

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS E  
DESENVOLVIMENTO – MESTRADO**

**JORDANA MENDES SILVA**

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-  
PRIVADA**

**Goiânia  
2015**

**JORDANA MENDES SILVA**

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-  
PRIVADA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica de Goiás como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação do Professor Doutor José Antônio Tietzmann e Silva.

**Goiânia  
2015**



A Deus, porque sem Ele nada é possível;

Aos meus pais Divino e Carolina que me ensinaram o caminho da retidão e dos valores necessários à formação da mulher que me tornei; e minha irmã Morgana pela amizade sempre presente;

Ao meu amado noivo Valdeir Júnior, por todo incentivo, conforto e apoio.

A todos que, independentemente das circunstâncias, me agraciaram com compreensão, proporcionando a conclusão de mais esta etapa.

## **AGRADECIMENTOS**

O trabalho intelectual requer muito tempo e dedicação, traz um crescimento pessoal que levamos para toda a vida, mas para isso é preciso contar com pessoas interessadas em fazer com que seu sonho se torne realidade. Por isso, agradeço às pessoas que foram imprescindíveis para que tudo isso fosse possível.

Ao Doutor Luiz Carlos Falconi, uma mente brilhante, que acredita e apoia o trabalho acadêmico, sem o seu apoio eu não despertaria.

Ao meu orientador, Dr. José Antônio Tietzmann, por ser fonte inspiradora e pelo trabalho dedicado.

Aos amigos que me apoiaram e incentivaram

E principalmente, agradecer à minha família, por acreditarem que seria possível, mesmo nas adversidades. Obrigada.

## RESUMO

Buscou-se, por meio de um estudo histórico-legislativo, doutrinário e jurisprudencial, analisar a compatibilidade do emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. Observa-se, no contexto atual, uma nova postura estatal em relação aos contratos administrativos, com a valorização da paridade, participação e consenso nas relações ente o parceiro público e o particular. Dentre as inovações da lei de parcerias público-privadas, encontra-se a possibilidade de solução de controvérsias por meios não judiciais, em especial a aplicação da arbitragem. Demais disso, houve também a recente atualização da lei da arbitragem, com a inclusão de dispositivo que autoriza expressamente a aplicação da arbitragem no trato entre a Administração contratante e particular contratado. Dessa forma, o estudo tem como escopo a análise da possibilidade do emprego da arbitragem especificamente em contratos de parceria. Apesar da questão, inicialmente, encontrar entraves nos princípios norteadores da Administração Pública – notadamente no princípio da indisponibilidade, na supremacia do interesse público, na legalidade e na publicidade –, uma abordagem mais detida, como defendo no curso deste trabalho, permite observar que o emprego da arbitragem, observando algumas limitações, não afronta tais princípios, sendo perceptível que tanto o legislador brasileiro quanto a jurisprudência pátria têm cada vez mais se inclinado para a aceitação da arbitragem como meio alternativo para a solução de controvérsias oriundas da relação jurídico-contratual administrativa.

Palavras-chave: arbitragem; parceria público-privada; administração pública.

## **ABSTRACT**

Sought by means of an historical-legal study, doctrinal and jurisprudential examine the compatibility of the arbitration of employment in the public-private partnership contracts. It is observed in the current context a new government stance on government contracts, with the valuation of parity, participation and consensus in the relationship being the public partner and the private. Among the innovations of the law of public-private partnerships is the possibility of dispute settlement by non-judicial means, in particular the application of the arbitration. Others that there was also a recent update of the arbitration law for the device inclusion expressly authorizes the application of arbitration in dealing between the Contracting Authority and private contractor. Thus the study has the objective to analyze the possibility of using the arbitration specifically in partnership agreements. Despite the question initially find barriers in the guiding principles of public administration, the principle of availability, supremacy of public interest, legality and publicity, a deeper approach allows us to observe that the use of arbitration, noting some limitations, does not shame such principles, and noticeable that both the Brazilian legislators as the homeland jurisprudence has increasingly inclined to accept arbitration as an alternative means for resolving disputes arising from administrative legal and contractual relationship.

Keywords: arbitration; public-private partnership; public administration.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	6
<b>ABSTRACT</b> .....	7
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO 1 - PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS</b> .....	13
1.1 A REFORMA DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
1.1.1 Contratos administrativos.....	16
1.1.2 Contratos de concessão de serviços e de parcerias público-privadas.....	22
1.2 LEI FEDERAL N. 11.079/2004.....	26
1.2.1 Modalidades de parcerias.....	28
1.2.2 Concessão administrativa.....	30
1.2.3 Concessão patrocinada.....	31
1.2.4 Da execução dos contratos.....	33
<b>CAPÍTULO 2 - A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS</b> .....	36
2.1 NATUREZA JURÍDICA.....	36
2.2 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.129/2015.....	38
2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEI DA ARBITRAGEM.....	48
2.4 PREVISÃO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIOS NÃO JUDICIAIS E A CULTURA BRASILEIRA DO LITÍGIO.....	53
2.5 A PREVISÃO DA ARBITRAGEM NA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	59
2.5.1 Histórico legislativo.....	61
2.5.2 A arbitragem como concretização do princípio da eficiência administrativa.....	61



<b>CAPÍTULO 3 - A COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM AO INTERESSE PÚBLICO</b> .....	71
3.1 A ARBITRAGEM ENVOLVENDO O INTERESSE PÚBLICO.....	71
3.1.1 O princípio da supremacia do interesse público.....	72
3.1.2 O princípio da indisponibilidade.....	75
3.1.3 O princípio da legalidade.....	76
3.1.4 A exigência da patrimonialidade nos conflitos submetidos à arbitragem e a questão da publicidade.....	81
3.2 A COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	83
3.3 A ARBITRAGEM NAS CLÁUSULAS REGULAMENTARES.....	90
3.4 O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL PELO PODER PÚBLICO.....	91
3.5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO.....	93
3.5.1 O posicionamento do Tribunal de Contas da União.....	93
3.5.2 Casuística judicial.....	97
<b>CONCLUSÃO</b> .....	105
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	109

## INTRODUÇÃO

O trabalho tem como objetivo central analisar os principais óbices jurídicos erigidos contra a utilização da arbitragem em contratos administrativos firmados pela Administração Pública, em especial as parcerias público-privadas, como a inafastabilidade de jurisdição, a legalidade estrita e a indisponibilidade do interesse público.

Preferiu-se restringir o estudo do instituto no âmbito dos contratos administrativos, em especial quanto às parcerias público-privadas, a fim de realizar uma abordagem mais específica sobre as relações da arbitragem com o Direito Administrativo e com a Administração Pública, em razão da crescente importância dos contratos como instrumentos do Direito Administrativo, bem como a inserção da arbitragem reiteradamente nesses domínios pelo próprio legislador.

Com esta demarcação, quer-se repisar que o presente estudo tem em foco a análise da arbitragem disciplinada pela Lei n. 9.307/1996 e sua recente atualização pela Lei n. 13.129/2015, especificamente acerca de seu emprego para resolver controvérsias no bojo de contratos administrativos, sendo que tal abordagem se dará ainda na arbitragem interna, doméstica, sem adentrar as peculiaridades internacionais.

Esclarecidas essas delimitações necessárias, vale contextualizar que a inserção do Brasil na economia mundial, imersa em um cenário de globalização, em que se assiste ao crescimento da complexidade da vida econômica e da abertura comercial entre diversos países, fez com que o mercado passasse a demandar instrumentos jurídicos específicos que buscassem a resolução rápida de possíveis conflitos.

O mercado funciona com mais eficiência, aperfeiçoa transações econômicas, quando conta com instituições jurídicas que são seguras na medida em que os órgãos julgadores são imparciais, independentes, e quando esses julgamentos são proferidos em tempo razoável.

Ainda, o instituto arbitral tem como escopo a crise do Judiciário e a necessidade de se fornecerem alternativas de forma a dinamizar a resolução dos

litígios que se originam dos contratos administrativos, envolvendo as parcerias público-privadas, garantindo ainda segurança ao deslinde das demandas.

A atualidade do tema está comprovada pela crescente importância conferida ao instituto, tanto que em 2013 o Senado Federal nomeou uma comissão especial, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luís Felipe Salomão e composta por juristas para atualizar a Lei de Arbitragem, justificando, assim, a escolha da arbitragem dentre as demais formas de solução de conflitos extrajudiciais. Essa reformulação tem como um dos principais objetivos sanar as diversas dúvidas surgidas ao longo da vigência da Lei n. 9.307/1996 e resultou na edição da Lei n. 13.129/2015.

A problematização do presente trabalho surgiu, portanto, da necessidade de se examinar criticamente os supostos obstáculos suscitados como forma de impedir ou dificultar o emprego da arbitragem em avenças administrativas, com o desígnio de verificar sua pertinência.

Frisa-se que, mesmo no mundo acadêmico, não há um consenso entre juristas e doutrinadores quanto à possibilidade de se utilizar a arbitragem como forma de solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública, em especial as parcerias público-privadas. Verifica-se, pois, a relevância do tema, que pretende dilatar a discussão acadêmica e apresentar as conclusões sobre o tema.

Visando responder aos questionamentos levantados como problema, parte-se das seguintes indagações: a arbitragem pode ser meio de solução de controvérsias em contratos administrativos entabulados pela Administração Pública, em especial as parcerias público-privadas?; os princípios constitucionais de inafastabilidade de jurisdição, legalidade e indisponibilidade do interesse público são empecilhos para a utilização da arbitragem nos contratos com as parcerias público-privadas?

Como hipótese, aventa-se que a arbitragem pode ser clausulada em contratos administrativos, em especial os firmados por meio das parcerias público-privadas, e os mencionados óbices não resistem a um exame um pouco mais aprofundado da matéria.

Buscou-se trazer à tona pontos controvertidos sobre a matéria sobre a compatibilização dos institutos com os princípios constitucionais e a visão dos Tribunais Superiores.

A pesquisa utilizou-se dos métodos científicos necessários para que haja a compreensão satisfatória do tema. Aproveitou-se do método bibliográfico, com o desiderato de fornecer um embasamento teórico sólido sobre o tema, bem como as leis específicas, arbitral e de parcerias público-privadas, e na Constituição Federal.

Além da pesquisa teórica, consubstanciada em farto material doutrinário, será colimado não só o domínio da bibliografia fundamental, bem como uma postura crítica sobre o assunto, por meio de periódicos, revistas, artigos, livros, legislação, jurisprudência nacional, páginas da internet, adequados à finalidade da pesquisa.

Vale salientar o elevado grau de importância da pesquisa metodológica perpetrada, que possibilita erigir um conhecimento científico consistente, haja vista que colide elementos teóricos com fatos concretos, em uma sistemática que suscita dúvida, levando, conseqüentemente, a indagações e críticas sobre o tema proposto.

Adotar-se-á o método dedutivo na abordagem do tema proposto, como método de pesquisa da ciência do Direito.

O trabalho foi dividido em três capítulos, no intuito de apresentar maior clareza e coerência de informações, cujo conteúdo está a seguir descrito:

O capítulo inicial apresenta a reforma administrativa Estatal e sua influência na criação legislativa dos contratos de concessão de serviços públicos a partir do novo contratualismo administrativo, em especial das parcerias público-privadas, à luz das ideias apresentadas por doutrinadores como Carlos Luiz Bresser Pereira e Gustavo Justino de Oliveira.

O segundo capítulo faz uma descrição do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio com enfoque sobre as Leis de parceria público-privada e da arbitragem (Leis n. 9.307/96 e 11.079/04). Ainda, a questão da constitucionalização da lei de arbitragem e sua utilização como uma forma de concretização do princípio da eficiência administrativa. Após, analisam-se as previsões legais de solução de controvérsias por meios não judiciais em contraposição à cultura brasileira do litígio, com base no referencial teórico de Carlos Alberto de Salles, Selma Maria Ferreira Lemes e Odete Medauar.

O último capítulo traz um apanhado de conceituações e análises empreendidas na doutrina brasileira sobre a possível utilização da arbitragem pelas parcerias público-privadas, proporcionando ainda a compreensão do conteúdo normativo e sua compatibilidade com o interesse público e os princípios da administração pública, colacionando oportunamente a jurisprudência brasileira sobre o tema e os posicionamentos do Tribunal de Contas da União, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, nas considerações finais, retomam-se os objetivos iniciais do trabalho e são apresentados os resultados obtidos a partir da hipótese exibida.

# CAPÍTULO 1

## PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O capítulo tem como objetivo discutir e apresentar o instituto das parcerias público-privadas, sua origem e visão brasileira. Assim realiza uma análise sobre seu histórico, bem como sobre a expansão do consensualismo na Administração Pública e, por fim, uma verificação detida sobre a Lei federal n. 11079/2004 e suas peculiaridades.

Com a evolução da Administração Pública, deu-se início a uma nova fase de aproximação desta com o particular e a conseqüente descentralização do serviço público, com a criação de mecanismos jurídicos e instrumentos contratuais para materializar a transferência da prestação dos serviços à iniciativa privada, garantido, concomitantemente, a proteção do patrimônio público e do investidor privado.

Justifica-se, assim, a importância da mencionada análise no capítulo inicial de como se deu o processo de reforma do Estado no Brasil, a evolução dos modelos de administração e seu reflexo na descentralização dos serviços públicos com o surgimento ainda da nova contratualização administrativa, em especial com o surgimento da Lei de parcerias público-privadas.

### 1.1 A REFORMA DO ESTADO E A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

No Brasil, ocorreram duas grandes reformas administrativas, a saber: a reforma burocrática de 1937 e de 1995, que implementou o sistema gerencial, mais flexível e eficiente (FLAUSINO, 2015, p. 20).

O modelo burocrático, de 1937, objetivou a substituição do modelo de administração patrimonialista das monarquias absolutistas.

Flausino (2015, p. 20) ressalta que essa forma de administrar revelou-se incompatível com o capitalismo industrial e as democráticas do século XIX, pois, para que o capitalismo se desenvolvesse, era necessário a separação entre o Estado e o mercado, entre o administrador público e os particulares que compõem a sociedade civil. Contudo, em razão da ausência de recursos financeiros e de infraestrutura, o Estado passou a se estagnar, não conseguindo mais suprir as demandas de bens e serviços, o que exigiu a adoção de medidas para que o cidadão mantivesse seu acesso aos bens e serviços necessários à sua sobrevivência.

Para Pereira (1996), a administração burocrática passou a demonstrar ineficiência na prestação dos serviços público na migração do Estado liberal para o Estado social<sup>1</sup>, com a necessidade de reformulação do modelo adotado:

A Administração Pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Já a segunda reforma administrativa foi uma reposta ao Estado Social, porque, segundo Flausino (2015, p. 22), o poder público, no Estado Social, foi incumbido de ampliar o rol de serviços ofertados ao cidadão, o que lhe trouxe problemas de ordem econômica e estrutural, uma vez que o poder público não possuía estrutura suficiente para “fornecer esses serviços a contento, o que tornou a participação da iniciativa privada uma medida necessária para que se pudesse atender a crescente demanda”.

---

<sup>1</sup> O Estado social foi uma estratégia para aumentar a qualidade de vida e diminuir a desigualdade inerente ao capitalismo, porque o capitalismo é um sistema econômico bastante eficiente, mas é cego à justiça e à estabilidade. É um tipo de modelo que vive em meio a crises e tende a concentrar a renda na mão dos mais poderosos, dos mais espertos, dos mais ladrões, dos mais inteligentes, aqueles que forem “mais” alguma coisa, e que deixa os mais pacíficos e mais modestos fortemente prejudicados. Por outro lado, descobriu-se que se fossem criados grandes serviços público gratuitos de educação, de saúde, de assistência social, e se fosse montado um sistema de previdência social universal, a qualidade de vida da população poder ser substancialmente melhorada, a um custo relativamente baixo (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. É o Estado capaz de se autorreformular? In: Desigualdade & Diversidade – Dossiê Especial, segundo semestre de 2011, p. 16. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado\\_capaz\\_autorreformular.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado_capaz_autorreformular.pdf)> Acesso em: 27 set. 2015).

Demais disso, os escassos recursos econômicos impediram também o investimento público nas áreas da saúde, transportes e educação, enquanto a iniciativa privada possuía capital financeiro e interesse no fornecimento dos serviços, gerando a aproximação do Estado com os entes particulares.

Assim, o Estado passou a assumir uma diversidade de atribuições, principalmente na área social, gerando ainda mais encargos na prestação dos serviços públicos. Contudo, a ausência de estrutura física e capacidade econômica obrigou Estado a transferir a execução de muitas de suas atividades para empresas privadas por meio de contratos de concessão de serviços públicos e de parceria (FLAUSINO, 2015, p. 23).

Segundo Pereira (1996), a partir do final da década de 70, o Brasil passou por um período de crise financeira, surgindo, assim, a necessidade de reformular o modelo de Administração Pública burocrático adotado.

Flausino (2015, p. 24) ressalta que o governo de Fernando Henrique Cardoso deu início a uma reforma administrativa, com a implementação do modelo de administração gerencial:

No primeiro semestre daquele ano, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que, segundo Mivhele Tonon Barbado possuía como objetivos a diminuição da dívida pública, a ampliação da capacidade de arrecadação do Estado destinando investimento em áreas que demandam sua intervenção direta, o aumento dos serviços públicos oferecidos ou financiados pelo Estado, visando a um melhor atendimento ao cidadão (aqui tratado como “cliente do Estado”) e, no plano político, à ampliação da participação do povo na gestão pública.

Neste contexto, surge a lei de concessões de serviços públicos (Lei n. 8.987/95), como resultado do novo modelo de Administração Pública, passando a privilegiar a eficiência na prestação dos serviços públicos.

Lemes (2013, p. 2) assevera que essa mudança de orientação administrativa, com o incremento das concessões, também foi sentida no direito comparado, como na França, Espanha, Itália e Portugal, entre outros, sendo que, nestes países, graças a estas novas formas de contratação, “foi possível a realização de grandes obras, tais como, a construção de estradas, ampliações portuárias e serviços de saneamento básico”.



Logo após, surge também a Lei n. 11.079/04, regulamentando as parcerias público-privadas, uma modalidade de contrato administrativo com o objetivo principal de atrair os investimentos do setor privado na prestação de serviços públicos e investimento em obras de infraestrutura.

O que se observa é que tanto a lei 11.079/04 quanto a lei n. 8.987/95 proporcionaram um rol de incentivos para o setor privado assumir a prestação dos serviços públicos e direcionar investimentos em obras de infraestrutura. Flausino (2015, p. 26) expõe que, além da garantia de retorno financeiro, para estimular o interesse de novos investidores o legislador autorizou o uso da arbitragem tanto nos contratos de concessão como de parcerias público-privadas<sup>2</sup>. O autor ainda ressalta:

A submissão dessas controvérsias perante o Poder Judiciário não é bem recebida pela iniciativa privada por dois motivos primordiais: 1) os processos judiciais possuem procedimento burocrático e regado de interminável rol de recursos, o que impede que o conflito seja resolvido em tempo razoável; e 2) o possível ativismo judicial, em prol do ente nacional, era incertezas quanto ao resultado do processo, regando riscos ao investimento.

Desta forma, a arbitragem no Estado contemporâneo deve ser analisada no contexto da reforma do próprio Estado, com a delegação dos serviços públicos ao setor privado, como uma estratégia de condução e gestão do negócio público, a fim de dinamizar as relações negociais com escopo na eficiência administrativa e alcance das finalidades sociais e econômicas.

### 1.1.1 Contratos administrativos

A teoria geral dos contratos é a mesma tanto para os contratos privados como públicos, porém não há dúvidas que os contratos administrativos possuem características próprias, uma vez que em um dos lados sempre estará a

---

<sup>2</sup> Salles (2011, p. 72) ressalta que “o principal do atrativo a serem criados nesse tipo de negócio, com toda certeza, é a lucratividade. Nessas condições, é fundamental a existência de garantia e segurança no negócio estabelecido com o Estado. Para tanto, também necessária a existência de agilidade e efetividade nos mecanismos destinados a equacionar eventuais controvérsias surgidas na execução do contrato ou acordo, sob pena de a ausência de mecanismos com essas características minar a segurança do empreendedor ou parceiro privado, ante a perspectiva da necessidade de um processo judicial de muitos anos de duração.”

Administração Pública com todas suas prerrogativas e peculiaridades inerentes ao regime jurídico administrativo.

Certo é que a teoria do contrato administrativo se afastou da teoria do contrato privado, dispondo de certas prerrogativas a fim de assegurar o interesse público, sem, contudo, sacrificar os direitos pecuniários dos particulares interessados.

Segundo a definição de Meirelles (2008, p. 214), contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, segundo as condições estabelecidas pela própria Administração.

A principal característica do contrato administrativo é a supremacia de poder da Administração Pública para fixar suas condições iniciais, visando à proteção do interesse público, conforme já se manifestou Carvalho Filho (2013, p. 181) sobre o tema:

Não se pode deixar de reconhecer, em consequência, uma certa desigualdade entre as partes contratantes, fato que confere à Administração posição de supremacia em relação ao contratado. O mesmo se pode dizer dos tradicionais princípios romanos da imutabilidade unilateral dos contratos, que sofrem notória mitigação quando se trata de contratos administrativos.

Isso porque as prerrogativas conferem à Administração uma posição de supremacia sobre o particular, que se estabelece por meio de cláusulas contratuais não extensíveis ao contratante privado, chamadas de exorbitantes.

A lei n. 8.666/93, lei geral sobre as licitações e contratos, prevê a existência de cláusulas dessa natureza, arroladas em seu artigo 58, conforme:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Venosa (2010, p. 576) explica que a Administração Pública pode celebrar contratos que são tipicamente de direito privado, bem como contratos administrativos propriamente ditos que não se encontram no campo privado. Existem, ainda, ao lado dos tipicamente administrativos, as formas mistas de contrato, cuja tipicidade decorre originalmente do Direito Civil, mas cujos princípios são públicos. Sendo certo que o fato de a Administração Pública ser uma das partes do contrato não significa, obrigatoriamente, que a relação apresente natureza jurídica de contrato administrativo.

Carvalho Filho (2013, p. 175) conceitua contrato administrativo como o ajuste firmado entre “a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público”.

Assim, no cenário brasileiro, o contrato administrativo define-se como toda avença entre a Administração Pública e terceiros na qual o vínculo e a estipulação das obrigações recíprocas estão sujeitos ao interesse público.

Tem-se observado atualmente uma reformulação do modelo tradicional de regime jurídico administrativo, de forma a se aproximar o regime público do privado, aplicando-se à Administração regras do Direito comum, exigindo-se da nova Administração Pública uma postura mais flexível.

Oliveira (2005) aborda tal posicionamento doutrinário como uma “nova forma de administrar”, por meio da “reciprocidade de concessões entre a Administração Pública e particulares” possibilitando assim o equilíbrio de interesses originalmente contrapostos.

