainda, para a realidade de que a arbitragem obedece a procedimento previamente definido, cujas regras, ainda que escolhidas pelas partes, deverão necessariamente obedecer aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e motivação das decisões.

Sobre o tema, o ensinamento de Adilson Dallari é suficientemente objetivo ao afirmar 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 um meio mais hábil, para a defesa do interesse público¹¹⁹.

Por conseguinte, torna-se inafastável a conclusão de que a pura escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias obriga à abdicação de direitos.

Eros Roberto Grau, em lição sempre lembrada pelos estudiosos do tema, asseverou que:

[...] é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” isso não significa não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público¹²⁰.

¹¹⁹ DALLARI, Adilson. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº.13, São Paulo; Malheiros, 1996, p.8-9.

¹²⁰ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, 2000, p.20.

Depois de realizados os esclarecimentos preliminares, deve-se explicitar as teses regularmente utilizadas para negar a admissibilidade da arbitragem nas controvérsias originadas em contratos administrativos que, como já mencionado anteriormente, referem-se precipuamente à indisponibilidade do interesse público e à legalidade.

A lógica da primeira tese se funda na premissa de que se os interesses públicos são indisponíveis e, ainda, que se a atividade da Administração Pública é toda voltada para a concretização dos mesmos, não é aceitável que o Poder Público pactue no sentido de submeter os seus litígios à arbitragem. Nesse caso, a concepção adotada é de que os litígios da Administração terão sempre em seu objeto o direito indisponível e, portanto, submetê-los à via arbitral contrastaria com a previsão legal relacionada ao cabimento da arbitragem, que prevê a utilização do referido método apenas quando o objeto da controvérsia se tratar de direitos patrimoniais disponíveis.

Outros argumentos adotados para recusar o cabimento da arbitragem nos conflitos derivados de contratos administrativos consistem na negativa da validade das cláusulas compromissórias e consideram que as mesmas representam ofensa aos princípios da legalidade e da publicidade. Não obstante, os defensores dessa concepção ainda consideram que as cláusulas compromissórias contrariam as regras de competência absoluta dispostas na Constituição Federal.

A seguir passa-se a discutir e analisar as teses contrárias à admissibilidade da utilização da arbitragem pelo Poder Público.

3.3.2.1 A tese da indisponibilidade do interesse público

Lúcia Valle Figueiredo nega veemente a possibilidade de a arbitragem ser adotada pelo Poder Público na resolução de conflitos. A tese defendida pela estudiosa é no sentido de que a arbitragem, por se aplicar tão somente a direitos disponíveis, não se destinaria a resolver conflitos nos quais estivesse presente o interesse público¹²¹.

No entanto, este entendimento não deve prosperar.

¹²¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**.6 .ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2004, p.106.

Conforme mencionado anteriormente, a razão de ser do Estado encontra-se fundada no interesse público primário. Apenas a perseguição desse interesse é protegida pela Constituição Federal e tão somente o interesse público primário encontra-se em posição de supremacia em relação aos demais interesses, originariamente denominados de secundários.

Justamente por isso, pelo interesse público secundário ser semelhante ao interesse de qualquer outra pessoa, encontra-se no mesmo patamar que os interesses das pessoas privadas.

Oportunamente salienta-se a análise realizada por Marçal Justen Filho, em conceituação negativa, portanto, do que não é admitido como interesse público. O autor indica que “[...] não há um conteúdo próprio para a expressão” e critica a imperfeição da teoria do interesse público que sugere a existência de um único interesse público, uma vez que é possível perceber, em situações concretas, momentos em que os “[...] diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis”, irão se colidir. Tal investigação conduziu o autor ao entendimento de que não é possível a existência de único interesse público, mas sim de vários interesses públicos. Ao final, Justen Filho conclui que a atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se a critério fundamental, que é antecedente à supremacia do interesse público: trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais^{122,123}.

Sendo assim, imperioso concluir que apenas o interesse público primário é indisponível. Do mesmo modo, forçoso reconhecer que, em alguns casos, para que seja atingido o interesse público primário, o Poder Público necessitará de atuar dispondo de patrimônio, a fim de que seja satisfeito o interesse público indisponível. A melhor ilustração do caso em tela é raciocinar acerca do procedimento de desapropriação. Para que o interesse público primário seja concretizado, o Estado pagará ao particular indenização, portanto, retirará do erário recursos para cumprir a imposição constitucional do pagamento da justa e prévia indenização.

¹²² JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2009, p. 55-70.

¹²³ Nessa mesma linha de pensamento, merece referência Paulo Ricardo Schier: SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.219-24.

Pensamento semelhante é desenvolvido por Rodolfo de Camargo Mancuso ao afirmar que:

Ser indisponível não implica, necessariamente, ser inegociável: [...] o erário é indisponível, mas nem por isso nas desapropriações – que são pagas com dinheiro público – são vedadas as composições entre as partes, e mesmo na cidade de São Paulo a Procuradoria encarregada dessa matéria conta com um setor dedicado às desapropriações amigáveis¹²⁴.

Apesar do exposto, Celso Antônio Bandeira de Mello também compartilha da tese da indisponibilidade do interesse público, sob enfoque diferente da defendida por Lúcia Valle Figueiredo. Para ele, a resolução de controvérsia envolvendo o Poder Público por via arbitral é incompatível com a Constituição Federal. O principal argumento de Celso Antônio Bandeira Mello é que os contratos de concessão (comum) e os de parceria público-privada dizem respeito intrinsecamente a interesses públicos indisponíveis, de forma que submeter as controvérsias derivadas de tais contratações à arbitragem seria inadmissível¹²⁵.

Esta tese, entretanto, não deve prevalecer. Além dos elementos examinados previamente neste trabalho, existem mais razões sólidas e aptas a comprovar que a Administração Pública pode se submeter ao procedimento arbitral para dirimir as controvérsias oriundas de contratos administrativos, além da própria previsão legal instituída pela Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem, explicitadas a seguir.

Não há como negar que os contratos de concessão comum e os de parceria público-privada de fato se prestam a propiciar o atendimento de serviços essenciais à comunidade. No entanto, como discutido anteriormente, a adoção da arbitragem para resolução de conflitos não se traduz em transação, abdicação ou transferência dos serviços públicos propriamente ditos. Da mesma forma, a escolha de submissão à via arbitral não induz à renúncia de interesse público pela Administração.

¹²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, n. 820, fev.2004, p.38.

¹²⁵ MELLO, *Op. Cit.*, 2011, p.723-724.

Ademais, a capacidade de contratar da pessoa jurídica de direito público evidencia a constitucionalidade das leis que permitem ao Poder Público dirimir as suas controvérsias por meio da arbitragem.

Nesse sentido, para que o Estado desenvolva regularmente as suas funções, cumprindo a sua razão de perseguir o interesse público primário, a Administração tem autorização legal para adotar medidas que impliquem em disposição patrimonial, assim como é possível observar, nas operações de compras, contratações de pessoas e serviços e, ainda, alienação de bens. Em qualquer das situações descritas, o Poder Público desempenhará a sua capacidade contratual e irá se desfazer de patrimônio para alcançar o direito fundamental (interesse público primário) vislumbrado no caso concreto.

Observa-se, ainda nessa linha de raciocínio, o Decreto nº 2.346/1997¹²⁶, alterado pelo Decreto nº 8.157/2013¹²⁷, que, nas disposições especiais, permite ao Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Nas causas em que o valor for superior a R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular de Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto no caso da União ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública (art. 7º, *caput*, e §1º do Decreto nº 2.346/1997)¹²⁸.

Atente-se também para o Projeto de Lei nº 5.082/2009¹²⁹, anexado ao Projeto de Lei nº 2.412/2007¹³⁰ atualmente em trâmite no Congresso Nacional, que dispõe sobre a possibilidade de ser realizada transação tributária em casos

¹²⁶ BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997**. Consolida normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos que menciona, e dá outras providências. Distrito Federal, Brasília, 10 out.1997.

¹²⁷ BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 8.157, de 18 de dezembro de 2013**. Altera o Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, para incluir a previsão de pedido de extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais. Distrito Federal, Brasília, 18 dez. 2013.

¹²⁸BRASIL. *Op. Cit.*,1997.

¹²⁹BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 5.082, de 2009**. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências.

¹³⁰ OLIVEIRA, Regis de. **Projeto de Lei nº. 2.412, de 2007**.Dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências.

que envolvam valores em quantia até mesmo superior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais)¹³¹.

Mais recentemente, foi promulgada a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O mencionado diploma legal permite que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver. Tais órgãos terão competência para dirimir controvérsias entre pessoas jurídicas de direito público; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e a Administração Pública e, por fim, promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (art. 32 da Lei nº 13.140/2015)¹³²..

Portanto, após o exame do Decreto nº 2.346/1997¹³³, do Projeto de Lei nº 5.082/2009¹³⁴ e da Lei nº 13.140/2015, conclui-se que o Poder Público está autorizado a transacionar direitos patrimoniais disponíveis envolvidos no litígio. Nessa lógica, e considerando-se, ainda, que a Administração Pública pode resolver determinadas questões extrajudicialmente, não se justifica a proibição da pactuação da arbitragem nas controvérsias em que estiverem envolvidos direitos patrimoniais disponíveis, no caso objeto do presente estudo, oriundo de relação contratual.

Note-se que, considerando um contrato de concessão comum, ainda que o seu objetivo seja a prestação de serviço público, estarão necessariamente atrelados ao respectivo contrato direitos patrimonialmente aferíveis e disponíveis, visto que o Estado irá despender recursos para a execução do mesmo. Dessa forma, os direitos envolvidos no contrato estarão na esfera contratual do Poder Público e, assim sendo, não existirá qualquer elemento que impeça a Administração de eleger a arbitragem como meio de resolução de controvérsias. Principalmente porque a Administração, ao escolher a via arbitral, deverá ter realizado a opção após detida análise do custo-benefício da utilização desse meio de solução de problemas, de maneira que o próprio ato de escolha da arbitragem

¹³¹ BRASIL, *Op. Cit.*, 2009.

¹³² BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015.

¹³³ BRASIL, *Op. Cit.*, 1997.

¹³⁴BRASIL *Op. Cit.*, 2009.

alcançaria o interesse público primário, evidenciado pelo direito fundamental à boa Administração Pública.

O Professor Eros Grau, em estudo sobre a submissão dos litígios oriundos de contratos administrativos ao juízo arbitral, assevera que “[...] o uso da arbitragem privilegia o interesse público”. E conclui que “[...] indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração.”¹³⁵

Por fim, vale expor raciocínio semelhante desenvolvido pelo Superior Tribunal de Justiça acerca do interesse público primário, analisado sob o contexto do art. 82, III do Código de Processo Civil. Trata-se de exame referente à necessidade de intervenção do Ministério Público nas causas da Fazenda que versem sobre direitos patrimoniais.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu-se no sentido de que a participação do representante do Ministério Público se mostrará indispensável quando a matéria da lide envolver o interesse público primário ou originário. Não obstante, concluiu-se, ainda, que nas ações que envolverem questões patrimoniais, tais como responsabilidade civil, rescisão contratual, tributário, desapropriação indireta, entre outras, “[...] não há o interesse público indisponível, mas apenas o interesse da Administração – interesse público secundário – de minimizar os prejuízos patrimoniais sofridos pela administração”¹³⁶.

Em outro julgado, mas seguindo a mesma linha de raciocínio, o Superior Tribunal de Justiça, em ação anulatória de débito fiscal, reafirma que apenas o fato de a matéria tratar de interesse patrimonial da Fazenda não a identifica como sendo de interesse público para os fins do art. 82, II do CPC, mas que, no caso, o interesse estava inserido no âmbito ordinário da Administração Pública¹³⁷.

Da mesma forma, o Superior Tribunal de Justiça, em precedente que se debatia sobre a necessidade de intervenção do *parquet*, considerando-se que a questão do litígio envolvia valores de alta monta, decidiu que: “[...] em ação de natureza privada sobre questão meramente patrimonial, não cabe intervenção do

¹³⁵GRAU, *Op. Cit.*, 2000, p. 15.

¹³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, Recurso Especial nº. 303.806/RO. Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 22.03.2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 2005a.

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, Recurso Especial nº. 490.726/SC. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 21.03.2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 2005b.

Ministério Público como ‘*custos legis*’ apenas por ser elevada a importância a que poderia ser condenada a pagar a entidade pública”¹³⁸.

Desse modo, apesar de o raciocínio do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de interesse público ter se desenvolvido em torno da intervenção do Ministério Público ser (in)dispensável nos casos em que a matéria se referia a questões patrimoniais, os mencionados precedentes, além de retratarem o reconhecimento da existência de duas espécies de interesse público pela jurisprudência, ainda demonstram que os interesses públicos considerados secundários e de natureza patrimonial serão disponíveis, motivo pelo qual não ensejam a obrigatoriedade da intervenção do *parquet*.

O posicionamento jurisprudencial exposto se coaduna, portanto, com o entendimento defendido e compartilhado no presente estudo.

3.3.2.2 A tese da ofensa ao princípio da legalidade

Luiz Roberto Barroso, apesar de também fazer menção à indisponibilidade do interesse público, apresenta premissas de natureza diversa daquelas já examinadas para defender a inadmissibilidade da arbitragem nas controvérsias em que o Poder Público estiver presente na relação.

O autor sustenta ser indispensável a existência de previsão legal específica para que a via arbitral seja adotada nos contratos administrativos, uma vez que eles se relacionam necessariamente com interesses públicos, na concepção do estudioso, entendidos como direito indisponível. Assim, em seu entendimento, a submissão ao princípio da legalidade seria fator inarredável para a legitimação de cláusula arbitral pactuada em contratos administrativos. Considera, por fim, que o art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993¹³⁹, enseja vedação expressa à instituição da arbitragem pelo Poder Público¹⁴⁰.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Recurso Especial nº. 327.285/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 27.11.2001, **Diário de Justiça**, Brasília, p.259, 18 març.2002.

¹³⁹ Art. 55. “São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:[...]”

§2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no §6º do art. 32 desta Lei” (BRASIL, *Op. Cit.*, 1993).

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal, Invalidez. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, n. 19, jan./mar.2003, p. 433.

No mesmo sentido de Luiz Barroso, Jessé Torres Pereira Júnior entende que a regra contida no art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993¹⁴¹ exclui o processo arbitral como alternativa viável para dirimir conflitos originados de contratos administrativos. E defende que o referido dispositivo traduz regra impositiva acerca da competência absoluta do foro da sede da Administração, que, por ser de ordem pública, não seria possível a sua desconsideração por vontade das partes¹⁴².

No entanto, este entendimento deve ser esclarecido.

Superada a questão relacionada à indisponibilidade do interesse público no procedimento da arbitragem, deve-se assentar que os interesses públicos indisponíveis são apenas e tão somente aqueles incluídos na modalidade primários, vale lembrar, aqueles que seus conteúdos versem sobre direitos fundamentais.

Prosseguindo-se à análise da tese defendida pelos citados doutrinadores, merece cuidadosa consideração o argumento acerca da legalidade da instituição da arbitragem.

Considerando-se os objetos dos contratos administrativos como inseridos nos interesses públicos secundários do Estado, emergem-se duas características fundamentais e que, por isso, são determinantes à legitimação da atuação estatal: a capacidade da Administração em contratar (celebrar acordos e firmar compromissos) e a competência do Poder Público em negociar determinada matéria (objeto do contrato em si). Explica-se que o objeto do contrato se diferencia essencialmente da finalidade a qual motivou a Administração pública a celebrar o referido instrumento. Se não fossem diferentes, ao Estado seria vedada a negociação. Por isso, elucidou-se anteriormente, no presente capítulo, que eventual incapacidade do Estado para se submeter ao procedimento arbitral deveria ter necessariamente o seu fundamento na incompetência para contratar o objeto do contrato.

Marçal Justen Filho reforça esse argumento ao conceituar contrato administrativo como:

Um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das

¹⁴¹ BRASIL, *Op. Cit.*, 1993.

¹⁴² PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.629-630.

partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original¹⁴³.

Observa-se que a legalidade, no tocante à possibilidade de adoção da via arbitral pelo Estado, estaria sendo estritamente obedecida. Isso porque a matéria sobre a qual versariam as controvérsias estaria afastada daquelas que compõem o interesse público indisponível.

Por conseguinte, conclui-se que o pressuposto que conferirá legitimidade à pactuação de cláusula compromissória de arbitragem em contrato celebrado pela Administração Pública está relacionado à matéria, que consiste na estrita observância acerca da patrimonialidade e na disponibilidade de direitos. Então, no caso, a legitimidade encontra-se disposta na própria Lei de Arbitragem e no Código Civil e não em lei específica, como sustentado pelos mencionados autores. Mais especificamente, a legitimidade deverá ser analisada a partir da identificação da natureza do direito que se deseja submeter à via arbitral. A tal argumento, soma-se a nova redação instituída pela Lei nº 13.129/2015 ao art.1º, §1º da Lei de Arbitragem, que se incumbiu de mencionar especificamente a submissão da Administração Pública à arbitragem.

Não obstante, a própria Lei nº 9.307/1996 (art. 1º da Lei de Arbitragem) veda a utilização da arbitragem quando se verificar que o objeto do litígio versa sobre direito indisponível e situação semelhante é conferida no Código Civil (art. 852, CC). Assim, resta evidente que há diversas leis que autorizam a celebração de compromisso e a pactuação de cláusula compromissória em contratos administrativos.

Todo o raciocínio desenvolvido exclui, ainda, eventuais alegações que consistem em restringir o âmbito da aplicação da arbitragem unicamente aos entes estatais sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, II, da CF/1988). Tal exclusão se deve ao fato de que a submissão de determinada controvérsia à arbitragem não depende do regime jurídico aplicável às pessoas contratantes, mas sim à natureza do litígio que se objetiva solucionar.

Posicionando-se sobre o assunto, vale conferir a manifestação de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, que sustenta:

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. Cit.*, 2009, p.356.

[...] não haver obrigatoriedade de expressa autorização legal para a utilização do juízo arbitral pela administração. Em primeiro lugar, a Lei de Arbitragem é uma lei geral, e não diz respeito a contratos privados ou contratos públicos... Assim, comprovada a capacidade de contratar e a disponibilidade dos direitos patrimoniais, aberta estará a porta para a utilização da via arbitral¹⁴⁴.

Por fim, importa sustentar que o art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993¹⁴⁵ convive harmonicamente com o procedimento da arbitragem. A referida conclusão também é sustentada por Selma Lemes¹⁴⁶ e Carlos Carmona¹⁴⁷, que discorrem no sentido de que o mencionado dispositivo legal não poderia ser invocado, de maneira alguma, para fundamentar a inviabilidade da cláusula compromissória em contratos administrativos.

Vale mencionar, ainda, o exame realizado sobre o assunto pelos autores Joaquim Simões Barbosa e Carlos Affonso Pereira de Souza, que apesar de considerarem o art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993¹⁴⁸ como o único obstáculo à admissão da arbitragem nas controvérsias oriundas de contratos administrativos, por outro lado, reconhecem a fragilidade desse impedimento diante da clara concordância de sua inaplicabilidade aos contratos de concessão de serviço público. Nas palavras dos autores:

O art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/93, o único empecilho que vislumbramos para o recurso à arbitragem nos contratos com a Administração, claramente não se aplica aos contratos de concessão e ao art. 23, XV, da Lei nº 8.989/95, que é redigido em termos muito mais flexíveis, que permitem, com muito mais facilidade, a interpretação favorável à arbitragem¹⁴⁹.

Note-se o fato de que o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995, após sofrer alteração pela Lei nº 11.196/2005, previu expressamente a possibilidade do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.306.

¹⁴⁵ BRASIL. *Op. Cit.*, 1993.

¹⁴⁶ LEMES, *Op. Cit.*, 2007, p. 116.

¹⁴⁷ CARMONA, *Op. Cit.*, 2009, p.49.

¹⁴⁸ BRASIL, *Op. Cit.*, 1993.

¹⁴⁹ BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. *In*: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.278.

relacionadas ao contrato, autorizando, inclusive, a adoção da arbitragem, e ainda o art. 23, XV da Lei nº 8.987/1995 estabelecer que são cláusulas essenciais do contrato de concessão aquelas que disponham sobre o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais, a discussão acerca da competência absoluta do foro da sede da Administração torna-se inócua. Notadamente, o art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015, confirma a superação dessa questão, ao autorizar expressamente que a Administração Pública utilize-se da arbitragem para dirimir controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

Por fim, a instituição de cláusula arbitral em contrato administrativo não representa qualquer ilegalidade ou incompatibilidade com a exigência da inserção de cláusula de eleição de foro nos contratos administrativos. De acordo com Carmona, “[...] não há incompatibilidade entre a cláusula compromissória e a cláusula de eleição de foro.”¹⁵⁰

Assim, a previsão relacionada ao foro continua elementar para os casos em que o conflito ou parte dele se tratar de direitos indisponíveis e, nesses casos, inclusive, a intervenção do Poder Judiciário será indispensável. Da mesma forma, o foro também permanecerá fundamental nas situações em que for necessária a cooperação entre o magistrado e o árbitro, para imposição de atos de força ou, ainda, nos casos em que for verificada a necessidade de ajuizamento de ação de execução ou de anulação de sentença arbitral.

O Superior Tribunal de Justiça, nessa linha de raciocínio, ponderou em caso que se discutia a possibilidade da Companhia Paranaense de Gás Natural, (Compagás), se submeter à arbitragem, que:

[...] a cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral. Dentre as várias razões apontadas pela doutrina, pode-se mencionar: a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a concessão de medidas de urgência; para a execução da sentença arbitral; para a própria instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável¹⁵¹.

¹⁵⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. *In*: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007, p.46.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julg. em 20.10.2011. **Diário de Justiça**, Brasília, 2011.

Nesse contexto, observa-se que, embora a lei tenha atribuído ao árbitro poder de cognição, negou-lhe expressamente o poder de coerção. Portanto, nos casos em que estiverem envolvidos direitos indisponíveis (art. 1º e art. 25¹⁵², ambos da Lei 9.307/1996) ou que seja necessária a imposição de atos de força (art. 22, §§2º e 4º da 9.307/1996¹⁵³), o árbitro as requererá ao órgão do Poder Judiciário que originalmente detinha a competência para julgar o litígio.

Neste ponto, vale pontuar as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015. O mencionado diploma legal revoga o art. 22, §4º e o art. 25, ambos da Lei nº 9.307/1996 e introduz os artigos 22-Ae 22-B, que passarão a disciplinar o pleito de medidas cautelares e de urgência, conforme exposto mais detalhadamente no item 3.2.7 da presente dissertação.

3.3.2.3 A tese da afronta aos direitos e garantias individuais e às regras de competência processual

Lúcia Valle Figueiredo sustenta que a impossibilidade de haver recurso ao Judiciário configura afronta às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, XXXV, LXIX, LXX, LXXIII, da CF/1988). Argumenta, por fim, que os Estados, Municípios e o Distrito Federal não poderiam legislar sobre arbitragem, mesmo que observados os contornos das normas gerais. No entendimento da autora, legislar a respeito de arbitragem é o mesmo que legislar

¹⁵²Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. (BRASIL, *Op.Cit.*, 1996).

¹⁵³ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetrir as provas já produzidas. (BRASIL, *Op.Cit.*, 1996; grifos acrescidos).

sobre norma processual, o que não seria admissível, haja vista que a competência de legislar sobre matéria é privativa da União, nos termos do art. 22, I, da CF/1988¹⁵⁴.

O assunto relativo à regularidade do procedimento arbitral diante da Constituição Federal e os direitos e garantias nela inseridos foi amplamente debatido no presente trabalho, inclusive com indicação da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal acerca da constitucionalidade da arbitragem. Portanto, a tese defendida pela autora, no tocante ao desrespeito da Lei de Arbitragem aos direitos e garantias individuais, não merece prosperar.

Observa-se que, na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela constitucionalidade da irrecorribilidade das decisões arbitrais envolvendo a Administração Pública. Dessa forma, ficou evidenciado que não há inconstitucionalidade na inexistência do duplo grau de jurisdição no processo arbitral em que o Poder Público for parte litigante¹⁵⁵.

No entanto, a argumentação da autora acerca da suposta incompetência dos Estados para legislar sobre arbitragem merece algumas considerações elucidativas.

De acordo com o art. 22, I, da CF/1988, compete privativamente à União legislar sobre matéria processual. Nesse sentido, caso os Estados, Municípios e o Distrito Federal legislassem sobre a referida matéria, estariam desrespeitando preceito constitucional, de forma que a legislação produzida seria fatalmente inconstitucional. Entretanto, a interpretação mais razoável e alinhada aos preceitos constitucionais consiste em analisar se a legislação estadual ou municipal versa de fato sobre matéria processual ou sobre Direito Administrativo.

A título de ilustração, vale indicar a Lei Mineira de Arbitragem (Lei Estadual nº 19.477/2011), que dispõe acerca da utilização da arbitragem no âmbito estadual e vincula tão somente os agentes públicos mineiros. Trata-se, no caso em tela, de diretriz que disciplina a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado de Minas Gerais for parte. A Lei estadual nº 19.477/2011 estabelece, por exemplo, que a Administração Pública do Estado de Minas Gerais somente poderá submeter litígios a órgão arbitral institucional (art.

¹⁵⁴ FIGUEIREDO, *Op. Cit.*, 2004, p.106.

¹⁵⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI nº. 52.181, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, **Revista Trimestral de Jurisprudência** 68/382, Diário de Justiça, Brasília, 1974.

4º do referido diploma legal), excluindo, portanto, a possibilidade de se submeter à arbitragem *ad hoc*¹⁵⁶. Assim, a Lei Estadual nº 19.477/2011 não versou sobre matéria processual, mas sim administrativa, aplicável somente ao âmbito da Administração Pública estadual.

Desse modo, conclui-se que os fundamentos nos quais estão alicerçadas as teses contrárias à admissibilidade da arbitragem não são suficientes para negar cabimento da utilização da via arbitral nos procedimentos cuja controvérsia seja oriunda de contratos administrativos e que o objeto envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Assim sendo, resta aclarar acerca da questão da patrimonialidade para finalizar o estudo relativo à admissibilidade da arbitragem nos contratos administrativos.

3.3.2.4 A noção de patrimonialidade: estudo do objeto permitido na arbitragem

A noção de patrimonialidade, contida no art.1º da Lei nº 9.307/1996 e no art. 852 do Código Civil, abrange a concepção de valor econômico, que, no caso da arbitragem, relaciona-se diretamente ao valor dos objetos que fazem parte da controvérsia. No entanto, tem-se ainda incluído na noção de patrimonialidade o conteúdo monetário que a reparação, compensação ou neutralização do inadimplemento passa ensejar¹⁵⁷.

Eduardo Talamini apresenta relação exemplificativa acerca da noção de patrimonialidade observada nos contratos administrativos, que diz respeito às “disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira”; “disputas sobre a identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes, inclusive as consequências do descumprimento”; “disputas sobre os pressupostos e decorrências da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial”¹⁵⁸.

Sobre o assunto, deve-se esclarecer que nem todos os bens patrimoniais do Poder Público poderão ser considerados direitos patrimoniais

¹⁵⁶ Arbitragem *ad hoc* é aquela em que não há administração formal do procedimento por uma instituição ou Câmara arbitral. A arbitragem é conduzida pelas partes que fixam, para o caso específico e particular, as regras a serem aplicadas pelo árbitro ou Tribunal arbitral. Assim, a controvérsia será desenvolvida de maneira avulsa. (MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M.F; CARMONA, Carlos A. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 313).

¹⁵⁷ TALAMINI, *Op. Cit.*, 2005, p. 345.

¹⁵⁸TALAMINI, *Op. Cit.*, 2005, p. 346.

disponíveis, autorizando, dessa forma, sua submissão à arbitragem. Não é demais ressaltar que o conteúdo relativo aos direitos patrimoniais disponíveis se desdobra em dois aspectos: direito patrimonial e direito disponível. Não há relação direta entre um e outro que automaticamente faça induzir que um bem patrimonial seja também disponível.

Esse desdobramento é facilmente identificado quando analisados os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, que se caracterizam pela inalienabilidade em razão da afetação pública que recai sobre eles (art. 99, do Código Civil). Note-se que, no caso, são bens patrimoniais, mas que, no entanto, não ensejam ao Estado o direito de dispô-los. Portanto, os mencionados bens e os direitos relativos aos mesmos são indisponíveis, de forma que as controvérsias nas quais eles estiverem envolvidos não poderão ser solucionadas por meio da arbitragem.

Na mesma linha de raciocínio, ponderou Eros Roberto Grau:

A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum¹⁵⁹.

Todavia, para que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial possam adentrar na esfera de patrimonialidade disponível do Estado, é indispensável que haja lei específica, apta a promover a desvinculação dos referidos bens à satisfação de necessidade da coletividade. Desse modo, tais bens poderão ser alienados pela Administração Pública, assim como as controvérsias que deles surgirem estarão passíveis de serem submetidas à via arbitral¹⁶⁰.

Conclui-se daí que os contornos dos denominados direitos patrimoniais disponíveis devem ser analisados casuisticamente, considerando-os na situação concreta. Isso porque, apesar de existir a noção acerca do conceito a que se referem os mencionados direitos, não há como restringi-la ao ponto de determinar, com segurança, quais direitos são de fato patrimoniais e disponíveis.

¹⁵⁹ GRAU, *Op. Cit.*, 2000.

¹⁶⁰ KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coord.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.77.

Caso essa identificação fosse possível, haveria comando legal que enumeraria, em rol taxativo, quais direitos estariam passíveis de submissão à via arbitral.

Por fim, necessário trazer ao presente estudo o entendimento do Tribunal de Contas da União consolidado até o momento e a posição da jurisprudência brasileira no que se relaciona à admissibilidade da instituição da arbitragem nos contratos administrativos como meio de resolução de controvérsias.

