

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FACULDADE DE DIREITO

FERNANDA DAVIDOFF

**ASPECTOS CONTROVERSOS DA ARBITRAGEM NAS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS**

CURITIBA

2011

FERNANDA DAVIDOFF

**ASPECTOS CONTROVERSOS DA ARBITRAGEM NAS PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS**

Monografia apresentada como requisito parcial
à obtenção do grau de Bacharel em Direito do
Curso de Graduação da Faculdade de Direito,
Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Professor Doutor Eduardo
Talamini.

CURITIBA

2011

ii

TERMO DE APROVAÇÃO

FERNANDA DAVIDOFF

ASPECTOS CONTROVERSOS DA ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito do Curso de Graduação da Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini

Membros da banca:

Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

Prof. Rafael Munhoz de Mello

Curitiba, 08 de dezembro de 2011.

Ao Diego, com amor.

Aos meus pais, que sempre me estimularam a estudar.

Agradeço aos Professores Eduardo Talamini, Paulo Nalin e Rafael Munhoz de Mello.

RESUMO

A arbitragem apresenta-se como um modo de resolução de litígios coerente com a Parceria Público-Privada, no âmbito da horizontalização dos contratos administrativos. Com a consagração da arbitragem nas PPP por força do art. 11, III, da Lei nº. 11.079/04, resta superada a discussão sobre a possibilidade de os entes da Administração Pública Direta se submeterem à arbitragem. No âmbito da arbitrabilidade objetiva, chama atenção a análise do contexto histórico em que a Lei Brasileira de Arbitragem foi elaborada, de modo que, passados quinze anos de sua entrada em vigor, cumpre determinar se os critérios da patrimonialidade e da disponibilidade podem continuar sendo interpretados do mesmo modo como foram outrora. No que diz respeito especificamente à aplicação prática da arbitragem nas PPP, chamam atenção, entre outras, a indagação sobre a necessidade ou não de previsão da arbitragem no edital de licitação, bem como a obrigatoriedade ou não de realização de licitação para escolha da câmara arbitral.

Palavras-chave: arbitragem; Parcerias Público-Privadas; arbitrabilidade; patrimonialidade; disponibilidade; transigibilidade; cláusula arbitral; administração da arbitragem; licitação; publicidade; equidade; procedimento administrativo; moralidade; boa-fé.

ABSTRACT

There is a deep coherence between arbitration and Public Private Partnership. Brazilian Public Private Partnership Law recognized arbitration as a dispute resolution method (Federal Law n. 11.079, year 2004, article 11, III). The referred Law affirmed definitely the possibility of Brazilian Federal State and Brazilian states and its public entities to go into arbitration. Considering the arbitrability of the disputes, one must notice that Brazilian Arbitration Law (Federal Law n. 9.307, year 1996) was enacted in a different context than the one we have now, fifteen years later. Therefore, it is important to determine whether the criteria given by the mentioned Law are still applicable and can be interpreted in the same way they have been in the past, in a context of insertion of Brazil in the investment and legal international circuit. Considering the application of arbitration in Public Private Partnership, two questions seem to be relevant, among others: the necessity of stipulation of the arbitration clause since the public bidding, and the necessity of public bidding to choose the arbitral institution.

Key-words: arbitration; Public Private Partnership; arbitrability; arbitration clause; arbitral institution; public bidding; equity; good faith.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art(s) . – artigo(s)

CC – Código Civil de 2002 (Lei nº. 10.406/02)

CF – Constituição Federal de 1988

CPC – Código de Processo Civil (Lei nº. 5.869/73)

LBA – Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96)

nº(s). – número(s)

PPP – Parceria(s) Público-Privada(s)