Nesse contexto, o contrato administrativo clássico também tem se adaptado às novas exigências, voltadas a garantir uma maior paridade entre Administração e particular.

Para Pereira (1996), a Administração burocrática passou a demonstrar ineficiência na prestação de serviços públicos, quando da migração do Estado Liberal para o Estado Social (no século XX), e verbera:

A Administração Pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

Nesse sentido, pela tendência de um novo equilíbrio entre o público e privado, faz-se necessário o emprego de instrumentos jurídicos apropriados para disciplinar a relação ente a sociedade civil, cada vez mais participativa, e a Administração Pública.

Assim, a figura contratual surge para auxiliar a celebração de arranjos consensuais para que a Administração interaja com os indivíduos, estabelecendo um equilíbrio de forças.

Sobre o tema expõe Oliveira (2010, p. 33), pela importância da negociação no novo contrato administrativo:

Aplicada ao terreno da Administração Pública, essa orientação (negociação) gerou locuções como Administrar por contrato, Administrar por acordos, Administração paritária e mais recentemente, Administração consensual.

[...]

O sentido das expressões elencadas sinaliza um novo caminho, no qual a Administração Pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão cujas referências são o acordo, a negociação, a coordenação, a cooperação e a colaboração. Isso em setores e atividades preferencial ou exclusivamente reservados ao tradicional modo de administrar: a administração por via impositiva ou autoritária.

A essa nova postura da Administração Pública, pela presença influente do Direito Privado, o autor dá o nome de nova contratualização administrativa,

retratando a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade para o diálogo e negociação.

Por sua vez, Oliveira (2012, p. 21) argumenta sobre um novo estilo de atuação, com a administração cooperante ou concertada, cuja distinção é a negociação como uma forma de condução da gestão pública, e pondera que esse novo estilo de organização privilegia soluções pacificadoras.

Ainda segundo o autor, em lugar de colisão ente os interesses públicos e particulares, abre-se caminho para um direito de distribuição de interesses privados, mediado pela Administração Pública, sendo que ao Estado mediador compete viabilizar canais de interlocução tanto entre o Poder Público e os indivíduos quanto entre os indivíduos e grupos sociais entre si.

Contudo, isso vai ao encontro ao princípio da eficiência, pois a parceria, neste caso, surge como uma forma de garantir a efetivação do princípio constitucional prescrito no artigo 37 da Constituição Federal.

Neste ponto, insta ressaltar o extenso rol de competências e funções da Administração Pública, sendo que é dever do Estado também buscar institutos e soluções que lhe permitam cumprir suas funções com presteza e eficiência, razão pela qual a própria Constituição Federal admitiu em seu artigo 175 a possibilidade de que os serviços públicos sejam prestados por particulares, por meio da concessão ou permissão, *in verbis*:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

Além disso, o artigo 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal prevê a execução direta ou por meio de concessão, permissão ou autorização de vários serviços, e o artigo 25, § 2º, inclui na competência dos Estados membros a exploração direta ou por meio de concessão dos serviços de gás canalizado.

Nesse contexto, registra-se que quando a Constituição menciona a execução direta, deve-se entender que abrange a Administração Pública direta e indireta, no que se incluem entidades com personalidade jurídica, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Essas são as formas tradicionais de gestão do serviço público. Contudo, outras formas surgiram com o direito positivo brasileiro, como as parcerias público-privadas, os contratos de concessão e permissão e os contratos de gestão com as organizações sociais e as franquias, além dos consórcios públicos e convênios de cooperação previstos pelo artigo 241 da Constituição Federal

É nesse contexto que surgem as parcerias público-privadas, disciplinadas em nível nacional pela Lei federal n. 11.079/2004, a qual estabelece bases normativas diferenciadas dos disciplinamentos anteriores – Lei federal 8.666/93, relativa às contratações em geral no âmbito da Administração Pública, e Lei federal n. 8.987/95, sobre o regime jurídico das concessões comuns –, garantindo maior flexibilidade e participação do contratante particular no momento da contratação e da execução.

Carvalho Filho (2013, p. 428) conceitua as parcerias público-privadas como:

O acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes

É importante registrar, ainda, as considerações de Oliveira (2010, p. 228) sobre a inserção das parcerias público-privadas nas modalidades que integram a expressão do novo contratualismo administrativo:

Assim sendo, parece ser pertinente apontar a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, tais como protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada, entre outras figuras de base consensual possíveis de

serem empregadas pela Administração Pública brasileira na consecução de suas atividades e atingimento de seus fins.

Ressalta-se que antes mesmo do surgimento da Lei de Parcerias Público-Privadas, a regulamentação legal das Organizações Sociais (Lei federal n. 9.637/98) e das Organizações de Sociedade Civil de Interesse Público (Lei federal n. 9.790/99) – responsáveis pela execução de serviços públicos em regime de parceria com o Poder Público formalizados por contratos de gestão – já traziam em seu bojo importantes transferências de funções e serviços entre os entes estatal e privado, por meio de convênios ou mesmo de parcerias, intensificando-se, dessa forma, o intercâmbio de relações consensuais no âmbito administrativo.

#### 1.1.2 Contratos de concessão de serviços e de parcerias público-privadas

O contrato de concessão foi o primeiro instrumento de delegação dos serviços públicos. Flausino (2015, p. 33) destaca que, no plano infraconstitucional, existem vários dispositivos legais que tratam da matéria de concessões pelo Poder Público, como: a lei 8.987/95, que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos e de obras públicas; a lei 9.074/95, que instituiu normas para outorga e prorrogações de concessões e permissões de serviços públicos; a lei 9.427/96, que trata das concessões de serviços públicos no campo da energia elétrica; e a própria lei 11.079/04 sobre as parcerias público-privadas.

O contrato de concessão de serviço público é definido pelo inciso II do artigo 2º da Lei de Concessões como sendo:

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e prazo determinado.

Meirelhes (2011, p. 270) conceitua o contrato de concessão de serviços públicos da seguinte forma:

O contrato de concessão de serviços públicos, ou simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários.

Assim, o contrato de concessão de serviço público nada mais é do que o instrumento por meio do qual a Administração Pública transfere, por prazo determinado, a execução do serviço a um terceiro. Entretanto, nem todos os serviços podem ser delegados à iniciativa privada.

Flausino (2015, p. 35) ressalta que a concessão tem como natureza a gestão de serviços públicos que serão remunerados pelos usuários ou com receitas derivadas da exploração de próprio serviço, o que somente é possível quando “se trata de serviços prestados a terceiros e que se admita uma exploração comercial”.

Assim os serviços prestados pelas concessionárias diferencem-se dos serviços próprios do Estado, executados por meio de seus órgãos e agentes, que por sua própria natureza são indelegáveis.

A Constituição Federal, em seu artigo 175, tornou obrigatória a realização de licitação para a delegação de serviços públicos, sendo requisito indispensável para que o poder público possa conceder à iniciativa privada a outorga de tais serviços, mediante a criação de contratos específicos.

No Brasil, o legislador editou as leis 8.987/95 e 11.079/04, que disciplinam as modalidades contratuais que possibilitam a transferência da prestação de serviços à iniciativa privada, sendo estas o contrato de concessão e permissão de serviços públicos e os de parceria público-privada.

O contrato de concessão de serviço público possui regramento próprio, aplicando-se subsidiariamente a ele as disposições da Lei 8.666/93. O artigo 23 da Lei 8.987/95 elenca cláusulas especiais que deverão obrigatoriamente integrar o contrato de concessão.

Já as Parcerias Público-Privadas, objeto deste trabalho, foram instituídas pela Lei 11.079/04, e seu artigo 2º não trouxe a definição expressa do instituto, referindo-se apenas como sendo um “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Di Pietro menciona que as parcerias público-privadas podem ser definidas em sentido amplo e estrito, pois significam, ao mesmo tempo, uma forma de associação



do Estado com o particular e, nos termos da Lei federal n. 11.079/2004, modalidades específicas de contratos de concessão. A autora as define como (2010, p. 39):

Um contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

Em sentido estrito, as parcerias constituem os múltiplos vínculos entre o público e o privado, em que o ente público transfere ao particular a responsabilidade de realizar atividade continuada de interesse público, incluindo a concessão comum de serviços públicos, o contrato de gestão com organizações sociais e os termos de parceria com as organizações da sociedade civil de interesse público.

Observa-se que as parcerias público-privadas surgiram, na realidade, muito antes da Lei federal n. 11.079/2004, pois, ainda na Lei de Concessões (Lei federal n. 8.987/1995), havia a possibilidade de gestão comum de interesses público e privado, de interesses públicos, bem como as leis que organizaram o terceiro setor, como as Leis federais 9.637/98 e 9.790/99 (FLAUSINO, 2015, p. 30).

Em sentido estrito, o tema surge com o programa de Reforma do Estado iniciado na década de 1990 e com as privatizações, culminando com a criação de leis que refletiam o espírito da reforma. Assim, a edição da Lei federal n. 11.079/2004 surge em um contexto de reformas.

Certo é que sua criação está vinculada à necessidade de a Administração Pública suprir suas carências sociais e econômicas, valendo-se do crescimento econômico do setor privado, transferindo para a iniciativa privada os altos custos do empreendimento, sem prejuízo das garantias prestadas pela Administração em favor do particular.

Deste modo, a Lei das Parcerias Público-Privadas viabilizou um regime de concessões próprio com o financiamento por recursos privados, compensando a exigência do alto valor de financiamento pelo setor privado com a possibilidade de abertura do contrato por meio de cláusulas que estabelecessem condições mais vantajosas ao particular na contratação com o Poder Público.

Registra-se, ainda, que, nas justificativas do Projeto de Lei que originou a Lei n. 11.079/2004<sup>3</sup>, o legislador ressaltou que o instituto, no Brasil, representa “uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”.

Quanto à natureza jurídica, o contrato de parceria é considerado como um contrato administrativo, celebrado pela Administração Pública sob a égide do Direito Público, com o objetivo final da prestação jurisdicional.

Demais disso, o fundamento constitucional para as concessões de serviço público em geral vem do artigo 175 da Constituição Federal, ao possibilitar ao Poder Público prestar diretamente os serviços públicos ou transferir sua execução ao particular por meio de concessão ou permissão.

Ressalta-se a explicação utilizada por Di Pietro (2010, p. 145) de que, embora as parcerias entre o setor público e privado, em sentido amplo, possam expressar diferentes arranjos, “a Lei de Parcerias Público-Privada restringe a definição a duas modalidades específicas de contrato, pelo que, citando *ipsis litteris* o artigo 2º da Lei federal nº 11.079/2004, a “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

---

<sup>3</sup> As parcerias público-privadas se originaram no direito inglês e são adotadas no direito comunitário europeu, onde vêm sendo também adotadas, sem que haja um modelo único para as parcerias. As justificativas do projeto de lei brasileira constam da mensagem que acompanhou o projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional (inteiramente reformulado no Senado). Nas razões que justificam o projeto, registra-se o grande êxito do modelo de contratação em diversos países, a exemplo de 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. Acrescenta-se que, no Brasil, a adoção do novo modelo de contratação é uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em razão da ausência de recursos orçamentários suficientes para suprir as demandas com as políticas públicas. (OLIVEIRA, Débora Fernandes de. Parcerias Público-Privadas: um estudo comparativo das Legislações e dos Contributos das PPP's no direito estrangeiro, especialmente Inglaterra, Portugal e Estados Unidos da América. Disponível em: <[https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2008/relatorios/ccs/dir/relatorio\\_deborah.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/relatorio_deborah.pdf)> Acesso em: 20 out. 2015).

A Lei federal n. 11.079/2004<sup>4</sup> é o guia normativo das parcerias público-privadas, razão do tópico a seguir, que demonstra a vontade do legislador de inovar em relação a essa modalidade de contrato administrativo.

## 1.2 LEI FEDERAL N. 11079/2004

Em 30 de dezembro de 2004, foi publicada a Lei federal n. 11.079/2004, com inspiração nos modelos da *common law* inglesa e nos países europeus, por meio do Projeto de Lei n. 2546/2003<sup>5</sup>, justificada pela necessidade de viabilização de uma nova modalidade de contrato administrativo com compartilhamento de riscos e ganhos<sup>6</sup>.

Souza Jr (2005, p. 122) ressalta que a atratividade das parcerias não se limita a países como o Brasil, que experimentam problemas associados ao endividamento e descontrole fiscal, “ou que se classificam como países emergentes e em desenvolvimento e reclamam empreendimentos de infraestrutura extremamente custosos e de longa maturação”. Pois países desenvolvidos como Reino Unido, Alemanha, Portugal e Canadá também encontraram nas parcerias uma oportunidade de reduzir as necessidades de desembolso do setor público em investimentos de interesse estatal, aliando a “gestão eficiente do setor privado e possibilitando o redirecionamento dos recursos públicos para a implementação de políticas sociais indelegáveis”, como saúde, educação e segurança pública.

---

<sup>4</sup> Segundo Binenbojm (2005, p. 160), até a edição da Lei n. 11.079/2004 a expressão PPP vinha sendo empregada em sentido amplo – e, por vezes, equívoco – “mercê de influências estrangeiras as mais variegadas, para designar os múltiplos vínculos negociais, de trato continuado, estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, com vistas ao desenvolvimento, por estes últimos, de atividades econômicas ou sociais com algum coeficiente de interesse coletivo”.

<sup>5</sup> Projeto de lei que instituiu as normas gerais para a licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=11C6C86CD3FA19B3A2A0F018DFB93C37.proposicoesWeb2?codteor=182910&filename=PL+2546/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=11C6C86CD3FA19B3A2A0F018DFB93C37.proposicoesWeb2?codteor=182910&filename=PL+2546/2003)> Acesso em: 20 out 2015).

<sup>6</sup> Souza Jr (2005, p. 122) esclarece que as Parcerias são recomendadas, de um modo geral, em contextos nos quais o Estado objetiva: “a) economia de custos; b) compartilhamento dos riscos; c) incremento na qualidade dos serviços prestados. d) incremento de receitas; e) implementação de maior eficiência; e f) ganhos econômicos da Administração Pública pela implementação de modelos de sucesso em outras regiões”.

A mencionada lei federal teve como fundamento constitucional o artigo 22, XXVII, que atribuiu à União Federal a competência legislativa para editar normas gerais sobre a contratação e licitação.

As regras previstas na Lei federal n. 11.079/04 incidem tanto sobre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios quanto sobre as entidades da Administração indireta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista, e, segundo Carvalho Filho (2014, p. 432):

(...) estendendo-se aos fundos especiais (o que retrata impropriedade técnica, porque os fundos não têm personalidade e sempre integram a estrutura de alguma das pessoas governamentais) e a outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos.

Contudo, a Lei das parcerias também estabeleceu algumas normas direcionadas especificamente à União, como, por exemplo, a criação do órgão gestor e do fundo garantidor da Parcerias Público-Privadas, que poderão ser adotadas pelos demais entes federativos (Distrito Federal, Estados e Municípios) mediante a criação de lei local em razão de sua competência suplementar, positivada nos artigos 24, § 2º e 30, inciso II, da Constituição Federal.

O artigo 4º da referida lei elenca as diretrizes que norteiam a contratação por parceria público-privada, *in verbis*:

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Assim, na contratação e execução do contrato devem ser observadas as missões do Estado, o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços, a indelegabilidade das funções de regulação jurisdicional, a responsabilidade fiscal, a transparência dos procedimentos e das decisões, a sustentabilidade financeira e as vantagens econômicas dos projetos de parceria.

Apesar de buscar objetivos compatíveis com a Administração Pública, a Lei das Parcerias sofre duras críticas da doutrina, pois seus dispositivos mais vantajosos

à iniciativa privada são interpretados como previsões inconstitucionais. Melo anota que (2012, p. 801) “não nos recordamos de alguma lei que consegue reunir uma quantidade e variedade de inconstitucionalidades, maiormente se se considera que tem apenas 30 artigos”.

Na justificativa do Projeto de Lei que originou a Lei federal n. 11.079/04, o legislador ressaltou que o instituto, no Brasil, representa uma “alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”<sup>7</sup>.

Certo é que as Parcerias Público Privadas cumpriram seu principal objetivo de aproximar a iniciativa privada junto ao Poder Público, com a finalidade de atrair capitais de investimentos nacionais ou estrangeiros para serem empregados em projetos de infraestrutura e na ampliação de prestação de serviços públicos. Pestana aponta que a Parceria Público-Privada (2012, p. 450):

(...) estabelece uma modalidade muito particular de relação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, flexibilizando, de maneira destacada, alguns até então engessamentos jurídicos próprios do Direito Administrativo, retratando uma movimentação brasileira de dar novos rumos a este segmento do Direito, isto, sobretudo, a partir da última década do século XX, não obstante guardando cuidadosa harmonia com as diretrizes e determinações alojadas na Constituição Federal.

Desta forma, as Parceiras tornam possível um amplo investimento nas áreas de habitação, saneamento básico, infraestrutura no geral, dentre outras carecedoras de atenção do Poder Público.

### 1.2.1 Modalidades de parcerias

O artigo 2º da Lei federal n. 11.079/2004 previu duas modalidades de Parcerias Público-Privadas: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

---

<sup>7</sup> Projeto da Lei federal n. 11.079/04. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=61B1F4D413F55E8387037DDEA2899360.proposicoesWeb1?codteor=182910&filename=PL+2546/2003](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=61B1F4D413F55E8387037DDEA2899360.proposicoesWeb1?codteor=182910&filename=PL+2546/2003)>. Acesso em 27 set 2015.

Existe, também, a concessão comum, que é disciplinada pela Lei federal n. 8.987/95 e não é objeto da Lei de parcerias, referindo-se a contratos administrativos cujas cláusulas não estabelecem formas de contraprestação pecuniária pelo Poder Público em favor do particular contratado.

A concessão (comum) de serviço público é definida pelo artigo 2º, inciso II, da Lei federal n. 8.987/95 como uma delegação feita pelo poder concedente, “mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco por prazo determinado”.

Enquanto que as parcerias, em sentido estrito, como modalidades de concessão de serviço público, caracterizam-se pela mútua colaboração entre os parceiros público e privado, admitindo, inclusive, o compartilhamento de riscos entre a Administração Pública e o contratante.

Certo é que, tanto na concessão administrativa quanto patrocinada, a lei prevê a necessidade da contraprestação pecuniária ao ente privado.

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

Enquanto na concessão comum a Administração Pública é responsável pelos riscos decorrentes da *álea extraordinária*, visando garantir o equilíbrio econômico-financeiro, apenas na hipótese de ocorrência de fatos extraordinários, externos à atividade desenvolvida, o parceiro público, ao transferir a execução do serviço ao parceiro privado, não deixa de participar do contrato, de modo que tanto a *álea extraordinária* quanto a *álea ordinária* são compartilhadas.

Assim, o parceiro público responde não apenas pelos riscos extraordinários, como também por aqueles comuns e inerentes ao próprio negócio desenvolvido no âmbito do contrato de parceria.

Da mesma forma, assim como o compartilhamento dos riscos, os parceiros público e privado também dividem os ganhos decorrentes da atividade.

Em razão das peculiaridades de cada espécie, mostra-se necessária uma análise minuciosa sobre as modalidades de parcerias público-privadas admitidas pela Lei federal n. 11.079/2004, conforme a seguir.

### 1.2.2 Concessão administrativa

Conforme previsto no § 2º do artigo 2º da Lei federal n. 11.079/04, a 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”.

No que tange às concessões administrativas, subdividem-se duas situações fáticas: ou a Administração Pública é usuária do serviço, gozando diretamente das vantagens propiciadas pela execução do contrato, ou a Administração Pública é beneficiária indireta do serviço.

Binenbojm (2003, p. 162) conceitua a concessão administrativa de serviço público como uma espécie do gênero concessão que é prestada diretamente ao usuário, sem a cobrança de qualquer tarifa, “sendo o concessionário remunerado por contraprestação pecuniária do Poder Público”.

Em tal modalidade, a Administração Pública é considerada como usuária indireta dos serviços que são prestados diretamente pela concessionária à população.

Já a concessão administrativa de serviços ao Estado é uma espécie do gênero contrato de prestação de serviços, mediante o qual as utilidades são oferecidas à própria Administração Pública, sua usuária direta. Neste caso, exige-se do particular um investimento na obra ou equipamento que sejam essenciais à futura prestação dos serviços (BINENBOJM, 2012, p. 163).

Oliveira (2012, p. 37) esclarece que, na qualidade de usuária direta, a parceria público-privada se destina à execução de serviços do Estados em favor da própria Administração Pública, sem o benefício direto dos administrados, enquanto

que, como usuária indireta, a concessão é destinada à execução de serviços públicos e tem os usuários como destinatários, e a Administração Pública é beneficiária indireta.

Na modalidade em que a Administração Pública é beneficiária direta do serviço, a concessão administrativa não se confunde também com o contrato de empreitada, uma vez que, após a construção da obra ou execução do serviço, a gestão do serviço – incluindo a responsabilidade pela manutenção, ampliação, e recuperação – fica a cargo do parceiro privado, a fim de permitir que o investimento inicial seja recuperado ao longo do contrato.

Se, entretanto, a concessão se limitar à execução do serviço, a aplicação da Lei de Parcerias Público-Privadas estará desvirtuada, como prevê o artigo 2º, §4º, inciso III, da Lei federal n. 11.079/2004.

Por isso, Di Pietro (2010, p. 154) assevera que a concessão administrativa é uma forma de “terceirização de serviço público”, sendo que, além da eventual obra, incumbe ao parceiro particular a própria gestão dos serviços e dos recursos envolvidos na execução do contrato.

Binenbojm (2003, p. 163) ressalta que a lógica econômica da concessão administrativa de serviços ao Estado pretende não somente o esgotamento da capacidade de endividamento e investimento do Estado, mas, também, “a busca por um aumento do grau de eficiência na gestão de obras e serviços públicos e no dispêndio de recursos oficiais”.

Insta registrar que, em qualquer das hipóteses de concessão administrativa, a remuneração do concessionário se dará, exclusivamente, pelo poder público, sem a participação tarifária do usuário, sendo que o cálculo da contraprestação deverá ser realizado de forma variável, de acordo com a utilidade concretamente prestada pelo concessionário, incentivando, ainda, a eficiência e a qualidade do serviço prestado.

### 1.2.3 Concessão patrocinada



Por sua vez, a concessão patrocinada se assemelha à concessão comum e encontra sua previsão no § 1º do artigo 2º da Lei federal n. 10.079/04: “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

Em tal modalidade, assim como na concessão comum, transfere-se ao particular a execução de serviços públicos ou obras públicas mediante a remuneração tarifária, sendo que, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, haverá, na concessão patrocinada, uma contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao privado.

Dessa forma, dentre outras questões, a concessão patrocinada distingue-se da concessão comum porque envolve, além da contraprestação tarifária, a remuneração pecuniária do parceiro público, podendo esta assumir patamar relevante, uma vez que se permite que a contraprestação do parceiro público corresponda a até 70% da remuneração do contratado.