3.4 O entendimento do Tribunal de Contas da União: cabimento restrito do uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública

O entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido de que a Administração Pública apenas poderá instituir a resolução de litígios por meio da arbitragem nos contratos administrativos se houver lei específica a que permita.¹⁶¹

Na concepção do Tribunal, apenas a Lei nº 9.307/1996, por dispor de forma geral sobre a arbitragem, não supre a autorização legal específica, necessária para ser adotado o juízo arbitral nos contratos administrativos.

Na ocasião, o TCU fundamentou a suposta necessidade de autorização legal específica, derivada da visão alicerçada na indisponibilidade dos interesses públicos e no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Dessa forma, observa-se que a discussão centrou-se nesses argumentos, sem que houvesse verdadeiro aprofundamento na matéria.

Entretanto, no tocante à utilização da arbitragem nos conflitos oriundos de parceria público-privada, o TCU, em julgamento ao Projeto de Instrução Normativa em que se discutia o controle e a fiscalização dos procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de parcerias público-privadas por esse Tribunal, expressamente aludiu o seu cabimento^{162,163}.

¹⁶¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2ª Câmara, Acórdão nº. 537/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. em 14.03.2006, v.u., **Diário Oficial da União**, 17 mar.2006a.

¹⁶² BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº. 1330/2007, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 04.07.2007, **Diário Oficial da União**, 06 jul.2007a.

¹⁶³ O julgamento do TCU, Plenário, acórdão nº. 1330/2007 deu origem à Instrução Normativa nº. 52, de 04.07.2007, que dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União.

Não obstante, no Acórdão nº 2.573/2012, que diz respeito ao contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, o Tribunal de Contas da União decidiu que apenas poderão ser submetidas à arbitragem as cláusulas regulamentares do contrato de concessão, ou seja, aquelas cláusulas cujos objetos apenas poderão ser disciplinados, estabelecidos e alterados pela Administração Pública, sem qualquer anuência do concessionário. No mesmo julgado, o TCU decidiu que as questões de natureza econômico-financeiras do contrato de concessão não podem ser dirimidas pela vi arbitral, por se encontrarem inseridas na esfera de direitos patrimoniais indisponíveis¹⁶⁴. Tal entendimento, todavia, parece contraditório diante de todos os argumentos expostos neste trabalho. As cláusulas regulamentares que versam, por exemplo, sobre a qualidade e características do serviço ou, ainda, das relações firmadas entre a concessionária de serviço público e o usuário, justamente diante do conteúdo dos seus objetos, devem ser irrenunciáveis. O Poder Público, nesse caso, atuaria como garantidor dos direitos do usuário. Já as cláusulas em que os objetos disponham sobre questões econômico-financeiras, não há dúvidas de que se encontram enquadradas no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis.

Ressalte-se que o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União é anterior à alteração da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015. Portanto, nos julgados supracitados, o TCU, além de não aprofundar no tema principal da admissibilidade da arbitragem nos contratos administrativos, que está diretamente associado ao conteúdo e a indisponibilidade dos interesses públicos primários, o Egrégio Tribunal ainda não teve a oportunidade de pronunciar-se sobre a adoção da arbitragem nos contratos administrativos sob a égide da nova redação do art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015.

Diante da realidade exposta, o entendimento defendido neste trabalho é que não se pode reputar consolidada a orientação do Tribunal de Contas da União relacionada à admissibilidade contida da arbitragem nos conflitos derivados de contratos administrativos, principalmente em razão da constante evolução da matéria, da recente alteração legislativa da arbitragem, promovida pela Lei nº

¹⁶⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº. 2.573/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 26.09.2012. **Diário Oficial da União**, 04 out. 2012.

13.129/2015 e da jurisprudência dos Tribunais superiores, que têm adotado posicionamento antagônico ao do TCU nesse aspecto.

3.5 A jurisprudência brasileira

O Supremo Tribunal Federal, no famoso “Caso Lage”¹⁶⁵, afirmou a possibilidade de o Poder Público se submeter à arbitragem, ainda que diante da irrecorribilidade da decisão arbitral. No referido julgado, o STF decidiu pela primeira vez sobre a constitucionalidade da previsão da arbitragem em litígio que envolvesse a Administração Pública. No caso em tela, os Ministros reconheceram a legalidade do juízo arbitral para estabelecer a quantia que o Estado deveria pagar à título de indenização por incorporação de bens da Organização Lage. A decisão antecedeu à promulgação da Lei de Arbitragem e, mesmo assim, o Relator do julgado, Ministro Bilac Pinto asseverou, nas razões de seu voto que

[...] Na tradição do nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo diferente é 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 insuscetíveis de transação.¹⁶⁶

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e o extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná posicionaram-se no sentido de admitir a instituição da arbitragem envolvendo a Administração Pública nos casos em que os litígios disserem respeito ao conteúdo econômico dos contratos administrativos, visto que a controvérsia não envolveria alguma discussão relativa ao interesse público primário¹⁶⁷.

¹⁶⁵BRASIL, *Op.Cit*, 1974.

¹⁶⁶BRASIL, *Op.Cit*, 1974.

¹⁶⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Conselho Especial, MS 1998002003066-9, v.u, Rel. Des. Nancy Andrighi, j.18.05.1999, **Diário de Justiça**, 18 ago.1999; PARANÁ. Tribunal de Alçada. 7ª CC, **AC nº. 247.646-0**, acórdão nº. 18.014, v.u, Rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.02.2014.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Recursos Especiais nº 612.439/RS¹⁶⁸ e nº 606.345/RS¹⁶⁹, reputou admissível a submissão do Poder Público à via arbitral, independentemente de autorização legal específica, em contrato de energia elétrica celebrado entre uma sociedade de economia mista, concessionária de serviço público de distribuição de energia elétrica e empresa privada geradora de energia. Tal entendimento se contrapõe, inclusive, ao posicionamento adotado pelo Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 537, julgado no ano de 2006, conforme exposto no item anterior.

O STJ também considerou a possibilidade das controvérsias derivadas de contratos administrativos serem dirimidas por meio da arbitragem. A 1ª Turma sustenta o seu entendimento no fato de que a Administração, para perseguir os interesses públicos, pratica atos que importam na disposição de certos direitos patrimoniais, cuja disponibilidade, em razão do bem coletivo, torna viável a convenção da cláusula de arbitragem em contratos administrativos¹⁷⁰.

Por fim, destaca-se o julgamento conhecido como “Caso Compagás”¹⁷¹, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual foi confirmado o entendimento de que não existe restrição legal que justifique a não utilização da via arbitral pelo Poder Público. Em síntese, o julgado ora exposto refere-se à ação declaratória de nulidade de procedimento arbitral, proposta pela Compagás em face do Consórcio Carioca Passarelli. Pleiteou-se, na referida ação, a nulidade do compromisso arbitral por, entre outras razões, haver suposta impossibilidade de sociedade de economia mista prestadora de serviço público se submeter à via arbitral. Nas razões da decisão, a 3ª Turma reconheceu como válida a arbitragem para solucionar controvérsias de cunho patrimonial disponível, derivadas de contratos administrativos, independentemente de existir previsão de submissão à via arbitral no edital ou no próprio contrato¹⁷².

Desta forma, imperioso concluir que a evolução da doutrina e da jurisprudência vem tornando consagrado o entendimento de que o Poder Público

¹⁶⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial nº612.439/RS, Rel.Min. João Otávio de Noronha, julg. em 25.10.2005, **Diário de Justiça**, p.299, 14 set. 2006b.

¹⁶⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial nº606.345/RS, Rel.Min. João Otávio de Noronha, julg. em 17.05.2007, **Diário da Justiça**, p.240, 08 jun. 2007b.

¹⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, AgRg no MS nº. 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 28.06.2006, **Diário da Justiça**, p.251, 14 ago. 2006c.

¹⁷¹ BRASIL, *Op. Cit.*, 2011.

¹⁷² BRASIL, *Op. Cit.*, 2011.

pode se submeter à arbitragem nos litígios derivados dos contratos administrativos, cujos objetos versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

3.6 Contratos administrativos e previsibilidade expressa da arbitragem

A Lei nº 11.079/2004, que disciplina os contratos de PPP, autorizou expressamente o emprego da arbitragem como mecanismo de resolução de disputas, desde que realizada no Brasil, em língua portuguesa em observância à Lei de Arbitragem (art. 11, III da Lei de PPPs). No entanto, a Lei de PPPs não foi o único regramento a ser apresentado com a inovação dessa previsibilidade específica.

A Lei nº 8.987/1995, que estabelece o regime geral de concessão (comum ou ordinária) e permissão de serviços públicos, após ser alterada pela Lei nº 11.196/2005, com idêntica redação ao art. 11, III da Lei de PPPs, previu no art. 23-A, que o contrato de concessão poderá adotar a arbitragem como meio de solução de conflitos.

Imperioso destacar a importância de tais previsões para a Administração Pública e para a comunidade. Como se pode perceber, qualquer serviço público de natureza comercial e industrial pode ser objeto de contrato de concessão ou de parceria público-privada. Portanto, qualquer litígio decorrente da relação contratual e que versar sobre direitos patrimoniais disponíveis poderá ser submetido à arbitragem.

Além de a arbitragem ter sido prevista com meio de solução de litígio nessas grandes modalidades de contratação do Poder Público, observa-se também a instituição da via arbitral em diversas previsões legislativas setoriais, como é o caso da Lei nº 10.848/2004, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Confira-se:

“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.

§ 6º As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo.

§ 7º Consideram-se disponíveis os direitos relativos a créditos e débitos decorrentes das operações realizadas no âmbito da CCEE¹⁷³.

Nesse sentido, percebe-se que a Lei nº 10.848/2004 eliminou toda e qualquer discussão referente à admissibilidade da arbitragem nos contratos de comercialização de energia elétrica e até mesmo determinou a natureza disponível dos direitos inseridos nos contratos. A mencionada determinação significou, ao final, que a própria lei delimitou o objeto que poderá ser submetido à via arbitral.

Portanto, imperioso concluir que nos âmbitos em que a arbitragem estiver prevista por legislação específica, a obsoleta concepção defendida pelo Tribunal de Contas da União acerca do não cabimento da submissão à via arbitral sequer será aplicável, sobretudo diante da nova redação do art. 1º, da Lei nº 9.307/1996, instituída pela Lei nº 13.129/2015.

3.7 Da estrita observância aos princípios da boa-fé e da proibição do *venire contra factum proprium*

O último ponto que merece ser tratado neste capítulo, mas não de menos importância, diz respeito à obediência ao princípio da boa-fé e à vedação de prática de atos contraditórios pelos contratantes (*venire contra factum proprium*).

O princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de maneira correta e leal durante todas as etapas da relação contratual. Pelo Código Civil, essa regra geral é prevista no art. 422, que dispõe: “[...] os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”¹⁷⁴.

Note-se que a boa-fé está alicerçada na honestidade, na retidão e na consideração para com os interesses das partes durante as fases pré-contratual,

¹⁷³ BRASIL. Lei nº. 10.848, de 15 de março 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mar. 2004b.

¹⁷⁴BRASIL. *Op. Cit.*, 2002.

de formação do contrato, cumprimento e execução das obrigações e, finalmente, na fase pós-contratual.

Uma das principais funções do princípio da boa fé é limitadora e veda o exercício subjetivo quando se caracterizar abuso da situação jurídica. É no campo desta função limitadora do princípio da boa-fé que são identificadas as situações de *venire contra factum proprium*. A vedação de prática de atos contraditórios protege a parte contrária àquela que pretende adotar postura em contradição com o comportamento assumido anteriormente (art. 187 c/c art. 422, do Código Civil).

No âmbito do objeto do presente estudo, a boa-fé e a proibição de prática de atos contraditórios importam na impossibilidade de o Poder Público ou a pessoa jurídica de direito privado se esquivarem do cumprimento de convenção arbitral ou da execução de sentença arbitral, sob qualquer fundamento.

Nesse ponto, cumpre ressaltar que a previsibilidade da instituição da arbitragem nos contratos de PPPs pela Lei nº 11.079/2004 constitui argumento fundamental à alegação de que à Administração Pública não é permitido submeter seus litígios oriundos dos contratos de parcerias público-privadas ao juízo arbitral. Portanto, eventual alegação dessa natureza, pelo próprio Poder Público, refletiria em clara postura contraditória, além de atentar contra os princípios de moralidade, probidade, lealdade e boa-fé, que devem estar presentes em toda atividade administrativa.

Assim, realizada a devida reflexão sobre a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, adentrar-se-á no tema central do presente estudo, que consistirá em examinar a utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

4 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

A Constituição Federal de 1988 sofreu importantes alterações a partir do ano de 1995, com o objetivo de estimular e propiciar o desenvolvimento nacional¹⁷⁵. A persecução desse fim impôs, por conseguinte, que fosse revisto o papel do Estado na economia, implicando necessária mudança de ideologia das atividades estatais. O Estado, para melhor realizar as suas tarefas típicas, deveria abandonar a exploração da atividade econômica, deixando de ser Estado “empresário” para se portar como “agente regulador e fomentador” das atividades desenvolvidas pelo setor privado.

Em exame aos artigos 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, José Carlos de Magalhães pondera que o legislador agiu com sensível noção progressista e atual, ao tornar evidente a opção da comunidade nacional de distanciar o Estado do exercício de atividade econômica. Os agentes privados, livres das excessivas intervenções do Estado-empresário, assumiram o exercício da atividade econômica e este último, voltado para as suas reais finalidades, passou a manter função restrita em face da atividade econômica, exercendo o papel de agente regulamentador de mercado¹⁷⁶.

Com o intuito de democratizar a Administração Pública, por meio da participação efetiva dos cidadãos na produção dos atos administrativos, como, por exemplo, mediante a consulta popular, a participação do cidadão nos órgãos deliberativos, pelo próprio exercício do princípio da publicidade e pela

¹⁷⁵ Em retrospectiva, vale destacar as seguintes alterações realizadas na Constituição Federal: Emenda Constitucional nº 05/95, que autoriza a outorga de concessão de serviços locais de gás canalizado; Emenda Constitucional nº 06/95, que alterou o art. 170, IX, permitindo tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país, responsável pela revogação do art. 171, que estabelecia restrições, inclusive quanto à exploração de atividades relacionadas a recursos minerais e energia hidráulica por empresas de capital estrangeiro e, finalmente, alterou o art. 176, § 1º, que trata da pesquisa e a lavra de recursos minerais; Emenda Constitucional nº 07/95, que dispõe sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre; Emenda Constitucional nº 08/95, que autoriza a outorga de concessão dos serviços de telecomunicações; Emenda Constitucional nº 09/95, que autoriza a União a contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades referentes a petróleo e gás.

¹⁷⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. **Contratos com Estado**. Porto Alegre, v.03, jul./set. 2004, p. 22-41.

colaboração entre os setores público e privado, houve necessária e oportuna releitura dos princípios e conceitos do Direito Administrativo¹⁷⁷.

Nessa linha, iniciou-se longo e intenso processo de privatização, com o fito de cada vez mais restringir a atuação do Estado e, ao mesmo tempo, ampliar o âmbito de desenvolvimento das ações realizadas pela iniciativa privada, propiciando que a Administração Pública potencialize a eficiência. Entre as múltiplas formas de contratações públicas, destaca-se a parceria público-privada, que permite compartilhamento de riscos e resultados entre o ente público e o particular. Finalmente, a Administração Pública, que prestigia os atos unilaterais, autoritária, verticalizada e hierarquizada, abre espaço para a Administração Consensual¹⁷⁸.

Como consequência das alterações constitucionais e, principalmente, da mudança de ideologia que permeia a Administração Pública, tem-se a participação do setor privado na execução de atividades que eram originalmente titularizadas pelo Estado.

Nesse contexto, verificaram-se a promulgação e alteração de variadas leis, amparadas em dois movimentos renovadores do Direito¹⁷⁹. O primeiro, desenvolvido no âmbito do Direito Processual Civil, reflete a valorização dos princípios da efetividade e informalidade na prestação jurisdicional, no panorama das “ondas renovatórias do direito”¹⁸⁰. O segundo movimento foi observado no âmbito mundial, caracterizado pela valorização da arbitragem que, com a globalização da economia, foi eleita como método de solução de controvérsias em diversos contratos, especialmente por ser foro especializado e desvinculado do Estado.

Atualmente, a Administração Pública, no cenário brasileiro, vem sofrendo com múltiplas carências, sendo deficiente em quase todos os campos de atividade, mas com principal *déficit* relacionado à infraestrutura. E para tornar

¹⁷⁷ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2003, p. 241-263.

¹⁷⁸ Sobre o assunto, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁷⁹ LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? **Revista de Direito Bancário, de Mercado de Capital e de Arbitragem**, São Paulo, v.6, n.21, jul./set.2003, p.387-407.

¹⁸⁰ CAPPELLETI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, abr./jun.1994, p.87-95.

possível o desenvolvimento deste setor, necessário se faz o envolvimento do Poder Público com a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos administrativos e, principalmente, mediante as contratações na modalidade de parcerias público-privadas (PPPs).

Carlos Ari Sundfeld ressalta a dificuldade em solucionar os problemas da falta de infraestrutura, vez que pressupõe investimentos de alta monta, associados a planejamentos de longo prazo e gestão eficiente, a fim de que sejam conferidas estabilidade aos contratos e segurança jurídica aos investidores. Nas palavras do autor:

Os grandes empreendimentos de logística-aeroportos, portos, rodovias e ferrovias- dependem sempre do Estado: de sua iniciativa, de sua regulação ou de seu apoio. Se os investimentos são insuficientes, o Estado está falhando. Diminuir essa dependência, abrindo espaço para ação privada, foi uma saída que, com altos e baixos, e nomes variados (privatização, desregulação, PPP ou concessão), os governos brasileiros buscaram nos últimos 20 anos. E mesmo assim os investimentos não deslancham. Qual a razão? O problema central é a permanente incerteza. É difícil saber a linha de nossos governos; no setor portuário, por exemplo. É sempre algo indefinido, entre a abertura e o monopólio, o estatista e o privatista. Apesar do consenso retórico quanto à importância do planejamento de longo prazo, ninguém quer muito compromisso com regras claras, detalhadas e estáveis¹⁸¹.

A aludida incerteza, de natureza eminentemente econômica, certamente acentua-se perante a probabilidade de que as controvérsias oriundas do contrato de parceria público-privada sejam apreciadas pelo Poder Judiciário, importando ao investidor que o litígio permanecerá sob a jurisdição estatal por anos, sem obter o seu necessário deslinde, diante da notória morosidade que permeia o eminente órgão.

Portanto, imperioso reconhecer que o instituto da arbitragem pode apresentar inestimável contribuição para a segurança jurídica, visto que, indubitavelmente, os julgadores privados, nomeados árbitros de determinado litígio, além de possuírem a confiança das partes, detêm considerável capacidade técnica relacionada ao objeto da disputa. Ademais, a decisão do litígio certamente será proferida em prazo razoável, *a priori*, inclusive, estipulado pelas próprias partes.

¹⁸¹ SUNDFELD, Carlos Ari. O déficit jurídico da infraestrutura brasileira. **Jornal O Estado de São Paulo**, 06.08.2014.

Outrossim, os árbitros, com sensibilidade e profundo conhecimento do objeto da controvérsia, poderão indicar soluções consensuais, novamente com significativas contribuições para valorização da segurança jurídica.

Nesse sentido, a Lei de Parceria Público-Privada, ao lado da arbitragem, representa a geração de sólidos e duradouros compromissos financeiros, conferindo ao parceiro privado a estabilidade econômica necessária, enquanto, a possibilidade de submissão dos litígios oriundos da relação contratual à via arbitral assegurará a natureza dinâmica da atividade e garantirá a segurança jurídica.

4.1 Generalidades e aspectos centrais da parceria público-privada

Em 30.12.2004 foi promulgada a Lei nº 11.079, que se incumbia de instituir, em caráter nacional, as normas gerais para licitação e contratação na modalidade de parcerias público-privadas, seguindo as respectivas leis estaduais de Minas Gerais (Lei nº 14.868/2003) e de São Paulo (Lei nº 11.688/2004), que anteciparam a legislação federal sobre a matéria.

Nas justificativas que acompanharam o Projeto da Lei nº 11.079/2004, encaminhado ao Congresso Nacional, afirmou o Presidente da República sobre o procedimento de parceria público-privada:

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. 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 privado¹⁸².

Fundamentou-se a necessidade da implementação da referida modalidade sob a justificativa de que:

As parcerias público-privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica.

¹⁸²BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Mensagem encaminhada ao Senado com o Projeto de Lei da Câmara nº10, de 2004. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 25 mar.2004c.

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% 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 concretização¹⁸³.

Verifica-se que, essencialmente, a Lei das PPPs inovou ao criar dois novos contratos. Sob o primeiro aspecto, percebe-se que a Lei nº 11.079/2004 criou condições jurídicas para que a iniciativa privada se comprometesse a realizar investimentos necessários à implantação e desenvolvimento de infraestrutura pública, que não se aplicam somente aos serviços fornecidos aos usuários (*uti singuli*), como previsto na Lei nº 8.987/1995, mas ainda aos serviços prestados para a própria Administração. Nesta última situação, em que os serviços não são prestados ao usuário, mas sim ao Poder Público - vale exemplificar, serviços prestados a penitenciárias, fóruns judiciais, centros de atendimento ao cidadão, entre outros -, a primeira característica que emerge é a impossibilidade de a remuneração do parceiro privado ser realizada por meio da cobrança da tarifa do usuário.

Por conseguinte, a remuneração nessa espécie de contratação de parceria público-privada deverá ser realizada diretamente por pagamentos do Estado. É o nascimento da concessão administrativa, prevista no art. 2º, §2º da Lei de PPP¹⁸⁴.

No segundo aspecto, a Lei nº 11.079/2004 aperfeiçoou o regime das concessões remuneradas, prevendo a possibilidade de se conciliar a tarifa cobrada dos usuários do serviço ao adicional de tarifa pago pela Administração Pública. Nesse ponto, deve-se esclarecer que essa forma de remuneração já era prevista na Lei de Concessões Comuns. No entanto, a Lei de PPP inovou ao possibilitar a instituição de subsídios, com o intuito de complementar o sistema

¹⁸³ BRASIL, *Op. Cit.*, 2004c.

¹⁸⁴ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

[...]

§ 2º Concessão administrativa 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. (BRASIL, *Op. Cit.*, 2004).

remuneratório da concessionária, conforme disposição do art. 11 da Lei nº 11.079/2004¹⁸⁵.

Desta forma, concedendo ainda mais segurança ao parceiro privado contra eventual inadimplemento estatal, a Lei de PPP prevê a utilização de robusto sistema de garantias (art. 8º da Lei nº 11.079/2004) e nomeou de concessão patrocinada as concessões que tivessem pagamentos complementares do setor público realizados por meio de contraprestação da Administração Pública (art. 2º, §1º da Lei de PPP).

Atente-se para o fato de que, como o objeto da parceria pressupõe regularmente investimentos altos do parceiro privado (art. 2º, §4º da Lei nº 11.079/2004), pretendeu-se, por um lado, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), impedir que o administrador público aja com imprudência, comprometendo os recursos públicos futuros (art. 4ª, IV; c/c arts. 10, 22 e 28 da Lei de PPP) e, de outro, propiciar esfera mais atrativa para o investimento privado, impondo ao Poder Público a obrigação de oferecer garantias para os compromissos pecuniários que viesse a assumir (art. 8º da Lei nº 11.079/2004). Assim, a iniciativa privada, diante da garantia do retorno do capital investido somada à margem de lucro projetada, possui significativa motivação para pretender celebrar contratação na modalidade de parceria junto ao Poder Público.

Há ainda uma especificidade que merece enfoque nesse assunto e refere-se ao entendimento acerca das parcerias público-privadas no cenário internacional. Aquilo que internacionalmente se compreende pela denominação de parcerias público-privadas, no Brasil, integra o gênero das concessões, concebido pela inteligência das Leis nºs 8.987/1995 e 11.079/2004. Dessa forma, percebe-se que, em termos legais ou positivos, a parceria público-privada, no Direito brasileiro, não faz alusão ao gênero, assim como ocorre no exterior, de

¹⁸⁵ 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:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

I – (VETADO).

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.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado. (BRASIL, *Op. Cit.*, 2004).

parcerias celebradas genericamente entre o Estado e a iniciativa privada, mas apenas a duas de suas espécies típicas, ou seja, as duas modalidades de concessão criadas pela Lei nº 11.079/2004 (concessão administrativa e concessão patrocinada).

Na mesma linha de raciocínio elucida Carlos Ari Sunfeld:

Desse modo, é evidente que a Lei das PPPs não é uma lei geral de parcerias, e sim uma lei sobre duas de suas espécies: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Todavia, como a retórica governamental tinha associado definitivamente o nome genérico – “Lei das PPPs” – a esse texto normativo que, em verdade, tratava de contratos específicos, a versão final da lei teve o cuidado de evitar que se tomasse por geral algo que não o era. Como? Definindo as parcerias público-privadas como contratos de concessão patrocinada e de concessão administrativa. Portanto, especificamente para a disciplina dessa lei, PPPs são esses dois contratos e nada mais. Surgiu, assim, a parceria público-privada em sentido estrito¹⁸⁶.

Por fim, vale ressaltar um aspecto atinente à prática da parceria público-privada, perceptível ao longo desses 10 anos de vigência da Lei nº 11.079/2004. Os estudiosos sobre assunto preocuparam-se em discutir o objeto de contratação das PPPs, mas o debate relacionado à viabilidade e conveniência da contratação de parceria restou, portanto, em segundo plano, não se aprofundando adequadamente no tema¹⁸⁷.

A análise da prática, ou seja, das efetivas contratações, corroboram essa constatação. Basta examinar as contratações públicas celebradas com o objetivo de viabilizar a realização da Copa do Mundo de Futebol de 2014. Entre os anos de 2008 e 2010, foram realizados diversos debates relacionados à possibilidade de ser utilizada a parceria público-privada para a construção e reforma dos estádios de futebol. Entretanto, pouco se debateu sobre a conveniência de ser firmado contrato de parceria, de longo prazo, de projetos de grande vulto e de valores elevados, para, ao final, obter resultado que seria, a princípio, efêmero¹⁸⁸.

¹⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p.24.

¹⁸⁷ SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73-97

¹⁸⁸ Interessante informar sobre o dado relativo à construção das arenas para a Copa do Mundo de Futebol de 2014. Das 12 arenas construídas ou reformadas, cinco utilizaram a modalidade de parceria público-privada, a saber: Estádio do Mineirão, em Belo Horizonte/MG; Arena Fonte Nova, em Salvador/BA; Arena Pernambuco, na região metropolitana de Recife/PE; Arena Castelão, em

Portanto, merece importante destaque a realização de análise pelo gestor público acerca da necessidade, conveniência e viabilidade da contratação.

4.1.1 As múltiplas perspectivas de análise das PPPs

A análise crítica acerca das práticas adotadas no âmbito das PPPs evidencia que essa modalidade de contratação pode ser vislumbrada por, essencialmente, quatro perspectivas.

A primeira perspectiva é no sentido de que as PPPs constituem espécie de privatização. Observa-se que a Administração Pública confere à iniciativa privada o direito de explorar determinada atividade que, precipuamente, era atribuída ao Poder Público, com o objetivo de que o particular possa gerir o negócio. A prestação e a correspondente exploração do empreendimento restam atribuídas à responsabilidade do concessionário.

Os fundamentos que alicerçam as privatizações estão na necessidade de o Estado assumir tão somente as suas tarefas típicas, abandonando a exploração de atividade econômica, uma vez que esta última não lhe é própria (art. 173 da CF/1988) e na atual noção de governança pública, que pressupõe um modelo de gestão galgado na eficiência da máquina pública e na colaboração público-privada.

Todavia, a transferência realizada pelo Estado ao particular do direito de explorar certa atividade não importa na ausência de emprego de recursos públicos para proporcionar a concretização do empreendimento. Verifica-se justamente o contrário, vez que o modelo brasileiro de PPPs prevê a aplicação de recursos estatais para a remuneração do parceiro privado.

Não obstante, a redução da estruturação estatal para ampliação da iniciativa privada no âmbito das PPPs também não será integral. Preliminarmente, deve-se atentar para a natureza do contrato de parceria, que é pública e pressupõe a realização de licitação para sua celebração. Ademais, todo o procedimento está sujeito aos mecanismos de controle da Administração Pública, principalmente, aquele realizado pelo Tribunal de Contas. E, por fim, o regime

Fortaleza/CE e Arena das Dunas, em Natal/RN. Destas, nenhuma realizou mais de cinco partidas durante a Copa e apenas em Salvador e Belo Horizonte haverá significativa utilização, assegurada em razão da tradição futebolística do local. (SCHIRATO, Vitor Rhein. *Op. Cit.*, 2015, p. 73-97).

jurídico a que se submete a iniciativa privada é híbrido, tal como se observa nas concessões comuns.

Na segunda perspectiva, concebe-se a PPP como instrumento hábil a proporcionar o atendimento a relevantes necessidades de interesse coletivo, não suscetíveis à efetivação por meio da atuação exercida única e exclusivamente pelo Estado. É notório o fato de o Poder Público não dispor de recursos financeiros e capacidade gestora suficientes para alcançar a solução mais satisfatória para a comunidade.

Nesse sentido, a contratação na modalidade de PPP permite que um particular se associe ao Estado, investindo recursos financeiros, sua capacidade técnica e envidando os seus melhores esforços necessários à execução de obra e à prestação de serviços pertinentes. Tal diretriz conduz, inclusive, à correta terminologia legal utilizada, que não faz referência ao particular como “contratado”, mas sim como “parceiro privado”, evidenciando que as partes do contrato compartilham riscos e financiamentos em níveis equivalentes aos interesses envolvidos.