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

RESUMO	vi
ABSTRACT	vii
LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	viii
SUMÁRIO	ix
INTRODUÇÃO	01
1. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	03
1.1. Definição.....	03
1.2. Regime e características	06
1.3. Normas aplicáveis	09
2. ARBITRABILIDADE	11
2.1. Arbitrabilidade subjetiva.....	11
a) A observância do princípio da estrita legalidade e a desnecessidade de autorização legal específica	12
b) O comando do art. 109, I, da CF	15
c) O comando do art. 55, § 2º, da Lei de Licitações.....	15
d) A necessidade de se dar publicidade aos atos da Administração	17
e) O duplo grau de jurisdição, o reexame necessário e as prerrogativas do Poder Público nos processos judiciais.....	18
f) A ausência de precedentes envolvendo a Administração Pública Direta	21
g) Conclusão	23
2.2. Arbitrabilidade objetiva	24
2.2.1. Patrimonialidade.....	24
2.2.2. Disponibilidade	26
a) A noção de indisponibilidade do interesse público	26
b) Interesse público primário X interesse público secundário.....	29
c) Ato de gestão X ato de império.....	31
d) A ordem pública	33
e) A disponibilidade como possibilidade de renunciar, transacionar ou transigir.....	35
f) Visão crítica tendo em vista o contexto histórico da LBA	37
g) Conclusão	40
3. ARBITRAGEM E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	43
3.1. Convenção arbitral	43

3.1.1. O contrato de concessão é contrato por adesão?	44
3.1.2. Desnecessidade de previsão da convenção arbitral no edital de licitação	45
3.2. Administração da arbitragem	48
3.2.1. Arbitragem institucional X <i>ad hoc</i>	48
3.2.2. Desnecessidade de licitação para a escolha da câmara arbitral.....	50
3.3. Local e língua da arbitragem.....	52
3.4. Arbitragem de direito X arbitragem por equidade	55
3.5. A extensão da aplicação do princípio da publicidade.....	56
3.6. Pendência de procedimento administrativo	57
3.7. Nota sobre a boa-fé da Administração.....	59
CONSIDERAÇÕES FINAIS	61
BIBLIOGRAFIA.....	62

INTRODUÇÃO

É consagrada na doutrina brasileira a ideia de que o Estado pode atuar no domínio econômico sob duas formas: “*ou ele desempenha atividade econômica ou presta serviços públicos*”¹. O desempenho de atividades econômicas pelo Estado se dá apenas de forma excepcional, conforme definido na Constituição Federal (art. 173), e através de instrumentos específicos criados pelo Estado para o desenvolvimento de tais atividades – as empresas públicas e as sociedades de economia mista².

A Parceria Público-Privada, como modalidade de concessão, se insere no âmbito do serviço público e da obra pública, os quais podem ser explorados mediante “*autorização, concessão ou permissão*”, nos termos do art. 21 da CF. Entretanto, como o próprio nome já sugere, a PPP traz a ideia de um contrato de colaboração e maior igualdade entre o particular e o Estado ou, como defende GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, um contrato no qual a carga de igualdade ou o sinalagma³ da relação está presente de forma mais forte do que nas formas tradicionais de contratação administrativa:

Assim, na PPP parceiro público e parceiro privado simultaneamente ocuparão a posição de credor e de devedor, cujos direitos e obrigações submetem-se (tendencialmente) a um regime de dependência recíproca, em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. Portanto, na PPP é possível defender que haverá uma forte correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado, diferentemente do que acontece nos contratos administrativos tradicionais em que a relação jurídica instaurada é de caráter verticalizado, em função da disciplina normativa que os rege.⁴

Isso se dá inclusive porque se percebeu que os meios tradicionais de atuação do Estado, pela contratação e pagamento do particular através da ordenação de despesas, faziam com que a própria Administração ficasse responsável isoladamente pela eficiência do serviço e pelo seu resultado. Além disso, recaía sobre o Estado, nesse sistema tradicional, o “*total dos*

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nºs 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 55.