Ainda, de acordo com o artigo 6º da Lei das Parcerias Público-Privadas, a retribuição financeira do parceiro público poderá consistir em ordem bancária, cessão de créditos não tributários, outorga de direito em face da Administração Pública, sobre bens públicos dominicais, ou outros meios admitidos em lei.

Binenbojm (2005, p 161) ressalta as justificativas econômicas para a institucionalização da Parcerias Público-Privadas da seguinte forma:

- (I) O esgotamento da capacidade de endividamento do Estado, em um ambiente político que valoriza a responsabilidade fiscal e o rígido cumprimento das obrigações assumidas pelo governo brasileiro com seus credores nacionais e internacionais. Tal circunstância reduz significativamente a capacidade de investimento do Poder Público em infraestrutura e serviços públicos, gerando os conhecidos “gargalos” estruturais e aumentando o chamado custo Brasil. Daí a enorme demanda por investimentos privados para o financiamento desses setores, o que, todavia, pressupõe a criação de condições favoráveis por parte do Poder Público;
- (II) Exaurimento progressivo dos serviços públicos econômicos auto-sustentáveis, o que inviabiliza a opção pelo formato de concessão comum. Rodovias cuja receita com pedágio não cubra os custos de operação e manutenção (ou o investimento inicial na construção, recuperação ou ampliação da infra-estrutura), embora não sejam rentáveis para a iniciativa privada, podem vir a proporcionar um retorno econômico e social extremamente positivo.

Revela-se, assim, as concessões patrocinadas sob um ponto de vista socialmente favorável, com a prestação de serviços públicos de qualidade, de forma eficiente, justificando, ainda, a previsão de uma contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado, como forma de criar o ambiente de atratividade necessário aos investidores particulares.

#### 1.2.4 Da execução dos contratos

O que se percebe da lógica das parcerias público-privadas é que se trata de uma maneira de evitar que o próprio poder público, limitado a normas específicas de responsabilidade fiscal, tenha que se submeter a condições de financiamento, pois o particular fica responsável pela captura dos investimentos necessários para a execução do empreendimento.

Também muitos dos investidores são organismos internacionais, como o Banco Mundial (BM) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). Em tais casos a prestação de garantias, muitas vezes, ocorre por imposição de tais organismos que, possuidores dos recursos necessários à viabilização do empreendimento, exigem a inserção de cláusulas contratuais, que estabeleçam garantias em seu favor para a concessão do crédito.

A previsão da cláusula arbitral, por exemplo, é uma das garantias que podem ser exigidas por esses organismos, minimizando os riscos de eventuais demandas recaírem sobre a esfera do Poder Judiciário, garantindo uma solução adequada e célere das demandas que possam surgir da execução do contrato.

A Lei federal n. 11.079/04 prevê que as garantias prestadas pela Administração Pública poderão ser constituídas de:

Art. 8º I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Dentre as garantias enunciadas, destaca-se a possibilidade de instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei (inciso II), de forma que a própria Lei federal das parcerias cuidou de instituir o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas, especificamente para as modalidades contratadas no âmbito da União Federal.

De acordo com os artigos 16 a 20 da referida lei, o Fundo Garantidor tem natureza privada, é composto por patrimônio próprio e tem por finalidade “oferecer garantia de pagamento de obrigações pecuniárias federais em concessões patrocinadas ou administrativas”.

Di Pietro (2010, p. 155) defende que, como o fundo é constituído por patrimônio público, os recursos não perdem a natureza de bem público somente por estarem vinculados a um fundo específico.

O contrato de parceria, tanto a patrocinada quanto a administrativa, prevê regras específicas para sua execução, devendo ser flexibilizado para oferecer vantagens suficientes ao particular, garantindo, desta forma, que perdure por um longo período.

A primeira observação diz respeito ao prazo contratual. Segundo o artigo 5º, inciso I, da Lei federal n. 11.079/04, o prazo de vigência não será inferior a 5 anos nem superior a 35 anos, incluindo eventual prorrogação do contrato, de forma que o parceiro privado possa recuperar os altos investimentos iniciais necessários à realização do projeto.

Após a realização do projeto infraestrutural, a Administração Pública deverá realizar um controle de qualidade sobre o resultado final da obra ou serviço da concessão, controle de performance, pois a estrutura lhe servirá como fonte de lucro, sendo de seu interesse que seja bem executada, em observância ainda ao princípio da eficiência.

Quanto às sanções, em caso de descumprimento contratual, a Lei federal n. 11.079/04, dentre as cláusulas obrigatórias, prevê penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado.

Contudo, a lei não especifica as sanções aplicáveis nem a forma de execução. Di Pietro (2010, p. 155) prevê como a única possibilidade de punição da Administração Pública a cominação de multa ressarcitória em favor do parceiro privado prejudicado, como forma de compensação dos danos sofridos pelo inadimplemento do parceiro público.

Ressalte-se que as sanções financeiras previstas contratualmente não excluem as penalidades previstas no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa, na Lei dos Crimes Fiscais dentre outras leis próprias, conforme artigo 29 da Lei federal n. 11.079/04:

Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na Lei no 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei no 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei no 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

A Lei federal n. 11.079/04 determina, ainda, que os contratos de concessão deverão ser precedidos de licitação na modalidade concorrência (artigos 10 a 13), condicionada a sua abertura ao cumprimento das formalidades previstas no artigo 10 da referida Lei.

No próximo capítulo, analisar-se-á o instituto da arbitragem com um breve histórico de seu ingresso no ordenamento jurídico, bem como com apontamentos sobre sua constitucionalidade e vantagens no contexto da utilização de mecanismos privados na resolução de litígios em contratos com a Administração Pública e seus requisitos específicos.

## **CAPÍTULO 2**

### **A ARBITRAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS**

O capítulo tem como objetivo discutir e apresentar o instituto da arbitragem, sua natureza jurídica, o histórico da Lei federal n. 9.307/96, a natureza dos litígios que a ela podem ser submetidos e as dificuldades de sua aceitação pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras.

A inserção da modalidade na Lei federal n. 11.079/2004, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, além de propiciar todos os benefícios próprios do instituto arbitral, traz a vantagem da concretização do princípio da eficiência administrativa.

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

#### **2.1 NATUREZA JURÍDICA**

A natureza jurídica da arbitragem tem sido objeto de algumas controvérsias por parte da doutrina. Observa-se haver três correntes, a saber: contratualista, jurisdicionalista e híbrida.

Sobre o tema, Tura (2012, p. 21), afirma que:

A natureza da Arbitragem Brasileira, depois do advento da Lei Federal nº 9.307/96, tem caráter Jurisdicional, no que concerne à sua origem e essência, por resultar de vontade entre as partes. Já a natureza jurídica versa sobre a origem, ou seja, determiná-la é estabelecer seu ser jurídico, ou ainda sua essência.

Muito se questiona acerca da natureza jurídica do instituto, por seu caráter privado. Em regra, o Estado não se imiscui no procedimento arbitral de resolução do

conflito, salvo em casos excepcionais ou para determinar a execução forçada. Por outro lado, por se tratar de uma decisão imposta de forma definitiva, é possível tratá-la como uma modalidade jurisdicional autônoma e alternativa ao Poder Judiciário.

O ponto central da discussão refere-se à posição da autonomia da vontade, pois a arbitragem só pode ser determinada pela vontade das partes envolvidas, a que se segue o caráter definitivo e vinculante da decisão imposta pelo árbitro.

Nesse sentido, Oliveira (2012, p. 51) analisa a natureza jurídica da arbitragem sob a ótica de quatro correntes, a saber:

A “corrente contratualista” segundo a qual a arbitragem tem natureza de negócio jurídico, caracterizado pela autonomia das partes quanto às regras a serem aplicadas na resolução de conflitos de natureza disponível. A natureza contratualista se evidencia pela necessidade de convenção arbitral entre as partes.

A “corrente judicialista” pela qual os árbitros se equiparam a juízes, cujas decisões têm a mesma força vinculante das decisões judiciais, equiparando-se a função arbitral ao poder estatal de julgar.

A “corrente mista” *ou sui generis*, conforme a qual a arbitragem tem aspectos tanto contratualistas quanto judicialistas. Se, antes da instauração do Tribunal Arbitral, as partes têm autonomia para estabelecer as regras a serem aplicadas, esgota-se tal autonomia com o início do procedimento, oportunidade em que as decisões passam a ser tomadas pelo Tribunal e adquirem caráter vinculante, independentemente da vontade da parte desfavorecida.

E, por fim, a corrente híbrida, que sintetiza as características da arbitragem, já que o procedimento não é totalmente direcionado à vontade das partes nem integralmente jurisdicionado, possibilitando certa margem de decidibilidade pelas partes envolvidas.

Por todo o exposto, pode-se afirmar que, em razão das características próprias da arbitragem, sua natureza jurídica é autônoma, ou, como propõe Cretella Neto (2009, p. 15), possui natureza mista *sui generis*, uma vez que o fundamento contratual na sua instituição cede lugar para o jurisdicional na forma de resolução de conflitos.

## 2.2 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM E SUA EVOLUÇÃO NO CONTEXTO BRASILEIRO

A arbitragem é o meio de solução de conflitos em que há um acordo de vontades entre as partes contratantes, e cuja estipulação se dá por meio de uma convenção arbitral, que pode estar disposta em um contrato comercial, em uma cláusula compromissória ou algum instrumento apartado por meio de termo de compromisso arbitral.

Ainda nos primórdios da humanidade os primeiros conflitos entre os homens eram solucionados pela Lei da Natureza, reinando o princípio da autotutela ou autodefesa (ESLAR, 2014, p.21).

Contudo, com o fim da vida nômade e a fixação do homem à terra, surgiram novas relações e, com o desenvolvimento destas, fez-se necessária a construção de uma vida em sociedade de forma a se garantir a perpetuidade da convivência entre os indivíduos.

A partir desse momento, surge, então, a figura de um terceiro, alheio à controvérsia, capaz de avaliar e solucionar a questão de forma imparcial, que, pela própria tradição, era geralmente representado pelo ancião da tribo, o homem respeitado e considerado como sábio pelos demais, sendo-lhe atribuído o poder de julgar e condenar.

Com o crescimento populacional, o desenvolvimento da sociedade e o surgimento das cidades, o indivíduo passou a refletir e buscar meios de solução dos conflitos não apenas para promoção da pacificação social, mas percebeu a importância de tais meios nos casos de disputas por territórios.

Cahali (2011, p. 23), ao tratar sobre conflitos na era antiga, aborda a arbitragem como um método e cita em sua obra que até mesmo a mitologia grega refere a sua utilização. Inclusive, o Código de Hamurabi, escrito ainda na antiga Mesopotâmia, possibilitava ao cidadão recorrer ao rei para solucionar possíveis conflitos.

Já na idade média, a arbitragem era regulamentada por meio do Direito Canônico, por princípios advindos ainda do Direito Romano. Contudo, entre todos os povos, os gregos foram os que mais desenvolveram a arbitragem, servindo-se de homens, reis, autoridades e instituições religiosas para atuarem como juízos arbitrais (ESLAR, 2014, p.23).

A arbitragem, que surgiu no princípio da história humana, período em que o homem sequer estava organizado em cidades e valia-se da sabedoria do ancião da tribo, passa a se instituir definitivamente como meio organizado de solução de conflitos a partir da idade antiga.

Contrariamente ao que se poderia imaginar, a arbitragem não é uma inovação contemporânea, mas, sim, fruto da antiguidade, antes mesmo da instituição do Poder Judiciário (ESLAR, 2014, p.24).

Ao criar a sociedade política, conforme ressaltado por Locke (2005, p. 18), o homem estabeleceu entre seus coiguais um pacto de governabilidade e, por consequência, renunciou seus interesses pessoais de forma a proteger a coletividade, o bem comum.

Desenvolve-se, dessa forma, tanto a arbitragem quanto o Poder Judiciário Estatal como formas de resolução de conflitos. Entretanto, ao longo dos anos, o poder avocado pelo Estado passou a ser utilizado como regra.

Com o pacto social, o homem delegou ao Estado o poder de dizer o direito, desfazendo-se do direito natural de autotutela.

Neste ponto, faz-se relevante a distinção de conceitos de grande relevância para o tema em questão, obtidos na obra de Cintra, Grinover e Dinamarco (2005, p. 25), quais sejam, a autotutela, que significa a imposição de determinada resolução ao conflito por uma das partes à outra independentemente da anuência desta; a autocomposição, que, por seu turno, diz respeito às formas de solução de conflito obtidas a partir de consenso entre as partes; a heterocomposição, que abrange os mecanismos de solução de conflitos de que participam terceiros, como a defesa de terceiro, a conciliação, a mediação e processo estatal (judicial) e a arbitragem.



A evolução do direito e das relações internacionais proporcionou ao indivíduo o retorno de seu poder de eleição, e certa flexibilidade em relação ao pacto anteriormente firmado com a governabilidade estatal. Portanto, a arbitragem devolve ao indivíduo parcela de seu direito natural de eleição, e não de autotutela.

Carmona (2009, p. 31), em comentário sobre a Lei Federal n. 9.307/96, define a arbitragem como um:

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

A arbitragem surge, então, como um mecanismo heterocompositivo de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, não investido do Poder de Estado, decide, de forma definitiva, acerca de determinada controvérsia, nos termos da vontade externada pelas partes envolvidas.

No Brasil, está especialmente regulada pela Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996, encontrando previsões nos artigos 575, inciso IV, e 584, inciso III do Código de Processo Civil, no Decreto n° 4.311 de 23 de julho de 2002, que promulgou a Convenção de Nova Iorque de 1958 no ordenamento jurídico brasileiro, no Decreto 4.719 de 04 de junho de 2003, o qual promulgou o Acordo sobre arbitragem internacional no Mercosul, artigo 21 ao 27 da Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 1995, Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 e recentemente pela Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015<sup>8</sup>, que altera alguns dispositivos da Lei de Arbitragem no Brasil.

Para um caráter didático, é importante diferenciar também a arbitragem de direito da de equidade, as quais são a critério das partes, conforme o artigo 2° da Lei federal n° 9.307/96. A primeira, arbitragem de direito, é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia com base em regras de direito como, por exemplo, as partes podem combinar que a solução do caso em litígio deverá seguir as regras do Código Civil. Vale ressaltar que as partes podem escolher livremente as regras de

---

<sup>8</sup> A Lei 13.129/2015 foi publicada em 27 de maio de 2015, com vigência a partir de 27 de julho de 2015 (60 dias após a publicação oficial).

direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública (artigo 2º, § 1º).

As partes poderão convencionar, também, que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§2º).

Já a arbitragem de equidade<sup>9</sup> é aquela em que os árbitros decidirão a controvérsia não com base necessariamente no ordenamento jurídico, mas de acordo com aquilo que lhes parecer mais justo, razoável e equânime. Aqui, os árbitros terão uma liberdade de julgamento mais elástica, já que não estão obrigados a seguir o que a lei diz, podendo conferir solução contrária às regras de direito se isso, no caso concreto, parecer mais justo e adequado (OLIVEIRA, 2012, p. 99).

Insta consignar que a arbitragem por equidade pode ser muito útil para determinados tipos de lide envolvendo conhecimentos técnicos muito especializados, os quais ainda não puderam ser satisfatoriamente regulados pela legislação. Nessa linha, Câmara (1998, p. 22) aponta seus benefícios:

a arbitragem de equidade terá, sobre a de direito, a imensa vantagem da especialização do árbitro. Basta pensar, por exemplo, numa arbitragem de equidade envolvendo conflito que diga respeito a uma questão de engenharia ou química. A se levar tal lide ao Judiciário, juiz fatalmente convocaria um perito no assunto para assessorá-lo, e dificilmente sua sentença teria orientação diversa, quanto aos fatos, daquela apontada pelo perito em seu laudo. Neste caso, com a arbitragem se poderá entregar a solução da controvérsia diretamente nas mãos do especialista, retirando-se da composição do conflito o juiz, que funcionaria aqui, na verdade, como um mero intermediário entre as pessoas e o expert.

Hodiernamente, observa-se que o legislador, por meio de normas extraordinárias, busca dar maior ênfase aos institutos extrajudiciais de resolução de conflitos, facilitando o acesso e criando regras que garantam maior transparência e segurança ao procedimento.

---

<sup>9</sup> A solução por equidade garante maior flexibilidade aos árbitros que poderão solucionar a lide por critérios de justiça possivelmente inexistentes na legislação vigente, garantindo-se o suprimento de lacunas legislativas (OLIVEIRA, 2012, p. 99).

No Brasil, a arbitragem inspirou-se nos moldes internacionais. Com o advento da Lei Federal n. 9.307/96, houve uma verdadeira inovação legislativa sobre a matéria no ordenamento jurídico pátrio.

Ainda na primeira constituição brasileira, a arbitragem esteve presente no artigo 160<sup>10</sup>, quando se admitia, inclusive, a execução da sentença arbitral sem recurso, de acordo como convencionado pelas partes.

Segundo Ferreira Neto (1999, p. 32), a arbitragem no Brasil data da colonização Portuguesa, com previsão expressa nas Ordenações Filipinas, sendo que o Livro III, título XVI, das Ordenações Filipinas já previa a figura dos Juízes Árbitros, responsáveis pela resolução de conflitos *inter partes*, diferenciando da figura dos arbitradores, uma espécie de perito que se manifestava apenas sobre questões de fato.

Para Tura (2012, p. 21), a Constituição Imperial de 1824 já previa a sua aplicação – Juízo Arbitral – em seu artigo 160; o Regulamento 737, de 1850, em seu artigo 411, dentre outros diplomas legais.

Rossani (2007, p. 23) aponta que “a Resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para as causas de seguro e a Lei n. 108 de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços” e que, com o advento do Código Comercial de 1850, houve uma ampliação do emprego da arbitragem na resolução de conflitos de natureza mercantil, bem como sua obrigatoriedade em determinados casos.

A obrigatoriedade do uso da arbitragem no âmbito Comercial sofreu fortes críticas pelos doutrinadores da época (FIGUERA JÚNIOR, 1999, p. 32). Apenas com a edição da Lei n. 1.350 de 14 de setembro de 1866 é que a arbitragem foi abolida do Código Comercial, retornando a regra da voluntariedade das partes por meio do Decreto 3.900 de 26 de junho de 1867.

---

<sup>10</sup> Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

A Constituição de 1891 permitiu em seu artigo 34, 11<sup>11</sup>, que o Congresso Nacional autorizasse o governo a utilizar a arbitragem como uma forma de pôr fim a possíveis conflitos que poderiam resultar em guerra.

Mais adiante, a Constituição de 1934 adotou a arbitragem apenas como forma de pôr fim a conflitos de guerra, sendo que a Constituição de 1937 previu a arbitragem sobre questões envolvendo limites territoriais (OLIVEIRA, 2012, p. 51).

Nas Constituições que se seguiram de 1946, 1967 e 1969 não houve a menção sobre a arbitragem no âmbito interno, e somente em 01 de janeiro de 1916, com a edição do Código Civil, a arbitragem foi regulamentada nos artigos 1.037 ao 1.048 (OLIVEIRA, 2012, p. 51).

O artigo 1.037 assim preconizava “as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais”, sem restrição quanto à matéria que poderia ser objeto da arbitragem.

Posteriormente, a Lei estadual n. 2.421, de 14 de janeiro de 1930 instituiu o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo, que embasou o Código de Processo Civil de 1939, trazendo a previsão do instituto da arbitragem voluntária mediante a celebração de compromisso arbitral (OLIVEIRA, 2012, p. 51).

Assim, em 1939, com a unificação da legislação processual civil brasileira, foi criado o Código de Processo Civil, com a manutenção da arbitragem em seu texto. Neste Código, também se previu o juízo arbitral nos artigos 1.031 a 1.046, dispositivos em que há grande preocupação formal com o procedimento, bem como a figura do árbitro e sua imparcialidade.

Ocorre que, segundo previsão do artigo 1046, a sentença arbitral ainda dependia de homologação pelo Poder Judiciário, para, assim, obter força de sentença, causando grande desestímulo pela morosidade e complexidade do procedimento.

---

<sup>11</sup> Art. 34. 11. autorizar o Governo a declarar guerra, si não tiver logar ou mallograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 20 out. 2015.

Já o Código de Processo Civil de 1973 inovou, ao adicionar uma condição objetiva, qual seja, a matéria sujeita à arbitragem. É o que, se depreende do artigo 1.072, *in verbis*:

As pessoas capazes de contratar poderão louva-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.

Também se atribui exigência para a figura do árbitro, que deveria ter aptidão para julgar a causa, excluindo-se os incapazes, os analfabetos, os impedidos de servir como juízes e os sujeitos de parcialidade.

Em conformidade com o regramento civil, estabeleceu-se que, apesar de fruto de um procedimento adequado e imparcial, o laudo arbitral necessitaria da chancela do Poder Judiciário, por meio de procedimento próprio de homologação judicial, prevendo ainda recurso de apelação da sentença que homologasse ou não o laudo arbitral.

Demais disso, a cláusula compromissória não era autoaplicável, sendo que, após o surgimento do conflito, as partes deveriam ratificar sua vontade, pois a cláusula somente teria eficácia com a concordância das partes no momento da deflagração do conflito, dificultando sobremaneira a concretização da arbitragem, pelo desgaste durante o litígio e desinteresse em novas negociações.

A ausência de efetividade dos compromissos levava muitas vezes as partes prejudicadas a requererem em perdas e danos perante o Poder Judiciário.

Segundo Coutinho (1999, p. 33), no período de 1939 a 1973, houve uma convivência harmônica do instituto da arbitragem em nosso sistema jurídico, pois o Código Civil regulava o compromisso arbitral e o Código de Processo Civil o procedimento da arbitragem no âmbito interno.

Ainda, o Decreto-Lei n. 2.300 de 1986, que regulamentava as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal (até a edição da Lei n. 8.666 de 1993), permitia a utilização do Juízo Arbitral nos contratos celebrados pela União Federal e suas Autarquias com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, aumentou a importância do uso de meios extrajudiciais de solução de conflitos, ao prever, em seu artigo 4º, VII, a “solução pacífica de conflitos” no âmbito internacional, bem como permitir a solução de conflitos decorrentes da relação de trabalho através de árbitros.

Insta registrar, também, a edição das Leis 7.244/84 e 9.099/95, que instituíram os Juizados de Pequenas Causas e Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitindo às partes optarem pelo Juízo Arbitral, ficando a solução adstrita à homologação pelo Juiz Togado.

Com o advento da Lei federal n. 9.307/96, de 23 de setembro de 1996, houve a regulamentação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, revogando as normas pertinentes à arbitragem previstas no Código de Processo Civil e Civil.

A principal inovação da nova norma foi o prestígio da autonomia da vontade das partes e da liberdade de contratar, permitindo às partes que o conflito seja resolvido mediante o emprego da equidade.