A terceira concepção consiste em considerar as parcerias público-privadas como arranjo financeiro diferenciado, vez que essa espécie de contratação relaciona-se ao prévio aporte de recursos e investimentos privados para a realização de obras de infraestrutura e de atividades do Estado, cuja compensação se efetivará por meio de contraprestações públicas diferidas durante o curso o contrato de parceria, podendo as referidas contraprestações estar ou não aliadas a fontes diversas de receitas (tarifárias e acessórias).

No âmbito dessa perspectiva, vale trazer a constatação de Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind, para quem:

[...] A lógica das PPPs se aproxima da sistemática do *project finance*. O parceiro privado assume obrigações de investimento de elevada monta, que serão remunerados por meio de uma engenharia financeira suportada pelo fluxo de caixa do próprio projeto. Esse fluxo de receitas advirá do parceiro público, e eventualmente da cobrança de tarifas dos usuários e da obtenção de receitas acessórias. Em paralelo, normalmente, há um financiador do projeto, junto ao qual o parceiro privado obtém os recursos necessários ao início da constituição do empreendimento, sendo que os ativos e os recebíveis servem como garantia desse projeto¹⁸⁹.

¹⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords).

Por fim, tem-se a quarta perspectiva de análise da PPP, relacionada à política econômica.

Como destacado pelos autores Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind, “[...] o instituto do serviço público se alicerça no reconhecimento de necessidades comuns ao conjunto dos cidadãos.” E finalizam o raciocínio, asseverando que “[...] a atividade de serviço público, quando mantida com recursos provenientes de impostos, envolve uma distribuição de encargos segundo uma lógica da capacidade contributiva”.¹⁹⁰

A concessão de serviço público comum transmite ao usuário dos serviços os encargos relativos ao estabelecimento ou exploração do serviço público. Nesse contexto, o empreendimento é custeado pelos próprios usuários, por meio do pagamento de tarifas. A lógica utilizada é a do usuário-pagador, ou seja, paga-se pelo serviço utilizado.

Já a concessão patrocinada é permeada pela política da capacidade contributiva, o que significa dizer que os titulares de maior riqueza custearão o estabelecimento, desenvolvimento, manutenção e prestação dos serviços públicos. Nessa modalidade, a contribuição do Poder Público se somará à tarifa cobrada do usuário.

Sobre a concessão administrativa, confira-se a lição elucidativa de Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind:

[...] A concessão administrativa pode conduzir a uma absorção completa pelo Estado dos custos inerentes a um certo empreendimento, do qual podem resultar serviços a ele prestados direta ou indiretamente. Portanto, o modelo de PPP envolve uma concepção de política econômica. Talvez se possa aludir não apenas a uma parceria entre o Estado e o prestador de serviço, mas também a uma associação entre os integrantes da comunidade. Há também uma parceria entre os titulares de maior capacidade contributiva e aqueles destituídos de recursos, intermediada pelo Estado, visando assegurar a função de utilidades não fundamentada necessariamente na lógica do usuário-pagador¹⁹¹.

Conclui-se que as duas modalidades de parceria previstas na Lei nº 11.079/2004 - a concessão patrocinada e a concessão administrativa - relacionam-se no que tange à política econômica. Diferenciando-se, apenas, quanto à forma de remuneração do parceiro privado. Na concessão patrocinada,

Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33-41.

¹⁹⁰ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2015, p.35.

¹⁹¹ JUSTEN FILHO, *Op. Cit.*, 2015, p.33-41.

a remuneração do parceiro privado será realizada de forma parcial pelo Estado e a outra parcela de remuneração corresponderá ao pagamento de tarifa pelo usuário. Enquanto na concessão administrativa, o Poder Público arcará de maneira integral com a remuneração do parceiro privado. Todavia, essa remuneração somente ocorrerá após o início, total ou parcial, da prestação de serviço realizada pelo parceiro privado, revelando-se modalidade de parceria também vantajosa ao Estado.

4.1.2 As condições negativas para a contratação na modalidade de parceria público-privada

A Lei de PPP prevê expressamente as hipóteses em que não será lícito contratar na modalidade de parceria público-privada e também indica quais as diretrizes deverão ser observadas pela Administração Pública durante o procedimento de contratação, conforme disposto no art. 2º, §4º e art. 4º, ambos da Lei nº 11.079/2004.

A primeira condição diz respeito ao valor do objeto do contrato. Assim, exige-se que os contratos celebrados na modalidade de PPP sejam de valor superior ou igual a R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais), caracterizando-se por ser contratação de alto custo.

Nesse ponto, há discussão entre os estudiosos se o valor mínimo do contrato autorizado a ser constituído na modalidade de parceria público-privada fixa parâmetro econômico apenas em nível federal. Em caso de resposta negativa, surge outra questão: Um Município que necessitar firmar contrato cujo objeto seja de valor mais modesto, estaria impedido de utilizar a PPP? Para Cristiana Fortini, o obstáculo legal previsto no art. 2º, §4º, I, da Lei nº 11.079/2004, importa em aplicar o aludido valor a todos os entes da Federação, sem considerar a realidade de cada ente, tornando difícil ou impossível à celebração do contrato na modalidade de PPP por inúmeros Municípios e também por alguns Estados¹⁹².

A segunda condição relaciona-se ao prazo de duração do contrato. De acordo com o art. 2º, §4º, II, da Lei nº 11.079/2004 é vedada a contratação na

¹⁹² FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos**: franquias, concessão, permissão e PPP. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.133.

modalidade de parceria público-privada cuja prestação de serviço seja inferior a cinco anos, mas também há restrição no sentido de o prazo de duração do contrato não exceder 35 anos, incluindo eventual prorrogação (art. 5º, I, da Lei nº 11.079/2004).

Carlos Ari Sundfeld explica a razão do estabelecimento do prazo mínimo de contratação, afirmando que: “[...] trata-se de um período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em decorrência da má execução da infraestrutura”. O autor assevera ainda que, “[...] como a remuneração será paga pelas obras ou fornecimentos, a exigência de que estes durem ao menos cinco anos dá à administração esse prazo mínimo para amortização de investimentos”¹⁹³.

No tocante à possibilidade de prorrogação, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, por se tratar de elemento essencial ao estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, a prorrogação somente se justifica em situações excepcionais, para atender ao interesse público regularmente motivado ou na hipótese de o prazo originalmente fixado pelas partes se mostrar insuficiente para a amortização dos investimentos. Na mesma linha de raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que no caso das PPPs, sendo estabelecida a duração do contrato em 35 anos e verificando-se que o prazo não foi suficiente para ocorrer a recuperação do valor investido, a prorrogação poderá ser feita pelo prazo suficiente, a fim de que essa recuperação se realize. No entanto, não sendo efetivada a prorrogação, resta ao parceiro privado o direito de pleitear indenização por perdas e danos¹⁹⁴.

Por fim, tem-se que não será permitido adotar o sistema das PPPs quando se verificar que o único objeto do contrato se relacionar ao fornecimento de mão de obra, fornecimento e instalação de equipamentos ou execução de obra pública. Dessa maneira, as parcerias público-privadas somente poderão ser utilizadas quando se atribuir ao parceiro privado uma diversidade de tarefas.

¹⁹³ SUNDFELD, *Op. Cit.*, 2011, p. 35.

¹⁹⁴ DI PIETRO, *Op. Cit.*, 2015, p.173.

4.1.3 As principais vantagens das parcerias público-privadas para o Poder Público

Em termos gerais, as parcerias público-privadas proporcionam ao Poder Público alternativa de financiamento para infraestrutura diversa do endividamento público.

Apesar de o custo dessa alternativa ser regularmente mais vultoso para o particular do que o custo do endividamento público perante instituições de fomento para a Administração Pública, as PPPs demonstram ser eficientes para ampliar os investimentos no setor quando a capacidade de investir do Estado estiver limitada por fatores fiscais ou orçamentários.

No Brasil, metade dos investimentos em infraestrutura é realizada pelo Poder Público e a outra metade é efetivada pela iniciativa privada, correspondendo a soma dos investimentos a tão somente 2% do Produto Interno Bruto (PIB) do país. Considerando-se a contração sofrida pelo Poder Público e o fato de que a taxa média de investimentos de economias emergentes em infraestrutura é de 3% e, ainda, que taxa média dos países latino-americanos Chile e Colômbia é de 6%, conclui-se que a ampliação do investimento nacional deve relacionar-se diretamente à atração de capital privado, caso permaneçam mantidas as restrições estatais¹⁹⁵.

Nesse particular, observa-se que as PPPs, por um lado, podem promover a ampliação dos fundos disponíveis para investimentos e, por outro, qualificar os resultados obtidos, uma vez que oferecem vantagem econômica para a Administração e o desenvolvimento regular do serviço. Não obstante, as parcerias público-privadas podem ser utilizadas como instrumentos cruciais ao aperfeiçoamento do exercício da função administrativa, de maneira a atingir, com mais eficiência e menos dispêndio orçamentário, o interesse público a ser perseguido e assegurado pelo Estado.

¹⁹⁵ OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Orgs.). **Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013, p.16-17.

4.2 A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas têm suas características complexas: são elaboradas redes de relacionamentos que conectam atores estatais e privados, entre eles financiadores, garantidores, usuários, entre outros; o modo como se operacionalizam, os investimentos de alta monta, diversas especificidades, somente identificáveis no caso concreto, as modalidades de contratação - concessão administrativa e patrocinada. Com base nessas características e por se destinarem precipuamente a suprir o déficit relacionado à infraestrutura e, ainda, por serem disciplinadas por uma legislação considerada recente, certamente o desenvolvimento das PPPs suscitará dúvidas e criará situações de conflitos de interesses entre as partes contratantes¹⁹⁶. Justamente por isso, devem contar os métodos mais eficientes e especializados no tocante à resolução de controvérsias.

A arbitragem, por sua vez, apresenta-se como um meio legal e eficiente de solução de conflitos oriundos dos contratos de PPP. A submissão de um litígio decorrente da relação ou do instrumento contratual ao Poder Judiciário poderá significar oneração da Administração Pública, que além de ter que arcar com o custo da espera do provimento jurisdicional estará sujeita a obter uma decisão não técnica, ou seja, proferida por um julgador não especializado. Considerando-se tratar de empreendimentos de alto impacto na comunidade, o prolongamento do litígio no tempo, sem obter uma viável solução, poderá influenciar negativamente o mercado, os consumidores e a sociedade, além de poder inviabilizar econômica e financeiramente a atividade.

Dessa forma, o administrador deve considerar e examinar fielmente a possibilidade de adotar a arbitragem como método de solução de conflitos nos contratos de PPPs, haja vista que a eleição da via arbitral poderá alcançar vantagens econômicas e sociais. Ademais, como fruto de sua racional escolha, a adoção da arbitragem contribuirá para gerar mais confiança no mercado e atrair os investidores internacionais.

Nesse diapasão, o entendimento defendido neste trabalho é no sentido de que a Administração Pública deve ser conduzida a eleger formas mais

¹⁹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.606.

dinâmicas de solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Mostra-se completamente regular a submissão de litígios, por exemplo, relativos ao equilíbrio econômico financeiro do contrato, à arbitragem.

A arbitragem, atualmente, alinha-se aos moldes constitucionais e da boa Administração, de forma que, em última análise, propicia a conciliação entre o atendimento ao interesse público e à governança administrativa, motivo pelo qual deve ser sempre analisada como uma das primeiras opções de solução de controvérsias quando o objeto do litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

4.2.1 O interesse público primário e a governança pública nas parcerias público-privadas: sinal verde à utilização da arbitragem

O interesse público primário, entendido como a principal razão de ser do Estado e sintetizado nos fins que cabe a ele promover, como a persecução e concretização dos direitos fundamentais, inclusive no tocante ao direito fundamental à boa administração, deverá se aliar à governança pública, também chamada de governança administrativa, para nortear a Administração Pública.

A governança administrativa apresenta um modelo de gestão pública reativo àquele burocrático e formal que tradicionalmente permeia a Administração Pública, com preocupação reduzida quanto à legitimidade das ações públicas e a eficiência na satisfação de finalidades públicas. A crise de governabilidade vivenciada pelas instituições burocráticas entre a década de 1980 e 1990 fez surgir um novo modelo de gestão do Estado, alinhado à eficiência da máquina pública e na colaboração público-privada¹⁹⁷.

Apesar de a governança pública ter como princípios fundamentais a eficiência e a colaboração público-privada, também visa à prestação de serviços públicos e, principalmente, o efetivo atendimento das finalidades públicas, ou seja, a persecução dos interesses públicos primários, por meio da colaboração entre os setores público e privado, ainda que realizada indiretamente, por meio de delegatários. O modelo de governança administrativa indica que os resultados devem ser obtidos da melhor maneira possível, considerando-se a tecnologia

¹⁹⁷ CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia. v.12, Belo Horizonte: Fórum, out.- dez., 2005, p.11 e sS.

mais adequada disponível e a reserva orçamentária pública, sem abandonar a implantação das políticas públicas concernentes.

A interdependência verificada entre o setor público e o privado designa o permanente envolvimento dos particulares na atuação administrativa, independentemente de este último atuar como colaborador no desempenho das funções públicas ou como fiscalizador dos atos administrativos, que, constitucionalmente devem ser pautados sob a observância do princípio da transparência. Conclui-se, portanto, que o modelo de governança administrativa impõe que o Poder Público busque, sempre que se mostrar adequada, a participação dos cidadãos nas tomadas de decisões administrativas. Ainda nesse modelo, demonstra-se a Administração Pública como um ente que visa ao arbitramento de interesses¹⁹⁸, ou seja, a Administração objetivará conformar uma decisão administrativa eficiente e que se coadune com os interesses e necessidades dos cidadãos. Por esse motivo, afirma-se que a governança administrativa é um dos fundamentos da Administração consensual¹⁹⁹.

Nesse sentido, constata-se que o interesse público primário e a governança administrativa impõem que o administrador atenda às necessidades da sociedade e que adote, no caso concreto, as melhores soluções possíveis, observando-se a eficiência, a economicidade e a consensualidade.

Não obstante, a Administração Pública dispõe de certa liberdade para agir, dispor e contratar para perseguir e concretizar os interesses públicos primários. As parcerias público-privadas estão inseridas nesse âmbito de liberdade, vez que o Estado, por meio da colaboração da iniciativa privada, visa a concretizar determinado interesse público.

O interesse público primário, como elucidado nos capítulos anteriores, é indisponível. Mas as questões patrimoniais que envolvem o contrato de parceria público-privada possuem natureza disponível e podem ser submetidas regularmente à arbitragem. Aliás, na submissão de um litígio decorrente da relação ou do instrumento contratual de PPP à arbitragem quando se verificar que o benefício da utilização do referido método for superior ao custo, o interesse

¹⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.127 e ss.

¹⁹⁹ PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**. Estudo de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010, p.106-116.

público primário e a governança administrativa impõem que o Administrador opte por tal via. Com isso, desonerará o Estado, protegendo, por conseguinte, o Erário Público e adotará o meio mais eficiente para resolução do litígio no caso concreto, principalmente considerando-se o diferencial de os contratantes poderem escolher julgadores ou câmara arbitral especializada.

Portanto, o entendimento compartilhado nesta pesquisa é no sentido de que a utilização da arbitragem pela Administração Pública nos litígios decorrentes da contratação na modalidade de parceria público-privada está em perfeita harmonia com o interesse público primário e o atual modelo de governança administrativa.

4.2.2 Pressupostos à admissibilidade da via arbitral nos contratos de parceria público-privada

Ultrapassados os primeiros pressupostos à utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias nos contratos de parceria público-privada, relativos ao interesse público e ao atual modelo de governança pública, deve-se adentrar nos pressupostos específicos, previstos na Lei de Arbitragem e na Lei de Parcerias Público-Privadas. Tal análise será indispensável para se afirmar pela admissibilidade de os litígios derivados dos contratos de parceria serem submetidos ao juízo arbitral.

Pois bem. Conforme mencionado anteriormente no presente estudo (item 3.6), a Lei de Parcerias Público-Privadas prevê expressamente a possibilidade de a Administração Pública adotar o emprego de mecanismos privados, entre eles a arbitragem, para dirimir conflitos. É o que se verifica no art. 11, III da Lei nº 11.079/2004, a saber:

“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:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO)

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.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado” (Destacou-se)²⁰⁰.

Da leitura desse artigo, extraem-se algumas conclusões. A primeira e mais evidente diz respeito à faculdade da Administração Pública de eleger a arbitragem como método de solução de controvérsias. No tocante a esse aspecto, deve-se ressaltar que não se trata de uma imposição legal, mas sim de uma escolha racional do gestor público em submeter os litígios oriundos do contrato de PPP à via arbitral. Tal faculdade, no entendimento defendido nesta pesquisa, está parcialmente inserida no âmbito de discricionariedade do administrador público. Explica-se: os interesses públicos primários, entre eles o direito fundamental à boa Administração Pública, assim como o modelo de governança, exige que aquela adote a opção mais adequada no caso concreto, considerando-se as opções disponíveis.

Defende-se neste trabalho que, realizado o exame acerca da forma mais adequada de solução de conflitos surgidos nos contratos de PPP, caso a Administração conclua que a via arbitral é demasiadamente mais vantajosa, deverá necessariamente adotá-la. Raciocínio similar é aplicável à submissão do litígio ao Poder Judiciário. No entanto, quando a Administração verificar que os efeitos da escolha da arbitragem representarão pouco benefício ao Estado quando comparada à via judicial, em virtude, por exemplo, do custo de um litígio ser de valor inferior à contratação de determinada câmara arbitral, mas que, por outro lado, o prolongamento da controvérsia poderá acarretar outros prejuízos econômicos, a eleição de um método ou outro se encontra na esfera da discricionariedade da Administração Pública.

A segunda é um pressuposto à instituição da arbitragem e relaciona-se ao local onde será realizado o procedimento arbitral, no caso de ser eleito o referido método de resolução de conflitos no âmbito dos contratos de PPPs. A Lei nº 11.079/2004 impôs que a arbitragem seja realizada no Brasil e, ainda, em língua portuguesa. A determinação do território nacional como local da instituição e desenvolvimento da arbitragem é fundamental para que a Administração não se afaste dos interesses públicos primários – como, por exemplo, do princípio da

²⁰⁰ BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez.2004d.

legalidade, da publicidade, entre outros –, além de também ser responsável pela definição da nacionalidade da sentença arbitral (confira-se o art.34, Parágrafo Único da Lei nº 9.037/1996). Não é demais destacar que todo o procedimento arbitral ser realizado no Brasil e em língua portuguesa facilitará o acompanhamento do processo e da decisão acerca do litígio não apenas pelo Poder Público, mas também pelos cidadãos, que poderão exercer o direito de fiscalizar os atos administrativos, em conformidade com as previsões constitucionais e infraconstitucionais.

Ademais, os trâmites arbitrais ocorrerem em território e idioma nacional também propiciará o efetivo atendimento ao princípio da publicidade e da legalidade, já que certamente será muito fácil que a Administração e os cidadãos acompanhem o procedimento em tempo real. E, ainda, que a legislação brasileira não seja afastada por qualquer que seja o motivo, entre eles o próprio desconhecimento do ordenamento jurídico nacional pela câmara ou juízo arbitral. Não obstante, a obrigatoriedade de a arbitragem ser desenvolvida em língua portuguesa não impede que também seja eleita outra língua para o procedimento. A arbitragem pode ser normalmente desenvolvida em dois idiomas, sem causar qualquer prejuízo às partes.

Por fim, no tocante a esse assunto, importante mencionar que o fato de a sentença arbitral ser proferida no Brasil refletirá outro benefício: a desnecessidade de ser realizada homologação da decisão pelo Superior Tribunal de Justiça. Tal raciocínio, no entanto, não será similar quando se tratar de sentença estrangeira, o que, nesse caso, torna inequívoca a sua submissão ao processo homologatório, conforme inteligência do art. 105, I, “i”, da CF/1988 c/c os arts. 34, 35 e 36 da Lei nº 9.037/1996.

Ainda sobre o segundo aspecto, vale trazer à colação o comentário de Lauro Souza Júnior. Confira-se:

Embora a fixação obrigatória do Brasil como local da arbitragem possa parecer, à primeira vista, exageradamente nacionalista ou xenófoba, no fundo não representa qualquer ameaça para o investidor estrangeiro. Tampouco implica em desserviço ao parceiro público. Na verdade, guarda analogia com a prerrogativa de foro prevista no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93 e permite que aqui no Brasil se exerça, eventualmente, o controle judicial do procedimento arbitral. Para o investidor estrangeiro, é evidente a vantagem de submeter-se à arbitragem no Brasil. Lembre-se, em primeiro lugar, que o Brasil não é parte na Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de

Outros Estados (*Washington*, 1965), nem ratificou os vários convênios bilaterais sobre o assunto, assinados com diversos países, o que eventualmente permitiria ao Estado brasileiro alegar, perante o tribunal arbitral estrangeiro, sua imunidade de jurisdição. Em segundo, a arbitragem realizada no Brasil pode contar com árbitros estrangeiros e assumir o caráter de arbitragem internacional²⁰¹.

Conclui-se que estabelecer o território nacional como local onde será desenvolvido o procedimento arbitral não implicará qualquer desvantagem ao investidor privado (parceiro), ainda que o mesmo seja estrangeiro, vez que a vantagem de o litígio ser submetido à arbitragem, por si só, já representa grande avanço e benefícios aos contratantes.

O segundo aspecto previsto no art. 11, III da Lei nº 11.079/2004 remete às próprias exigências prescritas na Lei de Arbitragem. Desse modo, retorna-se aos requisitos estabelecidos pela Lei nº 9.037/1996, relativos ao objeto da controvérsia que poderá ser dirimido por meio da arbitragem, ou seja, os direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, como o pressuposto mencionado já foi debatido exaustivamente no capítulo anterior, não se observa a necessidade de retomar a discussão neste item.

Entretanto, cumpre destacar que a utilização da arbitragem nos litígios derivados dos contratos de PPP será de grande relevo, principalmente no tocante à solução de questões indenizatórias, recomposição do equilíbrio financeiro do contrato, identificação e cumprimento das obrigações, inclusive as possíveis consequências de eventual descumprimento, haja vista que as matérias indicadas possuem naturezas iminentemente patrimoniais e são elementarmente disponíveis.

Eduardo Talamini, em excelente lição, sintetiza sobre o objeto da arbitragem. A saber:

Portanto, podem ser objeto de arbitragem todas as questões que versem sobre interesses eminentemente patrimoniais (i.e., cujo objeto tenha cunho econômico ou cujo inadimplemento possa ser reparado, compensado ou combatido por medidas com conteúdo econômico) cujo conflito poderia ser resolvido diretamente pelas partes, independentemente de ingresso em juízo²⁰².

²⁰¹ SOUZA JR, Lauro da Gama e. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas. A construção de um novo paradigma para contratos entre o Estado e o Investidor Privado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n.08, out./dez, 2005, p.07-42.

²⁰² TALAMINI, *Op. Cit.*, 2005, p.346.

Por fim, o último pressuposto, mas não de menos importância, que se deseja investigar relaciona-se à (des)necessidade de a adoção da arbitragem estar previamente prevista no instrumento editalício. Essa questão merece especial enfoque, por ser objeto de discussão e posicionamentos controversos entre os estudiosos.

Alguns estudiosos, como Lauro da Gama e Souza Júnior, defendem que a adoção da arbitragem pelo administrador público é facultativa, mas indicam que, realizada a escolha por esse método de solução de conflitos, a mesma deverá constar obrigatoriamente no edital de licitação. Os fundamentos que norteiam o posicionamento dessa parte da doutrina referem-se à tese de que o contrato administrativo possui a natureza de um contrato de adesão e à observância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório²⁰³.

Por outro lado, autores como Paulo Osternack Amaral argumentam que a admissibilidade de a Administração se submeter à arbitragem não obriga à sua prévia indicação no edital licitatório²⁰⁴.

No entanto, a ideia ora defendida é de que a possibilidade de as partes elegerem a arbitragem para dirimir determinado litígio deve, sim, estar prevista no edital de licitação. Ressalte-se que a exigência da prévia estipulação no edital se restringirá à faculdade das partes de submeter controvérsias ao juízo arbitral, caso os contratantes verifiquem que o método da arbitragem é o mais adequado para deslindar o conflito.

Preliminarmente, deve-se esclarecer que a Lei de Arbitragem autoriza que a submissão de determinado litígio à via arbitral seja realizada após a celebração do contrato, mediante cláusula compromissória em separado, nos termos do art. 4º, §1º, da Lei nº 9.307/1996.

Não obstante, em análise à Lei de Parcerias Público-Privadas, verifica-se que o art. 11, III da Lei nº 11.079/2004 também não exige que o edital contenha tal previsão. Aliás, o referido artigo é suficientemente claro quanto às previsões editalícias obrigatórias e quanto às indicações facultativas e entre essas últimas encontra-se inserido o emprego da arbitragem.

Em exame ao argumento de que os contratos administrativos são verdadeiros contratos de adesão²⁰⁵, acredita-se que tal entendimento é

²⁰³ SOUZA JR, *Op. Cit.*, 2005, p.07-42.

²⁰⁴ AMARAL, *Op. Cit.*, 2012, p. 77.

equivocado e completamente incoerente com as características atuais do Direito Administrativo, especialmente relacionado aos contratos de parceria público-privada. Nesse ponto, concorda-se com Paulo Amaral, que refuta a tese de que o contrato administrativo tenha essa natureza, pois o fato de o parceiro privado se submeter ao procedimento licitatório não faz emergir a condição de hipossuficiência de uma das partes, uma das características inerentes ao contrato de adesão. Ademais, como salientado pelo próprio autor, os contratos administrativos são também alicerçados no princípio do equilíbrio dos contratos. Tal conclusão é facilmente extraída da interpretação do art. 37, XXI, da CF/1988, que assegura a preservação da equação econômico-financeira nos contratos celebrados pela Administração²⁰⁶.

Atente-se para o fato de que o parceiro privado não se vê obrigado a participar do procedimento licitatório, tampouco contratar com o Poder Público para obter qualquer tipo de prestação de serviço que julgue essencial.

Não obstante, a adoção da arbitragem, em determinados casos, implicará vantagem para ambas as partes contratantes. Por outro lado, defende-se neste trabalho que em algumas situações não se mostrará adequada a utilização da arbitragem. Ora, não se pode ignorar o fato de que não será conveniente submeter determinada controvérsia à via arbitral, que poderá atribuir aos contratantes custo superior ao objeto do conflito que se pretende dirimir.

Por isso, a previsão que se apresenta como a mais correta relaciona-se à Administração prever no edital que os litígios oriundos do contrato de parceria público-privada serão dirimidos por meio da arbitragem, salvo nos casos em que o método de solução de litígios não se mostrar economicamente adequado para as partes. Ressalte-se que, nos casos em que a Administração concluir pela não submissão do litígio à arbitragem, a decisão deverá ser necessariamente motivada e ao parceiro privado deverá ser concedida a oportunidade de manifestação.

Eduardo Talamini, de modo a corroborar o posicionamento adotado neste trabalho, identifica ao menos duas vantagens em a Administração prever a

²⁰⁵ Gustavo Henrique Justino de Oliveira defende que “os contratos administrativos são autênticos contratos de adesão”. Confira-se: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.596-597.

²⁰⁶ AMARAL, *Op. Cit.*, 2012, p. 79.

adoção da arbitragem no edital licitatório, que consistem em obter a prévia concordância do particular à futura submissão do litígio à via arbitral e oferecer aos parceiros privados uma provável redução dos riscos em razão da celeridade e tecnicidade dos julgamentos arbitrais²⁰⁷.

Não se distanciando desse raciocínio, Carlos Alberto de Salles explica que o estabelecimento prévio do mecanismo da arbitragem como meio de resolução de conflitos no edital é a única forma “de se evitar uma quebra na competitividade e igualdade exigíveis na licitação.” E conclui que “sua adoção apenas na celebração do contrato representaria um benefício imprevisto ao licitante vencedor”²⁰⁸.

Nesse aspecto, Eduardo Talamini discorda de Carlos Salles e argumenta que:

Em primeiro lugar, não se trata de uma vantagem objetivamente aferível e passível de quantificação. Pode até haver entre os interessados aqueles que não vejam nisso nenhum benefício especial. Ademais, por ser um mecanismo legalmente previsto, todo interessado deve considerar a hipótese de vir a ser empregada a arbitragem no caso concreto, a despeito de não estipulada no edital²⁰⁹.

Todavia, acredita-se que, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, segundo o qual a Administração se obriga a observar estritamente os termos do edital, e ainda, aos princípios da transparência e moralidade, o emprego da arbitragem deve estar previamente estabelecido no instrumento editacício, sob pena de violação aos princípios norteadores da atividade administrativa.

Destaca-se que a predefinição da via arbitral no edital traduzirá em um fator positivo ao procedimento licitatório, que consiste no incentivo de participação de maior quantidade de parceiros e, conseqüentemente, melhores propostas no certame. Assim, o Poder Público também agiria em conformidade com o direito fundamental à boa Administração.

Desse modo, não sendo possível vislumbrar elementos negativos suficientes para impedir a previsão da utilização da arbitragem no edital e, ao contrário, identificando-se fatores positivos à menção prévia da eleição da via

²⁰⁷ TALAMINI, *Op. Cit.*, 2005, p. 350-351.

²⁰⁸ SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.109-110.

²⁰⁹ TALAMINI, *Op. Cit.*, 2005, p.351.

arbitral para dirimir os conflitos oriundos de contratos de PPP, impõe-se à Administração o dever de fazê-lo.

4.2.3 As peculiaridades da submissão de litígios oriundos dos contratos de parcerias público-privadas à via arbitral

No tocante às peculiaridades da submissão de litígios oriundos dos contratos de parceria público-privadas à via arbitral, percebe-se que a Administração Pública gozará de quase todas as vantagens que são disponibilizadas aos particulares. No entanto, alguns pontos merecem especial atenção, conforme será demonstrado a seguir.