² MARÇAL JUSTEN FILHO faz a seguinte distinção, útil ao presente trabalho: “*Foi usada a expressão Administração direta para referir os entes instituídos diretamente pela Nação, por ocasião do exercício do poder constituinte originário (...). Já a Administração indireta é produzida a partir da vontade legislativa infraconstitucional*”. In: *Curso de direito administrativo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101.

³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo:Malheiros, 2007. p. 573.

⁴ Idem.

ativos orçamentários e financeiros destinados a suportar o ônus das avenças”, sem que esses ônus e custos pudessem ser divididos com o particular, trazendo-lhe inevitável sobrecarga financeira e orçamentária⁵.

A partir dessa noção, apontam-se algumas características que subjazem a essa nova modalidade de contratos administrativos, dentre as quais está a *“dificuldade de atingir-se – em sede contratual – a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam, os do parceiro público, os do parceiro privado e da coletividade em geral”*⁶. É nesse contexto que a arbitragem se revela como meio atraente e adequado para a composição de tais interesses, tendo sido consagrada nas Leis de PPP (Lei nº. 11.079/04) e de Concessões (Lei nº. 8.987/95).

O presente trabalho se propõe a identificar os principais aspectos da aplicação da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, com o objetivo de contribuir para o apontamento de soluções a respeito de pontos ainda controversos que envolvem a matéria, especialmente diante da falta de precedentes que envolvam a utilização da arbitragem por entes da Administração Pública Direta.

⁵ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 1.007.

⁶ OLIVEIRA, *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 572.

1. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Antes de adentrar no tema central do presente trabalho, deve-se trazer uma noção breve do que são as Parcerias Público-Privadas e das normas a ela aplicáveis. Dentro desse contexto, será possível examinar com mais precisão os principais aspectos que envolvem a aplicação da arbitragem nas PPP.

1.1. Definição

As Parcerias Público-Privadas inserem-se no contexto da “*desorçamentação*”, fenômeno pelo qual o Estado busca uma nova forma de contratação das atividades que lhe são próprias. A “*orçamentação*”, como explica CARLOS PINTO COELHO MOTTA, consiste na forma de contratação tradicional do Estado, na qual todos os termos do contrato já vêm determinados no teor do edital e do instrumento contratual, e a atividade se desenvolve da forma prevista pelo direito financeiro-orçamentário, com a realização da despesa por empenho e o cumprimento das etapas delimitadas pelas normas da Lei de Licitações (Lei nº. 8.666/93)⁷.

Pois bem. A PPP, orientada no sentido da “*desorçamentação*”, é, no dizer do mesmo autor, citando o Professor português ANTONIO POMBEIRO, uma alternativa de contratação ou *procurement* pela Administração, que “*envolve a provisão de serviços ao setor público pelo setor privado*”, e na qual o parceiro privado age com autonomia e total “*responsabilização e partilha de riscos*”. Além disso, o sistema de pagamentos não é aquele tradicional, estático, do direito financeiro, mas sim um sistema dinâmico, de remuneração variável, baseado na eficiência e no cumprimento de parâmetros pré-estabelecidos entre as partes⁸.

Conforme explica GUSTAVO BINENBOJM, antes da edição da Lei das Parcerias Público-Privadas, a expressão era utilizada de forma indistinta no Brasil, de modo a designar

⁷ MOTTA, *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 1.006.

⁸ Idem, p. 1.007.

*“os múltiplos vínculos negociais, de trato continuado, estabelecidos entre a Administração Pública e particulares, com vistas ao desenvolvimento, por estes últimos, de atividades econômicas com algum coeficiente de interesse coletivo”*⁹.

Entretanto, conforme explica o mesmo autor, a edição da Lei nº. 11.079/04 demanda o estabelecimento de uma definição mais precisa do que vem a ser a PPP, de acordo com os contornos de tal diploma legal.