Hoje a importância da cláusula compromissória é tamanha que esta detém uma espécie de autonomia, ao ponto que a invalidade do contrato não implica necessariamente a invalidade da cláusula, conforme o artigo 8º da Lei de Arbitragem. Desta forma, que, a edição da Lei federal 9.307/96 representou um grande avanço e incentivo para submissão dos litígios à arbitragem.

Neste ponto, insta diferenciar a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A definição legal para a cláusula compromissória está contida no artigo 4º da Lei de Arbitragem: “Cláusula compromissória é a convenção pela qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os conflitos que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

No regime legal previsto anteriormente pelo Código Civil Brasileiro, quando os contratantes estipulavam a arbitragem em seus contratos, tanto a cláusula, quanto o compromisso arbitral estavam despidos de força obrigatória, estando o Poder Judiciário autorizado a decidir a lide mediante provocação de qualquer das partes (OLIVEIRA, 2012).

Tal condição mudou com a lei de arbitragem, pois, agora, a cláusula de arbitragem inserida nos contratos tem força obrigatória entre as partes, tornando-se uma das condições de validade processual judicial, não podendo, portanto, o Poder Judiciário decidir questões para as quais a arbitragem esteja prevista, salvo as exceções legais (ESLAR, 2012, p. 55).

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça assim se manifestou:

Com a alteração do artigo 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral, passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito (REsp 712566/RJ – Rel. Min. Nancy Andrighi, em 18/08/2005).

O Código Civil de 2002 também modificou a legislação civil anterior, no que tange ao valor atribuído ao laudo ou sentença arbitral, posto que, no regime anterior, deveria ser homologado por um juiz de direito, conforme previa o artigo 1.045 do Código Civil de 1916.

Nessa linha a nova regra ressalta que o laudo arbitral proferido constitui título executivo judicial, não se sujeitando a recurso ou homologação judicial.

Ainda sobre a cláusula compromissória, como regra geral, será válida e de observância obrigatória, inclusive como hipótese de derrogação da justiça estatal.

Já o compromisso arbitral é um acordo (convenção) feito entre as partes, após o conflito já ter surgido, por meio do qual se combina que a solução desta lide não será resolvida pelo Poder Judiciário, mas sim por intermédio da arbitragem.

No compromisso arbitral, as partes renunciam ao seu direito de buscar a atividade jurisdicional estatal e decidem se valer da arbitragem, conforme artigo 9º e parágrafos da Lei de Arbitragem:

Art. 9º. O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º. O compromisso arbitral judicial celebra-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º. O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

O emprego da arbitragem, tanto no âmbito privado quanto no público, somente será possível se a relação jurídica estiver revestida de certos requisitos que autorizam seu emprego.

Pela regra do artigo 1º da Lei federal 9.307/96, para que as partes possam submeter um litígio à arbitragem é necessário que estejam presentes as condições para a arbitrabilidade subjetiva e objetiva.

A arbitrabilidade subjetiva diz respeito às pessoas que poderão submeter um conflito à apreciação de um árbitro que, de acordo com o artigo 1º da Lei federal 9.307/96, refere-se a todas as pessoas capazes de contratar.

Já a arbitrabilidade objetiva relaciona-se às matérias sobre as quais o árbitro poderá decidir, que, de acordo com o mesmo artigo 1º, deve-se ser atinente a direitos patrimoniais disponíveis.

Há de se ressaltar que inexistente empecilho para que a Administração Pública seja uma das partes envolvidas numa arbitragem, pois é fato que o Poder Público é capaz de contratar e o faz constantemente. Daí por que a escolha da via arbitral constitui um desdobramento do próprio poder de contratar, uma vez que a cláusula compromissória pode ser parte integrante do contrato, constituindo um ato de disposição do próprio direito de contratar.

Nesse sentido já se manifestou Eros Grau (2002, p. 58), afirmando que, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.

É na seara objetiva – submissão do árbitro apenas às matérias atinentes a direitos patrimoniais disponíveis – que surgem as discussões sobre a possibilidade de se submeter as demandas envolvendo o Poder Público à arbitragem, principalmente pelo temor de afronta ao princípio da indisponibilidade do interesse público, norteador das relações administrativas.

Ademais, no tocante à arbitragem envolvendo os contratos administrativos, especificadamente as parcerias público-privadas, além dos requisitos já apontados, devem-se observar as determinações adicionais do artigo 11, II, da Lei federal n.



11.079/2004, quais sejam: previsão em edital, realização no território brasileiro e em língua portuguesa. Além disso, outras condicionantes constitucionalmente previstas, como o princípio da legalidade, encampado no artigo 37 da Constituição Federal, sendo vedada a arbitragem por equidade.

A possibilidade de direitos administrativos disponíveis será tratada oportunamente, mas, por ora, é importante destacar que a Lei federal 9.307/96 não apresenta impedimentos de submissão da Administração Pública a seu disciplinamento.

Flausino (2015, p. 64) aponta uma leva de normas infraconstitucionais que regulamentaram o uso da arbitragem a partir de 1993, conforme:

Lei 8.630/93 (Lei dos Portos – já revogada), a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissão de Serviços Públicos), a Lei 9.472/97 (Serviços de Telecomunicação), a Lei 9478/97 (Política Energética), a Lei 10.233/01 (Transporte Aquaviário e Terrestre), a Lei 10.438/02 (Expansão da Energia Elétrica), a Lei 10.848/04 (Comercialização de Energia Elétrica), a Lei 11.079/04 (Parceria Público-Privada), a Lei 11.668/08 (Franquia Postal), a Lei 11.909/09 (Transporte de Gás Natural), o Decreto 7.392/10 (Prevê a CCA no âmbito da AGU), a Medida Provisória 595/12 (Exploração dos Portos), a Lei 12.812/13 (Exploração dos Portos – conversão da MP 595/12) e o Decreto 8.033/13 (regulamenta a Lei 12.815/13).

Assim, desde as Ordenações Filipinas, apenas nos últimos 20 anos é que o instituto da arbitragem passou a ganhar forma na legislação infraconstitucional e a ser implementado no âmbito interno. Flausino (2015, p. 64) acrescenta que o Brasil “foi o último país da América Latina a aderir a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto 4.311/02)”.

Demonstrou-se, então, a demora na mudança da cultura jurídica no nosso país, ainda muito apegada à jurisdição estatal como meio de solução de controvérsias. Entretanto, observa-se que o legislador, por meio de normas ordinárias, tem incentivado os institutos extrajudiciais de resolução de conflitos, facilitando conseqüentemente o acesso e criando regras que garantam maior transparência e segurança ao procedimento.

### 2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA LEI DE ARBITRAGEM

Segundo se depreende da redação da Lei da Arbitragem, havendo cláusula compromissória estipulada entre as partes numa relação contratual, a oposição de uma delas à instituição do compromisso arbitral faz exsurgir à outra a possibilidade de recorrer ao Poder Judiciário, a fim de determinar-se a lavratura do compromisso. Em tal situação, a sentença que julga procedente o pedido vale como o próprio compromisso arbitral.

Demais disso, a Lei da Arbitragem trouxe importantes alterações no Código de Processo Civil. É o caso do artigo 267, VII, da lei processual, que passou a prever que a convenção de arbitragem configura causa de arquivamento do processo. Assim, ajuizada ação que verse sobre matéria a respeito da qual se instituiu a cláusula arbitral, deverá o juiz extingui-la sem analisar o mérito. Sendo que, o Poder Judiciário, por sua vez, somente poderá rever o conteúdo da decisão caso ela esteja eivada de nulidade.

Cinco anos após a vigência da Lei de Arbitragem Brasileira, sua constitucionalidade foi contestada em incidente processual de homologação de sentença arbitral estrangeira junto ao Supremo Tribunal Federal (SE 5206 AgR, Pleno, j. 12.12.2001, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004), tendo o Supremo entendido que a decisão arbitral a ser homologada não ofende o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário para apreciação de lesão a direito, exegese do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988. Com isso, a constitucionalidade do instituto foi declarada por maioria de votos do plenário<sup>12</sup>.

Para o Tribunal, uma vez acordado o juízo arbitral, com a manifestação de vontade da parte, não há que se falar em afronta ao acesso à Justiça, pois o direito de ação é disponível por seu próprio titular, de forma que, se a parte anuiu anteriormente à cláusula arbitral, e não houve nenhum vício de consentimento que pudesse invalidar o ato, o poder conferido ao juiz para substituir sua vontade é legítimo e constitucional.

---

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SE 5206 AgR. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 set. 2015.

Pelo entendimento adotado, o dispositivo constitucional não se destina ao cidadão, mas ao legislador, que não poderá obrigar o cidadão a se submeter a tribunais de exceção, tribunais instituídos de forma temporária e/ou excepcional.

Certo é que, na arbitragem, o acesso à Justiça pode ser, inclusive, mais efetivo, pois calcado em pressupostos de celeridade, flexibilidade, tecnicidade e informalidade, um verdadeiro mecanismo para se atingir o mesmo fim buscado ao impulsionar-se o Poder Judiciário – qual seja, a concretização da justiça.

Dessa forma, a depender da matéria e da natureza do contrato, é possível que a jurisdição estatal não ofereça a jurisdição adequada à demanda.

A constitucionalidade do emprego da arbitragem veio a ser consolidada pela Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou a razoável duração do processo ao rol das garantias constitucionais, afastando a interpretação sistemática e proporcional dos dispositivos envolvidos.

Para Cretella Neto, a instituição da arbitragem é, em si, uma forma de democratização da Justiça, pois possibilita o acesso do ente privado à função estatal de julgar, conforme (2005, p. 15):

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

Insta ressaltar, ainda, que a via do Poder Judiciário não fica inviabilizada, pois a arbitragem pressupõe direitos de natureza disponível e, mesmo em relação a tais direitos, o árbitro não detém os poderes do Estado, já que não poderá empregar a força para a execução de seus julgados, uma vez que a execução forçada ficará a cargo das cortes estatais.

Da mesma forma, nada impede que a parte lesada possa reclamar judicialmente, em caso de nulidade no curso do processo de arbitragem, consoante ensinamento de Dallari (1995, p. 10):

A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário, exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legis ou

contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral.

Ao lado da arbitragem, figuram outras modalidades de resolução extrajudicial de controvérsias, as quais não são excludentes entre si, como, por exemplo, a mediação. Assim, é possível que, no âmbito da arbitragem, sejam empreendidas também outras medidas visando à solução amigável das controvérsias.

Também as partes, antes mesmo da sentença arbitral, podem resolver a lide por si mesmas, por meio de concessões recíprocas. Até mesmo nas parcerias público-privadas a arbitragem é adotada após tentativas de resolução amigável ao conflito.

Demais disso, o procedimento arbitral possui princípios norteadores que deverão obrigatoriamente ser observados pelas partes e pelo juízo arbitral, sob pena de nulidade do procedimento.

A função precípua de tais princípios é dar orientação segura tanto para a interpretação quanto aplicação da arbitragem, destacando-se, principalmente: o princípio do devido processo legal, do contraditório, do livre convencimento e persuasão racional, da imparcialidade, além de outros específicos do procedimento arbitral, como da autonomia da vontade e da autonomia da cláusula arbitral.

O princípio do devido processo legal está insculpido em nosso ordenamento jurídico no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal princípio impede que decisões sejam proferidas sem a existência de um processo prévio, cujo procedimento possua previsão expressa em lei.

Câmara defende que, dentre os princípios constitucionais, o do devido processo legal é a razão de existir de todos os demais princípios, conforme (2008, p. 33):

(...) todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da isonomia e do contraditório – para citar apenas dois -, são corolários do devido processo legal e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional.

Theodoro Júnior defende que o devido processo legal estará presente no plano procedimental, caso sejam observadas no mínimo seis garantias básicas (2013, p. 30):

(...) a) o direito de acesso à Justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; e, e) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.

De tal forma, a decisão proferida pelo Juiz togado ou pelo árbitro deverá, obrigatoriamente, decorrer de um processo que tenha regras anteriormente previstas em lei, ou, no caso da arbitragem, que as partes tenham previamente acordado acerca do procedimento a ser adotado, e que respeitem os direitos e garantias individuais aplicáveis ao processo.

O procedimento arbitral deverá observar também o Princípio do Contraditório previsto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal, conforme: “os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Segundo o texto constitucional, deverá ser dada oportunidade à parte contrária em juízo (arbitral ou estatal), possibilitando, assim, que a parte apresente suas contrarrazões aos argumentos expostos, garantindo, ainda, a produção das provas necessárias.

O contraditório estabelece, ainda, um tratamento igualitário entre as partes, permitindo que ambas possam influir na formação da convicção do julgador.

O princípio do livre convencimento e da persuasão racional do julgador, por sua vez, está ligado a dois aspectos fundamentais de valorização das provas e de racionalização dos argumentos trazidos ao processo.

Tal princípio está intimamente ligado ao princípio da motivação das decisões judiciais, estabelecido no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]” o que torna imprescindível que toda decisão judicial ou arbitral seja devidamente fundamentada.

Wambier (2013, p. 71) verbera nos seguintes termos: “justificada e explicada, pela autoridade judiciária (arbitral) que a proferiu, a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e de possibilite a transparência da atividade judiciária e seu respectivo controle”.

Já o princípio da autonomia da vontade, como não poderia ser diferente, é o alicerce do sistema arbitral, permitindo que as partes optem pela arbitragem como método de resolução de litígios.

Em relação ao princípio da autonomia da cláusula arbitral, o legislador adotou a independência da cláusula arbitral. Ferreira Neto (2008, p. 24) ressalta que “o objetivo de tal princípio é resguardar a cláusula compromissória, para que, em virtude dela, possa julgar-se a validade, ou não, do contrato arbitrável”.

Assim, a autonomia da cláusula arbitral permite que o juízo arbitral aprecie a validade do contrato originário, reconhecendo ou não eventual nulidade de cláusula.

## 2.4 PREVISÕES DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIOS NÃO JUDICIAIS E A CULTURA BRASILEIRA DO LITÍGIO

Ainda de acordo com a tendência de aproximar o ente particular do poder público, por meio de instrumentos paritários, a Lei 11.079/2004 previu o emprego de mecanismos alternativos de resolução de disputas, possibilitando expressamente a utilização da arbitragem.

É a redação de seu artigo 11:

Art. 11. O instrumento convocatório conterà 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 n. 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.

Essa regra também foi reproduzida no artigo 23-A da Lei 8.987/95, tornando possível o uso dos mecanismos consensuais e da arbitragem.

Dessa forma, observa-se que as partes poderão valer-se de mecanismos de autocomposição para a solução de litígios, sem prejuízo de utilizarem a arbitragem, conferindo assim paridade ao contrato, estabelecendo melhores condições para o contratante privado, impulsionando inclusive a flexibilização e a desburocratização da atuação administrativa.

Sobre o tema, ressaltam-se os ensinamentos de Salles (2011, p. 62):

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

De acordo com Salles, a previsão da arbitragem nos contratos administrativos depende que a arbitragem seja uma alternativa adequada para à solução da controvérsia, bem como que o mecanismo seja atrativo aos particulares que irão contratar com a Administração Pública.

Nesse contexto, embora a arbitragem não seja o principal atrativo do negócio, uma vez que o retorno financeiro ainda é sua principal razão, é um incentivo ao investidor, pois possibilita que os conflitos decorrentes da atividade econômica sejam rapidamente solucionados com consequente retorno financeiro imediato do contrato.

A arbitragem, a mediação e a conciliação são exemplos de que se convencionou chamar “métodos alternativos de solução de conflitos”, opções ao método tradicional de solução de conflitos por meio do Poder Judiciário, em inglês, “*alternative dispute resolution*” ou “ADR”.

Nesse ponto é importante consignar que o desenvolvimento dos ADRs no Brasil faz parte de uma tendência mundial, conforme leciona Coelho *in* Arbitragem e Mediação (2015, p. 123):

Os métodos aqui abordados são fruto de uma tendência liberal em todo o mundo, pois vários países, indistintamente e de modo muito peculiar, perceberam as dificuldades do formalismo judicial estatal e sua pouca aspiração diante do dinamismo exigido pelas diversas áreas do inter-relacionamento afetivo, profissional ou comercial entre pessoas físicas e jurídicas (...). Há que se notar que essa tendência liberal mantém estreita relação com a retirada casa vez maior do Estado dos assuntos dos interesses particulares, situando-se no bojo do reconhecimento da plenitude do cidadão como objeto de deveres e direitos, que por si só pode melhor administrar, transformar ou resolver seus próprios conflitos.

Demais disso, os ADRs não são uma simples alternativa ao Poder Judiciário, até porque o direito universalmente consagrado de acesso à justiça não exige um julgador necessariamente público.

Observa-se que o caso é de implementação do chamado sistema multiportas ou “*multi-door courthouse*”, sugerido pela primeira vez em 1976 por Frank E. A. Sander, professor de Harvard, que tem como objetivo introduzir no país a mediação, a conciliação, a arbitragem, a negociação, a avaliação de terceiro neutro, as práticas colaborativas, os *dispute boards* e outras formas específicas de solução de litígios.

Contudo, para que tais mecanismos sejam efetivamente utilizados no Brasil é necessária uma mudança da “cultura do litígio” hoje vigente.

Observa-se, no Brasil, a cultura de solução resume-se quase sempre na delegação dessa tarefa ao Poder Judiciário, com a intervenção do juiz togado, que impõe a vontade de uma das partes. Já os ADRs são baseados na autonomia da vontade das partes e pressupõem o diálogo entre elas (COELHO, 2011).

É importante ressaltar que os ADRs são métodos que existem mesmo antes da estatização da solução de conflitos pelo Poder Judiciário. Contudo após o monopólio da jurisdição pelo Estado, a mediação, a conciliação e a arbitragem, dentre outros métodos, perderam grande espaço na sociedade, embora continuassem previstos na legislação.

O ressurgimento de tais métodos no Brasil foi motivado, principalmente, pela impossibilidade de o Poder Judiciário resolver satisfatoriamente todos os litígios que



a ele se apresentam, de forma que o próprio Estado passou a incentivar a utilização de outros métodos.

No Brasil, a primeira medida de relevância foi a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, por meio da Lei n. 7.244/84, posteriormente substituídos pelos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Federais, Lei n. 9.099/95 e 10.259/01, objetivando um mecanismo mais adequado para solucionar causas de valor reduzido (COELHO, 2011).

Após, sobreveio a Lei de Arbitragem em 1996, que significou a criação de um novo centro de solução de litígios, fora da estrutura do Judiciário.

Por outro lado, uma das medidas mais importantes tomadas pelo Poder Judiciário quanto ao incentivo aos métodos adequados de solução de litígio foi a edição da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ainda em 2010.

Alvim (2015, p. 108), esclarece que os pilares da Resolução são: o desenvolvimento da conciliação e da mediação associadas à estrutura do Judiciário, ainda que sejam pré-processuais, a adequada formação e treinamento dos conciliadores e mediadores e o acompanhamento estatístico.

Ainda, de acordo com Watanabe (2011, p. 385), a Resolução possui o papel fundamental de uniformizar nos Judiciários de todo país o uso da mediação e da conciliação, “além de criar um importante filtro da litigiosidade” e estimular “em nível nacional o nascimento de uma nova cultura, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, de solução negociada e amigável de conflito”.

Sobre os fatores que contribuem para a criação da cultura dos ADRs, Alvim (2015, p. 111), também ressalta que as normas culturais são modificadas durante o tempo, dado que a sociedade, para atingir determinado fim, pode eleger alguns valores e meios que não eram adotados anteriormente, pois a cultura, assim, como a sociedade estão em constante mudança.

Prosseguindo, o autor (2015, p. 111) conclui que, no caso brasileiro, são considerados como fatores essenciais para a mudança da cultura do litígio: “(i)

arcabouço legal eficaz; (ii) a renovação do ensino jurídico e da educação em geral e (iii) a cooperação do Poder Judiciário”.

Certo é que não basta a mera edição de normas jurídicas, se tais estatutos não forem socialmente eficazes. O que se percebe é que o grande motivo para o desuso de muitos métodos de arbitragem é a falta de conhecimento a seu respeito.

Coelho (2015 p. 114) verbera que, embora a lei de arbitragem exista há 18 anos, o que se vê é que a informação e familiaridade com o instituto “vem sendo ampliado gradualmente, graças a esforços dos profissionais e instituições na divulgação e ensino da arbitragem”.

Assim, considerando, também, que os métodos adequados de solução de litígios ficaram adormecidos em nosso país durante muitos anos, a renovação do ensino jurídico é medida que se impõe.

Coelho (2015, p. 115), também afirma que a extrema litigiosidade encontrada hoje nasce, na realidade, nas cadeiras das faculdades de Direito, pois, “dede o primeiro ano, ao estudante é apresentado somente o processo adversarial judicial, como se fosse o único remédio para todos os males. Não se estuda e não se incentiva a criação de uma cultura de paz”.

Demais disso, o ensino dos métodos alternativos de resolução de conflitos não deve apenas informar a respeito de sua existência aos futuros bacharéis de Direito, mas principalmente, ensinar suas peculiaridades e técnicas adequadas, gerando uma efetiva mudança de mentalidade, de forma que os futuros advogados estejam preparados, tanto para apresentarem a seus clientes opções além do litígio judicial, quanto para atuarem no procedimento arbitral como advogados ou árbitros.

Além da legislação eficaz e da renovação da educação, é indispensável a cooperação do Poder Judiciário para transformar a cultura do litígio em nosso país. Tal cooperação envolve, principalmente, a correta aplicação e interpretação das legislações sobre arbitragem, bem como o incentivo correto à sua utilização. Cabe ao Poder Judiciário treinar devidamente seus funcionários, magistrados e conciliadores, para que os acordos celebrados coloquem fim aos conflitos.

No capítulo seguinte, analisar-se-á o instituto da arbitragem, com um breve histórico de seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, sua natureza jurídica e sua evolução na legislação nacional, com apontamentos sobre as vantagens de tal instituto. Após, observar-se-á a aceitação da lei da arbitragem pela Constituição vigente, bem como sua previsão pela lei de parcerias público-privadas como uma forma de concretização do princípio da eficiência administrativa.

Sobe a crise do Judiciário e a crescente preocupação quanto à celeridade e efetividade processual, Amaral (2012, p. 15) afirma que não há nenhum momento histórico brasileiro em que o Poder Judiciário tenha respondido de forma plenamente adequada aos anseios da sociedade e acrescenta que:

Ao contrário a morosidade sempre foi associada de forma direta à atuação estatal de todo modo, não há dúvidas de que, na atualidade, a enxurrada de demandas que o Poder Judiciário recebe diariamente se reflete na (in)eficiência da atividade jurisdicional, perpetuando injustiças e situações indefinidas, além de gerar angústia e infelicidade pessoal aos jurisdicionados.