4.2.3.1 Eleição de foro

Inicialmente, deve-se elucidar que a instituição da cláusula de arbitragem em contrato não exclui a cláusula de eleição de foro. Muito pelo contrário, as duas deverão coexistir harmonicamente no contrato de PPP. Enquanto a primeira estabelecerá que as controvérsias que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis serão dirimidas por meio da arbitragem, a segunda estabelecerá a competência de determinado órgão judicial para julgar eventual conflito cujo objeto não poderá ser submetido à via arbitral. Neste ponto, importa ressaltar que o árbitro não possui os poderes de *imperium* (coerção, atos de força). Dessa forma, havendo necessidade, o árbitro e o magistrado deverão atuar em um espírito de cooperação. As partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para o juiz estatal implementar tão somente atos de força, por exemplo, no caso de haver renitência da parte contrária.

Ademais, na hipótese de o conflito envolver direitos indisponíveis ou, ainda, em eventual arguição de nulidade da sentença arbitral, não existem dúvidas de que o juiz estatal será o competente para julgar a causa. Para tanto, recomenda-se que o contrato de parceria público-privada já contenha a previsão acerca do foro de eleição (art. 111 do Código de Processo Civil e arts 62 e 63, ambos da Lei nº 13.105/2015). Note-se que, como uma das partes contratantes

será a Administração Pública, o foro competente deverá ser necessariamente o da sede da Administração, nos termos do art. 55, §2º, da Lei nº 8.666/1993²¹⁰.

4.2.3.2 Compromisso arbitral *versus* cláusula compromissória

A segunda peculiaridade que merece destaque refere-se à formação da convenção arbitral. Independentemente da forma de operacionalização da arbitragem escolhida pelas partes (arbitragem *ad hoc* ou institucional e conjunto de regras aplicáveis ao procedimento), recomenda-se pactuá-la por meio de compromisso arbitral, ou seja, por meio de ajuste autônomo em relação ao instrumento contratual, podendo ser firmado, inclusive, em oportunidade posterior ao surgimento da controvérsia (art. 9º da Lei nº 9.037/1996).

Em comparação às duas formas de instituição da arbitragem, elucida-se que a cláusula arbitral é anterior à eclosão da controvérsia, ou seja, ela antecipa a formação de eventual conflito de interesses entre as partes, enquanto o compromisso arbitral poderá ser celebrado depois do surgimento do dissídio. Este último, pela possibilidade de ser posterior ao estabelecimento da controvérsia, admite que seu objeto aborde justamente os contornos do litígio.

No entanto, decidindo-se pela instituição da arbitragem por meio da cláusula compromissória, indica-se seja escrita na modalidade cláusula cheia, haja vista que “dependerá da excelência da cláusula a instauração da arbitragem sem o auxílio do Poder Judiciário”²¹¹.

Assim, para que a instituição da arbitragem seja eficaz e prestigie a segurança jurídica, a Administração deverá incluir no contrato de parceria público-privada uma cláusula que contenha os seguintes elementos: número de árbitros; forma de eleição do presidente do tribunal arbitral; a utilização de instituição arbitral (câmara); o regulamento de arbitragem; a divisão entre as partes das incumbências relativas à estruturação do tribunal arbitral e ao estabelecimento de suas regras de procedimento; o adiantamento das despesas da arbitragem e dos honorários dos árbitros; a sucumbência; o local da arbitragem (território brasileiro); língua(s) (portuguesa e outra, caso seja necessário); disposição sobre adoção de medidas de urgência; a vedação à confidencialidade; ou a propositura

²¹⁰BRASIL, *Op. Cit.*, 1993.

²¹¹ CARMONA, *Op. Cit.*, 2009, p.125.

da publicidade mitigada, entre outros, que forem pertinentes ao objeto do contrato²¹². Na cláusula compromissória também deverá estar inserida a observação relativa ao exame do custo-benefício da submissão da controvérsia à via arbitral.

No entanto, imperioso destacar que a Administração não poderá, em hipótese alguma, negar a instituição da arbitragem no caso concreto se o gestor público verificar que a utilização do referido método apresenta-se como a mais adequada ao deslinde da controvérsia. A adoção da citada conduta pela Administração importará em claro desrespeito ao princípio da boa-fé, da vedação dos atos contraditórios (*venire contra factum proprium*), da vinculação ao instrumento convocatório e, finalmente, ao direito fundamental à boa Administração.

4.2.3.3 Publicidade mitigada

A terceira peculiaridade diz respeito à publicidade mitigada no procedimento arbitral. Apesar de o assunto já ter merecido abordagem no item 3.2.5 da presente pesquisa, importa salientar que acredita-se que a publicidade mitigada deve estar expressamente prevista no compromisso arbitral ou cláusula compromissória.

Como, já exposto, em regra, as controvérsias que envolvam apenas litigantes particulares (excluindo-se a Administração Pública) podem ser julgadas sob a égide da confidencialidade. No entanto, no caso de o litígio envolver a Administração Pública, em observância ao interesse público primário e ainda, diante da nova redação disposta no art. 2º, §3º, da Lei nº 13.129/2015, a arbitragem em que a Administração Pública estiver como litigante deverá desenvolver-se em respeito ao princípio da publicidade.

Nesse contexto, caso as partes (Estado e concessionária) optem por restringir a publicidade de determinados atos ou informações não pertinentes ao interesse da pessoa jurídica de Direito Público, o mais correto será que a Administração e o parceiro privado estabeleçam, desde o início, o sigilo dos

²¹² SOUZA JR, *Op. Cit.*, 2005.

mesmos, ou seja, que o procedimento poderá ser desenvolvido respeitando-se a publicidade mitigada.

Carlos Alberto sugeriu algo semelhante. Nas palavras do autor:

Por fim, deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo - vantagem reconhecida da arbitragem, que toma confidencial todo o procedimento - e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.

Na mesma linha discorre Carlos Alberto de Salles para quem:

Para garantir o efeito do controle desejado pela própria Constituição e, ao mesmo tempo, manter as qualidades da arbitragem enquanto mecanismo de solução de controvérsias, é fundamental a convenção arbitral administrativa – e correspondente instrumento convocatório da licitação que a antecede, como se tem sustentado – garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral. Nesse sentido, acredita-se ser essencial a divulgação do resultado da arbitragem e daqueles elementos de prova e argumentação que lhe serviram de base²¹³.

Certos de que a Administração Pública não poderá afastar as previsões legais, tampouco se afastar dos princípios e interesses públicos primários para submeter os litígios derivados de contratos de PPP à arbitragem, os parceiros privados deverão concordar que a publicidade dos atos arbitrais seja mitigada. Entretanto, o raciocínio defendido neste trabalho é de que as informações relacionadas à Administração Pública, inclusive aquelas relativas a valores acordados em contrato, devem estar submetidas à publicidade ampla. A

²¹³ SALLES, *Op. Cit.*, 2011, p. 284.

publicidade mitigada somente deverá ser aplicada em relação aos dados e informações do parceiro privado.

Evidentemente, os dados sigilosos, as informações íntimas, relacionadas a segredos profissionais ou comerciais, intimidades corporativas, informações relativas à condição econômica e que importem somente à pessoa jurídica de direito privado não estarão sobre o princípio da publicidade mitigada, mas sim ao da confidencialidade, caso as partes assim acordarem no compromisso arbitral. Não há razão para que tais informações tornem-se públicas.

No entanto, os atos praticados no desenvolvimento do procedimento arbitral que importem a ambas as partes (Administração e parceiro privado), desde que não exponham informações que devem ser necessariamente ocultadas (contratos sigilosos em que a divulgação do conteúdo e de informações possa gerar riscos à segurança da sociedade e do Estado – Lei nº 8.159/1991 e Decreto nº 4.553/2002), devem ser públicos. Entre esses atos devem-se destacar: a peça de interposição do procedimento arbitral, a(s) peça(s) de defesa, as decisões arbitrais, as provas (inclusive laudos técnicos), entre outros.

Por fim, importante mencionar que os contornos exatos da publicidade devem ser delimitados antes da instituição do procedimento arbitral, mas em momento posterior ao surgimento do dissídio, a fim de que as partes possam conciliar adequadamente o princípio constitucional ao objeto da controvérsia.

4.2.3.4 Prerrogativas processuais da Fazenda Pública

A última peculiaridade diz respeito às prerrogativas processuais que a Fazenda Pública possui no processo estatal (arts. 188; 475, I e II, 488, Parágrafo Único, todos do Código de Processo Civil²¹⁴).

²¹⁴Pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), as mencionadas prerrogativas processuais da Fazenda Pública estão dispostas no art. 183, que institui o prazo em dobro para União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público se manifestarem, reduzindo, portanto, o prazo previsto na Lei nº 5.869/1973; art. 496, I, e II, que estabelece a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição nas causas em que a Fazenda Pública for condenada ou que tenha embargos contra a sua execução de dívida ativa julgados procedentes, desde que o proveito econômico da causa seja igual ou superior a mil salários mínimos e, por fim o art. 968, §1º, todos do referido diploma legal. (BRASIL, *Op.Cit.*, 2015).

Tais vantagens não serão exigíveis no procedimento arbitral. Por isso, esse aspecto pode ser considerado uma desvantagem do processo arbitral ao estatal, se observado sob a visão da Administração Pública. Todavia, para o parceiro privado a inaplicabilidade das prerrogativas da Fazenda reflete uma grande vantagem do procedimento arbitral em relação ao estatal, haja vista que as partes estarão realmente em condições processuais equânimes.

4.2.4 Os efeitos da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada

Entre os fatores relevantes da equação econômico-financeira dos contratos administrativos está o custo da transação. Os encargos e as vantagens são estabelecidos nas fases anteriores à elaboração do contrato e encontram-se previstos inicialmente na fase de apresentação da proposta e depois são transferidos para o corpo do instrumento contratual²¹⁵. Nesse momento, a adoção da arbitragem influenciará na equação econômico-financeira, minimizando os relativos custos de transação.

Os custos da transação envolvem uma série de variáveis relativas: à razão da frequência, das incertezas e principalmente quanto à especialidade dos ativos; à forma genérica de governança (mercado, híbrida, agência privada ou agência pública), que é definida por um conjunto de características relacionadas às especificidades estruturais; aos tipos de contratos que estão diretamente associados à forma genérica de governança; ao ambiente institucional (instituições políticas e legais), que provoca alterações diretas no custo de governança²¹⁶.

Marçal Justen Filho, em comentários relativos à intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, discorre:

A questão envolve os custos de transação, tema central da moderna economia e que não pode ser ignorado pelo Direito (Público, inclusive). O preço de um produto reflete não apenas em seus custos diretos, mas também todas as despesas indiretas. A insegurança do fornecedor se

²¹⁵ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: caso dos reajustes salariais. *In*: MOTTA, Luciano Ferraz Fabrício (Coord.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 481.

²¹⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p.118.

traduz no preço por ele exigido. A ausência de segurança se traduziria na elevação do preço. Com a redução da incerteza e a proteção do particular contra eventos extraordinários viabiliza-se o pagamento do menor preço possível. A tutela à equação econômico-financeira visa a obter o menor preço possível²¹⁷.

Nessa linha, a previsão da adoção da arbitragem como método extrajudicial de solução de conflitos nos contratos de parceria público-privada importará em eficiência e economicidade administrativas. O parceiro privado, atentando-se ao fato de que a via arbitral torna o deslinde de qualquer litígio mais célere e que os responsáveis pelo julgamento da controvérsia serão mais especializados, considerando-se os aspectos técnicos do objeto do contrato, avaliará tal condição, que refletirá diretamente no custo de transação e, assim sendo, ofertará um preço menor do que aquele que seria ofertado em caso de a única solução possível para a o dissídio ser alcançada pela via judicial²¹⁸.

Ademais, ponderando-se que os contratos de parceria público-privada envolvem valores de alta monta, que geralmente constituem obrigações que se prolongam no tempo para as partes contratantes e possuem diversas especificidades, tornando-o um instrumento complexo, infere-se que há grande probabilidade de que surjam controvérsias. Na hipótese de a arbitragem ser o mecanismo eleito para dirimir as mencionadas controvérsias, os custos da transação serão indubitavelmente mais baixos.

Regis Fernandes de Oliveira, citado por Selma Lemes, em análise da utilização da arbitragem nas parcerias público-privadas, assevera:

[...] ponto importante em tal relação é a instituição da instância informal de solução de possíveis conflitos. A eventual ida ao Poder Judiciário pode levar a certa carga de instabilidade contratual, uma vez que, atualmente, as lides arrastam-se nos tribunais. Logo, cria uma esfera de insegurança²¹⁹.

Desse modo, percebe-se que a ciência do parceiro privado acerca do prazo em que será proferida a sentença arbitral, bem como de todas as características inerentes ao procedimento arbitral (regras claras, prazos preestabelecidos pelas partes, celeridade, certeza das partes relacionada à

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.294.

²¹⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do Código Civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 17.

²¹⁹ OLIVEIRA *apud* LEMES, *Op. Cit.*, 2007, p. 180.

dedicação do árbitro, confiança nos árbitros, capacidade técnica dos julgadores, entre outras), repercutirá diretamente na equação econômico-financeira e, conseqüentemente, no contrato. Tais fatores influenciam na equação como um elemento redutor dos custos de transação.

Por fim, vale mencionar que a adoção da arbitragem não exerce influência somente no âmbito do contrato de parceria público-privada celebrado, mas também alcança fatores externos, importantes para a economia. A eleição da via arbitral para dirimir dissídios, além de aumentar a confiança do investidor, pode otimizar os recursos públicos, traduzindo-se, por fim, em uma vantagem para os cidadãos. Com efeito, o fato de o Poder Judiciário não ser sobrecarregado com litígios passíveis de serem solucionados por meio de mecanismos privados também proporciona o bom funcionamento desse órgão, resultando em mais vantagens à sociedade.

Sugere-se que a arbitragem apresenta-se, portanto, como um meio eficiente de resolução de controvérsias. Alinhada ao Estado Democrático de Direito, possui como valor central a autonomia da vontade, elemento crucial à organização da sociedade e da economia contemporâneas, revelando-se um mecanismo hábil a produzir bons resultados a partir de procedimentos de base consensual.

Nesse sentido, ultrapassado o estudo teórico da utilização da arbitragem nos contratos administrativos e nos contratos de parceria público-privada, realizar-se-á, no próximo capítulo, detida análise acerca dos contratos de PPP que possuem a previsão de as controvérsias relacionadas ao objeto do contrato e da relação contratual serem dirimidas por meio da arbitragem. Não obstante, posteriormente, passar-se-á ao exame da jurisprudência nas causas em que o litígio possui em seus núcleos os contratos de parceria público-privada e a fixação da arbitragem.

5 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

A arbitragem não se apresenta como a grande solução para a crise do Poder Judiciário. O referido método heterocompositivo de resolução de litígios dedica-se a dirimir conflitos complexos. Tais conflitos, caso fossem submetidos ao Poder Judiciário, seriam deslindados sem determinados elementos, que tornariam a sua resolução mais adequada, como o julgamento especializado e a duração razoável do processo.

No entanto, como brilhantemente exposto pelo Ministro João Otávio de Noronha em notas da sessão de julgamento, a adoção da arbitragem traduz-se em um importante elemento para as contratações realizadas pela Administração Pública. Nas palavras do eminente Ministro:

No mundo moderno, no comércio internacional, não há como contratar sem cláusula de arbitragem, pois os negócios, o capital, não podem esperar a solução do judiciário. A de arbitragem inseriu o Brasil no comércio internacional, dando celeridade e tratando os temas com especificidade²²⁰.

Dessa forma, sob a ótica econômica e social, o gestor de recursos públicos deve considerar a possibilidade de adotar a arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias decorrentes dos contratos administrativos e efetivamente discipliná-la. Por todo o exposto nos capítulos anteriores, vislumbra-se que a utilização adequada do referido método importará em economia do custo de transação e, conseqüentemente, redução do custo do contrato de parceria público-privada. Não obstante, a eleição da arbitragem se alinha com a moderna auditoria de gestão pública.

Portanto, mostra-se essencial realizar o estudo comportamental da Administração Pública e dos tribunais diante da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

²²⁰ BRASIL, *Op. Cit.*, 2006b.

5.1 Estudo de contratos de parceria público-privada que preveem o uso da arbitragem

No presente item objetiva-se examinar o total de 10 contratos de parceria público-privadas, celebrados entre a Administração Pública federal (dois contratos), o Estado de Minas Gerais (quatro contratos), São Paulo (dois contratos), Rio de Janeiro (um contrato), Bahia (um contrato) e seus respectivos parceiros privados. Todos os contratos analisados aludem à possibilidade de instituição da via arbitral para dirimir litígios.

Nesse sentido, realizar-se-á uma síntese das características do contrato celebrado, indicando-se a modalidade de parceria público-privada contratada, as partes contratantes, os objetos do contrato, data da contratação, valores e prazo de duração previstos na avença, a adoção de mecanismos privados para dirimir conflitos – especialmente a arbitragem -, a forma (como se previu) a instituição da via arbitral, entre outras informações julgadas relevantes na análise em espécie.

Iniciar-se-á a investigação ora proposta pelos contratos de parceria público-privadas estaduais e, em seguida, passar-se-á à análise dos contratos celebrados no âmbito federal.

Realizou-se a escolha dos aludidos contratos pela verificação da disponibilidade das avenças nos portais de transparência dos Estados e da União Federal, bem como pela diversidade de objetos das concessões. Deu-se preferência aos contratos cujos objetos fossem diferentes e que a contratação tivesse ocorrido mais recentemente.

5.1.1 Exame de contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de Minas Gerais

O Estado de Minas Gerais é pioneiro no que se refere à utilização da contratação na modalidade de parceria público-privada, haja vista que a legislação mineira foi a primeira a disciplinar os mencionados contratos (Lei Estadual nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003), antecedendo, inclusive, a legislação federal sobre o tema.

A unidade de PPP de Minas Gerais descreve sobre os objetivos almejados pela Administração Pública estadual e sobre o modelo de governança utilizado no Estado, no tocante aos contratos de parceria público-privada. Confere-se:

Credibilidade e o adequado gerenciamento da vontade política, no seu mais alto nível, constituem os principais pilares do arranjo legal e institucional que podem impulsionar contratos tipificados como PPP. Por outro lado, a geração de capital institucional, fruto de ações transformadoras empreendidas no setor público, que venha a se associar com habilidades gerenciais encontradas na iniciativa privada, constituem a gênese conceitual das parcerias público-privadas. Trata-se de um processo complexo e de enraizamento lento nos tecidos político e econômico de várias sociedades. A análise de experiências exitosas, em países onde mais celeremente se avançou a oferta de serviços públicos e de infraestrutura pelo setor privado, traz relações importantes. Dentre essas, destaca-se aquela em que se procura consolidar modelos de governança locais capazes de lidar com as etapas do mecanismo no seu todo, abarcando desde a criação de regramento legal afeiçoado à natureza dos serviços a serem disponibilizados, passando à hierarquização das oportunidades, à modelagem dos projetos e definição de regras claras de contratação, ao correto balanceamento da matriz de compartilhamento de riscos, ao esquema de garantias até os procedimentos de cumprimento das obrigações assumidas e de fiscalização dos serviços contratados. Em outras palavras, a nosso ver, reside no modelo de governança a variável crítica determinante do sucesso ou do fracasso de Programas de PPP mundo a fora. Portanto, a lição de maior valia que advém de experiências já consolidadas e que estão a inspirar Minas Gerais reside na construção e manutenção de um sólido modelo de governança que venha fustigar a confiança de todos os atores do processo que assegure lisura e imparcialidade às decisões do administrador e que impeça o mau uso político do programa e o conseqüente desperdício de recursos públicos.²²¹.

Realizada a pertinente introdução acerca da utilização da contratação na modalidade de parceria público-privada no Estado de Minas Gerais, adentrar-se-á na detida análise dos contratos de PPP relacionados à rodovia MG-050, ao complexo penal, à Unidade de Atendimento Integrado (UAI) e, por fim, ao complexo do Mineirão.

²²¹ Texto elaborado pela Unidade PPP de Minas Gerais, extraído da Cartilha sobre o Programa PPP em Minas Gerais. Confira-se: MINAS GERAIS. **Cartilha sobre o Programa PPP em Minas Gerais**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2005.

5.1.1.1 Contrato de concessão patrocinada para a exploração da rodovia MG-050

Características gerais do contrato²²²:

- a) Contrato de concessão patrocinada nº. 007/2007 - SETOP;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão patrocinada;
- c) edital: Edital de Concorrência nº 070/2006 –Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER-MG);
- d) partes:
 - concedente: Estado de Minas Gerais;
 - concessionária: concessionária da Rodovia MG-050 S/A.;
- e) objetos do contrato: exploração da Rodovia MG-050, trecho entroncamento BR-262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis - Formiga - Pium-i - Passos - São Sebastião do Paraíso, o trecho entroncamento MG-050/ entroncamento BR-265, da BR-491 do km 0,0 ao km 4,65 e o trecho São Sebastião do Paraíso – Divisa MG/SP-da Rodovia BR-265, mediante a prestação do serviço pela concessionária, compreendendo, nos termos do contrato, a execução e a gestão dos serviços delegados; o apoio na execução dos serviços não delegados; a gestão e fiscalização dos serviços complementares;
- f) data da contratação: 21 de maio de 2007;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato é de 25 anos, contados a partir da data de transferência de controle do sistema à época existente, sendo admitida sua prorrogação em casos excepcionais, devidamente justificados, com o fim exclusivo de viabilizar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão patrocinada;
- h) valor do contrato: o valor do contrato é de R\$ 2.196.017.610,00 (dois bilhões, cento e noventa e seis milhões, dezessete mil e seiscentos e dez reais);
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:

²²²DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Contrato para a exploração da rodovia MG-050**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2007.

- inicialmente, o contrato institui uma comissão técnica para solucionar eventuais divergências técnicas acerca da execução do objeto contratual que surgirem (cláusula 68.1 e ss.). Não sendo possível alcançar a resolução da controvérsia por meio de sugestão da comissão técnica, o contrato estabelece que as partes a solucionarão por meio da arbitragem institucional (cláusula 70.1 e ss.);
- os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com a regra de arbitragem do órgão arbitral institucional ou entidade especializada (cláusula 71.2);
- há previsão no sentido de que a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato e que, do mesmo modo, a interrupção do desenvolvimento da concessão administrativa não é permitida até que haja uma decisão definitiva da matéria pelo órgão ou entidade arbitral (cláusula 70.1.2);
- o contrato estabelece que a arbitragem deva ser instituída e desenvolvida na capital do Estado, em cujo fórum serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e execução da sentença arbitral (cláusula 71.3);
- não obstante, por meio do Termo Aditivo nº 06, assinado em 1º de julho de 2013, estabeleceu-se que o procedimento arbitral deve ser realizado pela Câmara de Arbitragem Empresarial-Brasil (CAMARB) e em conformidade com regras de arbitragem em vigor da Câmara designada;
- o Termo Aditivo nº 06 dispôs sobre a composição do tribunal arbitral, que consistirá na eleição de três árbitros, sendo que cada parte poderá nomear um árbitro e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. Caso as partes não cheguem a um acordo quanto à indicação do terceiro árbitro, o mesmo será

nomeado pela Diretoria da Câmara de Arbitragem. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro julgador nomeado;

- estabeleceu-se que a sentença arbitral deverá ser prolatada no prazo máximo de 180 dias;
- instituiu-se que o procedimento arbitral deverá ser desenvolvido no idioma português e que serão aplicáveis as Leis da República Federativa do Brasil;
- em razão do princípio da publicidade, afastou-se a incidência do dispositivo do Regulamento da CAMARB que confere sigilo aos processos arbitrais;
- o Termo Aditivo nº 06 da concessão patrocinada atribuiu à concessionária os custos do procedimento de contratação da Câmara e de todo o procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final. Entretanto, dispõe que a sentença arbitral condenará o sucumbente ao pagamento das custas e honorários adiantados, podendo determinar o ressarcimento pelo poder concedente, se este for o caso, das despesas adiantadas pela concessionária;
- caso seja necessária a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, as partes poderão requerê-las diretamente ao Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser solicitadas ao árbitro;
- será competente o foro da comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do contrato, assim como para apreciar as medidas judiciais coercitivas e de urgência ou a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/96;

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (SETOP), celebrada na modalidade de concessão patrocinada, mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência (Edital de Concorrência nº 070/2006),

delegou à concessionária da Rodovia MG-050 S/A. (Sociedade de Propósito Específico) a exploração da Rodovia MG-050, trecho entroncamento BR-262 (Juatuba) - Itaúna - Divinópolis - Formiga – Pium- i - Passos - São Sebastião do Paraíso, o trecho entroncamento MG-050/ entroncamento BR-265, da BR-491 do km 0,0 ao km 4,65 e o trecho São Sebastião do Paraíso - Divisa MG/SP-da Rodovia BR-265, mediante a prestação do serviço pela concessionária, compreendendo, nos termos do contrato, a execução e a gestão dos serviços delegados; o apoio na execução dos serviços não delegados; a gestão e fiscalização dos serviços complementares, pelo prazo de 25 anos, contados a partir da data de transferência de controle do sistema à época existente.

Como geralmente se observa nos contratos de parcerias público-privadas, o objeto do contrato envolve valores elevados. No caso em tela, o valor do contrato foi inicialmente estabelecido em R\$ 2.196.017.610,00 (dois bilhões, cento e noventa e seis milhões, dezessete mil e seiscentos e dez reais).

O contrato de parceria público-privada ora analisado prevê dois mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro é destinado aos deslindes de conflitos que tenham natureza técnica. Portanto, o contrato previu a instituição de uma comissão técnica composta de três membros efetivos e três membros suplentes, que será competente para emitir pareceres fundamentados sobre questões submetidas pelo poder concedente ou pela concessionária, relativamente a divergências que venham a surgir quanto aos aspectos técnicos da concessão administrativa. O segundo mecanismo de solução de controvérsias eleito é a arbitragem.

A redação da cláusula compromissória não recebeu destaque (negrito). Deve-se atentar para o entendimento de alguns autores, como Carlos Alberto Salles, de que a cláusula arbitral deve ser redigida em destaque gráfico (negrito) no instrumento editalício e no contrato, tal como previsto no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/1996, nos casos em que o contrato de adesão estabelece a arbitragem como meio de solução de conflitos²²³. No entanto, como o entendimento defendido na presente pesquisa é de que os contratos administrativos não possuem a natureza de adesão, discorda-se que a ausência de destaque da cláusula compromissória torna ineficaz a instituição da arbitragem.

²²³SALLES, *Op. Cit.*, 2011, p.271-272.

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, em língua portuguesa. Tais elementos estão alinhados à previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/0204, que estabelece como pressuposto à instituição da arbitragem que o procedimento seja desenvolvido no Brasil e em língua portuguesa.

Observa-se que, inicialmente, o contrato de concessão patrocinada pouco dispunha acerca da resolução de litígios pela via arbitral, motivo pelo qual a previsão mostrou-se insuficiente. O instrumento contratual restou omissivo quanto a pontos elementares à instituição da arbitragem, como em relação ao número de árbitros, forma de eleição dos mesmos, incumbências relativas à estruturação do tribunal arbitral, adiantamento de despesas, sucumbência, a adoção de medidas de urgência e acerca da restrição à confidencialidade.

Provavelmente por essa razão a Administração Pública, depois de seis anos da celebração do contrato de concessão patrocinada, elaborou o Termo Aditivo nº 06, que eficientemente disciplinou a utilização da arbitragem como meio de resolução de controvérsias advindas do contrato de parceria público-privada.

O Termo Aditivo nº 06 previu a utilização da CAMARB e estabeleceu que o procedimento arbitral devesse ser realizado em conformidade com as regras de seu regulamento. Estabeleceu-se, ainda, que em caso de conflito das regras previstas na avença e no Regulamento da CAMARB, prevalecerá o conteúdo disposto no regulamento da aludida Câmara arbitral, desde que em observância aos preceitos dispostos na Lei nº 9.307/1996 e na Lei estadual nº 19.477/2011. A opção realizada pela Administração apresenta-se como a mais acertada, haja vista que inovações no regulamento da Câmara arbitral eventualmente poderão colidir com as previsões dispostas na avença, principalmente porque o contrato ora analisado terá os seus efeitos prolongados no tempo. Dessa forma, não sendo possível identificar irregularidades (conflitos legais) no regramento da Câmara arbitral escolhida para deslindar o litígio, não há porque afastá-lo.

Em conformidade com a Lei estadual nº 19.477/2011, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, o contrato de concessão patrocinada adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada. A opção realizada pela Administração

Pública estadual atribui mais segurança às partes no tocante ao procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados, propiciando fluidez e assegurando a regularidade nos procedimentos.

O Termo Aditivo prevê, ainda, a composição do tribunal arbitral, que será de três membros titulares e 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. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Neste ponto, merece destaque a importância de o contrato prever antecipadamente a forma de estruturação do tribunal arbitral, evitando que somente após a eclosão do dissídio as partes atentem para esse crucial elemento. Ademais, o fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal, composto de árbitros escolhidos pelas partes, consequentemente atribui mais segurança aos litigantes.

Estabeleceu-se que a concessionária deverá arcar com o custo de contratação da entidade responsável pelo julgamento das controvérsias, bem como por todo o custo do procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final, independentemente da parte que solicitar o início da arbitragem.

No tocante à sucumbência, optou-se por a sentença arbitral dispor sobre a matéria, autorizando-se, inclusive, que o tribunal arbitral determine o ressarcimento pelo poder concedente das despesas adiantadas pela concessionária.