Antes, porém, não se pode deixar de tratar da definição da própria concessão, tendo em vista que a PPP é uma modalidade de concessão. Assim explica CARLOS PINTO COELHO MOTTA:

Pareceu-nos que, no Brasil, o Projeto de Lei da União assume concepção e características diversas dos projetos de Portugal e Espanha, porquanto incide sobre aspectos pontuais da legislação preexistente sobre licitações e contratos, mantendo incólume a configuração do instituto da concessão e criando, a partir desse conceito, a modelagem jurídica para a figura da Parceria Público-Privada – PPP.¹⁰

Passa-se, então, à verificação do que consiste a concessão de serviço público no Brasil. Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, a concessão de serviço público é *“uma modalidade de transferência da prestação de serviço público, através da qual o titular da competência para prestá-lo atribui a outrem seu desempenho”*¹¹. O autor prossegue para adicionar à definição os elementos da temporariedade da delegação, da atribuição dos riscos ao particular e da remuneração do concessionário por tarifa¹², elementos esses cujo detalhamento foge ao escopo do presente trabalho.

No mesmo sentido, a definição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO parece sintetizar bem o que é a concessão de serviço público. Para esse autor, a concessão de serviço público é o meio pelo qual o Estado *“atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e*

⁹ BINENBOJN, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição*. In: Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 241: 159-175, jul./set. 2005. p. 160.

¹⁰ MOTTA, *Eficácia nas licitações e contratos*, p. 1.009.

¹¹ *Concessões de serviços públicos*, p. 65.

¹² *Idem*, p. 66-67.

alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro”¹³.

Como se nota, não há em tais definições a presença forte do caráter de parceria e de igualdade entre particular e Estado acima mencionados, traduzindo-se uma ideia de relação verticalizada¹⁴, na qual as condições do contrato de concessão são previamente e unilateralmente estabelecidas pelo Estado. Ou seja, a concessão, na definição tradicional que lhe dá a maior parte da doutrina, apresenta-se como uma relação estática, previamente enquadrada pelo ente estatal contratante, na qual as situações que escapam da previsão contratual serão resolvidas através do reequilíbrio econômico-financeiro e do exercício do poder exorbitante pela Administração, este último como decorrência da funcionalidade dos contratos administrativos¹⁵.

Por outro lado, a PPP traz a necessidade de abandono dessa visão, em prol de uma maior paridade entre as partes na regulação da execução do contrato. Eis aí a característica marcante da PPP que mais interessa ao presente trabalho: *“a tônica é justamente a ampliação das bases da negociação das cláusulas contratuais que irão estabelecer a regulamentação dos interesses dos parceiros, sem o enfraquecimento da (imane) bilateralidade desse negócio jurídico”¹⁶.*

Em outras palavras, dada a complexidade do objeto do contrato e o estabelecimento de uma relação de duração, não é possível prever em edital todas as situações que podem aflorar na dinâmica da execução contratual¹⁷. Se já para as concessões comuns se defendia, por exemplo, que a intervenção do Estado não poderia se dar de forma automática, exigindo que se oportunizasse previamente ao concessionário a possibilidade de correção dos problemas¹⁸, na PPP esse espaço para composição, negociação e escolha das melhores formas

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 701.

¹⁴ Na expressão usada por GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA: *“Com isso, a verticalização entre a Administração pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada”*. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 569.

¹⁵ JUSTEN FILHO, *Concessões de serviços públicos*, p. 46.

¹⁶ OLIVEIRA, obra citada, p. 572.

¹⁷ Como explicam ARNOLDO WALD e ANDRÉ SERRÃO, trata-se de novas formas de contratação que se traduzem no *“direito administrativo dos negócios, ou direito administrativo empresarial, em virtude de sua progressiva comercialização (...). A evolução da própria gestão pública deu ensejo a novas formas de administração, que exigiam um novo direito”*. WALD, Arnaldo; SERRÃO, André. *Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação* n.º. 16, jan.-mar./2008. p. 12.

¹⁸ JUSTEN FILHO, *Concessões de serviços públicos*, p. 310.

aptas a enfrentar as vicissitudes que naturalmente surgem na execução da concessão deve ser entendido em sua plenitude.