A Constituição Federal de 1988 representou importante passo em favor do acesso à justiça ao consagrar o princípio da inafastabilidade da Jurisdição em seu artigo 5º, XXXV. Previu, também, meios compositivos alternativos às tradicionais Justiças Estadual e Federal, com a criação dos Juizados Especiais, artigo 217 da Constituição Federal.

Contudo, os mecanismos adotados ainda não se mostraram suficientes, pois também se encontram saturados<sup>13</sup>. Assim, observou-se que a solução para a crise do Judiciário não estava em ampliar a estrutura organizacional, pois, considerando a quantidade de novas demandas que ingressam diariamente no Judiciário, a única solução encontrada seria de se evitar a submissão do litígio ao Judiciário.

Logo, a raiz do problema é cultural. Amaral (2012, p. 15) destaca que se trata da cultura da sentença que traduz a ideia de que os julgadores preferem proferir comodamente uma sentença ao invés de tentar identificar precisamente os contornos do litígio e promover a solução amigável do conflito, conforme:

A cultura demandista representa uma leitura desarrazoada da cláusula de

---

<sup>13</sup> Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que a facilidade de acesso aos Juizados foi um “tiro no pé”, na medida em que aumentou a oferta da justiça estatal, retroalimentou a contenciosidade interna da coletividade, desestimulou a busca de outros meios resolutivos e contribuiu para a crise numérica que assola os Juizados (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito: Revista dos Tribunais, 2010, p. 220).

acesso à justiça, pois dela extrai a falsa impressão de que todo e qualquer eventual prejuízo, independentemente da sua magnitude, deve ser necessariamente recomposto. E pios: pelo Poder Judiciário. Nada mais desproporcionado.

A situação de crise levou, ainda, à reflexão acerca dos mecanismos extrajudiciais de resolução de controvérsias, promovendo, assim, uma “releitura contextualizada da garantia do acesso à justiça” (AMARAL, 2012, p. 16).

Trata-se, na realidade, de uma conscientização de que a intervenção judicial deve ser residual, uma verdadeira cláusula de oferta subsidiária, sendo o Judiciário apenas mais um entre outros meios de resolver as controvérsias,<sup>14</sup> competindo ao Estado o dever de fomentar a resolução extrajudicial de conflitos e à sociedade dedicar-se à resolução consensual de seus problemas fora do Judiciário.

Não se deve ignorar, entretanto, que o litigante mais frequente do Poder Judiciário é o próprio Estado, sendo que, muitas vezes, os interesses políticos e econômicos fazem com que a oferta do Poder Judiciário moroso e ineficiente seja atrativa ao Estado<sup>15</sup>.

Certo é que a possibilidade de resolução extrajudicial de controvérsias, independentemente da intervenção do Judiciário no conflito, concretiza de forma eficaz a ideia de garantia do acesso à justiça.

## 2.5 A PREVISÃO DA ARBITRAGEM NA LEI DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Após a passagem pelo contexto da Lei federal n. 9.307/96 e os debates sobre sua constitucionalidade, histórico e requisitos para aplicação da arbitragem, passa-se à análise da sua aplicabilidade aos contratos de parceria público-privada.

---

<sup>14</sup> Amaral (2012, p. 18) cita como exemplo as controvérsias desportivas em que a submissão ao Poder Judiciário depende da prévia submissão e esgotamento das instâncias da Justiça Desportiva, conforme o art. 217, §1º da Constituição Federal.

<sup>15</sup> Barbosa considera um equívoco imaginar que ambas as partes processuais aspirem a um desfecho rápido e se sintam frustradas pelo retardamento de uma solução. Segundo o autor, há fortes razões para supor que pelo menos um dos litigantes preferirá ver demorar o resultado do pleito. (BARBOSA, José Carlos Moreira. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007).

Um dos temas mais debatidos no âmbito de aplicação da arbitragem diz respeito à possibilidade de sua utilização pela Administração Pública.

Além dos benefícios referentes à especialização dos árbitros e custos reduzidos pela celeridade processual, Souza Jr (2005, p. 126) afirma que a arbitragem se destina “à concretização dos valores constitucionais dirigidos especificamente ao Poder Público”, em especial do princípio da eficiência e do direito de razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Há alguns anos, o legislador vem inserindo em determinados diplomas legislativos a possibilidade de arbitragem nos contratos administrativos (FLAUSINO, 2015, p. 64).

Assim, a previsão expressa do emprego da arbitragem no contrato de parceria público-privada é resultado de uma evolução legislativa, pois a Lei federal n. 8.987/95, com fundamento no novo contratualismo administrativo, inovou ao prever a possibilidade específica da arbitragem nos contratos sob sua regência, novidade esta que veio ao encontro do princípio da eficiência administrativa, que também será abordado em tópico próprio.

Quanto à inclusão das formas extrajudiciais de solução de controvérsias nos contratos administrativos, Lemes (2003, p 12) reitera a importância da mudança do paradigma do direito administrativo brasileiro, com a inclusão de uma nova forma de gestão pública, considerando os seus parceiros como “colaboradores da Administração”, conforme:

Com efeito, verifica-se que o objetivo do legislador ao incluir a solução extrajudicial de controvérsias foi de contrabalançar as necessidades do Estado e os interesses do particular, procurando firmar a igualdade jurídica entre as partes, priorizando a composição amigável e a arbitragem que, com mais propriedade, se coadunam com os objetivos do contrato de concessão (contrato de colaboração).

Dessa forma, a incidência da arbitragem nos contratos administrativos deverá obedecerá a regras que lhe são peculiares, situações estas que serão abordadas adiante.

### 2.5.1 Histórico Legislativo

É necessário analisar o histórico da arbitragem nos contratos administrativos para entender o contexto de sua previsão nos contratos de parceria público-privada.

O Decreto-Lei 2.300/86, que antecedeu a Lei federal n. 8.666/93, possuía disposição expressa sobre a arbitragem nos contratos celebrados pela União Federal, assim dispondo:

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

Ocorre que a Lei federal n. 8.666/93 não reproduziu a mesma permissão para o uso da arbitragem, fazendo com que muitos acreditassem que tal mecanismo estaria abolido do âmbito dos contratos administrativos.

Contudo, alguns autores, como Carlos Alberto Carmona e Selma Maria Ferreira Lemes<sup>16</sup>, entendem que a Lei federal 8.666/93 não trouxe em seu bojo regra específica determinando a submissão dos litígios envolvendo a Administração Pública ao Poder Judiciário. Em verdade, a norma silenciou a esse respeito, permitindo uma interpretação favorável ao emprego da arbitragem nos contratos administrativos, nos termos de seu artigo 54, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado.

Ademais, o texto legal também permite a alteração consensual dos termos contratados, bem como a rescisão de forma amigável, por acordo entre as partes, desde que haja conveniência para a Administração Pública, possibilitando, assim, a

---

<sup>16</sup> Apesar das opiniões divergentes, Carlos Alberto Carmona e Selma Maria Ferreira não veem nesse dispositivo legal empecilho ao emprego da arbitragem envolvendo o poder público. Segundo os autores, a Lei 8.666/93 não traz regra específica determinando a submissão o litígio ao Poder Judiciário. A cláusula obrigatória sobre o foro somente teria eficácia nas questões que fossem, de fato, levadas ao Poder Judiciário (como aquela relativa a matéria que não seja da competência do árbitro, ou para decidir a nulidade do procedimento arbitral), não sendo aplicada para questões dirimidas por meio de arbitragem. OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25062013-090852/pt-br.php>. Acesso em: 26 ago. 2015, p. 69).

rescisão de forma amigável, a qual poderá ocorrer por meio de cláusula de arbitragem.

Da mesma forma, a Lei n. 8.987/95, que trata das concessões em geral, também trouxe traço importante, ao admitir o emprego de meios alternativos para a solução de controvérsias nos contratos administrativos em seu artigo 23-A, acrescido pela Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005, *in verbis*:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Porém, antes mesmo da citada lei, houve a previsão expressa da arbitragem no âmbito dos contratos de concessão, com a lei n. 11.079/2004, sobre as parcerias público-privadas.

Tal diploma previu expressamente, dentre outras formas não judiciais de solução de conflitos, o emprego da arbitragem, conforme dispõe seu artigo 11, III, abaixo transcrito:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta de contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará no que couber, os §§ 3º e 4º do artigo 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Demais disso, em outros setores também há previsão legislativa da arbitragem como solução de controvérsias, muitas vezes fora dos exatos termos da Lei federal n. 9.307/96, mas de forma que a Administração Pública, no uso de sua função administrativa, possa solucionar conflitos ente particulares em litígios no âmbito dos setores regulados.

É o caso da Lei federal n. 9.472/97, Lei Geral das Comunicações, no seu artigo 93. Esse dispositivo reza que o contrato deverá indicar o foro e o modo para a solução extrajudicial das divergências contratuais.

Outro exemplo reside na Lei n. 9.478/97, de Política Energética Nacional, artigo 43, a qual determina que o contrato conterá, como cláusula essencial, a previsão de solução de controvérsias, inclusive a arbitragem internacional (BRASIL, 1997).

O artigo 35 da Lei n. 10.233/01, dos Transportes Aquaviários e Terrestres, prevê como cláusula essencial aquela relativa às regras de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, como a conciliação e a arbitragem (BRASIL, 2001).

Também o artigo 4º da Lei n. 10.438/2003, que dispõe sobre energia elétrica, possibilita o emprego da arbitragem para estabelecimento da tarifa extraordinária, a fim de garantir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão, da mesma forma que a Lei federal n. 10.848/2004, que autoriza, em seu artigo 4º, a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica – CCEE, determinando que a convenção de comercialização e o estatuto social prevejam a arbitragem, a ser incluída nos termos da Lei federal n. 9.307/96.

A inovação sobre o tema está na Lei 13.129/2015, que previu, de forma genérica, a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem quando a lide versar sobre direitos disponíveis, acrescentando dois parágrafos ao artigo 1º da Lei federal n. 9.307/96, com a seguinte redação:

Art. 1º. §1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Desse modo, atualmente existe uma autorização, mesmo que genérica, para a utilização da arbitragem pela Administração Pública para todo e qualquer conflito que envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Demais disso, a autoridade que irá celebrar a convenção de arbitragem é a mesma que teria competência para assinar acordos ou transações, segundo previsão da legislação do respectivo ente.

Como a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, e com o intuito de evitar



questionamentos quanto à sua constitucionalidade, a própria lei n. 13.129/2015 determinou expressamente que a arbitragem, nestes casos, não poderá se dar por equidade, devendo sempre ser feita com base nas regras de direito positivo, conforme: “Art. 2º. §3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

#### 2.5.2 A arbitragem como concretização do princípio da eficiência administrativa.

Apesar das críticas da doutrina sobre a previsão da arbitragem nos contratos de parceria público-privada<sup>17</sup>, como Celso Antônio Bandeira de Melo e Lúcia Vale Figueiredo, é certo que a cada dia tem se reconhecido sua possibilidade no âmbito dos contratos administrativos, inclusive naquelas modalidades contratuais em que não há lei expressa prevendo sua utilização, por uma interpretação ampla do artigo 54 da Lei n. 8.666/93, conforme já ressaltado acima, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado.

Entretanto, vários também são os autores<sup>18</sup> que justificam a arbitragem nos contratos administrativos, como o cumprimento do princípio da eficiência, mandamento constitucional estampado no artigo 37 da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

---

<sup>17</sup> Celso Antônio Vieira de Melo entende que a previsão viola a Constituição Federal. Para o autor, os bens envolvidos tratam-se de bens *extra commercium* e, portanto, indisponíveis. No mesmo sentido, Lúcia Vale Figueiredo posiciona-se absolutamente contra a arbitragem nos contratos de parceria público-privada, argumentando que sempre haverá indisponibilidade do interesse público. Também Ricardo Marcondes Martins, seguindo a tese defendida por Celso Antônio Bandeira de Melo, argumenta ser inviável a arbitragem nas parcerias público-privadas, por não cogitar a existência de interesses público disponíveis (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2008. MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov. 2010).

<sup>18</sup> Nesse sentido, Carlos Aberto de Salles, Eduardo Talamini e Gustavo Justino de Oliveira.

Di Pietro (2010, p. 84) explica que o princípio da eficiência apresenta dois aspectos, podendo ser considerado quanto ao modo de atuação do agente público e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, sendo que ambos possuem o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

O princípio da eficiência determina que a ação pública se oriente para o efetivo cumprimento das missões do Estado, que devem ser atingidas por meio de instrumentos que garantam sua eficácia, de forma ágil e econômica, com o máximo de aproveitamento dos recursos que estão ao alcance (OLIVERA, 2012, p. 72).

Assim, a arbitragem, enquanto uma das espécies de solução alternativa de controvérsias célere e eficiente, além de mais flexível e próxima das partes envolvidas em litígio, apresenta-se como um vantajoso mecanismo de solução das controvérsias, conforme acentua Salles (2011, p. 29):

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

A arbitragem possibilita que as partes, de comum acordo, escolham um árbitro de sua confiança, com os conhecimentos técnicos e profissionais necessários para jugar a demanda que lhe é posta, de forma que a solução dada no caso concreto será também a mais próxima da tecnicidade esperada pelas partes, beneficiando, principalmente, os contratos administrativos decorrentes de parcerias público privadas, porque tendentes a serem complexos, extensos e multidisciplinares.

A solução, assim, além de mais adequada e eficaz, contará com a confiança das partes, posto que, muitas vezes, os juízes de direito podem ser generalistas e não dominar o conhecimento técnico sobre o objeto da demanda.

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

Também na fase de execução dos contratos propriamente dita, a adoção do procedimento arbitral evita desconfortos e prejuízos decorrentes de eventual retardamento do serviço, diminuindo o tempo de espera por uma decisão acerca do litígio.

A celeridade na solução de controvérsias implica, por sua vez, na observância ao princípio da continuidade do serviço público<sup>19</sup>. Isso porque, uma vez resolvidas com mais agilidade as demandas oriundas da execução dos contratos, tornar-se-ão menos suscetíveis de paralisação do serviço ou de superveniência de qualquer entrave que dificulte a continuidade do serviço contratado. Contribui para tanto o previsto no artigo 32, VII, da Lei federal n. 9.307/96.

Sobre a sentença arbitral e o artigo 32 em análise, ressalta-se uma alteração promovida pela Lei n. 13.129/2015, a partir da qual se passou a prever a possibilidade da sentença arbitral parcial, o que era vedado anteriormente. Com essa modificação, o artigo 23, § 1 da Lei passou a vigorar com a seguinte forma: “Os árbitros poderão proferir sentenças parciais”.

Com efeito, há situações em que é melhor que os árbitros profiram sentença, mesmo que parcial, onde se resolveriam os pontos controvertidos da lide, como infrações “contratuais”, na sentença arbitral final, quando poderiam decidir sobre eventual compensação da verba de sucumbência.

A novidade resolve também a questão de que muitos Tribunais arbitrais (no Brasil e outros países) permitem e preferem sentenças arbitrais parciais. É o caso da Câmara de Comércio Internacional de Paris e do Regulamento Arbitral da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional, além do direito norteamericano. A partir dessa mudança, encerrou-se a possibilidade para que empresas brasileiras, ao participarem de arbitragens internacionais, pudessem buscar a anulação da sentença pelo Poder Judiciário brasileiro, com fundamento no artigo 32,

---

<sup>19</sup> Sobre o princípio da continuidade do serviço público, Carvalho Filho (2013, p. 36) registra que os serviços públicos constituem, muitas vezes, necessidades permanentes e inadiáveis da sociedade, de forma que não podem ser interrompidos. Acrescenta que, ainda que o princípio esteja ligado ao serviço público, na realidade, alcança toda e qualquer atividade administrativa, além de ser diretamente ligado ao princípio da eficiência (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36).

V, da Lei n. 9.307/96. Trata-se de maior segurança jurídica e de credibilidade ao instituto da arbitragem (OLIVEIRA, 2012, p. 74).

Demais disso, a sentença arbitral parcial, mesmo ao apresentar algum vício, por equívoco dos árbitros, não poderá ser interpretada como nula, mas sim incompleta, pois há maior efetividade na sentença que, ao ser completada, alcance o fim a que foi proposta.

Sobre o tema, acrescento a inovação apresentada pela Lei n. 13.129/2015, que, com o objetivo de conferir maior liberdade aos envolvidos, incluiu um parágrafo ao artigo 13 da Lei n. 9.307/96, prevendo que as partes podem, de comum acordo, afastar algumas regras do regulamento do órgão arbitral ou entidade especializada, a fim de terem maior autonomia na escolha dos árbitros, conforme transcrito abaixo:

Art. 13. §4º. As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizando o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Assim, mesmo tendo escolhido um órgão arbitral institucional ou entidade especializada que trabalhe com lista fechada de árbitros, as partes poderão escolher outros, que não estejam previstos naquela relação.

Nada impede, ainda, o procedimento próprio de anulação da sentença arbitral junto ao Poder Judiciário, pela possibilidade de controle judicial da sentença quanto à sua validade (OLIVEIRA, 2012, p. 75).

Contudo, o Poder Judiciário não pode revogar ou modificar a sentença arbitral quanto ao seu mérito, por entendê-la injusta ou errada: apenas a parte prejudicada que desejar anular a sentença por vícios formais poderá ajuizar a ação de nulidade, no prazo máximo de 90 dias do recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

A Lei federal n. 9.307/96 trazia, em seu artigo 32, as hipóteses em que a sentença arbitral seria nula. Entretanto, a Lei n. 13.129/2015 promoveu duas alterações neste rol, revogando o inciso V, que previa a nulidade das sentenças arbitrais parciais, e alterando a redação do inciso I, ao declarar que é nula a

sentença arbitral se for nula a convenção de arbitragem, e não mais se for nulo o compromisso.

A alteração corrigiu uma falha na redação original da Lei n. 9.307/96, pois o inciso I falava apenas na nulidade do compromisso arbitral sem analisar a cláusula arbitral. Agora, utiliza corretamente a palavra “convenção de arbitragem”, que é gênero, englobando tanto a cláusula como o compromisso arbitral.

Como um contraponto às vantagens elencadas para a prática da arbitragem pelo Poder Público, não se pode deixar de mencionar o impacto financeiro que tal mecanismo de resolução de controvérsias pode representar para a Administração Pública. Isso porque o custo da arbitragem é, reconhecidamente, mais elevado do que as despesas processuais, no âmbito judicial. Sobre o tema, é pertinente a manifestação de Amaral (2010, p. 345), conforme:

O custo da arbitragem também poderia ser invocado como uma possível desvantagem em relação ao processo judicial. Contudo, uma análise de custo-benefício poderá revelar que a via arbitral será mais vantajosa às partes do que a via estatal.

Em última análise, portanto, é plenamente viável, recomendável e vantajoso que a Administração Pública se submeta à arbitragem.

Por outro lado, há quem sustente uma tendência de redução dos custos, pela previsão contratual da arbitragem no contrato administrativo. Lemes (2007, p. 169) entende que, se o particular puder prever que o contrato administrativo disporá sobre a arbitragem, levará em consideração esse fato no cálculo de seus custos de transição e ofertará menor preço no processo licitatório.

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

Logo, a depender do valor do objeto da disputa, bem como da necessidade de celeridade e tecnicidade da solução a ser adotada, o administrador deverá realizar um juízo acerca do custo-benefício da arbitragem, atentando-se, em todo caso, à aplicação dos princípios da eficiência e da economia.

Sobre os custos da arbitragem registro, um estudo comparativo de custos entre o procedimento arbitral e Judiciário comum, realizado por Advogado Álvaro de Carvalho Pinto Pupo<sup>20</sup>, afirma:

Esses custos que não seriam incorridos no Judiciário serão compensados na arbitragem com a rapidez com que o caso é resolvido, uma vez que no sistema comum uma causa leva anos para ser definida. O tempo médio para a finalização de um caso na Justiça estadual de SP é de sete anos. Muitas vezes, o Judiciário também precisa de peritos especialistas, já que o juiz não conhece determinadas matérias com a profundidade necessária para proferir uma decisão. Na arbitragem, os próprios árbitros podem ser especialistas, dispensando a necessidade de peritos.

O comparativo realizado pelo advogado para ações de R\$ 100 mil aponta R\$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) de custos administrativos com a arbitragem e R\$ 3.076,95 (três mil, setenta e seis reais e noventa e cinco centavos) na Justiça Comum, sendo 14 meses para solução na justiça privada e sete anos no Judiciário, ressaltando que o valor mencionado não contempla os valores gastos com acompanhamento mensal de advogados, e acrescenta: “Para ações de R\$ 1 milhão, a arbitragem custaria a partir de R\$ 50.480,00 e no Judiciário, R\$ 30.076,95. Já para ações de R\$ 10 milhões, a arbitragem custaria a partir de R\$ 79.460,00 e no Judiciário, R\$ 114.296,95”.

De qualquer forma, certo é que, ao optar pela arbitragem no contrato público, o administrador deverá precaver-se para que haja dotação orçamentária para o eventual pagamento de custas. E, sob a ótica da eficiência, a arbitragem representa uma importante forma de consecução deste mandamento constitucional.

É necessário observar, por fim, a compatibilidade da arbitragem com outras diretrizes legais e constitucionais, bem como as adaptações necessárias no instituto para seu emprego nos contratos de parceria público-privada.

No capítulo seguinte, confrontar-se-á a arbitragem com a autonomia da vontade administrativa e os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade e legalidade, passando à discussão sobre a exigência da patrimonialidade.

---

<sup>20</sup> Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI194127,11049-Advogado+compara+custos+da+arbitragem+com+o+Judiciario>. Acesso em 12 ago 2015

Após, analisar-se-á as adaptações necessárias do instituto da arbitragem para seu emprego nos contratos de parceria público-privada.

Encerrada a fase teórica, haverá uma abordagem prática, com o registro dos entendimentos do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores sobre a matéria e as experiências recentes em contratos de parceria público-privada.

## CAPÍTULO 3

### A COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM AO INTERESSE PÚBLICO

Na seara nacional o grande entrave no emprego da arbitragem envolvendo o Poder Público nos contratos administrativos está na conciliação entre esse mecanismo de solução de controvérsias e o regime a que está sujeita a Administração Pública, pois, em se tratando de Direito Público, a autonomia da vontade, elemento essencial para a arbitragem, é limitada, e devem-se observar, ainda, os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade e da legalidade.

Por fim, o presente capítulo tratará de uma abordagem prática sobre o emprego do instituto da arbitragem e das decisões mais expressivas do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores, apresentando, assim, as conclusões da pesquisa sobre a possibilidade conciliação da arbitragem e o interesse público.

#### 3.1 A ARBITRAGEM ENVOLVENDO O INTERESSE PÚBLICO

A Administração Pública, conforme determina o artigo 37, *caput* da Constituição Federal, possui regras principiológicas que devem ser observadas pelo Poder Público.