No presente contrato disciplinou-se acerca da obtenção de medidas coercitivas e de urgência, em momento anterior e posterior à constituição do tribunal arbitral. Nos termos da avença, as partes requererão as aludidas medidas diretamente ao Poder Judiciário, caso seja verificada a necessidade de sua implementação antes da instauração do procedimento arbitral. Após a instauração do procedimento arbitral, os litigantes deverão requerê-las ao tribunal arbitral, que as solicitará ao juiz estatal competente caso considere necessária. Tal disposição contratual encontra-se alinhada aos arts. 22-Ae 22-B da Lei nº 13.129/2015.

Apesar de a Administração não ter atribuído ao tribunal arbitral a competência para julgamento de concessão de medidas urgentes durante o desenvolvimento do procedimento, compartilha-se no presente estudo o entendimento de que a melhor diretriz é de que a avença disponha previamente

sobre todos os pontos fundamentais à instituição e desenvolvimento do procedimento arbitral. Além disso, medidas coercitivas somente poderão ser de fato implementadas pelo Poder Judiciário, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer desvantagem em relação à previsão contratual de obtenção de medidas urgentes.

Por fim, a avença analisada estabeleceu a competência do foro da comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do contrato, assim como para apreciar as medidas judiciais coercitivas e de urgência ou a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/96.

Nesse sentido, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado na modalidade de concessão patrocinada, após a celebração do Termo de Aditamento nº 06, abordou os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsias.

A Administração Pública estadual, identificando o equívoco cometido no instrumento contratual originário, especialmente no que se refere à abstenção de abordagem de elementos importantes à instituição e ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral, perseguindo os interesses públicos primários, realizou o aditamento contratual, disciplinando as questões omissas.

5.1.1.2 Contrato de concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal na região metropolitana de Belo Horizonte

Características gerais do contrato²²⁴:

- a) Contrato de concessão administrativa nº 336039.54.1338.09;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência nº 01/2008 –Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico (SEDES);
- d) partes:

²²⁴MINAS GERAIS.Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico. **Contrato para a construção e gestão de complexo penal na região metropolitana de Belo Horizonte**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2009.

- concedente: Estado de Minas Gerais;
 - concessionária: empresa Gestores Prisionais Associados S/A. – GPA;
- e) objetos do contrato: construção e gestão do complexo penal;
- f) data da contratação: 16 de junho de 2009;
- g) prazo de duração: 27 anos a contar da data da assinatura do contrato, podendo ser prorrogado a pedido da concessionária, com antecedência mínima de 12 meses;
- h) valor do contrato: o valor estimado do contrato é de R\$2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e setecentos e oitenta reais);
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- Inicialmente, o contrato institui uma comissão técnica para solucionar eventuais divergências técnicas acerca da execução do objeto contratual que surgirem (cláusula 35). Não sendo possível alcançar a resolução da controvérsia por meio de sugestão da comissão técnica, o contrato estabelece que as partes a solucionarão de maneira amigável, por meio de notificação e sugestão para deslinde do conflito (cláusula 36). No entanto, verificando-se a permanência da situação conflituosa, dar-se-á início ao processo de arbitragem (cláusula 36.4.1);
 - a cláusula 37.1 prevê, por sua vez, que as disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas e cuja apreciação não seja de competência exclusiva do Poder Judiciário serão definitivamente dirimidas por meio da arbitragem, em observância ao art.13 da Lei Estadual nº 14.868/03;
 - há também previsão no sentido de que a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato e que, do mesmo modo, a interrupção do desenvolvimento da concessão administrativa não é permitida até que haja decisão definitiva da matéria pelo órgão ou entidade arbitral (cláusulas 37.1.1 e 37.1.2);

- o contrato de parceria público-privada dispõe que o órgão ou entidade designado para o julgamento da controvérsia será contratado pelo Estado de Minas Gerais e que atuará exclusivamente para o julgamento do litígio para o qual foi escolhido, devendo o poder concedente realizar novas contratações para eventuais deslindes futuros de disputas (cláusulas 37.2 e 37.2.1);
- o contrato estabelece, ainda, a composição do tribunal arbitral, que consistirá na eleição de três árbitros, sendo que cada parte poderá nomear um árbitro e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. Caso as partes não cheguem a um acordo quanto à indicação do terceiro árbitro, o mesmo será nomeado pelo órgão ou entidade arbitral contratado. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro julgador nomeado, nos termos das cláusulas 37.3 e 37.3.1;
- no tocante à arbitragem, a avença ressalta a importância de que os árbitros sejam profissionais que não possuam vínculo profissional com as partes, não estando enquadrados nas hipóteses de suspeição e impedimentos previstas no Código de Processo Civil e que a sua atuação deverá ser pautada na imparcialidade, competência e descrição, aplicando-lhes, no que couber, o disposto no capítulo III, da Lei de Arbitragem (cláusula 37.3.2);
- o procedimento arbitral deverá ser desenvolvido em observância às regras de arbitragem do órgão arbitral designado e conduzido na língua portuguesa (cláusula 37.4);
- o local de instituição e desenvolvimento da arbitragem será na cidade de Belo Horizonte, que também será o foro competente para o ajuizamento de eventuais ações judiciais, necessárias para assegurar o desenvolvimento do processo e a execução da sentença arbitral (cláusula 37.5);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Defesa Social (SEDES), celebrada na modalidade de concessão administrativa, que atendendo ao interesse público e mediante licitação (Processo Licitatório nº 020/2008), na modalidade de concorrência (Concorrência Internacional nº 01/2008), delegou à concessionária Empresa Gestores Prisionais Associados S/A. – GPA (sociedade de propósito específico), a construção e a gestão do complexo penal, pelo prazo de 27 anos, contados a partir da data da assinatura do contrato de PPP.

Como geralmente se observa nos contratos de parcerias público-privadas, o objeto do contrato envolve valores elevados. No caso em tela, o valor do contrato foi estimado em R\$2.111.476.080,00 (dois bilhões, cento e onze milhões, quatrocentos e setenta e seis mil e setecentos e oitenta reais), calculados com base no teto do valor da vaga/dia (R\$75,00 – setenta e cinco reais) disponibilizada e ocupada em unidade de regime fechado ao longo do período de concessão administrativa.

O contrato de parceria público-privada ora analisado prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro é destinado aos deslindes de conflitos que tenham natureza técnica. Portanto, o contrato previu a instituição de uma comissão técnica, composta de três membros efetivos e três membros suplentes, que será competente para emitir pareceres fundamentados sobre questões submetidas pelo poder concedente ou pela concessionária, relativamente a divergências que venham a surgir quanto aos aspectos técnicos da concessão administrativa. O segundo mecanismo consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O terceiro e último mecanismo previsto para dirimir os litígios oriundos do contrato é a arbitragem e, por ser um dos temas centrais do presente estudo, será analisado de forma mais minuciosa.

O contrato de concessão administrativa prevê, por meio de cláusula arbitral, a utilização da arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou

entidade especializada. Tal característica atribui mais segurança às partes no tocante ao procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados, propiciando fluidez e assegurando a regularidade nos procedimentos.

A redação da cláusula compromissória, assim como no contrato anteriormente analisado, não recebeu destaque gráfico (negrito).

De acordo com a avença ora examinada, o procedimento arbitral deverá ser desenvolvido por três árbitros, sendo que cada parte nomeará um julgador e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. O fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal, composto de árbitros escolhidos pelas partes, além de também conferir mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, traduz-se em um julgamento ainda mais técnico, reforça a confiança das partes no órgão julgador e prestigia a consensualidade e a autonomia de vontade.

Não obstante, restou claro no instrumento contratual que o procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado. Neste ponto, vale ressaltar que o Estado de Minas Gerais realizou a opção correta, haja vista não ser recomendável a utilização de regras de determinada câmara ou órgão para aplicação em procedimento arbitral a ser desenvolvido por outra²²⁵.

Vislumbra-se que foi atribuída ao poder concedente a obrigação de contratar a entidade responsável pelo julgamento das controvérsias e que a mesma atuará exclusivamente para o julgamento do litígio para o qual foi escolhida, devendo o Estado de Minas Gerais realizar novas contratações para eventuais deslindes futuros de disputas. A mencionada disposição demonstrou a preocupação da Administração Pública em contratar a câmara mais adequada ao deslinde do litígio, tanto no que se refere ao custo, quanto à especialidade técnica. Ademais, a contratação de uma entidade a cada surgimento de controvérsia poderá colaborar para que não ocorram as situações previstas nos

²²⁵ Nesse sentido leciona Pedro Antônio Martins: “Não se iludam. Não se recomenda o cruzamento procedimento-órgão institucional. Explico: evite aplicar em uma Câmara de Arbitragem o regulamento de outro órgão. Circunstância aparentemente inofensiva pode terminar em grave patologia.” MARTINS, *Op. Cit.*, 2008, p. 236.

arts. 134, 135 e 136 do Código de Processo Civil²²⁶, relativas a impedimentos e suspeição.

O contrato de concessão administrativa para a construção e gestão do complexo penal também previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, em língua portuguesa. Tais elementos estão em perfeita consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece como pressuposto à instituição da arbitragem que o procedimento seja desenvolvido no Brasil e em língua portuguesa.

Em termos gerais, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado para viabilizar a construção e gestão do complexo penal na região metropolitana de Belo Horizonte possui uma previsão apropriada acerca da utilização da arbitragem, visto que disciplinou os principais pontos inerentes à submissão de litígio ao procedimento arbitral. Todavia, as cláusulas que disciplinaram a matéria na avença deixaram de prever sobre elementos também relevantes, como a sucumbência, as medidas de urgência e sobre a publicidade mitigada.

A omissão do contrato a respeito da sucumbência é um defeito facilmente sanável. O próprio tribunal arbitral designado para julgar o litígio, ao proferir a sentença, disporá sobre o ônus da sucumbência.

A publicidade mitigada também poderá ser convencionada pelas partes até depois da instituição do procedimento arbitral. Na opinião de Carlos Alberto Salles, isso seria, inclusive, o mais adequado, visto que os contratantes teriam a dimensão correta da extensão da controvérsia e poderiam conciliar o princípio constitucional a uma das características principais da arbitragem, que é a confidencialidade²²⁷. Entretanto, caso as partes nada convençionem sobre a questão, a regra será que o procedimento arbitral seja desenvolvido sob a égide da máxima publicidade, conforme previsão do art. 2º, §3º da Lei nº 13.129/2015.

A omissão que refletiria o maior potencial de gerar conflitos relaciona-se às medidas de urgência. Conforme exposto no item 3.2.7 do presente estudo, a discussão doutrinária acerca da necessidade de as partes atribuírem ao juízo

²²⁶ Na Lei nº 13.105/2015, as disposições relativas a impedimento e suspeição encontra-se previstas nos arts. 144, 145, 146 e 147.

²²⁷SALLES, *Op. Cit.*, 2011, p.283-285.

arbitral a competência para conceder medidas urgentes pode gerar nulidade de atos. Portanto, nesse ponto seria mais adequado que o contrato de concessão administrativa tivesse abordado o tema, ainda que considerada a disposição dos arts. 22-Ae 22-B da Lei nº 13.129/2015.

5.1.1.3 Contrato de concessão administrativa para a implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI)

Características gerais do contrato²²⁸:

- a) Contrato de concessão administrativa nº 9001375/2011;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência nº 001/2010 –Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG);
- d) partes:
 - concedente: Estado de Minas Gerais;
 - concessionária: Minas Cidadão Centrais de Atendimento S/A.;
- e) objetos do contrato: implantação, operação, manutenção e gestão de UAIs localizadas nos Municípios de Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberlândia e Varginha;
- f) data da contratação: dado não disponível;
- g) prazo de duração: a duração do contrato será de 20 anos, contados a partir da data de sua publicação, podendo ser prorrogado até o limite legal;
- h) valor do contrato: o valor do contrato é de R\$ 311.121.048,00 (trezentos e onze milhões, cento e vinte e um mil e quarenta e oito reais);
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
 - O contrato prevê que as partes solucionarão amigavelmente as controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto

²²⁸MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e GESTÃO. **Contrato para implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI)**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2011.

- da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A mencionada notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. No entanto, as controvérsias ou disputas decorrentes da avença ou a ela relacionadas e que não puderam ser resolvidas amigavelmente entre partes, desde que sua apreciação não seja de competência exclusiva do Poder Judiciário, serão definitivamente dirimidas por meio da arbitragem;
- há também previsão no sentido de que a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato e que, do mesmo modo, a interrupção do desenvolvimento da concessão administrativa não é permitida até que haja decisão definitiva da matéria pelo órgão ou entidade arbitral (cláusulas 29.1.1 e 29.1.2);
 - o contrato estabelece, ainda, a composição do tribunal arbitral, que consistirá na eleição de três árbitros, sendo que cada parte poderá nomear um árbitro e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. Caso as partes não cheguem a um acordo quanto à indicação do terceiro árbitro, o mesmo será nomeado pelo órgão ou entidade arbitral contratado. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro julgador nomeado, nos termos das cláusulas 29.2, 29.2.1 e 29.2.2;
 - No tocante à arbitragem, a avença ressalta a importância de que os árbitros sejam profissionais que não possuam vínculo profissional com as partes, não estando enquadrados nas hipóteses de suspeição e impedimentos previstas no Código de Processo Civil e que a sua atuação deverá ser pautada na imparcialidade, competência e descrição, aplicando-lhes, no que couber, o disposto no capítulo III, da Lei de Arbitragem (cláusula 29.2.3);

- o procedimento arbitral deverá ser realizado em conformidade com regras de arbitragem em vigor da CAMARB e conduzido na língua portuguesa. O contrato autoriza, ainda, que as partes escolham órgão ou entidade arbitral distinto da CAMARB, desde que haja concordância mútua. Não havendo concordância para a escolha de outro órgão ou entidade arbitral, a Câmara responsável pelo desenvolvimento do procedimento arbitral será necessariamente a CAMARB (cláusulas 29.3, 29.3.1 e 29.3.2);
- o contrato de concessão administrativa atribui à concessionária os custos do procedimento de contratação da Câmara e de todo o procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final, independentemente da parte que solicitar o início da arbitragem (cláusula 29.4);
- de acordo com a avença, após a prolação da sentença arbitral, tendo sido esta inteiramente desfavorável ao poder concedente, este deverá reembolsar a concessionária pelas despesas incorridas, podendo fazê-lo por meio do acréscimo do valor devido na contraprestação pecuniária. Na hipótese de sucumbência parcial de ambas as partes, as despesas decorrentes do procedimento arbitral serão rateadas conforme indicado na sentença arbitral (cláusulas 29.4.1 e 29.4.2);
- o acordo estabelece que cada uma das partes arcará com seus próprios custos referentes a honorários advocatícios e autoriza, ainda, que a sentença arbitral disponha sobre a alocação e razoabilidade dos custos incorridos (cláusulas 29.4.3 e 29.4.4);
- o contrato de parceria público-privada dispõe que o órgão ou entidade designado para o julgamento da controvérsia será contratado exclusivamente para o julgamento do litígio para o qual foi escolhido, devendo novas contratações serem realizadas para a resolução de futuros dissídios (cláusula 29.5.1);
- a arbitragem terá lugar na cidade de Belo Horizonte, capital de Minas Gerais, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as

ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral (cláusula 29.6).

- por fim, o instrumento contratual dispõe que as partes renunciaram a qualquer outro tribunal que de outra forma teria competência para julgar qualquer matéria submetida à arbitragem (cláusula 29.6.1);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG), celebrada na modalidade de concessão administrativa, que atendendo ao interesse público e mediante licitação, na modalidade de concorrência (Edital de Concorrência nº 001/2010), delegou à concessionária Minas Cidadão Centrais de Atendimento S/A. (sociedade de propósito específico), a implantação, gestão, operação e manutenção de UAIs localizadas nos Municípios de Betim, Governador Valadares, Juiz de Fora, Montes Claros, Uberlândia e Varginha, pelo prazo de 20 anos, contados a partir da publicação do contrato.

Em conformidade com o art. 2º, §4º, I da Lei nº 11.079/2004, o valor do contrato é de R\$ 311.121.048,00 (trezentos e onze milhões, cento e vinte e um mil e quarenta e oito reais), portanto, um montante bem superior ao mínimo legal imposto no aludido dispositivo.

O contrato de parceria público-privada ora analisado prevê, diferentemente do primeiro contrato analisado (contrato de construção e gestão do complexo penal), apenas dois mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O segundo e último mecanismo previsto para dirimir os litígios oriundos do contrato é arbitragem. Neste ponto, o presente contrato inovou em algumas disposições e foi menos omisso quando comparado ao anterior estudado. Confira-se a análise mais cuidadosa acerca do tema adiante.

O contrato de concessão administrativa prevê, por meio de cláusula arbitral, a utilização da arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada. Além de tal característica atribuir mais segurança às partes no tocante ao procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados, propiciando fluidez e assegurando a regularidade nos procedimentos, a Lei Estadual nº 19.477/2011, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, determina que seja instituído exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional (art. 4º da Lei nº 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais).

A redação da cláusula compromissória, assim como no contrato anteriormente analisado, não recebeu destaque (negrito).

De acordo com a avença sob exame, o procedimento arbitral deverá ser desenvolvido por três árbitros, sendo que cada parte nomeará um julgador e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. O fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal, composto de árbitros escolhidos pelas partes, além de também conferir mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, traduz-se em um julgamento ainda mais técnico, reforça a confiança das partes no órgão julgador e prestigia a consensualidade e a autonomia de vontade.

O contrato de concessão previu a utilização da CAMARB e que o procedimento arbitral deverá ser realizado em conformidade com regras de arbitragem em vigor da referida Câmara. No entanto, o contrato autoriza, ainda, que as partes escolham órgão ou entidade arbitral distinto da CAMARB, desde que haja concordância mútua. Não havendo concordância para a escolha de outro órgão ou entidade arbitral, a Câmara responsável pelo desenvolvimento do procedimento arbitral será necessariamente a CAMARB. As disposições quanto a essas questões restaram um pouco confusas. No caso de a Câmara utilizada ser de fato a CAMARB, não se verifica qualquer problema. Entretanto, no caso de ser designada outra entidade para julgar o litígio, o contrato não foi suficientemente claro sobre quais regras procedimentais serão utilizadas. Conforme indicado na análise anterior, a utilização de regras de determinada câmara ou órgão para aplicação em procedimento arbitral a ser desenvolvido por outra não é recomendável. Assim, o mais correto seria que o contrato tivesse sido disposto de

modo semelhante ao instrumento contratual anteriormente analisado, deixando claro que o procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado.

Vislumbra-se que foi atribuída à concessionária a obrigação de arcar com o custo de contratação da entidade responsável pelo julgamento das controvérsias, bem com todo o custo do procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final, independentemente da parte que solicitar o início da arbitragem.

Também há previsão de que a Câmara ou órgão contratado atuará exclusivamente para o julgamento do litígio para o qual foi escolhido, devendo a concessionária realizar novas contratações para eventuais deslindes futuros de disputas. A mencionada disposição demonstrou a preocupação da Administração Pública em contratar a câmara mais adequada ao deslinde do litígio, tanto no que se refere ao custo, quanto à especialidade técnica. Ademais, a contratação de um órgão a cada surgimento de controvérsia poderá colaborar para que não ocorram as situações previstas nos arts. 134, 135 e 136 do Código de Processo Civil, relativas a impedimentos e suspeição.

O contrato ora analisado dispõe acerca da sucumbência. De acordo com a avença, após a prolação da sentença arbitral, tendo sido esta inteiramente desfavorável ao poder concedente, este deverá reembolsar a concessionária pelas despesas incorridas, podendo fazê-lo por meio do acréscimo do valor devido na contraprestação pecuniária. Na hipótese de sucumbência parcial de ambas as partes, as despesas decorrentes do procedimento arbitral serão rateadas conforme indicado na sentença arbitral.

Cada uma das partes arcará com seus próprios custos referentes a honorários advocatícios e a sentença arbitral poderá dispor sobre a alocação e razoabilidade dos custos incorridos.

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, em língua portuguesa. Tais elementos estão em perfeita consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece como pressuposto à instituição da arbitragem que o procedimento seja desenvolvido no Brasil e em língua portuguesa.

Por fim, o instrumento contratual dispõe que as partes renunciem a qualquer outro tribunal que de outra forma teria competência para julgar matéria que possa ser dirimida por meio da arbitragem. Nesse aspecto, o entendimento defendido na presente pesquisa é de que a referida disposição, apesar de não atribuir expressamente ao tribunal arbitral a competência para julgar a concessão de medidas urgentes, por renunciar à competência de qualquer tribunal estatal para julgá-la, acaba por assentar que eventual medida assecuratória seja requerida perante a entidade arbitral designada.

Desse modo, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado para viabilizar a implantação, gestão, operação e manutenção de UAls possui uma previsão apropriada acerca da utilização da arbitragem, visto que disciplinou os principais pontos inerentes à submissão de litígio ao procedimento arbitral. Todavia, as cláusulas que disciplinaram a matéria na avença deixaram de prever, sobretudo, sobre a publicidade mitigada.

A maior crítica relativa ao presente contrato relaciona-se à redação da cláusula 29.3, responsável por instituir o regramento que disciplinará o procedimento arbitral, conforme pontuado oportunamente. Tal disposição poderá gerar dificuldades no desenvolvimento do processo arbitral, caso sejam utilizadas as regras da CAMARB para julgamento de procedimento instituído em órgão diverso. Verificando-se dificuldade em identificar qual instituição deveria conduzir os procedimentos (se a CAMARB ou outra escolhida), a sentença poderá ser anulada²²⁹.

²²⁹ Mariana Cattel Gomes Alves e Adriane Nakagawa Baptista afirmam que, no caso *WünscheHandelsgesellschaft vs. Coop.S. Maria*, a requerida S. Maria, depois de proferida a sentença arbitral, “buscou a anulação da arbitragem administrada pela Associação de Arbitragem de Hamburgo. O fundamento utilizado foi a ‘indeterminação da cláusula arbitral’, que não permitiria identificar qual instituição deveria conduzir os procedimentos. A cláusula remetia-se a duas instituições, e com base nisso os Tribunais Superiores alemães deram provimento ao pleito anulatório”. (ALVES, Mariana Cattel Gomes; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. *Arbitragem institucional ou ad hoc*. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Coords.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.23).

5.1.1.4 Contrato de concessão administrativa para operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão

Características gerais do contrato²³⁰:

- a) Contrato de concessão administrativa nº: dado não disponível;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência nº 02/2010 –Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão (SEPLAG);
- d) partes:
 - concedente: Estado de Minas Gerais;
 - concessionária: Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S/A.;
- e) objetos do contrato: operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão;
- f) data da contratação: 21 de dezembro de 2010;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato é de 27 anos, contados a partir da data de sua assinatura, condicionada sua eficácia à publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais. Poderá haver prorrogação da vigência do contrato até o prazo de 35 a requerimento da concessionária, desde que realizado com antecedência mínima de 12 meses;
- h) valor do contrato: o valor do contrato foi estimado em R\$771.739.248,13 (setecentos e setenta e um milhões, setecentos e trinta e nove mil, duzentos e quarenta e oito reais e treze centavos);
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
 - Inicialmente, o contrato estabelece que as partes solucionem as controvérsias de maneira amigável, por meio de notificação e envio de sugestão para deslinde do conflito (cláusulas 37.1 e ss.).

²³⁰ MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Contrato para operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2010.

Persistindo o dissídio, o contrato de concessão administrativa institui a mediação como método de solução do litígio. Por esse mecanismo, eventuais divergências de natureza técnica acerca da interpretação ou execução da avença, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, poderão ser dirimidas por um comitê de mediação especialmente constituído (cláusulas 38.1 e ss.). Prejudicado o procedimento de mediação, qualquer das partes poderá submeter a controvérsia ao juízo arbitral ou ao Judiciário, conforme o caso. O contrato estabelece previamente a competência do tribunal arbitral, que deverá ser instituído para julgar as seguintes matérias: 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; reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual por quaisquer das partes; acionamento dos mecanismos de garantia previstos no contrato; valor da indenização no caso de extinção da avença; e inconformismo de quaisquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação ou dos Comitês de Governança (cláusulas 39.1 e ss.);

- o contrato estabelece, ainda, que as partes poderão, em acordo mútuo, submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas à interpretação ou execução do contrato, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral (cláusula 39.3);
- há também previsão no sentido de que a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato e que, do mesmo modo, a interrupção do desenvolvimento da concessão administrativa não é permitida até que haja uma decisão definitiva da matéria pelo órgão ou entidade arbitral (cláusulas 39.2 e 39.2.1);
- a arbitragem será instaurada e administrada pela CAMARB, conforme as regras de seu regulamento, devendo ser realizada na cidade de Belo Horizonte, em língua portuguesa e aplicar o Direito

brasileiro. O contrato autoriza, ainda, que as partes escolham órgão ou entidade arbitral distinto da CAMARB, desde que a escolha seja realizada em comum acordo (cláusulas 39.4 e 39.4.1);

- o contrato de concessão administrativa atribui à concessionária os custos do procedimento de contratação da Câmara e de todo o procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final, independentemente da parte que solicitar o início da arbitragem (cláusula 39.5);
- de acordo com a avença, após a prolação da sentença arbitral, tendo sido esta inteiramente desfavorável ao poder concedente, este deverá reembolsar a concessionária pelas despesas incorridas, podendo fazê-lo por meio do acréscimo do valor devido na contraprestação pecuniária. Na hipótese de sucumbência parcial de ambas as partes, as despesas decorrentes do procedimento arbitral serão rateadas conforme indicado na sentença arbitral (cláusulas 39.5.1 e 39.5.2);
- o contrato estabelece que cada uma das partes arcará com seus próprios custos referentes a honorários advocatícios e autoriza, ainda, que a sentença arbitral disponha sobre a alocação e razoabilidade dos custos incorridos (cláusulas 39.5.3 e 39.5.4);
- não obstante, sem prejuízo da ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/1996, a parte que recusar a assinatura do compromisso arbitral, após devidamente intimada, incorrerá em multa por dia de atraso (cláusula 39.6);
- o tribunal arbitral será composto de três membros titulares e 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 anos e registro profissional no Brasil na especialidade objeto de controvérsia. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro (cláusula 39.7);

- 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 art. 22, § 4º da Lei Federal nº 9.307/96 (cláusula 39.8);
- será competente o foro da comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do contrato, assim como para apreciar as medidas judiciais coercitivas e de urgência ou a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/1996 (cláusula 39.9);
- por fim, o instrumento contratual dispõe que as decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes (cláusulas 39.10);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de Minas Gerais, por intermédio da SEPLAG, celebrada na modalidade de concessão administrativa, que diante da escolha, por parte da *Federation Internacional de Football Association* (FIFA), da cidade de Belo Horizonte como uma das sedes da Copa do Mundo FIFA 2014 e da indicação do Estádio Governador Magalhães Pinto – Mineirão como local das partidas da Copa do Mundo FIFA 2014 a serem disputadas na cidade, mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência (Edital de Concorrência nº 02/2010), delegou à concessionária Minas Arena – Gestão de Instalações Esportivas S/A. (sociedade de propósito específico) a operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão, pelo prazo de 27 anos, contados a partir da data de sua assinatura, condicionada sua eficácia à publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais.

Como geralmente se observa nos contratos de parcerias público-privadas, o objeto do contrato envolve valores elevados. No caso em tela, o valor do contrato foi estimado em R\$771.739.248,13 (setecentos e setenta e um

milhões, setecentos e trinta e nove mil, duzentos e quarenta e oito reais e treze centavos).

O contrato de parceria público-privada ora analisado prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O segundo indica a mediação como método de solução do litígio. Por esse mecanismo, eventuais divergências de natureza técnica, acerca da interpretação ou execução da avença, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, poderão ser dirimidas por um comitê de mediação especialmente constituído. Finalmente, o terceiro mecanismo de solução de controvérsias eleito é a arbitragem. Nota-se que nesse contrato a Administração Pública optou por indicar expressamente as matérias em que os litígios a elas relacionados deverão ser necessariamente submetidos à arbitragem. Nesse sentido, qualquer dissídio que verse sobre matérias não indicadas na avença como de competência de julgamento do tribunal arbitral poderão ainda ser dirimidas pela via arbitral, desde que as partes, em acordo mútuo, delimitem claramente o seu objeto no compromisso arbitral. Não havendo acordo, a controvérsia, ainda que relacionada a direito de natureza patrimonial disponível, deverá ser submetida ao Poder Judiciário.

No tocante às matérias listadas como de “competência privativa” do juízo arbitral, considera-se que estão em conformidade com o art. 1º da Lei de Arbitragem e poderão ser dirimidas por meio de procedimento arbitral, já que se relacionam a direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, deverá ser realizada cuidadosa análise no que se referir ao inconformismo de quaisquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação ou dos Comitês de Governança. Tal decisão poderá versar sobre direitos de qualquer natureza. Portanto, a Administração deverá ficar atenta para identificar os dissídios que possuam natureza patrimonial disponível.

Nesse ponto, critica-se, ainda, a opção de a Administração Pública ter incluído o inconformismo de quaisquer das partes com a decisão do Comitê de Mediação ou dos Comitês de Governança como matéria a ser obrigatoriamente dirimida por meio da arbitragem. Ora, como os conflitos deverão ser resolvidos inicialmente de maneira amigável pelas partes e se persistindo o dissídio o mesmo deverá ser submetido ao Comitê de Mediação, naturalmente qualquer litígio estaria obrigatoriamente, em última análise, sujeito a julgamento pela via arbitral. Portanto, tal disposição mostrou-se ambígua, podendo causar a nulidade da instituição e desenvolvimento de determinado procedimento (judicial ou arbitral).

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque (negrito).

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Belo Horizonte, capital do Estado de Minas Gerais, em língua portuguesa. Tais elementos estão em perfeita consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004, que estabelece como pressuposto à instituição da arbitragem que o procedimento seja desenvolvido no Brasil e em língua portuguesa.