1.2. Regime e características

Visto isso, passa-se a examinar o regime jurídico trazido pela Lei nº. 11.079/04 para as PPP, bem como as suas principais características. Adota-se, nesse ponto, a observação feita por JUSTINO DE OLIVEIRA, no sentido de enumerar algumas características da PPP que devem necessariamente ser levadas em conta para o exame da utilização da arbitragem nesses contratos administrativos:

Subjacentes a essa nova modalidade contratual estão noções como (i) alta complexidade do objeto, execução e acompanhamento do ajuste, (ii) elevado nível de riscos a serem enfrentados pelos parceiros, em função do montante de recursos financeiros envolvidos, das incertezas sobre os custos de construção e de operação e das dívidas atinentes aos rendimentos a serem alcançados, (iii) estabelecimento de garantias especiais conferidas pelo parceiro público ao parceiro privado, destinadas a assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração, e (iv) dificuldade em atingir-se – em sede contratual – a ótima regulamentação dos interesses em jogo, quais sejam, os do parceiro público, do parceiro privado e da coletividade em geral.¹⁹

Em primeiro lugar, cumpre apontar a vedação legal prevista no art. 2º, § 4º, da Lei nº. 11.079/04, no sentido de que a PPP não pode ter por objeto “*apenas o fornecimento de mão de obra, o fornecimento de instalação de equipamentos ou a execução de obra pública*”²⁰. Quer dizer, a PPP deve envolver, necessariamente, a prestação de serviços públicos em caráter contínuo, ou seja, não pode ter por objeto somente a construção de obra pública.

BANDEIRA DE MELLO define que o serviço público compreende as atividades de “*oferecimento de utilidade ou comodidade material*”, que se voltam à coletividade, mas que podem ser aproveitadas de forma individual. Tais serviços são assumidos pelo Estado como

¹⁹ *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 572.

²⁰ JUSTINO FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 788.

de interesse público, e por isso são pertencentes a sua esfera de atuação, podendo ser prestados diretamente ou por interposta pessoa, sempre em regime de direito público²¹.

O serviço público apresenta uma feição dinâmica, ou seja, é prestado continuamente pelo Poder Público. A obra pública, por sua vez, diferencia-se do serviço público por ser estática, já que, uma vez concluída, a ação do Estado se esgota. Como explica MARÇAL JUSTEN FILHO, “*não se caracteriza serviço quando a atividade estatal se retrata na alteração do mundo material para edificar, modificar ou suprimir objetos concretos*”²², caso em que se configura a obra pública. Some-se, ainda, a imposição de que o tempo da prestação do serviço seja de no mínimo 5 (cinco) anos, não podendo ultrapassar 35 (trinta e cinco) anos (Lei nº. 11.079, arts. 2º, § 4º, I, e 5º, I).

Ou seja, a primeira característica que se pode retirar da Lei nº. 11.079/04, relacionada à aplicação da arbitragem nas PPP, é que, por envolver a prestação de serviços públicos, o contrato de concessão realizado sob a égide dessa Lei assume uma feição de colaboração e duração, dada a necessidade de prestação contínua de tais serviços. Isso também denota a complexidade da prestação devida pelo particular, e impõe a necessidade de resolução dos litígios decorrentes da concessão de forma eficaz, de modo a não prejudicar os usuários dos serviços.

Em relação ao montante de recursos envolvidos, o art. 2º, § 4º, I, da Lei de PPP dispõe que o valor do contrato deve ser de, no mínimo, 20 (vinte) milhões de reais, evidenciando tratar-se de contratações envolvendo quantias bastante vultosas, e com um grande risco para as partes.

Por essa razão também, a Lei de PPP trouxe como característica marcante do instituto um regime especial de garantias a favor do concessionário, reduzindo os custos de transação para o investimento em obras e serviços de interesse público. É justamente esse rol de garantias especiais que torna a Parceria Público-Privada um regime mais benéfico ao particular do que o regime comum das concessões²³, sempre tendo em vista a finalidade de estimular os investimentos em infraestrutura através da facilitação de obtenção de financiamento pelos particulares dedicados às PPP.