E, nas relações entre particulares, é a autonomia da vontade que determina a submissão de um conflito à solução da arbitragem, ou seja, as partes escolhem livremente submeter ou não um conflito à apreciação arbitral.

Logo, a grande questão está na compatibilização da arbitragem ao regime jurídico de direito público, pois, no âmbito administrativo, a própria autonomia da vontade, elemento essencial para a opção pela arbitragem, encontra limitações no que tange às escolhas realizadas pelo administrador.



De tal forma que, para a Administração optar pela arbitragem, é necessário a demonstração de que esta escolha é a que melhor atenderá ao interesse público.

Assim, a opção pela arbitragem depende de uma escolha motivada da Administração Pública, que deve observar tanto a legalidade quanto o interesse público. O administrador, por sua vez, deve ponderar, a partir do caso concreto a adequação do procedimento aos meios disponíveis e aos objetivos pretendidos, sempre de forma a atender o interesse público.

### 3.1.1 Princípio da supremacia do interesse público

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da comunidade. Desta forma, mesmo quando age em razão de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua função deve ser voltado para o interesse público. De acordo com Carvalho Filho (2013, p. 33), “não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo”.

Assim a supremacia do interesse público é um pressuposto que alicerça todas as matérias de direito público, estabelecendo uma relação vertical do poder público para com os cidadãos, diferentemente do que acontece no âmbito privado, em que os interesses particulares são analisados sob uma perspectiva horizontal.

Para Melo (2012), o princípio da supremacia é inerente a qualquer sociedade e, por isso, é indispensável sua previsão expressa na Constituição Federal, pois representa o pressuposto para o convívio social.

Certo é que as relações sociais ensejam, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado. Salles (2011, p. 293) ressalta que não se trata de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse.

Também a Administração, como defensora dos direitos coletivos, possui uma relação de superioridade em relação aos particulares, contando com privilégios que não se estendem nas relações privadas.

Medauar (2011, p. 127) digressiona no sentido de que a dualidade tradicional entre os interesses públicos e particulares cedeu lugar a uma multiplicidade de interesses interconexos, que não se enquadram na divisão entre público e privado. É necessário ponderar os interesses sem que um prevaleça sobre o outro, aplicando, desta forma, a proporcionalidade e a razoabilidade.

Para a autora (2011, p. 128), é necessário uma compatibilidade ou conciliação de interesses. Possuindo a supremacia do interesse público a mesma hierarquia dos demais direitos fundamentais, deve-se analisar detidamente cada caso concreto, bem como os interesses e direitos fundamentais envolvidos, sem que exista uma seleção prévia.

Ainda, segundo Justen Filho (2011, p. 121), o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, pois o estado somente é legitimado a ser sujeito de interesses públicos “assim entendidos como aqueles direta e imediatamente relacionados com os direitos fundamentais”, sendo que as vantagens ou prerrogativas a ele atribuídas não poderiam sequer ser considerados interesses públicos.

Além do argumento exposto, com a ponderação de valores e aplicação da proporcionalidade, outra justificativa está relacionada com a clássica divisão entre interesse público primário e interesse público secundário.

A distinção entre os interesses públicos primários e secundários iniciou-se na doutrina administrativa com os ensinamentos do jurista italiano Renato Alessi, que, baseado na doutrina de Carnelutti e Piccard, estabeleceu uma distinção importante para o conceito de interesse público, sugerindo a existência de duas peculiaridades que devem ser observadas (OLIVEIRA, 2012).

A primeira em relação ao fato de que compete à Administração Pública, em caráter de exclusividade, fazer prevalecer a sua vontade em detrimento dos particulares, que, contudo, está limitada, pois não pode preponderar o interesse público sobre o privado. O interesse público somente encontrará guarida em face do direito privado quando existir regra expressa no direito objetivo (FLAUSINO, 2015, p. 96).

Ao explicar a obra de Alessi, Flausino registra que a segunda particularidade sobre o exercício da função administrativa diz respeito à fragmentação do interesse público em interesse público primário e interesse público secundário.

Melo (2012, p. 98) adota a divisão de interesses em público e privado apresentada por Alessi, ressaltando que:

são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, comodantes disse (Capítulo I, ns 43 a 37), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e o interesse secundário. Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. (...). Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qual tal considerado, e muito menos o dos agentes estatais.

O interesse público primário, portanto, é aquele que a Administração Pública deve perseguir no desempenho da função administrativa, formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade.

Já o interesse público secundário é aquele que diz respeito a interesses da Administração Pública enquanto aparato organizativo. Segundo Melo (2012, 251) é “aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público privado”.

Baseado na divisão do interesse público em interesse público primário, como um complexo de direitos individuais prevaletentes, e interesse público secundário como aquele da Administração enquanto aparato organizativo, fez-se possível a discussão sobre a existência de interesses públicos disponíveis.

Para a doutrina os interesses públicos disponíveis são os interesses públicos secundários, econômicos ou financeiros. Oliveira (2012, p. 84) registra que os interesses públicos secundários devem ser compatíveis com o interesse público primário, que é, em última instância, o reflexo da vontade da coletividade, e afirma:

“os interesses públicos secundários são instrumentais e se destinam á satisfação do interesse público primário: como finalidade precípua têm o atingimento do bem coletivo. Como os interesses secundários não interferem no interesse público primário – este, sim, indisponível – não haverá prejuízo ao coletivo em admiti-los como disponíveis”.

A partir da visão apresentada, o emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada seria viável em questões envolvendo os denominados interesses públicos secundários, em razão da disponibilidade de tais direitos.

Embora o interesse público primário seja irrenunciável, por expressar a vontade da coletividade os meios para seu atingimento, por escolhas legítimas da Administração Pública (interesse público secundário), autorizam a disposição de bens patrimoniais da Administração Pública (OLIVEIRA, 2012, p. 84).

Observa-se que a natureza instrumental dos interesses públicos secundários é determinante para justificar a viabilidade do emprego da arbitragem.

### 3.1.2 Princípio da indisponibilidade

Carvalho Filho (2013, p. 1000) verbera sobre a questão de a Administração valer-se da arbitragem para a solução de alguns conflitos de natureza patrimonial, em virtude dos princípios da legalidade e da indisponibilidade dos bens públicos.

Conforme o artigo 1º da Lei federal n. 9.307/96, a arbitragem pode ser utilizada para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, aqueles que, por sua natureza, poderão ser objeto de acordo ou renúncia pelo titular.

Para Lemes (2007, p. 124), o conceito de indisponibilidade está ligado com o da negociabilidade e de bens suscetíveis de valor e livre no mercado.

Conforme apresentado acima, dentre os argumentos desfavoráveis ao emprego da arbitragem no Poder Público, um dos apontados trata-se da incompatibilidade do instituto com o princípio da indisponibilidade do interesse

público. Contudo, mostra-se viável uma compreensão harmonizável entre os institutos envolvidos.

Oliveira (2012, p. 87) verbera que, ao submeter um litígio à arbitragem, não se está entregando a decisão a um procedimento desregrado ou inconsistente, pois a arbitragem orienta-se por critérios objetivos que resguardam as garantias processuais necessárias, o devido processo legal e a ampla defesa.

Desta forma, é possível afirmar que o procedimento da arbitragem não implica na disposição de direitos e interesses, ao contrário, é uma forma de solução de controvérsias orientada pelo devido processo legal, apta, portanto, a resguardar também o interesse público.

Entendendo a arbitragem como um desdobramento da capacidade de contratar, Oliveira (2012, p. 89) dispõe que, embora o interesse público possa apresentar o caráter da indisponibilidade, isso não impede que a Administração Pública aliene seus bens, pois a alienação em nada prejudica a satisfação do interesse público. Da mesma forma, ao reconhecer o direito do particular, não se está abdicando de um interesse público, pois o reconhecimento de um direito alheio é dever da Administração Pública.

### 3.1.3 Princípio da legalidade

Conforme já transcrito, toda a Administração Pública está submetida ao princípio da legalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, de forma que toda ação administrativa deverá ser ampara por lei.

O Tribunal de Contas da União, nos acórdãos 286/1993, 584/2003, 391/2008 e 2.145/2013<sup>21</sup>, já se manifestou pela inaplicabilidade da arbitragem em contratos

---

<sup>21</sup> "(...) 28. Entretanto, de acordo com o princípio da legalidade a que está sujeita a administração pública, não vislumbro motivos para ser afastado os argumentos expendidos no bojo do TC 008.217/1993-9, quando o TCU, em sede de consulta formulada pelo então Ministro das Minas e Energia, manifestou-se no sentido que deve haver previsão legal para a aplicação do instituto da arbitragem em contratos administrativos (Decisão 286/1993-Plenário). Isso porque, consoante o seguinte trecho do voto condutor do Acórdão 1099/2006-Plenário, "a Lei n.º 9.307/1996, que dispõe

envolvendo o Poder Público, ao argumento de que tal mecanismo de solução de controvérsias não encontrava respaldo em texto normativo que autorizasse seu emprego.

A doutrina há muito tempo debatia sobre o tema, formulando diversos entendimentos. A primeira corrente, encabeçada por Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Melo, entendia que, em razão do princípio da legalidade estrita, a Administração Pública somente poderia aderir à arbitragem surgindo lei específica autorizando. Já a corrente majoritária, composta por Gustavo Justino de Oliveira e Selma Lemes, dentre outros, entendia que, como o artigo 1º da Lei federal n. 9.307/96 abrangia também as pessoas jurídicas de direito público, seria desnecessária a previsão específica (OLIVEIRA, 2012, p. 94).

Contudo, toda essa discussão já se encontra superada pelo advento da lei n. 13.129/2015, que, ao reformar a Lei de Arbitragem, previu, de forma genérica, a possibilidade de a Administração Pública valer-se da arbitragem quando a lide versar sobre direitos disponíveis, acrescentando dois parágrafos ao artigo 1º da Lei n. 9.307/96, com a seguinte redação:

Art. 1º. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Desse modo, atualmente, existe uma autorização expressa para a utilização da arbitragem pela Administração Pública em todo e qualquer conflito que envolva direitos patrimoniais disponíveis, com validade para os três entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

---

de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados". Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, permitiu, somente em determinadas hipóteses, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002). Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal." Disponível em: <[http:// https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight](http://https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight)>. Acesso em: 26 ago. 2015.

O legislador, atento ao princípio da legalidade e para afastar questionamentos sobre sua constitucionalidade, determinou, expressamente, que a arbitragem, em tais casos, deverá ser realizada sempre com base nas regras de direitos e não por equidade, conforme o art. 2º. § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Com as alterações promovidas, a atual questão se trata de definir as peculiaridades do procedimento arbitral quando uma das partes é o Estado, sendo que, desde já, a nova lei impõe que as arbitragens envolvendo a Administração devem respeitar o princípio da publicidade.

Assim, as instituições arbitrais, acostumadas com a confidencialidade e o sigilo absoluto, foram surpreendidas com o desafio de promover amplo acesso aos autos desses procedimentos arbitrais.

Além da atual norma, lei n. 13.129/2015, a discussão sobre a necessidade de autorização legal para o emprego da arbitragem no que tange às parcerias público-privadas resta também superada, por meio do artigo 11, da Lei federal n. 11.079/2004.

Salles (2011, p. 218) ressalta que, nas hipóteses em que já há autorização legislativa para o emprego da arbitragem na Administração Pública, como ocorrem em reação aos contratos de parceria público-privada, tem-se que qualquer discussão sobre a disponibilidade e patrimonialidade do interesse torna-se completamente superada, já que o juízo de adequação quanto a esses requisitos já foi sopesado e superado pelo legislador.

É importante também frisar que, em setores específicos, como no Transporte Aquaviário e Terrestre<sup>22</sup>, Transporte de Gás Natural<sup>23</sup>, Sistema Portuário<sup>24</sup>, Sistema

---

<sup>22</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n° 9.478, de 6 de agosto de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>23</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n° 11.909, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>24</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n° 8.630, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8630.>](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.>). Acesso em: 26 out. 2015.

de Telecomunicações<sup>25</sup>, dentre outras leis específicas, já existem regras expressas que preveem a inclusão da arbitragem como regra de solução de controvérsias contratuais.

Outra questão em relação à autonomia da vontade da administração pública e ao respeito à estrita legalidade diz respeito à cláusula arbitral, pois, ainda que haja ilegalidade na contratação, caberá ao árbitro decidir sobre a ilegalidade e não mais ao Judiciário, conforme artigo 8º da Lei n. 9.307/96<sup>26</sup> e julgados do Superior Tribunal de Justiça, em especial recente acórdão lavrado pelo Marco Aurélio Bellizze, no AREsp 371993/RJ<sup>27</sup>, em que o Tribunal decidiu, expressamente, que a simples constatação de prevenção de convenção de arbitragem já enseja, por si, o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, restringindo o alcance da tutela jurisdicional.

---

BRASIL. Presidência da República. Lei n.º 10.438, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>25</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei n.º. 9.472/97, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

<sup>26</sup> Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

<sup>27</sup> “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM CONTRARIEDADE À DECISÃO QUE, EM OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 542, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, DETERMINA A RETENÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. 1. DISCUSSÃO AFETA À CONSTATAÇÃO DE PREVISÃO DE CONVENÇÃO ARBITRAL PELAS PARTES. DESLINDE QUE GUARDA A POTENCIALIDADE DE DERROGAR A JURISDIÇÃO ESTATAL E, POR CONSEQUENTE, TORNAR INÚTIL TODA A ATIVIDADE A SER DESENVOLVIDA NO PROCESSO. AFASTAMENTO DA RETENÇÃO DO RECURSO ESPECIAL. NECESSIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. A controvérsia instaurada no recurso especial, retido na origem, consiste justamente em saber se há cláusula de convenção de arbitragem, circunstância que, caso reconhecida, tem o condão de derrogar, a princípio, a própria jurisdição estatal, de modo a tornar inócua toda a atividade que venha a ser desenvolvida no processo. 1.1. A simples constatação de previsão de convenção de arbitragem - objeto de discussão no recurso especial - enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do parágrafo único da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes.”(Terceira Turma – julgado em 14/10/2014 – Dje em 06/11/2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=resp+1302900&&b=ACOR&thesaurus=JURI DICO&p=true>>. Acesso em 30 ago 2015.



A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.302.900/MG<sup>28</sup>) também se manifestou pela impossibilidade de declaração da nulidade da convenção de arbitragem pelo Judiciário antes de sua submissão obrigatoriamente ao próprio árbitro, aplicando tal entendimento à cláusula compromissória instituída em acordo judicial homologado e à firmada em contrato, conforme ementa colacionada abaixo.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA.

1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo.

2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia.

3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.

4.- Recurso Especial provido e sentença que julgou extinto o processo judicial restabelecida.

Entretanto, o mesmo entendimento não pode ser aplicado sem qualquer ressalva nas relações contratuais que envolvam a Administração Pública, que deverá observar os requisitos previamente estabelecidos pela lei e a finalidade de atendimento ao interesse público, conforme registra o artigo 5º da Lei n. 8.987/95, que “o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”, bem como o artigo 10, inciso I, alínea “a” da Lei n. 11.079/04: “a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante

---

<sup>28</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.302.900/MG. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1186115&nreg=201200064135&dt=20121016&formato=HTML> >. Acesso em: 22 out. 2015.

identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”.

Desta forma, para que o administrador empregue a arbitragem, não é suficiente sua previsão em lei, devendo apontar de forma clara e objetiva a finalidade que pretende alcançar, sob pena de nulidade.

#### 3.1.4 A exigência da patrimonialidade nos conflitos submetidos à arbitragem e a questão da publicidade

O artigo 1º da Lei n. 9.307/95 dispõe, dentre os requisitos da arbitragem, a exigência de “direitos patrimoniais disponíveis”, um bem dotado de patrimonialidade.

Para que a arbitragem seja aplicada no âmbito dos contratos administrativos, os direitos envolvidos deverão possuir caráter econômico e serem disponíveis.

Quando aos bens públicos, Flausino (2015, p. 108) pondera que apenas os dominicais ou domaniais integram o patrimônio disponível do Estado, conforme o artigo 99, III, do Código Civil, uma vez que os de uso especial e de uso comum integram seu patrimônio indisponível, podendo ser alienados somente por meio de autorização do Poder Legislativo, artigo 110 do Código Civil, mediante desafetação.

Dessa forma, a disponibilidade e a patrimonialidade são requisitos aplicáveis a qualquer litígio em que se pretenda aplicar a arbitragem, desde que o litígio envolva bens e direitos disponíveis.

Deve-se ressaltar ainda a questão da confidencialidade no âmbito da arbitragem. Apesar de não possuir previsão expressa na Lei federal n. 9.307/96, observa-se sua presença como uma tendência nos regulamentos das instituições arbitrais mais respeitadas no Brasil.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Salles (2011, p. 283) cita os regulamentos das Câmaras de Comércio Brasil-Canadá, do Instituto Brasileiro do Direitos da Energia, da Fundação Getúlio Vargas de Conciliação e Arbitragem, de Mediação e Arbitragem de São Paulo e do Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo.

A chamada cláusula de sigilo impõe uma restrição consensual de publicidade do procedimento arbitral e tem como finalidade impedir que terceiros estranhos à relação negocial tenham acesso a documentos, de forma a preservar a intimidade dos litigantes, uma vez que o objeto sobre o qual a arbitragem é aplicada pode se tratar muitas vezes de questões atinentes à saúde econômica das partes envolvidas ou mesmo de estratégias de negócios.

Ocorre que, em relação aos contratos administrativos, tal instituto encontra empecilho devido à vedação de sigilo dos atos administrativos, imposto pelo princípio da publicidade, previsto do artigo 37 da Constituição Federal.

Salles (2011, p. 283-284) afirma que a publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da atividade contemporânea, pois é a propulsora da transparência dos atos da administração bem como um fator indispensável para se garantir a responsividade dos agentes públicos.

O próprio legislador estabeleceu, expressamente, a transparência dos procedimentos e das decisões como diretrizes a serem seguidas na contratação da parceria público-privada, conforme o artigo 4º, inciso V, da Lei n. 11.079/04.

Contudo, embora o princípio da publicidade permita que haja um controle externo dos atos administrativos, Flausino (2012, p. 110) destaca que poderá haver restrições pelas partes quanto ao acesso a determinados documentos e debates, limitando a consulta total apenas a atos e documentos essenciais ao procedimento arbitral.

Pestana (2012) mitiga o princípio da publicidade, argumentando que:

a confidencialidade das matérias levadas a julgamento deverá sofrer, no mínimo, algum tempero. Naquilo que for possível conservar-se sobre sigilo no procedimento arbitral, *v.g.*, aspectos técnicos de equipamentos sensíveis à Administração Pública, procederem poderão ser tomados neste sentido, devendo, entretanto, dar-se publicidade do decisório e do seu teor, sob pena de infringência ao princípio da publicidade e transparência que, explícita e implicitamente, se alojam no art. 37, “*caput*”, da CF.

Já Salles (2011, p. 284) afirma que é fundamental garantir à convenção arbitral administrativa o controle almejado pela Constituição Federal, com ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento, garantindo, ainda, estabilidade e legitimidade ao procedimento.

Embora haja divergência doutrinária quanto à aplicação da publicidade na arbitragem, Flausino (2015, p.111) verbera que a melhor orientação é no sentido da mitigação do princípio, pois somente a lei pode dispor do acesso às informações atinentes a Administração Pública, ressaltado, ainda, a exigência de lei específica para o tema, conforme artigo 37, §3º, inciso II, da Constituição Federal.

O autor prossegue analisando que o legislador editou a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/11), que regulamentou o acesso à informação no âmbito do Poder Público, privilegiando, inicialmente, a publicidade. Em seu artigo 7º, inciso II e III, a referida Lei prevê que o acesso à informação nela tratada abarca aquelas contidas em registros ou documentos pertencentes a órgãos ou entidades públicas e de informações.

De forma que, quando o procedimento arbitral envolver contratos administrativos, deverá, obrigatoriamente, observar a norma do acesso à informação, garantido livre acesso aos dados e documentos produzidos pela Administração Pública ou por quem com ela se relacione. Demais disso, a lei n. 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem, previu, de forma expressa, no art. 2º. § 3º, que “a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”.

Entretanto, deve-se pontuar que os documentos relativos a assuntos internos da empresa contratante, que não se relacionam ao contrato celebrado com a Administração Pública, devem permanecer restritos às partes, garantindo-se a privacidade destas.

### 3.2 A COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por todo exposto, não há incompatibilidade entre a arbitragem e seu emprego nos contratos que envolvem o Poder Público. Nada obstante, são necessárias certas adaptações a fim de que as normas de Direito Público sejam garantidas.

A arbitragem não pode ensejar o afastamento do controle administrativo, pois a atividade estatal está submetida a uma série de controles, tanto internos quanto externos, exigindo, conseqüentemente, a adaptação de certas regras arbitrais, enquanto mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, garantido a transparência e observância às regras do direito administrativo.

Dentre as peculiaridades para o estabelecimento da convenção de arbitragem, destaca-se a necessidade de sua previsão em instrumento convocatório e sua realização no Brasil e em língua portuguesa, além de outras adaptações necessárias em se tratando de contrato público, como a proibição da arbitragem por equidade, o dever de publicidade, bem como a observância dos princípios da impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade.

Oliveira (2012, p. 95) adverte que deve haver ainda um equilíbrio que possibilite simultaneamente o emprego da arbitragem nos contratos administrativos e obedeça às restrições próprias da atuação administrativa, sem, contudo, afastar a natureza e as características próprias da arbitragem.

Primeiramente, quanto à previsão no edital de licitação, a Lei de parcerias público-privadas dispõe em seu artigo 11 que o instrumento convocatório conterá minuta do contrato, podendo, desta forma, estabelecer o emprego da arbitragem do seguinte modo:

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.

Dessa forma, a minuta anexada ao edital de licitação poderá esclarecer todas as condições a serem contratadas.

Neste ponto, é importante ressaltar que a Lei de Parcerias Público-Privadas somente autoriza a utilização da arbitragem quando houver cláusula arbitral, ou seja, prévia escolha contratual de tal instituto, sem qualquer menção sobre a possibilidade de as partes firmarem compromisso arbitral (OLIVEIRA, 2012, p. 96).

Para Salles (2011, p. 116), o estabelecimento de compromisso arbitral em matéria administrativa poderia representar uma afronta à competitividade e transparência do procedimento licitatório, pois não permitiria que os contratantes concordassem de forma antecipada com as condições e previsão do contrato em caso de conflitos.

Desta forma, havendo previsão de cláusula compromissória no edital de licitação, sua aceitação pelo particular implica no reconhecimento da obrigatoriedade de utilização da arbitragem como mecanismo de resolução das possíveis controvérsias, impossibilitando inclusive a Administração Pública de renunciar ao seu emprego, em razão também da vinculação do instrumento convocatório.