Assim como se verificou no contrato anteriormente analisado, o contrato de concessão do complexo do Mineirão previu a utilização da CAMARB e estabeleceu que o procedimento arbitral deveria ser realizado em conformidade com as regras de seu regulamento. No entanto, o próprio contrato autoriza, ainda, que as partes escolham órgão ou entidade arbitral distinto da CAMARB, desde que haja concordância mútua. As disposições quanto a essas questões, tal como ressaltado no item anterior, restaram confusas. Dessa forma, havendo designação de nova Câmara ou entidade para o julgamento do litígio, o mais indicado é que as partes também adotem o seu respectivo regulamento, evitando-se que determinado órgão desenvolva o procedimento sob o regramento de outra Câmara.

O contrato de concessão administrativa adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada. Além de tal característica atribuir mais segurança às partes no tocante ao procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados,

propiciando fluidez e assegurando a regularidade nos procedimentos, a Lei Estadual nº 19.477/2011, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, determina que seja instituído exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional (art. 4º da Lei nº 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais).

De acordo com a avença sob exame, o tribunal arbitral será composto por três membros titulares e 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 anos e registro profissional no Brasil na especialidade do objeto de controvérsia. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. O fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal composto de árbitros escolhidos pelas partes, além de conferir mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, traduz-se em um julgamento ainda mais técnico, reforça a confiança das partes no órgão julgador e prestigia a consensualidade e a autonomia de vontade. Notadamente, a imposição de que o presidente do tribunal possua ao menos 10 anos de experiência e esteja registrado no Brasil na especialidade do objeto de controvérsia reafirma a capacidade técnica do árbitro e agrega mais segurança aos litigantes. Indubitavelmente, a Administração Pública buscou resolver o conflito da maneira mais eficiente e segura possível.

A concessionária deverá arcar com o custo de contratação da entidade responsável pelo julgamento das controvérsias, bem como por todo o custo do procedimento arbitral até que seja prolatada a sentença final, independentemente da parte que solicitar o início da arbitragem.

No contrato de concessão administrativa do complexo do Mineirão o administrador optou por não prever que a Câmara ou órgão contratado atuaria exclusivamente para o julgamento do litígio para o qual foi escolhido. Acredita-se que tal disposição era benéfica às partes, principalmente diante da possibilidade de ser contratado o órgão mais adequado ao deslinde do litígio, tanto no que se refere ao custo, quanto à especialidade técnica.

No mesmo sentido do contrato destinado à implantação e gestão das UAIs, o contrato destinado a viabilizar a construção, reforma e operação do complexo do Mineirão dispõe acerca da sucumbência. De acordo com a avença, após a prolação da sentença arbitral, tendo sido esta inteiramente desfavorável

ao poder concedente, este deverá reembolsar a concessionária pelas despesas incorridas, podendo fazê-lo por meio do acréscimo do valor devido na contraprestação pecuniária. Na hipótese de sucumbência parcial de ambas as partes, as despesas decorrentes do procedimento arbitral serão rateadas conforme indicado na sentença arbitral.

Cada uma das partes arcará com seus próprios custos referentes a honorários advocatícios e a sentença arbitral poderá dispor sobre a alocação e razoabilidade dos custos incorridos.

No presente contrato, diferentemente dos demais estudados, optou-se por disciplinar a obtenção de medidas coercitivas ou de urgência antes e depois da constituição do tribunal arbitral. Estabeleceu-se que as partes requererão as aludidas medidas diretamente ao Poder Judiciário se houver necessidade de sua implementação antes da instauração do procedimento arbitral e, após a instauração do procedimento arbitral, os litigantes deverão requerê-las ao tribunal arbitral, que as solicitará ao juiz estatal competente. Apesar de a Administração não ter atribuído ao tribunal arbitral a competência para julgamento de concessão de medidas urgentes, entende-se que o melhor caminho é de fato constar no instrumento contratual todas as peculiaridades que vislumbrem um risco potencial de gerar novas discussões. Portanto, a menção acerca da concessão de medidas urgentes demonstrou avanço na elaboração dos contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de Minas Gerais.

Por fim, a avença analisada estabeleceu a competência do foro da comarca de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais, para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem nos termos do contrato, assim como para apreciar as medidas judiciais coercitivas e de urgência ou a ação de execução específica prevista no art. 7º da Lei Federal nº 9.307/1996.

Nesse sentido, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado para viabilizar a construção, reforma e operação do Estádio do Mineirão abordou os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsias, quedando-se inerte somente em relação à questão da publicidade mitigada.

As críticas pertinentes ao presente contrato relacionam-se à redação da cláusula responsável, por indicar as matérias que serão obrigatoriamente

submetidas à arbitragem e no tocante à instituição do regramento que disciplinará o procedimento arbitral, conforme comentado anteriormente.

Assim, pelas análises realizadas dos contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de Minas Gerais, constata-se a evidente evolução da Administração Pública quanto à utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos, especialmente em relação às previsões elementares à instituição e ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral.

5.1.2 Exame de contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de São Paulo

O Estado de São Paulo, diferentemente do Estado de Minas Gerais, não permite a visualização dos contratos celebrados. Tem-se acesso somente às minutas contratuais e aos editais, motivo pelo qual alguns dados inseridos nas análises anteriores não serão informados nas sínteses contratuais seguintes.

5.1.2.1 Contrato de concessão patrocinada da Linha 6 - laranja de metrô de São Paulo

Características gerais do contrato²³¹:

- a) Contrato de concessão patrocinada nº 000770/2012 – Secretaria dos Transportes Metropolitanos (STM);
- b) Modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão patrocinada;
- c) edital: Edital de Concorrência Internacional nº 004/2013;
- d) partes:
 - concedente: Estado de São Paulo;
 - concessionária: Consórcio Move São Paulo²³²;

²³¹SÃO PAULO. Secretaria de Transportes Metropolitanos. **Minuta de contrato da linha 6 - laranja de metrô de São Paulo**. São Paulo: STM, 2013a.

²³² Dado não disponível na minuta contratual. No entanto, em investigação ao portal do governo do estado de São Paulo extraiu-se a informação de que a “Sociedade de Propósito Específico “Consórcio Move São Paulo” é a empresa concessionária do contrato ora analisado. (SÃO PAULO. Secretaria de Transportes Metropolitanos. **Consórcio Move Vence Licitação da parceria público-privada da linha 6 de metro**. São Paulo: STM, 2013b).

- e) objetos do contrato: prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 –laranja de metrô de São Paulo, contemplando a implantação de obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação e expansão;
- f) data da contratação: informação não disponível na minuta;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato é de 25 anos, contados a partir da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, emitida após concluídas as obrigações do poder concedente previstas na etapa preliminar;
- h) valor do contrato: o contrato possui valor estimado em R\$9.600.000.000,00 (nove bilhões e seiscentos milhões de reais)²³³;
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- Inicialmente, o contrato estabelece que as partes solucionem as controvérsias de maneira amigável, por meio de notificação e envio de sugestão para deslinde do conflito (cláusulas 53.1 e ss.). Persistindo o dissídio, o contrato de concessão patrocinada prevê que eventuais divergências de natureza técnica acerca da interpretação ou execução da avença poderão ser dirimidas por uma comissão técnica (cláusulas 53.2.3 e ss.). Caso a divergência não seja resolvida pela comissão ou a solução proposta por esta não seja aceita por qualquer uma das partes, a resolução da divergência de interesse será encaminhada para arbitragem (cláusula 53.9.2). O contrato estabelece previamente as matérias que deverão ser submetidas à via arbitral. São elas: 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 de concessão; aplicação dos mecanismos de mitigação de riscos previstos no instrumento contratual; reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual de qualquer das partes ou

²³³ Dado não disponível na minuta contratual. Em investigação ao portal do governo do estado de São Paulo extraiu-se a informação de que o valor do empreendimento objeto do contrato de PPP da Linha 6 – laranja de metrô de São Paulo é de R\$ R\$9.600.000.000,00 (nove bilhões e seiscentos milhões de reais). (SÃO PAULO, *Op. Cit.*, 2013b).

anuentes; cálculo e aplicação do reajuste; acionamento dos mecanismos de garantia; valor e critérios para apuração da indenização no caso de extinção contratual (cláusula 54.5);

- o contrato estabelece, ainda, que as partes poderão, em acordo mútuo, submeter à arbitragem outras controvérsias relacionadas à interpretação ou à execução do contrato, delimitando claramente o seu objeto no compromisso arbitral (cláusula 54.5.1);
- a cláusula 54.6 indica que a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato;
- a arbitragem será institucional e terá sede na cidade de São Paulo;
- a escolha da câmara arbitral será realizada pelo Estado de São Paulo, entre as instituições de notório reconhecimento e, preferencialmente, experiência na matéria objeto do litígio a ser dirimido e que possuam regulamento adaptado às arbitragens com o Poder Público, em até 30 dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das partes, via comunicação formal à outra. Caso o poder concedente não indique a Câmara de Arbitragem nesse prazo indicado, caberá ao parceiro privado fazê-lo, no mesmo prazo, observando os mesmos critérios de escolha (cláusula 54.7);
- o procedimento arbitral será administrado no idioma português (Brasil) e observará o regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/1996 e subsequentes alterações, assim como com as disposições constantes no contrato (cláusulas 54.2 e 54.8);
- os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras e os atos do processo arbitral serão públicos. O contrato dispõe expressamente acerca da vedação de o julgamento ser realizado com base em equidade;
- o tribunal arbitral será composto de três árbitros, sendo que a concessionária e o Estado de São Paulo poderão indicar um

árbitro cada, os quais, conjuntamente, indicarão o terceiro árbitro, que atuará como presidente do tribunal arbitral. Caso os árbitros nomeados não cheguem a uma decisão consensual sobre o nome do terceiro árbitro, este será nomeado pelo presidente da Câmara de Arbitragem eleita, entre os nomes constantes da lista de árbitros daquela Câmara, cabendo às partes tomar todas as medidas cabíveis para a implementação de tal nomeação de acordo com o Regulamento da Câmara (cláusula 54.9);

- a avença estabelece, ainda, que árbitros deverão ser profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência no objeto do dissídio;
- o instrumento contratual dispõe que a parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, excluídos apenas eventuais honorários advocatícios contratuais;
- as custas serão adiantadas pela parte que suscitar a instauração do procedimento arbitral;
- o foro da Fazenda Pública da comarca de São Paulo será competente para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem, nos termos do Contrato de Concessão, assim como a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei Federal nº 9.307/1996;
- por fim, o instrumento contratual dispõe que as decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de São Paulo, por intermédio da STM, celebrada na modalidade de concessão patrocinada, que mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência internacional (Edital de Concorrência Internacional nº 004/2013), delegou à concessionária Consórcio Move São Paulo (sociedade de propósito específico) a prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – laranja de metrô de São Paulo, contemplando a implantação de obras civis e sistemas, fornecimento

do material rodante, operação, conservação e expansão, pelo prazo de 25 anos, contados a partir da “Declaração de Início do Prazo de Vigência da Concessão”, emitida após concluídas as obrigações do poder concedente previstas na etapa preliminar.

Não foi possível extrair informações precisas acerca do valor do contrato, vez que a minuta disponibilizada no portal da STM omite tal dado. No entanto, em notícia publicada no sítio eletrônico do governo do Estado de São Paulo²³⁴, informou-se que o valor do empreendimento objeto do contrato de PPP da linha 6 – laranja de metrô de São Paulo é de R\$9.600.000.000,00 (nove bilhões e seiscentos milhões de reais). Considerando-se o dado verdadeiro, observa-se que o valor contratado é o mais elevado entre as avenças analisadas até o momento.

O contrato de parceria patrocinada sob exame prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O segundo consiste na instituição de uma comissão técnica para dirimir divergências de natureza técnica acerca da interpretação ou execução da avença, inclusive aquelas relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O terceiro e último mecanismo de solução de controvérsias previsto é a arbitragem.

A Administração Pública do Governo de São Paulo, assim como o Estado de Minas Gerais, no contrato de concessão administrativa que viabilizou a construção e reforma do complexo do Estádio do Mineirão, optou por indicar expressamente as matérias em que os litígios a elas relacionados deverão ser necessariamente submetidos à arbitragem. Nesse sentido, qualquer dissídio que verse sobre matérias não indicadas na avença como passíveis de julgamento pela via arbitral poderão ainda ser dirimidas por meio da arbitragem, desde que as

²³⁴SÃO PAULO, *Op. Cit.*, 2013b.

partes, em acordo mútuo, delimitem claramente o seu objeto no compromisso arbitral. Não havendo acordo, por interpretação negativa, conclui-se que a controvérsia, ainda que relacionada a direito de natureza patrimonial disponível, deverá ser submetida ao Poder Judiciário.

Quanto às matérias que poderão ser submetidas ao procedimento arbitral (aquelas expressamente citadas no instrumento contratual), considera-se que estão em conformidade com o art. 1º da Lei de Arbitragem e poderão ser dirimidas por meio da arbitragem, já que se relacionam a direitos patrimoniais disponíveis.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

O contrato de concessão patrocinada previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de São Paulo, capital do Estado, em língua portuguesa. Tais elementos estão em perfeita consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Assim como nos demais contratos analisados, o contrato de concessão patrocinada da Linha 6 – laranja do metrô de São Paulo adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada.

De acordo com a avença sob exame, o tribunal arbitral será composto de três membros, sendo que cada parte elegerá um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido conjuntamente pelos julgadores já eleitos, a quem caberá a presidência do tribunal. Neste ponto, vale ressaltar que os árbitros deverão ser necessariamente profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência no objeto do dissídio. A obrigatoriedade de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal composto de árbitros escolhidos pelas partes confere relevante segurança ao desenvolvimento do procedimento. A exigência realizada acerca da experiência do árbitro no objeto do litígio induz a um julgamento ainda mais técnico, prestigiando a eficiência. Ademais, o fato de os árbitros escolhidos pelas partes elegerem o terceiro árbitro e, por conseguinte, o presidente do tribunal poderá garantir um julgamento ainda mais imparcial.

O instrumento contratual dispõe expressamente que os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras, vedando-se o julgamento por equidade. Há também previsão de que os atos do

processo arbitral serão públicos. Verifica-se que o Estado de São Paulo optou por mencionar no contrato aspectos que poderiam suscitar dúvidas. Como já abordado no presente estudo, a submissão do Poder Público à arbitragem implica a restrição de algumas vantagens que seriam perfeitamente aplicáveis em procedimentos instituídos entre particulares. Entre tais vantagens estão à possibilidade de o julgamento basear-se em equidade, a confidencialidade e a escolha da legislação aplicável, que poderia, inclusive, afastar a legislação brasileira. Portanto, vislumbra-se que a menção no próprio contrato acerca dessas peculiaridades prestigia o princípio da transparência e da boa-fé, sendo ambos os princípios cruciais a toda relação contratual.

As custas e despesas relativas à instituição e desenvolvimento do processo, inclusive o eventual pagamento de honorários periciais, serão adiantados pela parte que solicitar a instituição da arbitragem.

O contrato de concessão patrocinada também disciplina a sucumbência. De acordo com a avença, a parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, excluídos apenas eventuais honorários advocatícios contratuais.

Por fim, a avença analisada estabeleceu a competência do foro da Fazenda Pública da comarca de São Paulo para dirimir qualquer controvérsia não sujeita à arbitragem, nos termos do Contrato de Concessão, assim como a ação de execução específica prevista no artigo 7º da Lei Federal nº 9.307/1996. Note-se que o contrato restou omissa ao respeito da concessão da competência do juízo arbitral ou estatal para conceder medidas urgentes.

Nesse sentido, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado para viabilizar a construção, reforma e operação do Estádio do Mineirão abordou os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsias, quedando-se omissa, todavia, no em relação à concessão de medidas urgentes.

5.1.2.2 Contrato de concessão patrocinada para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009

Características gerais do contrato²³⁵:

- a) Contrato de concessão patrocinada nº 008/2014 – Secretaria Estadual de Logística e Transportes de São Paulo (SLT);
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão patrocinada;
- c) edital: Edital de Concorrência Internacional nº 01/2014;
- d) partes:
 - concedente: Estado de São Paulo;
 - concessionária: Concessionária Rodovia dos Tamoios S/A.;
- e) objetos do contrato: prestação de serviços de operação e manutenção do sistema existente, correspondente aos trechos da Rodovia SP-099 compreendido entre os quilômetros (km) 11+500 e 83+400, as seguintes Rodovias de Acesso (SPAs) 032/099, 033/099, 035/099 e 037/099, assim como a operação e manutenção dos contornos viários de Caraguatatuba e São Sebastião quando entregues pelo poder concedente, bem como a execução de obras civis para a construção da ampliação principal, no trecho compreendido entre os quilômetros 60+480 e 82+000 da Rodovia SP-099;
- f) data da contratação: 19 de dezembro de 2014;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência da concessão patrocinada é de 30 anos, contados a partir da assinatura no Termo de Transferência Inicial pelas partes, o que deverá ocorrer no prazo de 60 dias da assinatura do contrato. O contrato poderá ser prorrogado até que se atinja o limite legal de 35 anos, mediante ato justificado do poder concedente;

²³⁵ SÃO PAULO. Secretaria Estadual de Logística e Transporte de São Paulo. **Minuta de contrato para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009**. São Paulo: ARTESP, 2014.

- h) valor do contrato: o contrato possui valor estimado em R\$3.906.334.654,07 (três bilhões, novecentos e seis milhões, trezentos e trinta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e quatro reais e sete centavos);
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- O contrato estabelece que as partes devam solucionar as controvérsias de maneira amigável, por meio de notificação e envio de sugestão para deslinde do conflito (cláusulas 53.1 e ss.). Permanecendo o conflito de interesses entre as partes, o contrato de concessão patrocinada prevê que eventuais divergências de natureza técnica, acerca da interpretação ou execução da avença, poderão ser dirimidas por uma junta técnica (cláusulas 53.3 e ss.). A convocação da referida junta é uma faculdade das partes, por isso somente será constituída mediante concordância prévia dos contratantes. A constituição da junta técnica também não é condição prévia necessária para encaminhamento das divergências à arbitragem ou ao Poder Judiciário. Caso as partes não cheguem a consenso, qualquer uma delas poderá solicitar a formação de um tribunal arbitral (cláusulas 54.1 e ss.);
 - as partes acordam que qualquer controvérsia sobre direitos disponíveis que não puder ser resolvida amigavelmente poderá ser submetida à Câmara de Arbitragem, regularmente constituída e atuante no Brasil, a ser indicada pelo poder concedente em até 30 dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das partes, via comunicação formal à outra parte;
 - a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das obrigações previstas do contrato;
 - a escolha da câmara arbitral será realizada pelo Estado de São Paulo, entre as instituições de notório reconhecimento e, preferencialmente, experiência na matéria objeto do litígio a ser dirimido e que possuam regulamento adaptado às arbitragens com o Poder Público, em até 30 dias contados da apresentação da controvérsia por qualquer das partes, via comunicação formal

à outra. Caso o poder concedente não indique a Câmara de Arbitragem no prazo indicado, caberá ao parceiro privado fazê-lo, no mesmo prazo, observando os mesmos critérios de escolha (cláusulas 54.3 e 54.5);

- o procedimento arbitral observará o Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada, bem como o disposto na Lei nº 9.307/1996 e subsequentes alterações, assim como as disposições constantes na avença (cláusula 54.4);
- os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras. O contrato dispõe expressamente acerca da vedação de o julgamento ser realizado com base em equidade;
- o tribunal arbitral será composto de três árbitros, sendo que a concessionária e o Estado de São Paulo poderão indicar um árbitro cada, os quais, conjuntamente, indicarão o terceiro árbitro, que atuará como presidente do tribunal arbitral. Caso os árbitros nomeados não cheguem a uma decisão consensual sobre o nome do terceiro árbitro, este será nomeado pelo presidente da Câmara de Arbitragem eleita dentre os nomes constantes da lista de árbitros daquela Câmara, cabendo às partes tomar todas as medidas cabíveis para a implementação de tal nomeação de acordo com o regulamento da Câmara (cláusulas 54.5 e 54.7);
- A avença estabelece, ainda, que árbitros deverão ser profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada experiência no objeto do dissídio;
- não obstante, restou claro no instrumento contratual que o procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado;
- os custos e as despesas com o procedimento arbitral serão divididos da seguinte forma pelos litigantes: caso as partes cheguem a um acordo, as despesas e os custos serão igualmente divididos, a não ser que o acordo estabeleça de forma diversa; caso o tribunal arbitral decida a matéria controvertida, os custos e despesas serão suportados pela parte vencida. Para os

propósitos do contrato, considera-se como parte vencida aquela contra a qual o laudo arbitral assegurar menos de 50% do valor em disputa (cláusulas 54.9, 54.9.1 e 54.9.2);

- os honorários advocatícios e custos com assistentes técnicos pelas partes não serão considerados como custos e despesas da arbitragem passíveis de reembolso (cláusula 54.9.3);
- caso uma das partes se recuse a tomar as providências cabíveis para que o procedimento arbitral tenha início, a parte que tiver requisitado a instauração da arbitragem poderá recorrer a uma das Varas da comarca de São Paulo para obter as medidas judiciais cabíveis, com fundamento no artigo 7º da Lei nº 9.307/1996 e subsequentes alterações (cláusula 54.10);
- qualquer das partes poderá recorrer às Varas da comarca de São Paulo para obter medida cautelar porventura necessária antes da formação do tribunal arbitral ou para promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo tribunal arbitral (cláusula 54.12);
- o instrumento contratual dispõe que as decisões do painel de arbitragem serão definitivas para o impasse e vincularão as partes.

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado de São Paulo, por intermédio da SLT, celebrada na modalidade de concessão patrocinada, que mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência internacional (Edital de Concorrência Internacional nº 01/2014), delegou à concessionária Rodovia dos Tamoios S/A. (sociedade de propósito específico) a prestação de serviços públicos para operação e manutenção do sistema existente, correspondente aos trechos da Rodovia SP-099 compreendido entre os quilômetros (km) 11+500 e 83+400, as SPAs 032/099, 033/099, 035/099 e 037/099, assim como a operação e manutenção dos contornos viários de Caraguatatuba e São Sebastião quando entregues pelo poder concedente, bem como a execução de obras civis para a construção da ampliação principal, no trecho compreendido entre os quilômetros 60+480 e 82+000 da Rodovia SP-099, pelo prazo de 30 anos, contados a partir da assinatura no Termo de Transferência

Inicial pelas partes, o que deverá ocorrer no prazo de 60 dias da assinatura do contrato. O contrato poderá ser prorrogado até que se atinja o limite legal de 35 anos, mediante ato justificado do poder concedente.

O contrato de parceria patrocinada sob exame, assim como o anterior celebrado pelo Estado de São Paulo, prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O segundo pressupõe a instituição de uma junta técnica para dirimir divergências de natureza técnica, acerca da interpretação ou execução da avença. No entanto, a constituição da junta técnica não é condição prévia necessária ao encaminhamento das divergências à arbitragem ou ao Poder Judiciário. O terceiro mecanismo de solução de controvérsias é a arbitragem.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

O contrato de concessão patrocinada previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de São Paulo, capital do Estado, em língua portuguesa. Tais elementos estão em consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Assim como nos demais contratos analisados, o contrato de concessão patrocinada para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009 adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada.

No tocante à composição do tribunal arbitral, o contrato da Rodovia dos Tamoios em nada inovou em relação ao contrato da Linha 6 do metrô. Nos termos da avença, o tribunal arbitral será composto de três membros, sendo que cada parte elegerá um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido conjuntamente pelos árbitros escolhidos, a quem caberá a presidência do tribunal. Neste ponto, vale ressaltar que os árbitros deverão ser necessariamente profissionais vinculados a instituições especializadas em arbitragem e possuir comprovada

experiência no objeto do dissídio. A exigência realizada acerca da experiência do árbitro no objeto do litígio induz a um julgamento ainda mais técnico, prestigiando a eficiência. Ademais, o fato de os árbitros escolhidos pelas partes elegerem o terceiro julgador e, por conseguinte, o presidente do tribunal poderá garantir um julgamento ainda mais imparcial.

O procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado. Como já observado anteriormente, em análise aos contratos anteriores, tal opção apresenta-se como a mais correta, evitando-se que haja dificuldade na identificação do regramento utilizado pela Câmara arbitral eleita para administrar o procedimento.

O instrumento contratual dispõe expressamente que os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras, vedando-se o julgamento por equidade. Observa-se que, assim como no contrato examinado anteriormente, o Estado de São Paulo optou por mencionar no contrato aspectos que poderiam suscitar dúvidas. No entanto, na presente avença deixou-se de prever um aspecto importante relativo à restrição à confidencialidade.

Igualmente, deixou-se de mencionar acerca do adiantamento de despesas para constituição e desenvolvimento do procedimento arbitral, outro ponto importante que certamente deveria ser abordado previamente, a fim de se evitar novos impasses entre as partes.

O contrato de concessão patrocinada possui uma previsão peculiar acerca da sucumbência. Os custos e as despesas do procedimento arbitral serão divididos de acordo com o estabelecido na avença. Tal característica demonstra que a Administração Pública optou por desfrutar de mais uma vantagem da arbitragem. Diferentemente do processo conduzido pelo Poder Judiciário, na via arbitral os litigantes poderão estabelecer a forma como as despesas pela constituição e desenvolvimento do procedimento serão pagas pelas partes.

De acordo com a avença, os honorários advocatícios e custos, pelas partes, com assistentes técnicos não serão considerados da arbitragem, passíveis de reembolso.

Nesse sentido, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado para viabilizar a construção, reforma e operação do Estádio do Mineirão abordou os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem

como método de solução de controvérsias, quedando-se omissos, todavia, em relação à concessão de medidas urgentes.

Por fim, o contrato de concessão prevê que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário, especificamente às Varas da comarca de São Paulo, para obterem medida cautelar porventura necessária à constituição do tribunal arbitral ou, ainda, para promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo tribunal arbitral. Portanto, observa-se que o Estado de São Paulo, no contrato de concessão patrocinada para a prestação de serviços e operação da Rodovia dos Tamoios, atentou para a hipótese de uma das partes necessitar da adoção de medida de urgência ou coercitiva e estabeleceu que as referidas medidas serão requeridas diretamente ao Poder Judiciário, se anterior à constituição do procedimento arbitral. Se no curso do processo arbitral surgir a necessidade de obter as medidas urgentes, as partes as requererão diretamente ao tribunal arbitral, que será competente para concedê-las ou negá-las. Assim, apenas na hipótese de descumprimento das decisões do tribunal arbitral, o Poder Judiciário deverá ser acionado. A disposição contratual acerca das mencionadas medidas encontra-se perfeitamente alinhada aos arts. 22-A e 22-B da Lei nº 13.129/2015.

Verificou-se, desse modo, que, em geral, os contratos de parcerias público-privadas celebrados pelo Estado de São Paulo preveem os principais elementos necessários à constituição e desenvolvimento de adequado procedimento arbitral.

5.1.3 Exame do contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro

O Estado do Rio de Janeiro não disponibiliza a visualização completa dos contratos celebrados. Tem-se acesso somente às minutas contratuais e aos editais, motivo pelo qual alguns dados inseridos nas análises anteriores não serão informados na síntese contratual seguinte.

5.1.3.1 Concessão administrativa para operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho).

Características gerais do contrato²³⁶:

- a) Contrato de concessão administrativa nº: dado não disponível em minuta contratual;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência Casa Civil nº 03/2013;
- d) partes:
 - concedente: Estado do Rio de Janeiro;
 - concessionária: dado não disponível em minuta;
- e) Objetos do contrato: contratação, por parte do poder concedente, do serviço de gestão, operação e manutenção do Estádio do Maracanã e do Ginásio do Maracanãzinho, cumulado com a realização de obras;
- f) data da contratação: dado não disponível em minuta;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato ora analisado é de 35 anos contados da data de eficácia. A eficácia do contrato dar-se-á com o atendimento das condições suspensivas, representadas pelos seguintes eventos, exceto na medida em que tais condições sejam total ou parcialmente renunciadas pela concessionária: emissão, pelo poder concedente, do Termo de Recebimento; e assinatura, por pelo menos dois dos principais clubes do Rio de Janeiro, de compromisso ou contrato para utilização do Estádio do Maracanã por todo o prazo de vigência do contrato;
- h) valor do contrato: o valor estimado do investimento, para fins de aplicação do percentual de garantia de performance, é de R\$ 594.162.148,71 (quinhentos e noventa e quatro milhões, cento e

²³⁶RIO DE JANEIRO.Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro. **Minuta de contrato para operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho)**. Rio de Janeiro: PPP, 2013.

sessenta e dois mil, cento e quarenta e oito reais e setenta e um centavos);

i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:

- O contrato estabelece que as partes devam solucionar as controvérsias de maneira amigável. Permanecendo o conflito de interesses entre as partes, o contrato de concessão administrativa prevê que eventuais dissídios de natureza eminentemente técnica ou matemática poderão ser dirimidos pela peritagem técnica (cláusulas 41.2 e ss.). Caso haja divergência quanto ao cabimento da peritagem ou às suas conclusões, a controvérsia deverá ser resolvida de forma definitiva por meio de processo arbitral, administrado pela Câmara Fundação Getúlio Vargas (FGV) de Conciliação e Arbitragem;
- a submissão de qualquer questão à peritagem ou à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato e das determinações do poder concedente a ele atinentes, tampouco permite qualquer interrupção do desenvolvimento das atividades objeto da concessão, que deverão continuar a processar-se nos termos contratualmente exigíveis, assim permanecendo até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa (cláusula 41.4);
- a arbitragem será constituída mediante comunicação remetida por uma parte à outra, requerendo a instalação de tribunal arbitral, indicando-se detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia e utilizando como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (cláusula 43.2);
- o tribunal arbitral será constituído de três árbitros, cabendo a cada uma das partes a escolha de um árbitro titular e respectivo suplente, de acordo com os prazos previstos no regulamento. Os árbitros indicados pelas partes deverão escolher em conjunto o nome do terceiro árbitro, a quem caberá à presidência do tribunal arbitral;

- o Município do Rio de Janeiro, localizado no Estado do Rio de Janeiro, Brasil, será a sede da arbitragem e o local da prolação do laudo arbitral;
- o idioma a ser utilizado no processo de arbitragem será a língua portuguesa. Quanto ao mérito, decidirão os árbitros com base nas leis substantivas brasileiras, sendo vedado o julgamento por equidade, obedecendo, quanto ao procedimento, o regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem e o disposto na Lei Federal 9.307/1996;
- a parte vencida no procedimento arbitral arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, a não ser que os árbitros decidam de outra forma ante as peculiaridades do litígio;
- a avença ressalta que cada parte poderá recorrer ao Poder Judiciário para obter medidas cautelares de proteção de direitos previamente à instauração do procedimento de arbitragem e para executar qualquer decisão arbitral, inclusive o laudo final. O contrato prevê, ainda, que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá ser, necessariamente, revista pelo tribunal arbitral (ou árbitro), que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação (cláusula 43.3);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado do Rio de Janeiro, por intermédio da Secretaria de Estado da Casa Civil (Casa Civil), celebrada na modalidade de concessão administrativa, que mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência (Edital de Concorrência nº 03/2013), delegou ao parceiro privado (sociedade de propósito específico), a prestação de serviços públicos para o serviço de gestão, operação e manutenção do Estádio do Maracanã e do Ginásio do Maracanãzinho, cumulado com a realização de obras, pelo prazo de 35 anos.