²¹ *Curso de direito administrativo*, p. 671.

²² *Concessões de serviços públicos*, p. 65.

²³ FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Apontamentos sobre aspectos controversos das Parcerias Público-Privadas*. In: Revista do Advogado, n. 107, dez. 2009. p. 113- 121.

Assim, por exemplo, a Lei nº. 11.079/04 prevê, entre outros benefícios, um sistema de garantias que afasta o regime de precatórios. No mesmo sentido, no Capítulo VI da mesma Lei, que trata das normas aplicáveis apenas à União, foi prevista a criação do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP). Ainda, a Lei autoriza a inversão de fases de habilitação e de propostas e possibilita que o edital da licitação preveja a possibilidade de apresentação de propostas escritas e posterior prego (Lei nº. 11.079/04, art. 12, III, b).

Nesse regime mais benéfico ao concessionário previsto na Lei de PPP inclui-se a previsão do uso da arbitragem, que tem se mostrado um meio de resolução de conflitos mais célere e especializado do que o Poder Judiciário (Lei nº. 11.079/04, art. 11, III).

Por fim, a forma de remuneração do particular depende da modalidade de concessão de que se trata, sendo sempre de natureza complexa²⁴. Segundo a Lei nº. 11.079/04, as PPP são contratos administrativos de concessão de serviço ou obra pública na modalidade de concessão patrocinada ou administrativa (art. 2º).

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a concessão patrocinada é uma forma de concessão de serviço público, a qual se aplica a Lei nº. 8.987/95, e “*em que o poder concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário, o que constitui objeto de garantias especiais por parte do Poder Público*”²⁵. Ou seja, na concessão patrocinada, além de ser cobrada tarifa dos usuários, também há uma contraprestação pecuniária do Estado ao particular (Lei nº. 8.987/95, art. 2º, § 1º). Esse repasse da concedente à concessionária pode representar até 70% da sua remuneração, percentual este que pode ser superior desde que haja autorização legislativa específica (Lei nº. 11.079/04, art. 10º, §3º).

Já na modalidade administrativa, o particular é remunerado, a princípio, somente pelo Poder Público. Nessa modalidade, a Administração é usuária direta ou indireta dos serviços. Conforme explica JUSTEN FILHO, a concessão administrativa consiste num

contrato em sentido estrito, de objeto complexo e duração continuada, que impõe a um particular obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor da Administração Pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos e objeto de garantias diferenciadas.²⁶

²⁴ JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 789.

²⁵ *Idem*, p. 783.

²⁶ *Ibidem*, p. 785.

Mais uma vez, nota-se a presença de uma grande complexidade envolvendo a PPP, a exigir um meio de resolução de litígios especializado e eficaz.

Em geral, portanto, pode-se distinguir a concessão comum da PPP pelas seguintes características: a) forma de remuneração; b) necessidade de constituição de sociedade de propósito específico para implantar e gerir o objeto da PPP (Lei nº. 11.079/04, art. 9º); c) possibilidade de previsão de garantias do cumprimento das obrigações pecuniárias do concedente (Lei nº. 11.079/04, arts. 8º e 16); d) alocação dos riscos da atividade, os quais são divididos objetivamente entre as partes nas PPP (Lei nº. 11.079/04, art. 4º, VI) e assumidos integralmente pelo concessionário na concessão comum (Lei nº. 8.987/95, art. 2º, II, III e IV); e) previsão de normas próprias de licitação (Capítulo V da Lei nº. 11.079/04); f) eventual aplicação de penalidade à concedente em caso de inadimplemento (Lei nº. 11.079, art. 5º, II); g) previsão de prazo mínimo e máximo (Lei nº. 11.079/04, arts. 2º, § 4º, II, e 5º, I), que não existe no caso da concessão comum; h) limitação legal do percentual de despesas da Administração com o contrato de PPP²⁷.