Outra questão de grande relevância é a necessidade de contratação dos serviços de árbitros ou de câmaras arbitrais por meio de licitação, ou procedimento administrativo a ser estipulado pela Administração Pública.

Conforme já ressaltado, a Lei 9.307/96 permite que as partes, de comum acordo, estabeleçam o processo de escolha dos árbitros. Contudo, a Lei de parcerias público-privadas não estabelece de forma expressa o procedimento por meio do qual o árbitro ou a instituição arbitral será selecionada.

A Constituição Federal estabelece como regra para contratação pela Administração Pública a precedência de procedimento licitatório, sendo as exceções objeto de leis ordinárias e disciplinadas pelo legislador como hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação.

A Lei 13.129/2015, ao reformar a Lei de Arbitragem, determinou expressamente em seu artigo 1º, §2º que a autoridade competente para a convenção de arbitragem será a mesma que teria competência para assinar acordos ou transações, segundo previsão na legislação do respectivo ente. Entretanto, manteve sua previsão para escolha dos árbitros sem qualquer ressalva quando o procedimento envolver a Administração Pública.

As regras relacionadas com a escolha dos árbitros estão previstas nos artigos 13 a 18 da Lei n. 9.307/96. O mencionado diploma estabelece que qualquer pessoa civilmente capaz e que tenha a confiança das partes poderá ser árbitro, aplicando sobre estes as mesmas causas de impedimento e suspeição previstas para os juízes no Código de Processo Civil, sendo que no exercício de suas funções são equiparados a funcionários públicos.

Sobre a contratação dos árbitros ou das câmaras arbitrais pela Administração Pública, existe certa divergência. Parada (2015, p. 164) analisa o tema ressaltando o posicionamento de alguns doutrinadores de que o serviço arbitral “pode ser contratado diretamente por inexigibilidade porque é especializado em vista da expertise e experiência que as instituições arbitrais possuem em conduzir seus procedimentos, com regulamentos próprios”, como uma espécie de serviço técnico altamente especializado.

Contudo, a arbitragem deve se amoldar ao procedimento administrativo, o que também suscita a harmonização do instituto com a obrigatoriedade geral de licitar prevista na Constituição Federal, afastando a possibilidade de que as partes escolham livremente o procedimento de seleção dos árbitros.

Também é a conclusão de Parada (2015, p. 165) sobre a matéria, primeiramente em razão de a Constituição contemplar de forma clara a obrigatoriedade de licitação, bem como em razão da inexigibilidade de certame para contratação pressupor o atendimento concomitante dos requisitos previstos no artigo 25, inciso II, da Lei n. 8.666/1993, sem os quais não há que se falar em inexigibilidade de certame, conforme:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

O questionamento sobre a escolha da lei aplicável decorre da previsão legal contida no artigo 2º, §1º da Lei n. 9.307/1996 que possibilita que as partes escolham as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem.

Neste ponto, observa-se, claramente, que os contratos administrativos possuem regramento próprio, afastando qualquer possibilidade da escolha livre entre as partes.

Parada esclarece que, em tais casos, a autonomia da vontade das partes deve ceder no quesito da escolha da lei de incidência, para se compreender que, nas arbitragens envolvendo contratos administrativos, a “Administração está vinculada ao ordenamento jurídico brasileiro e especialmente às regras e aos princípios que disciplinam os contratos administrativos em geral” (2015, p. 169).

Também é exigência do artigo 11 da Lei de parcerias público-privadas a realização da arbitragem no Brasil e em língua portuguesa. Ao analisar tal dispositivo, Salles (2011, p. 251) registra a intenção do legislador em estabelecer o local de realização da arbitragem evitando assim que eventual sentença arbitral seja proferida no estrangeiro, prevenindo a necessidade de homologação no Brasil.

Afinal, as sentenças estrangeiras somente são reconhecidas e executáveis no Brasil após sua submissão ao procedimento de homologação, conforme artigo 105, inciso I, alínea “i”, da Constituição Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça, procedimento que pode ser vagaroso e com altos custos, lançando por terra as vantagens alcançadas pelo procedimento arbitral.

Já a exigência de que os contratos sejam realizados em língua portuguesa encontra-se em conformidade com os princípios da transparência e publicidade, conferindo acessibilidade tanto às partes quanto a terceiros.

Deve-se harmonizar, ainda, o princípio da publicidade com as características da confidencialidade presente na arbitragem.

O princípio da publicidade encontra-se insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal e impõe a ampla publicidade dos atos praticados pela



Administração Pública. Da mesma forma, nas contratações públicas, a Lei n. 8.666/93 busca a publicidade dos contratos em seus dispositivos, com previsão expressa, no seu artigo 3º e § 3º “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

A lei de arbitragem, por sua vez, não exige expressamente que a arbitragem seja sigilosa, apenas impondo aos árbitros o dever de discrição, conforme seu artigo 13, §6º: “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Contudo, o sigilo é comumente convencionado entre as partes ou mesmo previsto nos regulamentos das instituições arbitrais, de forma a preservar as particularidades das partes envolvidas.

Entretanto, como bem asseverado por Parada (2015, p. 174), a opção pela confidencialidade não pode prevalecer como regra nas arbitragens que envolvam a Administração Pública.

Sobre o tema, Lemes (2003, p. 5) defende que a divulgação da decisão arbitral somente deve ocorrer quando determinado por lei, de forma a preservar os interesses do concessionário, mantendo a privacidade das audiências e documentos comerciais.

Ressaltar-se, neste ponto, a alteração promovida pela lei n. 13.129/2015, determinando, expressamente, que a arbitragem que envolva a administração pública respeitará o princípio da publicidade.

A discussão passa então à tentativa de se harmonizar o princípio da publicidade e da confidencialidade arbitral.

De acordo com Parada (2015, p. 177), não se exclui a possibilidade de documentos, informações comerciais e estratégicas, que de algum modo possam prejudicar o contratado, serem mantidas sob sigilo, analisando detidamente cada caso e os elementos do litígio que devem ser objeto de proteção.

Assim, a confidencialidade protegeria apenas documentos cujo sigilo seja essencial, motivadamente em cada caso concreto.

Ainda outro ponto a ser esclarecido refere-se à aplicação do princípio da legalidade e proibição da equidade, pois, apesar da previsão da arbitragem por equidade, a lei n. 13.129/2015 determinou, obrigatoriamente, que a arbitragem envolvendo a administração pública será sempre de direito, isto porque, conforme Oliveira (2012, p. 100), a autonomia da vontade da Administração Pública é diferenciada, uma vez que, por determinação constitucional, toda atuação administrativa deverá ser pautada no princípio da legalidade e em busca do interesse público, justificando o regramento apresentado pelo legislador.

Contudo, Oliveira (2012, p. 100) também ressalta que o princípio da legalidade deve ser interpretado de forma ampla, abarcando não somente a lei em sentido estrito, mas toda norma vigente no ordenamento jurídico, bem como os princípios constitucionais.

Assim, entende-se que uma interpretação flexível da legalidade, com a interpretação conjunta do bloco de normas vigentes no ordenamento jurídico, afasta a equidade das arbitragens em contratos firmados pela Administração Pública.

Sobre o procedimento a ser aplicado, Oliveira (2012, p. 101) pondera que as normas a serem aplicadas são as estabelecidas pelas partes, mesmo nos conflitos que envolvam a Administração Pública, uma vez que as prerrogativas processuais conferidas ao ente público podem ser afastadas na convenção de arbitragem, pois o procedimento é célere e incompatível com as normas que impliquem qualquer demora, tanto em relação a prazos quanto a recursos cabíveis.

Apesar do posicionamento contrário de alguns doutrinadores - Eduardo Talamini, que “sustenta que vigora um princípio de indisponibilidade processual, o qual se fundamenta na premissa de que a Administração Pública não pode ser prejudicada pela inércia do agente incumbido de sua defesa” (OLIVEIRA, 2012, p. 101) - certo é que o procedimento escolhido não poderá se afastar dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Por fim, além das exigências elencadas, os princípios que norteiam a Administração Pública deverão ainda ser observados em todo o procedimento arbitral, conforme já abordado em tópico específico, sobre a constitucionalização da arbitragem.

### 3.3 A ARBITRAGEM NAS CLÁUSULAS REGULAMENTARES

Mister se faz analisar a questão das cláusulas contratuais regulamentares, prerrogativas fixadas pelo Poder Público a fim de controlar a execução dos contratos administrativos, independentemente do consentimento do contratado e com escopo na realização do interesse público.

As parcerias público-privadas por sua vez, apesar de mais isonômicas e paritárias, podem muitas vezes conter tais cláusulas que o árbitro não poderá afastar, pois são garantias da ordem pública conferidas em lei em prol do interesse público, consoante Oliveira (2012, p. 106) essas cláusulas conferem prerrogativas especiais à Administração permanecendo “insuscetíveis à arbitragem (e também à apreciação pelo Poder Judiciário), porque configuram ferramentas conferidas legalmente aos administrados para o desempenho da função de administrar”.

Lemes (2007, p. 144) por sua vez registra que as consequências patrimoniais advindas de tais cláusulas podem ser decididas pelo árbitro, especialmente as questões relativas ao dever de indenizar pelas consequências patrimoniais relacionadas diretamente ao interesse público.

A natureza das cláusulas que envolvem o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos foi mencionada no Acórdão n. 1.928/11<sup>30</sup> proferido pelo Tribunal de Contas da União, oportunidade em que o Tribunal decidiu que a cláusula teria natureza regulamentar e por isso insuscetível de apreciação pelo tribunal arbitral.

Contudo, posteriormente, o Tribunal emitiu um posicionamento contrário no Acórdão n. 157/2012<sup>31</sup> considerando como lícita a precisão de cláusula remetendo à arbitragem o deslinde de litígio no âmbito dos contratos administrativos sempre que o incidente versar exclusivamente sobre direitos patrimoniais.

---

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1928/2011. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 28 set. 2015.

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 157/2012. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 28 set. 2015.

No mesmo sentido Oliveira (2012, p. 106) registra que independentemente das cláusulas de prerrogativa o reequilíbrio econômico-financeiro é direito do particular e diz respeito “exclusivamente ao necessário balanço patrimonial da relação. Por isso em princípio, é matéria que pode ser objeto da arbitragem”. Entretanto, as cláusulas relativas ao exercício do poder de polícia ou poder de polícia permanecem como matérias intangíveis pelo árbitro.

### 3.4 O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL PELO PODER PÚBLICO

Passa-se para a análise sobre a efetividade do procedimento arbitral e do cumprimento das sentenças pelo Poder Público, pois sendo arbitrada uma obrigação de pagamento pela Administração Pública deverá se apreciar a forma de execução do julgado, com observância da regra contida no artigo 100 da Constituição Federal e seus parágrafos.

Ressalta-se inicialmente que as determinações contidas no artigo 100 da Constituição Federal referem-se às obrigações pecuniárias federais, sendo que em se tratando de obrigação de fazer a sentença é desde pronto exequível.

Conforme já abordado anteriormente existe a previsão de criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, destinado à prestação de garantia de pagamento de obrigações pecuniárias decorrentes de contratos celebrados por parcerias público-privadas.

O fundo possui regramento próprio disposto no artigo 18 da Lei n. 11.079/2004, conforme:

Art. 18. O estatuto e o regulamento do FGP devem deliberar sobre a política de concessão de garantias, inclusive no que se refere à relação entre ativos e passivos do Fundo.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Não há, no entanto, previsão legal sobre a possibilidade da sentença arbitral ser executada mediante a execução de garantia promovida pelo Fundo Garantidor.

Oliveira (2012, p. 110) ressalta que, apesar de posicionamentos favoráveis da doutrina, como Carlos Ari Sundfeld e Alexandre Santos de Aragão que defendem a natureza jurídica privada do fundo e, portanto, a não submissão deste à regra constitucional do artigo 100, é necessário fazer algumas ponderações, conforme:

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

Ainda segundo Oliveira (2012, p. 111) embora o comando constitucional mencione expressamente o pagamento por precatórios poderá ainda ser aplicado às sentenças arbitrais que tem a mesma natureza jurisdicional das sentenças judiciais.

Apesar da lei federal n. 11.079/2004 não ser específica sobre os casos em que a Administração Pública seja sucumbente, possibilitando uma interpretação ampla do mencionado dispositivo legal legitimando a utilização do Fundo Garantidor em favor do credor como forma de pagamento.

Tal posição é criticada por Di Pietro e Mello que entendem que o Fundo Garantidor é constituído por patrimônio público e que tal procedimento conflitaria com o princípio da isonomia proporcionando tratamento diferenciado em determinadas modalidades de contrato administrativo (OLIVEIRA, 2012, p. 111).

Assim, quando a Administração for condenada por sentença arbitral, a uma obrigação de pagar cujo valor supere o limite para dispensa de precatório o débito deverá ser cobrado por meio de procedimento diferenciado, na ordem de apresentação cronológica do precatório. Já quando se tratar de obrigação de fazer a sentença será desde logo exequível.

Encerrada a análise do procedimento arbitral, passa-se a uma abordagem prática da arbitragem, em especial sobre os entendimentos do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores sobre a matéria, conforme seus julgados.

### 3.5 A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM NO ÂMBITO DO PODER PÚBLICO

Feitas as considerações sobre os institutos da arbitragem e das parcerias público-privadas apresenta-se a interpretação conferida à matéria pelo Tribunal de Contas da União, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Aventa-se assim discussão sobre a posição dos julgados nos casos concretos referentes ao problema em estudo com o enfrentamento dos principais óbices jurídicos erigidos contra a utilização da arbitragem em contratos administrativos entabulados pela Administração Pública, em especial por meio das parcerias público-privadas.

Insta ressaltar que os julgados colacionados abaixo referem-se a decisões no âmbito dos contratos administrativos em geral, em razão dos poucos julgados envolvendo as parcerias público-privadas, contudo, os debates envolvem a mesma temática, qual seja a compatibilidade da arbitragem e da supremacia e indisponibilidade dos interesses públicos, não prejudicando em nada a análise dos casos concretos.

#### 3.5.1 O posicionamento do Tribunal de Contas da União

Inicialmente cumpre esclarecer a competência constitucionalmente conferida ao Tribunal de Contas da União para julgar todos os administradores e responsáveis pelo patrimônio federal da Administração Direta e Indireta, com exceção do Presidente da República, conforme exegese dos artigos 70 e 71 da Constituição Federal. Influenciando desta forma os gestores públicos federais quanto à aplicação da arbitragem nos contratos administrativos.

A primeira manifestação do Tribunal de Contas da União quanto à aplicação da arbitragem em contratos administrativos deu-se por ocasião da Decisão 286/1993<sup>32</sup> em um processo de Consulta formulado pelo Ministro de Estado de Minas e Energia. Na ocasião houve a indagação sobre a possibilidade de emprego da arbitragem nos conflitos decorrentes de contratos celebrados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – Chesf e seus fornecedores de materiais e mão de obra, *in verbis*:

Decisão:

O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros);
2. determinar o envio de cópia, à autoridade consulente, dos pareceres emitidos nos autos, bem como do Relatório, Voto e desta Decisão; e
3. determinar a remessa destes autos à IRCE/PE para juntada e exame em conjunto com as contas da Entidade relativas aos exercícios de 1990 e 1991.

Contudo, o parecer foi pela impossibilidade de utilização da arbitragem, oportunidade em que se manifestou pela exigência de lei específica com a autorização para o emprego da arbitragem em contratos administrativos. Nas palavras de Parada (2015, p. 137) a manifestação do Tribunal de Contas considerou ainda que a adoção do instituto arbitral feriria os seguintes princípios:

- a) da supremacia do interesse público sobre o privado, porque a Administração deixaria de exercer suas prerrogativas contratuais;
- b) da indisponibilidade do interesse público, pois se entrega a terceiro, que não o Juiz, o poder de decidir sobre interesses públicos;

---

<sup>32</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 286/1993. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 28 set. 2015.

- c) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, haja vista que os direitos conferidos à Administração por força da lei ou dos princípios de direito público ficariam a cargo dos árbitros;
- d) do controle administrativo ou tutela, uma vez que o poder-dever de a Administração rever seus atos atinentes à contratação por ilegalidade ou contrariedade ao interesse público poderia ser levado à deliberação de terceiro erigido em árbitro;
- e) da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem, porque ameaça a estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, pois o contratado poderia pleitear, a qualquer tempo, vantagens contratuais que provavelmente não obteria na instância administrativa;

Desta forma, observa-se que a interpretação inicial do Tribunal de Contas quanto à utilização da arbitragem nos contratos administrativos foi proibitiva, vedando tal possibilidade.

Da mesma forma, em deliberação posterior, o Tribunal prolatou a Decisão 763/1994<sup>33</sup>, em procedimento de licitação referente à concessão e exploração da Ponte Rio Niterói. Nesta oportunidade o Tribunal citou a decisão anteriormente mencionada para determinar que o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem excluísse do edital a possibilidade de emprego da arbitragem como meio de resolução de conflitos, argumentando ainda pela inexistência de autorização legal específica.

Pode-se citar ainda o Acórdão 587/2003<sup>34</sup> quanto à fiscalização efetuada no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, quanto à verificação das obras de adequação de trechos rodoviários da BR-101 no Estado do Rio Grande do Sul, em que o Tribunal deliberou por determinar que o Departamento suprimisse as cláusulas editalícias por contrariedade ao interesse público.

Pelo exposto o Tribunal inicialmente manifesta-se embasado em uma visão estrita do princípio da legalidade, em razão de não haver uma lei específica, entretanto, após adota uma concepção voltada à indisponibilidade do interesse público.

Seguindo a mesma interpretação a Segunda Câmara do Tribunal examinou por meio do Acórdão 537/2006<sup>35</sup> a possibilidade de aplicação da arbitragem na contratação de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial, empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia, e concluiu pela exclusão da arbitragem de suas

---

<sup>33</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão n. 763/1994. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19950112%5CGERADO\\_TC-22234.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19950112%5CGERADO_TC-22234.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>34</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 587/2003. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045256.PDF>>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 537/2006. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.2:acordao:2006-03-14;537>>. Acesso em: 29 set. 2015.



avenças, mencionando igualmente a Decisão 286/1993, retornando dessa forma a exegese anteriormente citada quanto à necessidade de lei específica para legitimar assim a arbitragem.

Na mesma linha o Plenário do Tribunal, por meio do Acórdão 1.796/2011<sup>36</sup>, determinou a previsão no edital de concessão e na minuta de contrato a inaplicabilidade da Comissão Técnica e da Arbitragem para a resolução possíveis divergências na concessão do transporte de passageiros por meio de trem de alta velocidade do trecho entre os municípios de Rio de Janeiro e Campinas, conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres.

Após, no Acórdão 2.573/2012<sup>37</sup>, proferido nos autos de Acompanhamento de outorga para concessão de Rodovia BR-101/ES/BA o Tribunal manifestou expressamente seu entendimento de que nos contratos de concessão de serviços públicos as questões econômico-financeiras são de interesse público e, portanto, indisponíveis ao juízo arbitral.

No caso em análise tanto a lei de concessões (Lei n. 8.987/1995), quanto a lei específica de transportes aquaviários terrestres (Lei n. 10.196/2005) possuem previsão expressa sobre as regras de solução de controvérsias mediante arbitragem, de forma que o argumento do Tribunal sobre a autorização legal expressa não se aplicaria. Contudo, o órgão desconsiderou as previsões legais.

Parada (2015, p. 154) afirma que há decisões do Tribunal de Contas da União em que este se limita a determinar a não aplicação da arbitragem na resolução de controvérsias relativas às questões econômico-financeiras de uma concessão de serviço público mesmo em contratos administrativos que a lei autoriza, de forma expressa, o emprego do instituto.

Por fim, examina-se o Acórdão 2.145/2013<sup>38</sup>, referente ao Reexame do Acórdão 2.094/2009<sup>39</sup>, interposto pela Petrobrás quanto às obras de construção de unidades estacionárias de produção.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 1.796/2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?grupoPesquisa=JURISPRUDENCIA&textoPesquisa=PROC:1618720113>>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.573/2012. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>38</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.145/2013. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>39</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 2.094/2009. Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set. 2015.

Na oportunidade o Relator registrou a exigência de previsão legal expressa para aplicação da arbitragem nos contratos administrativos e manifestou pela reforma parcial da deliberação atacada restringindo o instituto às hipóteses em que a arbitragem for referente a contratos entabulados por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, for técnica e economicamente justificada estando ainda de acordo com as práticas de mercado, concedendo a utilização do instituto na atividade-fim da Petrobrás e mantendo a vedação para a atividade-meio.

Tal argumento demonstra maior flexibilidade da Corte quanto ao emprego da arbitragem para a resolução de questões ou disputas técnicas, desfazendo a resistência conservadora mantida pelo Tribunal desde 1993, o que é favorável para o avanço da arbitragem nos contratos administrativos, pois os posicionamentos contrários acabam por inibir o emprego do instituto pelos gestores que terão suas contas julgadas pelos componentes do Tribunal de Contas da União.

Analisando alguns julgados em que o Tribunal de Contas da União se manifestou sobre a utilização da arbitragem envolvendo a Administração Pública Parada (2015, p. 155) conclui que a linha do Tribunal não se encontra na exegese *favor libertatis*, entretanto, há uma “clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade do uso do instituto com as condicionantes que entende necessárias”.

### 3.5.2 Casuística judicial

Inicialmente insta registrar o caso Lage, com deliberação proferida em 1973 no Agravo de Instrumento n. 52.181<sup>40</sup> pelo Ministro Bilac Pinto, sobre a incorporação dos bens particulares das Organizações Lage e do espólio de Henrique Lage.

Tácito (2002, p. 83-88) ao analisar o *leading case* assim se manifestou:

O Supremo Tribunal Federal enfrentou, porém, em outros termos a questão da viabilidade do juízo arbitral no tocante a direitos patrimoniais oponíveis ao Estado.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 52.181/1973. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginarpub/pagador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em: 29 set. 2015.

Empresas da Organização Lage reivindicavam direito a receber indenização decorrentes do torpedeamento de navios durante a Segunda Guerra Mundial, que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional.

O Decreto-lei nº 952, de 26 de julho de 1946, admitia que a transferência de valores poderia ser determinada mediante juízo arbitral, cujo laudo foi, porém impugnado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Governo, sob fundamento da inconstitucionalidade da lei autorizativa da arbitragem.

Confirmando decisão do Tribunal Federal de Recursos que, pelo voto do Ministro Godoy Ilha, afirmara a admissibilidade do juízo arbitral, o Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária unânime adotou o voto do Ministro Bilac Pinto, ratificado em voto do Ministro Rodrigues Alkmin, no sentido da constitucionalidade da instituição, no caso, do juízo arbitral.

À época a arbitragem empregada, apesar de acordada pelas partes, era regida pelo Decreto-Lei n. 952/1946, estabelecendo as regras específicas do caso que versava sobre o valor da indenização a ser pago pela União em razão da incorporação de bens particulares.