O contrato de parceria administrativa sob exame, assim como a maioria dos contratos analisados, prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, as partes se reunirão e tentarão resolver o dissídio amigavelmente. O

segundo pressupõe a instituição de uma peritagem técnica para dirimir divergências de natureza técnica, acerca da interpretação ou execução da avença. Nesse mecanismo, uma parte deverá notificar a outra acerca do conflito existente, requerendo a constituição da peritagem para solução da controvérsia. O terceiro mecanismo de solução de controvérsias é a arbitragem. Observa-se que a constituição da arbitragem não pressupõe a instituição da peritagem técnica. A utilização de um ou outro mecanismo de solução de conflito representa uma faculdade das partes.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade do Rio de Janeiro, capital do Estado, em língua portuguesa. Tais elementos estão em consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

O contrato de concessão administrativa celebrado para viabilizar a gestão, operação e manutenção do Estádio do Maracanã e do Ginásio do Maracanãzinho, cumulado com a realização de obras, adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada, que, no caso em tela, deverá ser obrigatoriamente a Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Nesse ponto, observa-se que a determinação prévia da Câmara arbitral a que se submeterão os litígios, sem conferir às partes qualquer margem de escolha, poderá gerar certo prejuízo aos litigantes. Como exposto em outras oportunidades no presente trabalho, a constituição da arbitragem deverá ser analisada casuisticamente. Nesse sentido, após ser instituída a competência da via arbitral para solução de controvérsias advindas do contrato de parceria público-privada, as partes deverão optar pela Câmara que ofereça o maior custo-benefício ao deslinde do conflito. Dessa forma, as partes devem analisar o custo da contratação de determinada entidade arbitral, o corpo técnico (aconselha-se que sejam escolhidos árbitros que tenham especialização e experiência no objeto da controvérsia) e o regulamento previsto pela instituição arbitral. Todavia, por esse contrato de concessão administrativa, a Administração Pública acabou por tolher a oportunidade de ser eleita a Câmara arbitral mais adequada ao deslinde do litígio. Portanto, a opção que se apresenta como a mais correta, no entendimento

defendido nesta pesquisa, é a Administração sempre conferir certa flexibilidade às partes no tocante à eleição da entidade arbitral.

O tribunal arbitral será composto de seis membros, sendo que três deles serão suplentes. Pela avença, cada parte deverá indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois árbitros previamente eleitos pelas partes. Ao terceiro árbitro será atribuída a presidência do tribunal arbitral. Tal disposição não se destoa das demais analisadas nos contratos anteriores sobre a questão. O fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal, composto de árbitros escolhidos pelas partes, além de conferir mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, traduz-se em um julgamento ainda mais técnico, reforça a confiança das partes no órgão julgador e prestigia a consensualidade e a autonomia de vontade.

O procedimento arbitral será regido de acordo com as regras da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Como já observado anteriormente em análise aos contratos anteriores, tal opção apresenta-se como a mais correta, principalmente porque a referida instituição arbitral será a única competente para julgar os dissídios derivados do contrato celebrado.

A avença dispõe expressamente que os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras, vedando-se o julgamento baseado em equidade. Observa-se que o poder concedente optou por mencionar no contrato aspectos que poderiam suscitar dúvidas. Entretanto, instrumento contratual restou omissivo no tocante ao adiantamento de despesas. Deixou-se de prever qual parte será responsável pelo pagamento da constituição e desenvolvimento do procedimento arbitral. Aconselha-se que tal aspecto seja abordado em momento anterior à eclosão do dissídio, prevenindo-se que surjam mais conflitos entre as partes.

Quanto à sucumbência, restou assentado que a parte vencida no procedimento arbitral arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, a não ser que os árbitros decidam de outra forma ante as peculiaridades do litígio.

A avença prevê que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para obter medida cautelar porventura necessária antes da constituição do tribunal arbitral ou, ainda, para promover a execução de medida cautelar, decisão

liminar ou da sentença proferida pelo tribunal arbitral. No entanto, a avença estabelece, ainda, que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá ser, necessariamente, revista pelo tribunal arbitral, que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação.

Note-se que, apesar da existência de previsão expressa acerca da necessidade de a medida concedida pelo juiz estatal ser revista pelo tribunal arbitral, tal disposição contratual, antes do advento da Lei nº 13.125/2015, não possuía qualquer respaldo legal. O tribunal arbitral não possuía competência para revisar os atos e decisões prolatadas pelo Poder Judiciário. Por óbvio, o contrato, ao estabelecer a competência do Poder Judiciário para conceder ou negar as medidas de urgência, retirou-a do tribunal.

Portanto antes da alteração realizada pela Lei nº 13.125/2015, acreditase que requerida determinada medida liminar ao Poder Judiciário, apenas o mesmo poderia cassá-la. Nesse caso, a parte que se julgasse prejudicada deveria discutir o mérito da concessão da medida liminar, inclusive interpor eventual recurso relacionado à negativa ou concessão da mesma no âmbito do próprio Poder Judiciário.

Ressalte-se, todavia, que os arts. 22-Ae 22-Bda Lei nº 13.129/129 atribui ao tribunal arbitral a competência para cassar ou manter eventual medida cautelar ou urgente concedida por juiz ou Tribunal estatal, prestigiando a soberania da competência do árbitro em relação ao julgamento de litígios derivados do contrato celebrado que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Portanto, observa-se que o contrato ora analisado ficou-se omissivo no tocante à publicidade mitigada, importando que, a princípio, o procedimento arbitral se desenvolva em ampla publicidade. O instrumento também deixou de prever sobre o adiantamento de despesas à constituição e desenvolvimento do procedimento arbitral. Não obstante, a avença celebrada pelo Estado do Rio de Janeiro não concedeu qualquer margem de escolha às partes relativa à eleição da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento eventualmente proposto, o que poderá minimizar as vantagens da eleição da via arbitral para dirimir litígios.

5.1.4 Exame do contrato de parceria público-privada celebrado pelo Estado da Bahia

5.1.4.1 Concessão administrativa para reconstrução e operação do Estádio Octávio Mangabeira (“Estádio da Fonte Nova”)

Características gerais do contrato²³⁷:

- a) Contrato de concessão administrativa nº 02/2010 – Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte (SETRE);
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência Internacional nº 01/2009;
- d) partes:
 - concedente: Estado da Bahia;
 - concessionária: Fonte Nova Negócios e Participações S/A.;
- e) objetos do contrato: contratação, em regime de parceria público-privada, do serviço de operação do Estádio da Fonte Nova, precedido da realização das obras de reconstrução do estádio;
- f) data da contratação: 21 de janeiro de 2010;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência da concessão administrativa é de 35 anos, contados a partir de sua data de eficácia. A eficácia do contrato se dará com o atendimento cumulativo de constituição da garantia pública ou fluxo de pagamentos; assinatura do contrato pelo agente responsável pela custódia e manutenção da garantia pública ou do fluxo de pagamento, na qualidade de interveniente-anuente; e estruturação e assinatura dos instrumentos de financiamento necessários à implementação do projeto, conforme a proposta econômica apresentada pelo adjudicatário;
- h) valor do contrato: o contrato possui valor estimado em R\$591.711.185,00 (quinhentos e noventa e um milhões, setecentos e onze mil e cento e oitenta e cinco reais);

²³⁷ BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. **Contrato para reconstrução e operação do Estádio Octávio Mangabeira (“Estádio da Fonte Nova”)**. Bahia: SEFAZ, 2010.

- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- O contrato estabelece que as partes devam solucionar as controvérsias de maneira amigável. Permanecendo o conflito de interesses entre as partes, o contrato de concessão administrativa prevê que eventuais dissídios de natureza eminentemente técnica ou matemática poderão ser dirimidos pela peritagem técnica (cláusulas 42.1 e ss.). Caso haja divergência quanto ao cabimento da peritagem ou às suas conclusões, a controvérsia poderá ser submetida à arbitragem, hipótese em que o tribunal arbitral poderá, na resolução da controvérsia, levar em consideração as conclusões do perito quanto às questões técnicas a ele submetidas. O procedimento arbitral terá início mediante comunicação remetida por uma parte à outra, requerendo a instalação de tribunal arbitral, indicando-se detalhadamente a matéria em torno da qual gira a controvérsia e utilizando-se como parâmetro as regras arbitrais estabelecidas no regulamento do tribunal arbitral da Câmara de Comércio Internacional (cláusula 43.1);
 - a Câmara de Comércio Internacional será a entidade responsável pela administração e o desenvolvimento do procedimento arbitral. A escolha dos árbitros seguirá o rito estabelecido no regulamento da Câmara adotada;
 - o tribunal arbitral será composto de três membros titulares e 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, a quem será atribuída a presidência do tribunal arbitral;
 - o instrumento contratual estabelece que a sede da arbitragem seja na cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia, local em que deverá ser prolatada a sentença;
 - a avença menciona, ainda, que a língua a ser utilizada no procedimento arbitral deve ser a portuguesa e que a decisão dos árbitros será baseada nas leis brasileiras;

- a parte vencida no procedimento arbitral arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, a não ser que os árbitros decidam de outra forma ante as peculiaridades do litígio e, em caso de provimento parcial do pedido, a concessionária arcará com todos os custos do procedimento, inclusive os honorários dos árbitros;
- o contrato dispõe que cada parte permanece com o direito de requerer medidas judiciais para obter medidas cautelares de proteção de direitos previamente à instauração do procedimento de arbitragem e para executar qualquer decisão arbitral, inclusive a sentença. No entanto, estabelece que eventual medida liminar obtida perante o Poder Judiciário deverá ser, necessariamente, revista pelo tribunal arbitral, que então decidirá pela sua manutenção, revisão ou cassação (cláusulas 43.2 e 43.3);
- por fim, a avença estabelece que qualquer decisão arbitral será definitiva e vinculativa, constituindo a sentença um título executivo judicial (cláusula 43.4);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pelo Estado da Bahia, por intermédio da SETRE, celebrada na modalidade de concessão administrativa, que mediante procedimento licitatório, na modalidade de concorrência internacional (Edital de Concorrência Internacional nº 01/2009), delegou à concessionária Fonte Nova Negócios e Participações S/A. (sociedade de propósito específico) a prestação de serviços públicos para a operação do Estádio da Fonte Nova, precedido da realização das obras de reconstrução do estádio, pelo prazo de 35 anos.

Imperioso reconhecer considerável similitude entre os contratos celebrados pelo Estado do Rio de Janeiro e pelo Estado da Bahia. As disposições contratuais relacionadas às resoluções de controvérsias são muito semelhantes, diferenciando-se em aspectos mínimos.

O contrato de parceria administrativa sob exame, assim como a maioria dos contratos analisados, prevê três mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, as partes se reunirão e tentarão resolver o dissídio amigavelmente. O segundo pressupõe a instituição de peritagem técnica para dirimir divergências de

natureza técnica acerca da interpretação ou execução da avença. Nesse mecanismo, uma parte deverá notificar a outra acerca do conflito existente, requerendo a constituição da peritagem para solução da controvérsia. O terceiro mecanismo de solução de controvérsias é a arbitragem. Pela disposição contratual, interpreta-se que a utilização de um mecanismo deve, necessariamente, anteceder o outro, o que significa que nenhuma das partes poderá deixar de recorrer aos dois primeiros mecanismos para, então, submeter-se à arbitragem.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Salvador, capital do Estado, em língua portuguesa. Tais elementos estão em consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Assim como nos demais instrumentos contratuais analisados, o contrato de concessão administrativa celebrado para viabilizar a reconstrução e operação do Estádio Fonte Nova adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada, que, no caso em tela, deverá ser obrigatoriamente a Câmara de Comércio Internacional. Nesse ponto, observa-se que a determinação prévia da Câmara arbitral a que se submeterão os litígios, sem conferir às partes qualquer margem de escolha, poderá ser prejudicial. Como exposto em outras oportunidades no presente trabalho, a constituição da arbitragem deverá ser analisada casuisticamente. Nesse sentido, após ser instituída a competência da via arbitral para resolução de controvérsias advindas do contrato de parceria público-privada, as partes deverão optar pela Câmara que ofereça o maior custo-benefício ao deslinde do conflito. Dessa forma, as partes devem analisar o custo da contratação de determinada entidade arbitral, o corpo técnico (aconselha-se que sejam escolhidos árbitros que tenham especialização e experiência no objeto da controvérsia) e o regulamento previsto pela instituição arbitral. Todavia, por esse contrato de concessão administrativa, a Administração Pública acabou por tolher a oportunidade de ser eleita a Câmara arbitral mais adequada ao deslinde do litígio. Portanto, a opção que se apresenta como a mais correta, no entendimento defendido nesta pesquisa, é a Administração sempre conferir certa flexibilidade às partes no tocante à eleição da entidade arbitral.

O tribunal arbitral será composto de seis membros, sendo que três deles serão suplentes. Pela avença, cada parte deverá indicar um titular e um suplente. O terceiro árbitro e seu suplente serão escolhidos de comum acordo pelos dois árbitros previamente eleitos pelas partes. Ao terceiro árbitro será atribuída à presidência do tribunal arbitral. Tal disposição não se destoa das demais analisadas nos contratos anteriores sobre a questão. O fato de o procedimento arbitral ser administrado por um tribunal, composto de árbitros escolhidos pelas partes, além de conferir mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, traduz-se em um julgamento ainda mais técnico, reforça a confiança das partes no órgão julgador e prestigia a consensualidade e a autonomia de vontade.

O procedimento arbitral será regido de acordo com as regras da Câmara de Comércio Internacional. Como já observado anteriormente em análise aos contratos anteriores, tal opção apresenta-se como a mais correta, principalmente porque a referida instituição arbitral será a única competente para julgar os dissídios derivados do contrato celebrado.

A avença dispõe expressamente que os conflitos submetidos à arbitragem serão julgados segundo as leis materiais brasileiras. No entanto, deixou-se de prever sobre a restrição publicidade mitigada.

Do mesmo modo, deixou-se de mencionar acerca do adiantamento de despesas para constituição e desenvolvimento do procedimento arbitral, outro ponto importante que certamente deveria ser abordado previamente, a fim de se evitar novos impasses entre as partes.

O contrato de concessão administrativa possui uma previsão peculiar acerca da sucumbência. A parte vencida no procedimento arbitral arcará com todos os custos do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros, a não ser que os julgadores disponham de forma contrária. Em caso de provimento parcial do pedido, a concessionária arcará com todos os custos do procedimento, inclusive os honorários dos árbitros. Tal previsão demonstra que a Administração Pública do Estado da Bahia, assim como a Administração do Estado de São Paulo, optou por desfrutar de uma das vantagens oferecidas pela arbitragem e estabeleceu a forma como as despesas pela constituição e desenvolvimento do procedimento serão pagas pelas partes.

A avença prevê, tal como o contrato celebrado pelo Estado do Rio de Janeiro, que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para obter medida cautelar porventura necessária antes da constituição do tribunal arbitral ou, ainda, para promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo tribunal arbitral. Neste ponto, vale destacar que a mencionada previsão contratual encontra-se em consonância com a Lei nº 13.129/2015. Assim, o contrato ora analisado ficou omissivo em relação à publicidade mitigada e ao adiantamento de despesas à constituição e desenvolvimento do procedimento arbitral. Não obstante, a avença celebrada pelo Estado da Bahia não concedeu qualquer margem de escolha às partes relativa à eleição da instituição arbitral responsável pela administração do procedimento eventualmente proposto, o que poderá reduzir as vantagens da eleição da via arbitral para dirimir litígios.

5.1.5 Exame de contratos de parceria público-privada celebrados pela Administração Pública Federal

A União Federal não disponibiliza para consulta a íntegra dos contratos celebrados. Tem-se acesso somente às minutas contratuais e aos editais. Portanto, alguns dados inseridos nas análises anteriores não serão informados nas sínteses contratuais seguintes.

5.1.5.1 Contrato de concessão administrativa para viabilizar a manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre - RNTPD

Características gerais do contrato²³⁸:

- a) Contrato de concessão administrativa nº: dado não disponível em minuta contratual;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;

²³⁸ BRASÍLIA. Ministério do Planejamento. **Minuta de contrato para manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre (RNTPD)**. União Federal.

- c) edital: Edital de Concorrência Internacional nº: dado não disponível em minuta;
- d) partes:
- concedente: Empresa Brasil de Comunicação (EBC);
 - concessionária: dado não disponível em minuta;
- e) objetos do contrato: contratação, por parte do poder concedente, de fornecimento de materiais, meios, serviços e equipamentos indispensáveis à construção, implantação, gerenciamento, operação, monitoramento e manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre (RNTPD), que dará suporte aos serviços de televisão e retransmissão de televisão pública digital conforme o Sistema Brasileiro de Televisão Digital (SBTVD), explorados por canais de TV integrantes da plataforma única de televisão pública digital;
- f) data da contratação: dado não disponível em minuta;
- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato é de 20 anos, contados a partir da data de sua assinatura, podendo ser prorrogado pelo poder concedente, de forma a assegurar a efetiva e adequada gestão e operação da RNTPD terrestre (SBTVD), respeitados os limites estabelecidos na Lei Federal nº 11.079/2004 e legislação superveniente;
- h) valor do contrato: dado não disponível em minuta;
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- o contrato prevê que as partes solucionarão amigavelmente as controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A mencionada notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. No entanto, as controvérsias ou disputas decorrentes da avença ou com ela relacionadas e que não puderam ser resolvidas amigavelmente entre partes serão

submetidas a processo administrativo sancionador ou ao procedimento de arbitragem, conforme o caso;

- no caso de inadimplemento total ou parcial das obrigações do contrato de concessão administrativa, restando frustradas as composições consensuais para solução do dissídio, a concessionária estará sujeita, sem prejuízo das sanções de natureza cível e penal cabíveis, às penalidades aplicáveis pelo poder concedente. O processo de aplicação de penalidade observará o rito estabelecido nas Leis Federais nº 8.666/1993, 8.987/1995, 9.784/1999 e 11.079/2004;
- a submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do contrato, não se permitindo qualquer interrupção do desenvolvimento da concessão administrativa até que uma decisão final seja obtida acerca do litígio. (cláusula 35.2);
- o órgão ou entidade responsável pela arbitragem será contratado pela parte que a suscitar (cláusula 35.3);
- o contrato prevê, ainda, que a entidade arbitral contratada atuará exclusivamente para a resolução da controvérsia para a qual for designada, devendo o poder concedente realizar novas contratações para a resolução de futuros conflitos (cláusula 35.4);
- a arbitragem será conduzida por três árbitros, que serão escolhidos entre pessoas naturais, de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria objeto da controvérsia. Cada parte nomeará um árbitro, devendo o terceiro árbitro ser nomeado em conjunto pelos contratantes ou, caso essas não cheguem a um acordo quanto à indicação do terceiro árbitro, este será nomeado pelo órgão arbitral contratado. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro (cláusulas 35.5 e 35.6);
- a avença estabelece que os árbitros devam ser profissionais sem vínculo com as partes, não podendo estar enquadrados nas situações de impedimento e suspeição previstas no Código de Processo Civil para autoridades judiciais, e deverão proceder com

imparcialidade, independência, competência e discricção, aplicando-lhes, no que couber, o disposto no capítulo III, da Lei nº 9.307/1996 (cláusula 35.7);

- o procedimento arbitral deverá ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral e será conduzido na língua portuguesa (cláusula 35.8);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pela Empresa Brasil de Comunicação - empresa pública federal, controlada pela União -, celebrada na modalidade de concessão administrativa, que atendendo ao interesse público e mediante licitação na modalidade de concorrência internacional, delegou ao parceiro privado (sociedade de propósito específico) o fornecimento de materiais, meios, serviços e equipamentos indispensáveis à construção, implantação, gerenciamento, operação, monitoramento e manutenção da infraestrutura da RNTPD, que dará suporte aos serviços de televisão e retransmissão de televisão pública digital conforme o SBTVD, explorados por canais de TV integrantes da plataforma única de televisão pública digital, pelo prazo de 20 anos, contados a partir da data da assinatura do contrato de PPP.

No caso em tela, não foi possível extrair informações acerca do valor do contrato, vez que o referido dado não está previsto na minuta contratual disponibilizada pela União Federal.

O contrato de parceria público-privada ora analisado prevê apenas dois mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na solução amigável de controvérsias. Por esse mecanismo, a parte comunicará o objeto da controvérsia por escrito à outra parte, para que os contratantes possam, em observância ao princípio da boa-fé e envidando os seus melhores esforços, solucionar a controvérsia existente. A referida notificação deverá ser enviada pela parte interessada juntamente com todas as suas alegações acerca do conflito, devendo também ser acompanhada de uma sugestão para a solução da controvérsia. O segundo mecanismo previsto para dirimir os litígios oriundos do contrato é a arbitragem.

Ressalte-se que o processo administrativo, apesar de ser considerado um mecanismo de solução de controvérsia no âmbito da Administração

Pública²³⁹, na avença ora analisada, destina-se a apurar a responsabilidade da concessionária em eventual descumprimento às obrigações contratuais e aplicar as punições cabíveis.

Nesse sentido, o contrato de concessão administrativa prevê, por meio de cláusula arbitral, a utilização da arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada. Tal característica atribui mais segurança às partes no tocante ao procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados e assegurando a regularidade nos procedimentos.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

De acordo com a avença ora examinada, o procedimento arbitral deverá ser desenvolvido por três árbitros, sendo que cada parte nomeará um julgador e o terceiro será escolhido em consenso pelos contratantes. Tal disposição não apresenta nenhuma novidade entre os contratos analisados. A instituição de um tribunal arbitral conferirá mais segurança ao desenvolvimento do procedimento, reforçando a confiança das partes no órgão julgador.

Não obstante, restou claro no instrumento contratual que o procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado.

Vislumbra-se que foi atribuída à parte que requerer à instituição da arbitragem a obrigação de contratar a entidade arbitral responsável pelo julgamento das controvérsias. Contraditoriamente, o contrato dispôs que a entidade arbitral contratada atuará exclusivamente na resolução da controvérsia para a qual for designada, devendo o poder concedente realizar novas contratações para a resolução de futuros conflitos. O mais correto, nesse sentido, seria a avença estabelecer tão somente que a entidade arbitral contratada atuará exclusivamente para a resolução da controvérsia para a qual for designada e não imputar ao poder concedente a obrigação de realizar novas contratações. Entretanto, como já destacado anteriormente, a possibilidade de as partes

²³⁹ Segundo Diógenes Gasparini, “pode-se definir o processo administrativo como o conjunto de atos ordenados, cronologicamente praticados e necessários a produzir uma decisão sobre certa controvérsia de natureza administrativa”. (GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p.829).

escolherem qual Câmara administrará o litígio propicia que seja designada a entidade mais adequada ao deslinde do dissídio, tanto no que se refere ao custo, quanto à especialidade técnica.

O contrato de concessão administrativa previu que o procedimento arbitral fosse desenvolvido em língua portuguesa. No entanto, quedou-se omissa no tocante ao local de instituição da arbitragem. Não obstante, as cláusulas que disciplinaram a matéria na avença deixaram de prever outros elementos relevantes, como a sucumbência, as medidas de urgência e a publicidade mitigada.

Nesse sentido, considera-se que o contrato de parceria público-privada celebrado pela Empresa Brasil de Comunicação abordou os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsias, restando omissa, todavia, em relação a aspectos importantes.

5.1.5.2 Contrato de concessão administrativa destinada à construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus

Características gerais do contrato²⁴⁰:

- a) Contrato de concessão administrativa nº: dado não disponível em minuta contratual;
- b) modalidade do contrato de parceria público-privada: concessão administrativa;
- c) edital: Edital de Concorrência nº: dado não disponível em minuta;
- d) partes:
 - concedente: União Federal;
 - concessionária: dado não disponível em minuta;
- e) objetos do contrato: o objeto da concessão administrativa consiste na construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus;
- f) data da contratação: dado não disponível em minuta;

²⁴⁰ MANAUS. Secretaria de Planejamento. **Minuta de contrato construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus**. União Federal, 2015.

- g) prazo de duração: o prazo de vigência do contrato é de 25 anos, contados a partir da data da assunção;
- h) valor do contrato: dado não disponível em minuta;
- i) dos mecanismos de solução amigável de conflitos:
- Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e econômico-financeiras ou relativas à avaliação de desempenho, o contrato prevê a constituição de uma Comissão específica. Caso aceita pelas partes, a solução amigável proposta pela Comissão poderá ser incorporada ao contrato, mediante assinatura de termo aditivo. A decisão da respectiva Comissão será vinculante para as partes, até que sobrevenha eventual decisão arbitral sobre a divergência;
 - a arbitragem será administrada pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada;
 - a avença estabelece que o procedimento arbitral seja conduzido na cidade de Brasília, Distrito Federal, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato. A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a brasileira (cláusulas 37.2 e 37.3);
 - o tribunal arbitral será composto de três árbitros, cabendo a cada parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de duas partes, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no regulamento de arbitragem da CCI (cláusula 37.4);
 - caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, o contrato dispõe que as partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral

que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário (cláusula 37.6);

- por fim, a avença prevê que as decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as partes e seus sucessores (cláusula 37.7);

Análise:

Trata-se de contratação realizada pela União Federal, por intermédio do Departamento de Educação e Cultura do Exército (DECEx), órgão de direção setorial do Comando do Exército, subordinado ao Ministério da Defesa, celebrada na modalidade de concessão administrativa, que atendendo ao interesse público e mediante licitação na modalidade de concorrência, delegou ao parceiro privado (sociedade de propósito específico) a construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus pelo prazo de 25 anos contados a partir da data da assunção. A data da assunção consiste no dia em que a área da concessão administrativa, na qual será construído o Colégio Militar de Manaus, com instalações operacionais e administrativas, e os bens forem transferidos à concessionária, mediante a assinatura, entre esta e o poder concedente, no Termo de Arrolamento e Transferência de Bens.

Assim como no contrato anteriormente analisado, não foi possível extrair informações acerca do valor da avença, vez que o referido dado não está previsto na minuta contratual disponibilizada pela União Federal.

O instrumento contratual em exame não possui qualquer previsão peculiar acerca da adoção da arbitragem, comparando-se aos demais contratos analisados.

O contrato de parceria público-privada prevê apenas dois mecanismos privados de resolução de disputas. O primeiro consiste na constituição de uma comissão específica para solucionar eventuais divergências de natureza técnica e econômico-financeiras ou relativas à avaliação de desempenho. O segundo mecanismo previsto para dirimir os litígios oriundos do contrato é a arbitragem.

A redação da cláusula compromissória, assim como nos demais contratos analisados, não recebeu destaque gráfico (negrito).

O contrato de concessão administrativa previu que a arbitragem será instituída e desenvolvida na cidade de Brasília e em língua portuguesa. Tais

elementos estão em consonância com a previsão do art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004.

Assim como nos demais instrumentos contratuais analisados, o contrato de concessão administrativa celebrado para viabilizar a construção e manutenção do Colégio Militar de Manaus adota a arbitragem institucional, desenvolvida por órgão ou entidade especializada, que, no caso em tela, deverá ser obrigatoriamente a CCI. Observa-se que a determinação prévia da Câmara arbitral a que se submeterão os litígios, sem conferir às partes qualquer margem de escolha, poderá ser prejudicial aos próprios litigantes. Como exposto em outras oportunidades no presente trabalho, a constituição da arbitragem deverá ser analisada considerando-se as peculiaridades do caso concreto, ou seja, do objeto da controvérsia. Nessa linha, após ser instituída a competência da via arbitral para a solução de dissídios advindos do contrato de parceria público-privada, as partes deverão eleger a Câmara que represente a melhor relação custo-benefício ao deslinde do conflito. Portanto, as partes devem analisar o custo da contratação de determinada entidade arbitral, o corpo técnico (aconselha-se que sejam escolhidos árbitros que tenham especialização e experiência no objeto da controvérsia) e o regulamento previsto pela instituição arbitral. Todavia, por esse contrato de concessão administrativa, a Administração Pública federal retirou a oportunidade de ser escolhida a Câmara arbitral mais adequada ao deslinde do litígio. Assim, a opção que se apresenta como a mais correta, diante de todo o exposto neste trabalho, é a Administração sempre conferir certa flexibilidade às partes no tocante à eleição da entidade arbitral.