1.3. Normas aplicáveis

Conforme já explicado acima, quando se tratou da definição de PPP, o que a Lei de PPP fez foi criar um sistema novo mantendo incólume o instituto da concessão. Apesar da diferenciação feita entre a concessão comum e as concessões reguladas pela Lei nº. 11.079/04, pode haver a incidência da Lei de Concessões e da Lei de Licitações em determinados pontos atinentes às PPP, e a depender da modalidade de concessão de que se trate.

A Lei de PPP tratou de esclarecer os casos em que continuam aplicáveis os dispositivos das Leis já existentes. A Lei nº. 8.987/95 trata do regime de concessão e permissão de serviços públicos, e é aplicada às concessões comuns (Lei nº. 11.079/, art. 3º, § 2º). Os contratos administrativos que não consistem em concessão comum, patrocinada ou administrativa são regidos pela Lei nº. 8.666/93 (Lei nº. 11.079, art. 3º, § 3º).

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p 164.

Por sua vez, às concessões administrativas aplica-se a Lei nº. 11.079/04 e, adicionalmente, o previsto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº. 8.987/95 e no art. 31 da Lei nº. 9.074/95 (Lei nº. 11.079, art. 3º, *caput*).

Já às concessões patrocinadas são aplicadas as normas da Lei nº. 11.079/04 e, subsidiariamente, as normas da Lei nº. 8.987/95 (Lei nº. 11.079, art. 3º, § 1º), que, segundo BANDEIRA DE MELLO, também são aplicadas subsidiariamente às concessões administrativas, quando cabível²⁸.

²⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 773.

2. ARBITRABILIDADE

O tema da arbitrabilidade ocupa posição central no tema da arbitragem envolvendo o Poder Público, em função do art. 1º da Lei Brasileira de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96), que define que “*as pessoas capazes de contratar*” podem utilizar a arbitragem como meio de resolução de controvérsias envolvendo “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

Com base nesse dispositivo legal, o tema é tradicionalmente dividido em dois subtemas: a arbitrabilidade subjetiva e a arbitrabilidade objetiva. A primeira diz respeito à capacidade da parte para contratar e firmar cláusula compromissória ou compromisso arbitral (ou se submeter a tal avença). A segunda concerne à possibilidade de a matéria ser resolvida mediante arbitragem, o que de acordo com a LBA deveria passar pelo crivo da patrimonialidade e da disponibilidade. Se da análise desses dois critérios (subjetivo e objetivo) resultar uma resposta positiva, o litígio é arbitrável.

2.1. Arbitrabilidade subjetiva

A determinação da arbitrabilidade subjetiva no direito brasileiro diz respeito à possibilidade de um dado sujeito ser parte em arbitragem. Seguindo o critério adotado pela LBA, toda e qualquer pessoa capaz de contratar pode ser parte em arbitragem.

Para determinar quem é capaz de contratar é preciso buscar o conceito de capacidade do Código Civil, como nos ensina CARLOS ALBERTO CARMONA:

A capacidade jurídica consiste – como lembra Angelo Favata – “na aptidão de tornar-se sujeito de direitos e de deveres”, sendo tal capacidade o pressuposto de todos os direitos e obrigações. Esta aptidão genérica está estampada no art. 1º do Código Civil brasileiro, sendo certo que a capacidade jurídica da pessoa natural é limitada, já que uma pessoa pode ter o gozo de um direito, sem ter o seu exercício, razão pela qual seu representante legal é que o exercerá, em seu nome.²⁹

²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 37.