Ainda que o caso não trate especificamente sobre algum contrato administrativo é relevante para demonstrar a interpretação sobre a legalidade do juízo arbitral em causas envolvendo a Administração Pública ainda naquela época.

Parada (2015, p. 117) esclarece o caso concreto digressionando que o Decreto-Lei n. 4.648/1942 incorporou ao patrimônio nacional os bens e os direitos da empresa Organização Lage, que explorava a navegação e os portos, bem como o espólio de Henrique Lage sob a justificativa de interesse da defesa nacional em razão do estado de guerra. Como não houve consenso sobre a indenização devida, as partes acordaram em resolver a questão via arbitragem. Parada (2015, p. 117) também ressalta que “o Chefe do Governo ouviu o Consultor-Geral da República Themístocles Brandão Cavalcante que apoio a solução arbitral a qual foi acolhida pelo Presidente da República Eurico Gaspar Dutra”.

Nesse contexto foi expedido o Decreto-Lei 952/1946, sendo que em 21 de janeiro de 1948 o juízo arbitral proferiu a sentença, que por votação unânime decidiu o valor da indenização a ser paga pela União<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Parada (2015, 117) acrescenta que na decisão o valor a ser pago pela União era de Cr\$ 288.460.812,00, sendo que os créditos foram aprovados tanto pela Câmara dos Deputados como pelo Senado Federal.

Entretanto o Procurador-Geral da Fazenda Haroldo Ascoli manifestou-se pela inconstitucionalidade do juízo arbitral de forma que a questão foi judicializada e chegou ao Supremo Tribunal Federal em 1955 por meio de Recurso Extraordinário e Agravo de Instrumento. A corte suprema por sua vez decidiu por negar provimento ao Agravo e pela inexistência de inconstitucionalidade ou ilegalidade do juízo arbitral, defendendo o entendimento de que a arbitragem não ofende o princípio da inafastabilidade de jurisdição, pois as partes podem optar por solucionar os conflitos sem recorrer ao judiciário.

Outra corte que tem prolatado importantes decisões acerca do emprego da arbitragem em contratos administrativos é o Superior Tribunal de Justiça, merecem destaque os julgados colacionados abaixo:

Recurso Especial n. 612.439-RS<sup>42</sup>, que teve como Relator o Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 2005. A lide foi instaurada pela Companhia Estadual Elétrica com sede no Estado do Rio Grande do Sul em razão do descumprimento de um contrato firmado com AES Uruguarina Empreendimentos Ltda, esta por sua vez alegou preliminarmente a extinção do processo em razão de cláusula compromissória arbitral no contrato entabulado entre as partes.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceu e proveu o recurso para extinguir o processo sem exame do mérito, reforçando a cogência da cláusula arbitral e afastando a jurisdição estatal. O julgado também reconheceu a validade da arbitragem em contratos administrativos, conforme ementa *in verbis*:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 167, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do

---

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 612.439-RS. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006)>. Acesso em: 29 set. 2015.

Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

4. Recuso especial parcialmente provido.

Outro caso de grande repercussão foi o Recurso Especial n. 606.345-RS<sup>43</sup>, prolatado em 2007, que versava sobre as mesmas questões já tratadas no Recurso anteriormente citada, razão pela qual o Ministro Relator se limitou a reproduzir o voto já proferido no Recurso precedente.

Já em 2008 o Superior Tribunal de Justiça, por meio do Ministro Luiz Fux, manifestou-se sobre a arbitragem pactuada nos contratos administrativos no Mandado de Segurança n. 11.308/DF<sup>44</sup> contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia que publicou a Portaria Ministerial n. 782/2005, ratificando os termos da rescisão contratual efetuada pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A e a empresa Terminal Multimodal de Coroa Grande S/A, cujo objeto consistia na administração, exploração e operação do terminal portuário e de área retroportuária.

A ordem foi concedida para que o referido litígio fosse solucionado por juízo arbitral, conforme eleição das partes, conforme:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.

2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.

3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, 1º) que

---

<sup>43</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345-RS Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302052905&dt\\_publicacao=08/06/2007](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007)>. Acesso em: 29 set. 2015.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 11.308/DF. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt\\_publicacao=19/05/2008](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008)>. Acesso em: 29 set. 2015.

estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.

#### 4. Recurso especial provido.

Destaca-se também o Recurso Especial n. 904.813/RJ<sup>45</sup> apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, manejado pela Companhia Paraense de Gás Natural – Compagas em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Paraná que negou provimento ao recurso interposto contra sentença que julgou improcedente pedido veiculado em ação declaratória de nulidade de compromisso arbitral proposta pela Compagas em desfavor do Consórcio Passarelli.

O voto apresentado pela Relatora, Ministra Nancy Andrighi, afastou as nulidades alegadas pela Compagas e afirmou que tanto a doutrina como a jurisprudência posicionam-se pela inexistência de óbice legal na estipulação da arbitragem pelo Poder Público, segue a ementa:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.

2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.

3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.

4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 904.813/RJ. Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt\\_publicacao=28/02/2012](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012)>. Acesso em: 29 set. 2015.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

Dessa forma observa-se a jurisprudência favorável do Superior Tribunal de Justiça, afastando os obstáculos normalmente erigidos contra o emprego da arbitragem nos contratos administrativos, influenciando conseqüentemente o assentamento da jurisprudência nos tribunais judiciais brasileiros e o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, sendo que esta interpretação pode ser ampliada quando se trata de parcerias público-privadas, pois estas nada mais são que uma modalidade de contratos administrativos.

Além de toda argumentação despendida nos julgados a arbitragem proporciona ao particular a segurança de que o contrato será respeitado e de que os conflitos envolvendo a contratação será resolvidos de forma célere e por árbitros especializados.

Vale ressaltar a observação aventada por Lock (2012, p. 30) de que apesar da convenção de arbitragem ser um meio de resolução de conflitos célere e abrir portas para investidores no âmbito público, deve-se questionar de que forma esta possibilidade prioriza efetivamente o atendimento das políticas públicas e do bem da coletividade.

As questões relativas à arbitragem e a administração pública devem ser esclarecidas de forma a assegurar o interesse público nas relações firmadas com os particulares. É consabido que a corrupção em nosso país é um problema grave e de difícil solução. Lock (2012, p. 30) ressalta que por ser um procedimento extrajudicial a arbitragem poderia se tornar um instrumento conveniente na mão de maus gestores públicos e de empresários com interesses particulares, de forma que a justiça privada poderia colocar em risco o patrimônio público causando grandes prejuízos à reputação dos entes da Administração Pública e principalmente aos interesses da coletividade.

Contudo, a fim de evitar que atos de improbidade continuem ocorrendo em nosso país a solução sugerida por Lock (2012, p. 31) encontra-se no respeito aos princípios nomeados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, sobretudo nas relações envolvendo os particulares e a Administração Pública, além da fiscalização estatal dos atos praticados por seus administrados.

A responsabilidade fiscal é uma diretriz que incide tanto na etapa de celebração como na execução do serviço ou obra. O controle será interno quando relacionado às receitas e despesas públicas e externo na verificação do desempenho do concessionário e das metas a serem alcançadas (CARVALHO FILHO, 2013, p. 433).

Demais disso a lei de parcerias estabelece a obediência aos princípios orçamentários, estando de acordo com a LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias, a LOA – Lei Orçamentária Anual e o PPA – Plano Plurianual. Sendo bastante clara quanto a porcentagem da receita líquida que o ente pode empregar para a realização da parceria, limitada a 1% (um por cento), o que garante a ampla fiscalização e controle dos parceiros privados.

Na mesma seara Davi (2008, p. 18) adverte que nada impede o questionamento posterior na esfera judicial, como ocorre em todos os atos administrativos que são passíveis de revisão pelo Judiciário, contudo, o fato de a Administração criar um canal de comunicação com o particular e encontrar uma solução sem a obrigatória intervenção do Judiciário, no mínimo, desenvolverá na sociedade mais confiança na gestão pública de seus interesses.

Assim a adoção da arbitragem como uma forma amigável de solução de divergências não se choca com a regra, constitucionalmente estabelecida, no sentido de que nenhuma lesão de direito pode ser subtraída do exame do Poder Judiciário.

Dallari (2015, p. 67) destaca que o compromisso das partes é sempre no sentido do acatamento de decisão regular, tomada pelo árbitro após regular tramitação do feito, sendo que a ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao Judiciário



exatamente porque nenhuma das partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular.

Da mesma forma, em se tratando de contratos administrativos, presentes, sobretudo, os interesses público, nada poderá impedir a fiscalização e inclusive propositura de ação popular ou de ação civil pública conforme o caso (DALLARI, P. 67).

Logo, a arbitragem pode ser um instrumento extremamente útil para assegurar a regularidade na execução de serviços públicos concedidos, na medida que permite que se chegue rapidamente à composição dos conflitos, mediante uma decisão tomada por um expert no específico assunto controvertido, sem qualquer risco de sacrifício do interesse público, resguardado e em nada prejudicado pela fiscalização regular.

## CONCLUSÃO

O estudo que ora se encerra teve como propósito examinar a pertinência dos principais óbices jurídicos suscitados contra a utilização da arbitragem nos contratos administrativos firmados pela Administração Pública, em especial por meio das parcerias público-privadas.

Antes de tudo, cabe ressaltar que, no contexto atual, pós-reforma dos modelos de Administração Pública, observa-se uma nova postura do Estado em relação aos serviços públicos e contratos administrativos. O Estado, ao perceber que não seria possível fornecer, de forma eficiente, todas as atividades a ele atribuídas, optou pela participação colaborativa da iniciativa privada para a execução compartilhada dos serviços.

Ainda para incentivar e facilitar a cooperação ente o setor público e privado, o legislador criou um importante instrumento denominado contrato de parceria público-privada, por meio da Lei n. 11.709/04. Assim, deu-se início a uma nova fase do contratualismo administrativo, flexibilizando-se as relações do Estado com os investidores privados e ampliando a oferta de serviços pelo Estado.

As parcerias público-privadas, por sua própria natureza, possuem maior grau de cooperação e colaboração, permitindo o investimento em projetos de alto custo e complexidade, sem que o investidor corra o risco de ter o capital investido revertido em proveito unicamente do Estado.

Dentre as inovações trazidas pela lei de parcerias, o legislador aplicou a arbitragem como método de resolução consensual de controvérsias, garantindo, assim, celeridade e segurança na solução das possíveis divergências que poderiam surgir durante a consecução da relação negocial.

A Lei n. 11.709/04 foi a primeira norma a admitir o uso da arbitragem nas relações negociais envolvendo a Administração Pública. Tal medida, além de atrair investidores e oferecer estímulos à iniciativa privada aderir aos contratos administrativos, também tem como vantagem soluções tecnicamente mais

adequadas e céleres, diferentemente do que ocorre no âmbito do Poder Judiciário Estatal.

Demais disso, o cenário econômico atual é incompatível com a falta de especialização técnica dos juízes estatais, burocracia e lentidão do procedimento judicial tanto nas relações negociais privadas como públicas. Nesse contexto a arbitragem surge como uma solução para que os conflitos sejam solucionados em tempo hábil e por árbitros que detenham conhecimento técnico e específico sobre o assunto, possibilitando um resultado seguro e eficaz, incentivando, ainda, as relações contratuais.

A orientação doutrinária e a jurisprudencial têm se fortalecido no sentido da compatibilidade do uso da arbitragem nos contratos públicos. Neste ponto, insta ressaltar que os contratos de parceria público-privada tratados ao longo da dissertação são, na realidade, modalidades de contrato administrativo, justificando, assim, a jurisprudência colacionada, que trata muitas vezes da matéria apenas em âmbito geral.

Apesar dos posicionamentos contrários do Tribunal de Contas da União, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal posicionam-se pela possibilidade e compatibilidade do emprego da arbitragem nos contratos públicos, ainda mais com a autorização legal, que é o caso das parcerias, conforme dispõe o artigo 11 da Lei n. 11.079/04.

Acrescente-se, ainda, a autorização disposta na própria lei da arbitragem, por meio da reforma introduzida pela Lei n. 13.129/2015. Desse modo, atualmente, existe uma autorização para emprego da arbitragem pela Administração Pública em todo e qualquer conflito que envolva direitos patrimoniais disponíveis.

Em tais casos, a autoridade que irá celebrar a convenção de arbitragem é a mesma que teria competência para assinar acordos ou transações, segundo previsão na legislação do próprio ente. Ainda, como a Administração deve obediência ao princípio da legalidade, disposto no artigo 37 da Constituição Federal, e a fim de afastar qualquer questionamento quanto a sua constitucionalidade, a referida lei também determinou que a arbitragem, em tais casos, não poderá ser feita por equidade, mas sim com base nas regras de direito.

De outra forma, não há que se falar em ofensa aos princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, dentre outros que orientam o Direito Administrativo e que são normalmente erigidos contra o emprego do instituto arbitral, pois o uso da arbitragem não implica na inobservância de tais princípios.

Conforme já mencionado, existe a distinção ente o interesse público primário e interesse público secundário que permite a existência de direitos públicos disponíveis, tratando-se dos interesses secundários, que por sua natureza permitem que a Administração Pública disponha de bens e interesses com o escopo de garantir interesses público que são indisponíveis.

Embora haja divergência quanto à aceitação da arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas, a visão majoritária é pela aceitação. Contudo, são necessárias certas adaptações procedimentais a fim de se garantir a coexistência harmônica do instituto com as normas de Direito Público, haja vista a existência de regras de observância obrigatória nos atos e negócios celebrados pela Administração Pública.

É necessário que haja previsão expressa no edital de licitação, permitindo que futuros contratantes tenham acesso prévio a todas as cláusulas que integrarão o contrato administrativo, aferindo, inclusive, a viabilidade do negócio. Atualmente, a arbitragem é vista pela iniciativa privada como vantajosa, principalmente pela segurança jurídica, o que é um atrativo para os investidores, o que também justifica a impossibilidade de que, somente após a licitação, seja inserida cláusula no contrato autorizando o uso da arbitragem como instrumento de resolução das controvérsias surgidas ao longo de sua execução.

Outro aspecto de grande relevância refere-se à impossibilidade de instituição da cláusula de sigilo, pelo confronto desta com o princípio da publicidade que deve ser observado pela Administração Pública. Não obstante, é necessário adotar um posicionamento moderado a respeito da confidencialidade no âmbito dos contratos administrativos, apoiado pela doutrina que admite, em casos justificados, o sigilo em relação a certos documentos que digam respeito a assuntos internos da empresa contratante, tanto comerciais como estratégicos, e cuja divulgação pode ser por

demais prejudicial aos entes privados. Apesar da ressalva, todos os demais atos e documentos que digam respeito ao procedimento deverão ser disponibilizados para consulta de qualquer interessado.

A lei da arbitragem ainda prevê que as partes poderão optar pelo idioma e local em que se desenvolverá a arbitragem, regra que também não se aplica quando o contratante for ente da Administração Pública, em razão de previsão expressa na lei de parcerias público-privadas de que deverá ser utilizada língua portuguesa, vedando-se a opção por qualquer outra. Ademais, a sua realização deve se dar no Brasil, afastando por completo sua submissão a Tribunais Arbitrais estrangeiros.

Essas restrições não inviabilizam a utilização da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, mas servem como formas de compatibilização dos mecanismos procedimentais inerentes à arbitragem com as regras de Direito Público. Demais disso, o uso da arbitragem vai ao encontro à Administração Pública moderna e ao anseio por uma gestão eficiente dos serviços públicos, desprendida dos procedimentos administrativos burocráticos.

Além disso, nada impede o questionamento posterior na esfera judicial, como ocorre em todos os atos administrativos que são passíveis de revisão pelo Judiciário. Contudo, o fato de a Administração criar um canal de comunicação com o particular e encontrar uma solução sem a obrigatória intervenção do Judiciário, no mínimo, desenvolverá na sociedade mais confiança na gestão pública de seus interesses.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. **Arbitragem e Administração Pública. Aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle.** Belo Horizonte: Editora Fórum, 2012.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v, 241, p. 159/175, jul/set. 2005.

BARBOSA, José Carlos Moreira. **O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria.** In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Temas de direito processual: nona série. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Lei n º 8.630, de 25 de fevereiro de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8630.](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8630.)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8987cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987cons.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 9.472/97, de 16 de julho de 1997.** Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9472.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9472.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/L9478.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9478.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 10.259, de 12 de julho de 2001.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LEIS\\_2001/L10259.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei n º 10.438, de 25 de fevereiro de 1993.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10438.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Lei n° 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Lei n° 11.909, de 30 de dezembro de 2004.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11909.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Lei n° 13.129, de 26 de maio de 2015.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 26 out. 2015.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 371993/RJ.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Mandado de Segurança n. 11.308/DF.** Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt\\_publicacao=19/05/2008](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008)>. Acesso em: 29 set 2015

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial 612.439/RS.** Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006)>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial 606.345/RS.** Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt\\_publicacao=14/09/2006](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006)>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial n. 904.813/RJ.** Disponível em: <[http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt\\_publicacao=28/02/2012](http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012)>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Recurso Especial 1.302.900/MG.** Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 30 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Agravo de Instrumento n. 52.181/1973.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginarpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=22084>>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 157/2012.** Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 28 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n. 537/2006.** Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.contas.uniao;camara.2:acordao:2006-03-14;537>>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n. 587/2003.** Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2045256.PDF>>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Acórdão n. 1.796/2011.** Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?gru>>

poPesquisa=JURISPRUDENCIA&textoPesquisa=PROC:1618720113>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 1928/2011.** Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 28 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 2.094/2009.** Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 2.145/2013.** Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Acórdão n. 2.573/2012.** Disponível em: <<http://contas.tcu.gov.br/juris/Web/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 29 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Decisão n. 286/1993.** Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO\\_TC-17446.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19940307%5CGERADO_TC-17446.pdf)>. Acesso em: 28 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Decisão n. 763/1994.** Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19950112%5CGERADO\\_TC-22234.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19950112%5CGERADO_TC-22234.pdf)>. Acesso em: 29 set 2015.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil.** 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo.** São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem.** 2. ed. São Paulo: Editora Millennium, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; **Teoria geral do processo.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. **Arbitragem e a Lei 9.307/96.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.

DALLARI, Adilson Abreu. **Arbitragem na Concessão de Serviço Público.** Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, v. 32, n. 128, 1995.

DAVI, Kaline Ferreira. **Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: Acesso em: 20 out. 2015.



DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

ESLAR, Karine Aparecida de Oliveira Dias; LAMBERT, Jean Marie. **A Arbitragem como meio de solução de conflitos no âmbito do Mercosul**. Goiânia: Ed. Da PUC Goiás, 2014.

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

FERREIRA NETO, Cássio Telles. **Contratos Administrativos e Arbitragem**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem: Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional**. São Paulo: LTr. 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLAUSINO, Vagner Fabrício Vieira. **Arbitragem nos contratos de concessão de serviços e de parceria público-privada**. Curitiba: Juruá, 2015.

GARCIEZ, José Maria Rossani (Coord.). **A arbitragem na Era da Globalização. Coletânea de Artigos de Autores Brasileiros e Estrangeiros**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista da Escola Paulista da Magistratura. V. 3, nº 2, julho/dezembro, p. 49-58. 2002

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Arbitragem e prestação de serviços públicos**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v, 233, p. 377/385, jul/set. 2003.

JUSTEN FILHO. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTINO, Gustavo Henrique. **A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2015.

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

\_\_\_\_\_. **Arbitragem na concessão de serviços públicos. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?**. Disponível em: <[http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo\\_juri15.pdf](http://selmalemes.adv.br/artigos/artigo_juri15.pdf)>. Acesso em: 22 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>>. Acesso em: 22 set. 2015.

LOCKS, Juliane. **O uso da Arbitragem pela Administração Pública à luz dos princípios constitucionais do art. 37, caput**. Trabalho de Conclusão de Curso de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: <

[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012\\_1/juliane\\_locks.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/juliane_locks.pdf) >. Acesso em: 22 set. 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Arbitragem e Administração Pública: contribuição para o sepultamento do tema**. Revista Interesse Público – IP. Belo Horizonte, ano 12, n. 64, nov. 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novos institutos consensuais da ação administrativa**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v, 231, p. 129/156, jan/mar. 2003.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. **A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada** (Dissertação de Mestrado). São Paulo: USP, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25062013-090852/pt-br.php>. Acesso em: 26 ago. 2015.

OLIVEIRA, Débora Fernandes de. **Parcerias Público-Privadas: um estudo comparativo das Legislações e dos Contributos das PPP's no direito estrangeiro, especialmente Inglaterra, Portugal e Estados Unidos da América**. Disponível em: [https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio\\_resumo2008/relatorios/ccs/dir/relatorio\\_deborah.pdf](https://www.puc-rio.br/ensinopesq/ccpg/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/relatorio_deborah.pdf) > Acesso em: 20 out 2015).

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito Administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

\_\_\_\_\_. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 27 set. 2015.

PARADA, André Luis Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos – Análise Crítica dos Obstáculos Jurídicos Suscitados para afastar a sua Utilização**. Curitiba: Juruá, 2015.

PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. **Da Administração Pública Burocrática à Gerencial**. Revista do Serviço Público, 47 (1) jan/abr. 1996. Disponível em <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>.> Acesso em: 27 set 2015.

\_\_\_\_\_. **Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial**. Intervenção no VI Fórum da Reforma do Estado, Rio de Janeiro, 1.10.2007, p. 3-4. Disponível em

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/07.17.DemocraciaEstadoSocialERefomaGerencial.28.2.08.pdf>> Acesso em: 27 set 2015.

\_\_\_\_\_. **É o Estado capaz de se autorreformular?** In: **Desigualdade & Diversidade** – Dossiê Especial, segundo semestre de 2011, p. 16. Disponível em: <[http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado\\_capaz\\_autorreformular.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado_capaz_autorreformular.pdf)> Acesso em: 27 set 2015.

PEREIRA, César Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coordenadores). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PESTANA, Márcio. **Administração Pública e a arbitragem**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+arbitragem>> . Acesso em: 07 set 2015.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruni Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. Revista Direito GV, São Paulo, jan-jun, 2008. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/economia-da-arbitragem-escolha-racional-e-gera%C3%A7%C3%A3o-de-valor>>. Acesso em: 07 set 2015.

ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (Coordenação). **Arbitragem e mediação: a reforma da legislação brasileira**. São Paulo Atlas, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de Salles. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA JR. Lauro da Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)**. Revista de direito Administrativo. Rio de Janeiro, v, 241, p. 121/157, jul/set. 2005.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**. Rio de Janeiro: Renovar. Vol 3. 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

TURA, Adevanir. **Arbitragem nacional e internacional**. 2. ed. São Paulo: Editora J. H. Mizuno. 2012

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo; **Curso Avançado de Processo Civil**. 13. ed. São Paulo: RT, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Processo, v. 36, 2011.