Pode-se perceber que em alguns contratos analisados, como os contratos de concessão administrativa para a implantação e gestão de UAIs e para a reforma e manutenção do complexo do Estádio do Mineirão, a Administração Pública indicou uma Câmara a que preferencialmente os litígios advindos do contrato de parceria público-privada seriam submetidos. Nas mencionadas concessões, o Poder Público optou por conferir uma margem de escolha às partes para a adoção de Câmara arbitral diversa. Considerando-se a necessidade de haver consenso entre os litigantes, poderá ser eleita uma entidade arbitral que potencialmente resolverá de maneira mais eficiente determinada controvérsia. Por esse motivo, acredita-se que a eleição prévia de

certa Câmara, sem qualquer hipótese de flexibilização acerca de sua escolha, torna menos eficiente a arbitragem.

Corretamente, deixou-se evidente na avença que o procedimento arbitral será regido de acordo com as regras do órgão arbitral designado, ou seja, em conformidade com o regulamento da Câmara de Comércio Internacional.

No contrato de construção e manutenção do Colégio Militar de Manaus estabeleceu-se o local da arbitragem, que será instituída e desenvolvida na cidade de Brasília. Previu-se também que a língua portuguesa será o idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato e que a legislação aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira. Com exceção da indicação da sede da arbitragem, que pode ser instituída em qualquer local integrante do território brasileiro, o poder concedente apenas reproduziu o disposto no art. 11, III da Lei nº 11.079/2004 e o imposto pelo princípio da legalidade.

Em referência à composição do tribunal arbitral, o corpo técnico de julgadores será constituído por três membros, sendo que cada parte elegerá um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido conjuntamente pelos árbitros escolhidos, a quem caberá à presidência do tribunal. Tal disposição alinha-se com os objetivos pretendidos pelas partes ao adotar a arbitragem como meio de resolução de conflitos. Como citado nos estudos contratuais anteriores, a possibilidade de dois dos três membros serem eleitos pelos próprios litigantes confere mais segurança às partes relativa ao julgamento. Ademais, o fato de o terceiro julgador, presidente do tribunal, ser eleito em consenso pelos outros dois árbitros previamente escolhidos pelas partes induz a um julgamento mais imparcial.

Finalmente, o contrato de concessão prevê que as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para obterem medida cautelar porventura necessária à constituição do tribunal arbitral ou, ainda, para promover a execução de medida cautelar, decisão liminar ou da sentença proferida pelo tribunal arbitral. Portanto, observa-se que a Administração Pública Federal atentou para a hipótese de uma das partes necessitar da adoção de medida de urgência ou coercitiva e estabeleceu que as referidas medidas serão requeridas diretamente ao Poder Judiciário, se anterior à constituição do procedimento arbitral. Entretanto, no caso de a necessidade de obter as medidas urgentes surgir no curso do processo arbitral, as partes as requererão diretamente ao tribunal arbitral, que será

competente para concedê-las ou negá-las. Vislumbrando-se a necessidade da concessão da medida, o tribunal arbitral deverá solicitá-la perante o Poder Judiciário. Assim, as partes apenas recorrerão diretamente ao Judiciário, no que se refere a litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, somente em momento anterior à constituição da arbitragem.

Por fim, verifica-se que o contrato analisado, apesar de dispor sobre aspectos importantes à constituição da arbitragem, assim como outros instrumentos contratuais analisados, deixou de prever acerca de elementos também importantes ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral. No caso em tela, a avença restou omissa no tocante ao adiantamento de despesas e custo da instituição e desenvolvimento da arbitragem, à sucumbência e à publicidade mitigada.

5.2 A jurisprudência dos Tribunais

Inicialmente, deseja-se delimitar o objeto de estudo do presente item. Pretende-se investigar e analisar a jurisprudência dos tribunais nos julgados em que as partes optam por recorrer ao Poder Judiciário, mesmo diante da existência de cláusula compromissória de arbitragem celebrada no contrato de modalidade de parceria público-privada.

Ressalte-se que um estudo mais amplo e, portanto, genérico acerca da admissibilidade da adoção da arbitragem nos contratos administrativos foi realizado nos itens 3.4 e 3.5 da presente pesquisa.

Portanto, objetiva-se investigar, neste item, se o Poder Judiciário, diante da previsão contratual da adoção da arbitragem como meio alternativo de solução de litígios, declara-se incompetente para julgar a causa interposta.

Em extensa consulta ao sistema de jurisprudências dos Tribunais brasileiros, encontrou-se tão somente um processo que atenda ao objetivo da pesquisa. Trata-se de medida cautelar inominada interposta pela concessionária da Rodovia MG-050 S/A. em face do Estado de Minas Gerais, visando, em sede de liminar, à suspensão de exigibilidade de multas impostas pela Secretaria de

Estado de Transportes e Obras Públicas (SETOP) ao parceiro privado por suposto descumprimento de obrigações contratuais²⁴¹.

A concessionária informou, em síntese, que o DER/MG realizou a Concorrência nº 070/2006, visando à exploração, por 25 anos, da Rodovia MG-050, mediante concessão patrocinada nos termos da Lei federal nº 11.079 de 2004 e da Lei estadual nº 14.868 de 2003.

A autora se logrou vencedora da Concorrência Pública, tendo celebrado o Contrato de Concessão Patrocinada nº 07/2007 e dentre os encargos assumidos, está o de realizar investimentos em obras destinadas à recuperação, restauração, melhorias e ampliação da Rodovia, chamadas de intervenções obrigatórias. Dessa forma, foi estabelecido um cronograma de obras a serem executadas ao longo da vigência do contrato para assegurar a recuperação funcional da rodovia.

Nas razões da cautelar, a Concessionária argumenta que o cronograma inicialmente elaborado foi sucessivamente alterado, através do 5º e 6º Termos Aditivos ao Contrato.

De acordo com a concessionária, o Estado de Minas Gerais assumiu, no âmbito do contrato de parceria público-privada, encargos indispensáveis à realização das intervenções obrigatórias, inclusive a remoção de interferências na faixa de domínio e a disponibilização das verbas necessárias à desapropriação das áreas destinadas às obras previstas.

Apesar de o item 8 do Anexo VI do Edital ter definido verba específica para a realização das desapropriações necessárias, a concessionária alega que, na prática, os valores previstos no instrumento editalício são insuficientes. Diante dessa constatação, a parceira privada solicitou o reequilíbrio econômico financeiro do contrato, inicialmente estimado em R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de reais).

O Estado de Minas Gerais teria aceito a solicitação de reequilíbrio econômico, mas até o momento da propositura da medida cautelar não teria disponibilizado a mencionada quantia à concessionária e, ignorando a necessidade de ser restabelecido equilíbrio do contrato, instaurou os Processos

²⁴¹MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Cautelar Inominada nº 0553967-03.2014.8.13.0024**, Juiz: Carlos Donizetti Ferreira da Silva, 7ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias, julg. em 12 maio 2014a.

Administrativos nº R.01.10.011/2012 e R.01.10.017-A1/2012 para apurar suposto descumprimento ao cronograma

Após o decurso dos referidos processos administrativos, a Administração conclui pela aplicação da penalidade de multa à concessionária em valor aproximado de R\$ 78.100.000,00 (setenta e oito milhões e cem mil reais).

Dessa forma, a concessionária, diante da iminente possibilidade de ter o valor arbitrado decotado do seu pagamento, instaurou a ação Cautelar Inominada perante o Poder Judiciário antes da instituição do procedimento arbitral junto à Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB). Em julgamento na primeira instância, o i. juiz monocrático deferiu a medida liminar pleiteada pela Sociedade de Propósito Específico, determinando ao Estado de Minas Gerais que suspendesse a exigibilidade das multas administrativas aplicadas à autora. O Estado de Minas Gerais, inconformado com a decisão prolatada, interpôs recurso de agravo de instrumento, vislumbrando a reforma do julgado. Confira-se a ementa do recurso:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR DEFERIDA. CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA. CONCESSÃO DE RODOVIA. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. REJEITADA. ARBITRAGEM. MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. POSSIBILIDADE NO ÂMBITO PÚBLICO. LIMINAR ANTES DA INSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. DIREITO DE AÇÃO DA PARTE. RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. LIMINAR. RATIFICAÇÃO PELO ÓRGÃO ARBITRAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS.

- [...] O instituto da arbitragem regulado pela Lei 9.307/96, tem como objetivo permitir às partes submeterem a controvérsia atual ou futura a pessoa de confiança comum, normalmente especialista na questão controvertida, na medida que lhes possibilita sair das limitações naturalmente inerentes à jurisdição tradicional.

- A lei nº 11.079/04 instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, tornando possível a adoção pela Administração Pública de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

- Já que o tempo necessário para a instituição do Tribunal Arbitral pode gerar danos aos direitos da parte, não é vedado ao Judiciário, observando se está presente a urgência necessária, tomar medidas cautelares, sob pena de ofensa ao direito de ação, que é uma regra constitucional.

- Até a instituição do Tribunal Arbitral, que leva algum tempo, já que as partes devem indicar os árbitros e deve-se seguir todo um procedimento da Câmara de Arbitragem, estariam os interesses da parte sem nenhuma proteção.

- [...] A liminar concedida no âmbito da medida cautelar, será novamente submetida ao crivo do órgão arbitral, quando for devidamente

instituído, podendo ratificar ou não a sua concessão, já que suas decisões são soberanas²⁴².

Pela leitura da ementa colacionada, percebe-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais se posicionou no sentido de ser perfeitamente cabível que uma das partes contratantes, na iminência de ter o seu direito ameaçado, recorra ao Poder Judiciário, pleiteando a concessão de medida de urgência.

No caso em exame, o objeto da medida liminar pretendida pela concessionária no âmbito do Poder Judiciário inevitavelmente coincidiria com o objeto da controvérsia submetida à via arbitral. Por essa razão, acertadamente, o eminente desembargador relator do Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.055396-7/001 asseverou que “a liminar concedida no âmbito da medida cautelar será novamente submetida ao crivo do órgão arbitral, quando for devidamente instituído, podendo ratificar ou não a sua concessão, já que suas decisões são soberanas”²⁴³.

Pela leitura do inteiro teor do acórdão do agravo de instrumento supramencionado, extrai-se a informação de que em oportunidade anterior a concessionária teria recorrido ao Poder Judiciário com o objetivo de instituir o procedimento arbitral, haja vista que a cláusula compromissória disposta no contrato de parceria público-privado era insuficiente, ou seja, não previa as condições para que o procedimento arbitral fosse estabelecido prontamente, quando necessário. Nesse sentido, o douto Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública Estadual de Belo Horizonte julgou procedentes os pedidos iniciais para estabelecer o conteúdo do compromisso arbitral, tendo as partes, por meio do 6º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão, alterado a cláusula 71 - Da solução de controvérsias²⁴⁴.

Notadamente, a arbitragem apresenta-se como um mecanismo eficiente à resolução de conflitos derivados de contratos celebrados entre o Poder

²⁴² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº. 1.0024.14.055396-7/001**, Rel. Des. Duarte de Paula, 4ª Câmara Cível, julg. em 25.set.2014, Diário Oficial 02out.2014b.

²⁴³ MINAS GERAIS, *Op. Cit.*, 2014b.

²⁴⁴ Não foi possível identificar o julgado mencionado, vez que no acórdão do Agravo de Instrumento nº. 1.0024.14.055396-7/001 não existe qualquer referência ao número do processo proposto pela Concessionária da Rodovia MG-050. Ademais, diante do grande volume de processos envolvendo a Concessionária, apesar de intensa pesquisa, não se obteve êxito em encontrar o processo em questão, principalmente porque o sistema do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais à época da decisão não mantinha arquivo digital dos atos processuais.

Público e o particular. No entanto, como exaustivamente exposto neste trabalho, na cláusula compromissória deve haver previsão dos elementos cruciais à instituição e ao bom desenvolvimento do procedimento arbitral, a fim de que se evite a submissão do litígio ao Poder Judiciário.

No tocante às medidas de urgência, em algumas situações em que seja possível identificar o risco do dano de difícil reparação ou irreparável, justifica-se a interposição de pedido liminar perante o Poder Judiciário, haja vista que a via judicial poderá ser mais célere e, portanto, eficaz, diante do trâmite de constituição do tribunal arbitral. Todavia, as partes e o Poder Judiciário devem estar cientes de que a realização de pedido de medida liminar não importa em renúncia à via arbitral. Nesse caso, a concessão das medidas de urgência estaria fundamentada no art. 5º, inciso XXXV da CF/1988, que garante a inafastabilidade do Poder Jurisdicional quando se tratar de ameaça ou lesão de direito.

Portanto, acredita-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu em conformidade com a Constituição Federal de 1988, com o instituto da arbitragem e com o contrato celebrado entre as partes, conforme estudo realizado no item 5.1.1.1.

Não obstante, a ausência de jurisprudência - entendida como um conjunto de decisões proferidas pelos Tribunais - nos litígios decorrentes de contratos de parceria público-privada que adotam a arbitragem como meio de resolução de controvérsias demonstra que as partes têm respeitado o instrumento contratual e recorrido à arbitragem para efetivamente dirimir os seus conflitos.

6 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objetivo discorrer sobre a adoção da arbitragem nos contratos administrativos, especialmente os celebrados na modalidade de parceria público-privada e, paralelamente, analisar os contratos celebrados pela Administração Pública e a jurisprudência dos Tribunais, diante da visão proposta.

Concluiu-se que a correta interpretação acerca da indisponibilidade do interesse público contempla tão somente os interesses públicos primários, ou seja, aqueles realizados pelo atendimento aos direitos fundamentais, que representam o principal fim do Estado. Já os interesses secundários, podem ser identificados como os interesses do Erário. Dessa forma, a concepção adotada de interesse público primário foi norteadora de todo o estudo realizado, basilar a toda investigação e exame constituído na presente pesquisa.

Dos estudos empreendidos para assentar a admissibilidade da utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias nos contratos administrativos, destacam-se o exame realizado sobre os pressupostos de arbitrabilidade e a refutação dos argumentos expostos em teses contrárias ao cabimento do aludido método. Defendeu-se, no presente trabalho, que a arbitragem pode apresentar-se como um eficiente meio de solução de problemas originados da relação contratual envolvendo a Administração Pública.

Por meio do estudo das principais teses contrárias à adoção da arbitragem nos contratos administrativos, percebeu-se que a adoção da via arbitral não prescinde de autorização em legislação específica, uma vez que a previsão disposta na própria Lei nº 9.307/1996 atende perfeitamente ao princípio constitucional da legalidade. Neste ponto, vale ressaltar a recente alteração da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015, que expressamente autoriza que a Administração Pública submeta-se à arbitragem para resolver controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Apesar de as parcerias público-privadas ainda ser uma modalidade recente de contratação e de que a arbitragem ainda é pouco utilizada no âmbito da Administração Pública, verificou-se que ambos integram o atual modelo de

governança administrativa, prestigiando a consensualidade e realizando o princípio fundamental à boa Administração Pública.

Não obstante, conclui-se que o procedimento arbitral, para ser adotado no âmbito das relações firmadas pelo Poder Público, deverá ser adaptado, visando atender às peculiaridades intrínsecas ao Direito Público, propiciando, dessa forma, a observância dos preceitos legais administrativos, sem, contudo, comprometer o funcionamento e a efetividade do instituto da arbitragem.

A autonomia da vontade é um dos elementos caracterizadores do procedimento arbitral. Notadamente, como desdobramentos desse elemento, surgem outros aspectos que refletem efetivas vantagens da adoção da arbitragem em relação à jurisdição estatal. A possibilidade de escolha dos árbitros, de os litigantes convencionarem acerca da flexibilidade procedimental e da publicidade mitigada, representam, por si sós, relevantes benefícios conferidos às partes. Soma-se a tais vantagens a questão da celeridade, que possui relação direta com a eficiência da prestação jurisdicional.

Não se pretendeu atribuir à arbitragem o poder de solucionar a crise do Judiciário. Como exposto no presente estudo, a mencionada crise é fruto de problema cultural e, como tanto, somente restará adequadamente resolvida por meio de conscientização social, instituída sobre o pilar de que as pessoas são capazes de solucionar os seus problemas sem haver necessidade de intervenção da jurisdição estatal, reservando ao Poder Judiciário, por conseguinte, os litígios que realmente demandam a intervenção estatal.

Pretendeu-se, todavia, prestigiar o instituto da arbitragem como método heterocompositivo e hábil de solução de dissídios complexos que, caso fossem submetidos ao Poder Judiciário, provavelmente não obteriam deslinde tão adequado e eficiente.

A presente investigação demonstrou que a adoção do mecanismo da arbitragem pela Administração Pública nos contratos amolda-se perfeitamente ao ordenamento brasileiro e, mais especificamente ao Direito Público. Os Tribunais superiores já se posicionaram nesse mesmo sentido. Tal conclusão também não se distancia do entendimento de parte doutrina que aborda o assunto.

Atentou-se para a questão da concessão de medidas urgentes no procedimento arbitral. A requisição de tais medidas perante o árbitro ou determinado tribunal arbitral é admissível na teoria, apesar de que, na prática,

pelos contratos analisados, verificou-se que a maioria optou por atribuir ao Poder Judiciário à competência para julgar os pedidos de medidas urgentes antes da constituição do tribunal arbitral. A Lei nº 13.129/2015, ao disciplinar a concessão de medidas urgentes, resolveu parte da polêmica que envolvia a questão.

Por fim, pelo estudo das avenças analisadas na pesquisa constatou-se que a redação da cláusula compromissória arbitral, identificada nos diversos instrumentos contratuais, merece mais atenção dos administradores, vez que a boa previsão relativa à arbitragem nos contratos de parceria público-privada é elementar ao bom e adequado desenvolvimento do procedimento arbitral.

REFERÊNCIAS

ALVES, Mariana Cattel Gomes; BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Arbitragem institucional ou *ad hoc*. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka (Coords.). **Arbitragem nacional e internacional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem: Lei 9.307, de 23.09.1996**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 31, 2002.

AMARAL, Paulo Osternack. A concessão de medidas urgentes em processo arbitral envolvendo o Poder Público. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 157, p.22-23, mar.2008.

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública**: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: caso dos reajustes salariais. In: MOTTA, Luciano Ferraz Fabrício (Coord.). **Direito público moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo brasileiro. In: HACHEM, Daniel W.; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (Coords.). **Direito Administrativo e interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BAHIA. Secretaria do Trabalho, Emprego, Renda e Esporte. **Contrato para reconstrução e operação do Estádio Octávio Mangabeira (“Estádio da Fonte Nova”)**. Bahia: SEFAZ, 2010. Disponível em: <www.sefaz.ba.gov.br/administração/ppp/projeto_fontenova.hpm>. Acesso em: 20 maio 2015.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.262-268.

BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. *In*: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e de prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARBOSA, Rui. Kury. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama, 5a ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf.> Acesso em: 30.jun.2015.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal, Invalidez. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 19, p. 433. jan./mar.2003.

BARROSO. Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conceitos mínimos e critérios de aplicação**. Belo Horizonte: FÓRUM, 2011.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. São Paulo: Atlas, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5.082, de 2009**. Dispõe sobre transação tributária, nas hipóteses que especifica, altera a legislação tributária e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=431269>> Acesso em: 30 abr.2015.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 8.157, de 18 de dezembro de 2013**. Altera o Decreto 2.346, de 10 de outubro de 1997, para incluir a previsão de pedido de extensão administrativa dos efeitos de decisões judiciais. Distrito Federal, Brasília, 18 dez. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8157.htm>. Acesso em: 30 abr.2015.

BRASIL. Casa Civil. **Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997**. Consolida normas de procedimentos a serem observados pela Administração Pública Federal em razão de decisões judiciais, regulamenta os dispositivos que menciona, e dá outras providências. Distrito Federal, Brasília, 10 out.1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2346.htm> Acesso em: 30 abr.2015.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mai. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 29 jun. 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento. **Minuta de contrato para manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre (RNTPD)**. União Federal. Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/projetos/TVdigital/9.ANEXOIX.doc>>. Acesso em: 20maio 2015.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Mensagem encaminhada ao Senado com o Projeto de Lei da Câmara nº.10, de 2004c. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 25 mar.2004. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=42511&tp=1>>. Acesso em: 25 mai.2015. 2004c.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 06 jul. 1993.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 10.848, de 15 de março 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 15 mar. 2004b. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.848.htm>. Acesso em 24 maio 2015. 2004b.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da União**, Brasília, 30 dez.2004d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, AgRg no MS nº. 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 28.06.2006, **Diário da Justiça**, p. 251, 14 ago. 2006c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, Recurso Especial nº. 303.806/RO. Rel. Min. Luiz Fux, julg. em 22.03.2005. **Diário de Justiça**, Brasília,2005a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma, Recurso Especial nº. 490.726/SC. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julg. em 21.03.2005, **Diário de Justiça**, Brasília, 2005b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial nº. 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 25.10.2005, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 299, 14 set. 2006b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma, Recurso Especial nº. 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julg. em 17.05.2007, **Diário da Justiça**, Brasília, p. 240, 08 jun. 2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, Recurso Especial nº. 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. em 20.10.2011. **Diário da Justiça**, Brasília, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma, Recurso Especial nº. 327.285/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. em 27.11.2001, **Diário de Justiça**, Brasília, p.259, 18 mar.2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 2.649**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.08.05.2008, Plenário, DJE 17.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI nº. 52.182, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto, **Revista Trimestral de Jurisprudência**, 68/382, Diário de Justiça, Brasília, 1974.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira nº. 5.206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, **Diário de Justiça**, Brasília, 30 abr. 2004a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2ª Câmara, Acórdão nº. 537/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. em 14.03.2006, v.u., **Diário Oficial da União**, 17 mar.2006a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, acórdão nº. 1330/2007, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 04.07.2007, **Diário Oficial da União**, 06 jul. 2007a.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº. 2.573/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 26.09.2012. **Diário Oficial da União**, 04 out. 2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº. 9.037/96. 4. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAPPELLETI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, p.87-95, abr./jun.1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a cláusula compromissória e a eleição de foro. *In*: LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares, *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Arbitragem. Cláusula compromissória. Cognição e *imperium*. Medidas cautelares e antecipatórias. Civil Law e Common Law. Incompetência da justiça estatal. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 03, p.55, jul./set. 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO. **Tabela de custas e honorários**. São Paulo: Amcham, 2014. Disponível em: <<http://www.amcham.com.br/repositorio-de-arquivos/tabela-de-custas-e-honorarios.pdf>> Acesso em: 19 mar. 2015.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Tabela de despesas e calculadora**. São Paulo: CCBC, 2015. Disponível em: <http://177.70.120.244:8080/Materia/1068/tabela-de-despesas-e-calculadora>. Acesso em: 19 mar. 2015.

CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia, v.12, Belo Horizonte: Fórum, out.- dez.2005.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 23. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

CONSELHO DE MINISTROS. Resolução do Conselho de Ministros nº 175/2001. Portugal: Conselhos dos Julgados de Paz, 2001. **Diário da República**, 28 dez. 2001. Disponível em: http://www.conselhodosjulgadosdepaz.com.pt/ficheiros/Legislacao/Lei_JPaz/RCM175-2001.pdf. Acesso em: 18.05.2015.

COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 86, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. Interesse público: direito administrativo. *In*: FRANÇA, Limonge (Coord.). **Enciclopédia Saraiva de Direito**. São Paulo: Saraiva, v. 45, 1980.

DALLARI, Adilson. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, n.13, São Paulo; Malheiros, 1996.

DEPARTAMENTO DE ESTRADAS E RODAGEM DO ESTADO DE MINAS GERAIS. DER-MG. **Contrato para a exploração da rodovia MG-050. Minas Gerais**: Unidade PPPMG, 2007. Disponível em: <www.ppp.mg.gov.br>. Acesso em: 20.mai.2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 290, p.07, dez.2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça. Conselho Especial, **MS 1998002003066-9**, v.u, Rel. Des. Nancy Andrichi, j.18.05.1999, DJ de 18.08.1999.

FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos administrativos e arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

FORTINI, Cristiana. **Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de.; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FREITAS, Juarez. **O conteúdo dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 5. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2004.

GORDILLO, Agustin A. **Princípios gerais de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 32, São Paulo, 2000.

GUEDES, Demian. A presunção de veracidade e o estado democrático de direito: uma reavaliação que se impõe. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, p. 294, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords). **Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

LEMES, Selma Ferreira Maria. **O Estado como parte na arbitragem: casos no Brasil e no Chile**. 2005. 13 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em integração da América Latina. São Paulo, 2005.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva - confidencialidade ou publicidade processual?. **Revista de Direito Bancário, de Mercado de Capital e de Arbitragem**, São Paulo, v.6, n. 21, p.387-407, jul./set.2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. A tutela antecipada no processo arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo, n. 04, p.15-17, jan./mar.2005.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Contratos com Estado**. Porto Alegre, v.3, p. 22-41 jul./set., 2004.

MANAUS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Minuta de contrato construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus**. União Federal. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/ppp/projetos/cmm/1.Minuta_de_edital_V_final.pdf>. Acesso em: 20maio 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **O plano piloto de conciliação em segundo grau de jurisdição, do egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, e sua possível aplicação aos feitos de interesse da Fazenda Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 820, p.38, fev.2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipada e julgamento antecipado**: parte incontroversa da demanda. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, p.34-36, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Transparência administrativa**: publicidade, motivação e participação popular. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. F; CARMONA, Carlos A. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2. ed., 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limites da revisão: cláusulas pétreas ou garantias de eternidade – possibilidade jurídica de sua superação. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**. ano 2, n. 6. jan-mar 1994. São Paulo: RT, 1994.

MINAS GERAIS. **Cartilha sobre o Programa PPP em Minas Gerais**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2005. Disponível em: <www.ppp.mg.gov.br>. Acesso em: 02.jun. 2015.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico. **Contrato para a construção e gestão de complexo penal na região metropolitana de Belo Horizonte**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2009. Contrato disponível em: <www.ppp.mg.gov.br> . Acesso em: 20 maio 2015.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Contrato para implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI)**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2011. Disponível em: <www.ppp.mg.gov.br> . Acesso em: 20 maio 2015.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Planejamento e Gestão. **Contrato para operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão**. Minas Gerais: Unidade PPPMG, 2010. Disponível em: <www.ppp.mg.gov.br> . Acesso em: 20 maio 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Cautelar Inominada nº 0553967-03.2014.8.13.0024**, Juiz: Carlos Donizetti Ferreira da Silva, 7ª Vara da Fazenda

Pública Estadual e Autarquias, julg. em 12maio 2014a. Disponível em: <http://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_peca_movimentacao.jsp?id=611674&has h=3d1afd5798ec1c905d81fb25cab0abbb>. Acesso em: 20maio 2015.2014a.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.055396-7/001**, Rel. Des. Duarte de Paula, 4ª Câmara Cível, julg. em 25set.2014, Diário Oficial 02out. 2014b.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209. p. 88-89, jul./set. 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Aplicação do Código Civil às licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz Chrysostomo (Orgs.). **Parcerias público-privadas: experiências, desafios e propostas**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. *In*: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagens ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, p.306, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

OLIVEIRA, Regis de. **Projeto de Lei nº 2.412, de 2007**. Dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**. Estudo de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. 7ª CC, **AC nº 247.646-0**, acórdão nº. 18.014, v.u., Rel. Juiz Lauro Laertes de Oliveira, j. 11.02.2014.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7.ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercado**. Rio de Janeiro: Campus, p.118, 2005.

PINTO, José Emílio Nunes. A confidencialidade na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 6, p. 35-36, jul./set.2005.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIO DE JANEIRO. Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro. **Minuta de contrato para operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanãzinho)**. Rio de Janeiro: PPP, 2013. disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1457028/DLFE-58901.pdf/PPPCOMPLEXOMARACANAContratoVersaoFinal.pdf>> Acesso em: 20maio 2015.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. 13ª Câmara Cível, **AI 2003.002.07839**, Rel. Des. Ademir Pimentel, jul. em 29.10.2003.

RIVERO, Jean. **Directo Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

ROUSSEAU, Jean Jacques. Do contrato social. *In*: _____. **Os pensadores**. São Paulo: Victor Civitas, v. XXIV, 1973.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÃO PAULO. Secretaria de Transportes Metropolitanos. **Consórcio Move vence licitação da parceria público-privada da linha 6 de metrô**. São Paulo: STM, 2013b. Disponível em: <<http://www.metro.sp.gov.br/noticias/consorcio-move-sao-paulo-vence-licitacao-da-parceria-publica-privada-da-linha-6-de-metro.fss>>. Acesso em 20maio 2015.

SÃO PAULO. Secretaria de Transportes Metropolitanos. **Minuta de contrato da linha 6 - laranja de metrô de São Paulo**. São Paulo: STM, 2013a. Disponível em: <http://www.stm.sp.gov.br/images/stories/Linha_6/ANEXO_XXII%20Minuta_de_Contrato%20LINHA%206.pdf>. Acesso em: 20maio 2015.

SÃO PAULO. Secretaria Estadual de Logística e Transporte de São Paulo. **Minuta de contrato para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009**. São Paulo: ARTESP, 2014. Disponível em: <<http://www.artesp.sp.gov.br/index.html>>. Acesso em: 20maio 2015.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *In*: SARMENTO, Daniel (Org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o**

princípio de supremacia do interesse público. 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords). **Parcerias público-privadas**: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: a construção de um novo paradigma para contratos entre o Estado e o investidor privado. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n.08, out./dez., p.07-42, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, p.606, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. O déficit jurídico da infraestrutura brasileira. **Jornal O Estado de São Paulo**, 06.08.2014.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. Tutela judicial de urgência e a lide objeto de convenção de arbitragem. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Porto Alegre, n. 07, p. 09, jul./set. 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 3. ed. rev. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2000.