Nesse sentido, uma primeira observação que deve ser feita é que, como regra geral, a Lei brasileira (mais especificamente o CC, art. 1º) não faz nenhuma distinção entre as pessoas dotadas de capacidade para contratar, supondo que, a princípio, todos a tenham, sejam pessoas físicas ou jurídicas, e sejam estas de direito privado ou de direito público. Em outras palavras, no que interessa ao presente trabalho, a Lei brasileira não faz distinção entre o Estado (ou as pessoas jurídicas de direito público) e os particulares, supondo que todos sejam dotados da capacidade para contratar.

E nem poderia ser diferente, porque é evidente que o Estado, assim como os particulares, firma contratos e é sujeito de direito com capacidade jurídica para contratar, tanto dentro de um regime estritamente privado (dado pelo art. 173 da CF) quanto através dos contratos administrativos envolvendo serviços e obras públicas, conforme já mencionado acima.

De todo modo, alguns óbices poderiam ser colocados no campo da arbitrabilidade subjetiva, os quais serão tratados abaixo, no sentido de demonstrar que a discussão encontra-se superada.

a) A observância do princípio da estrita legalidade e a desnecessidade de autorização legal específica.

Segundo BANDEIRA DE MELLO, o princípio da legalidade deve ser aplicado em sua dimensão mais estrita no que diz respeito à esfera de atuação da Administração Pública: “o princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”³⁰. Com base nisso, é possível defender que o Estado somente poderia se submeter à arbitragem se presente uma Lei específica autorizativa³¹. Essa posição também esteve presente em algumas decisões do Tribunal de Contas da União.³²

Esse entendimento não pode prevalecer diante da noção de capacidade de contratar acima delineada, sendo claro que a aptidão do Estado para contratar abrange a possibilidade de pactuar cláusula compromissória, uma vez que não há um regime jurídico distinto para o particular e o Poder Público. Isto é, ainda que se apliquem aos contratos firmados pela

³⁰ *Curso de direito administrativo*, p. 105.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2003. p. 610, 615-626.

³² Dentre as quais se destacam as seguintes: Processo nº. TC 008.217/93-9, Decisão 286/93 – Plenário; Processo nº. 006.098/93-2, Decisão 763/94 – Plenário.

Administração prerrogativas decorrentes do direito público, isso não lhes retira o caráter contratual³³.

Portanto, ainda que se cogite da aplicação do princípio da estrita legalidade aos atos do Poder Público, a previsão do art. 1º da LBA por si só já é autorização legal suficiente para a utilização da arbitragem nos contratos que envolvam o Estado, pois trata genericamente das “*pessoas capazes de contratar*”, sem fazer distinção entre a Administração e os particulares³⁴. Esse entendimento vai ao encontro não só do art. 1º do CC, já mencionado, como também do art. 852 do mesmo diploma legal, que ao mencionar as matérias que não seriam arbitráveis do ponto de vista objetivo, também não faz qualquer restrição quanto à possibilidade de o Estado ser parte em arbitragem. Vale lembrar que inclusive o Código Civil de 1916 já previa o uso da arbitragem no art. 1.037, impondo como requisito apenas a capacidade para contratar.

Assim, ainda que se considere, tal como feito por LUÍS ROBERTO BARROSO³⁵, que é necessária a existência de uma previsão legal específica para a utilização da arbitragem nos contratos administrativos, tal previsão já existe como decorrência das referidas Leis, não havendo que se falar em infringência ao princípio da legalidade estrita que caracteriza o regime jurídico de direito público.

No mais, não se pode concordar com o exemplo dado por LAURO DA GAMA E SOUZA JR., segundo o qual o “*Caso Lage*”³⁶ seria um precedente no qual se consagrou a exigência de Lei autorizativa para a arbitragem envolvendo a União³⁷. Trata o caso de uma discussão entre a Organização Lage – constituída por empresas privadas que se dedicavam a navegação, estaleiros e portos – e o Espólio de Henrique Lage, de um lado, e a União, de outro, a respeito do valor a ser pago em decorrência de desapropriação de bens, no qual o Supremo Tribunal Federal decidiu que a União poderia se submeter à arbitragem.

Nesse caso havia um Decreto-Lei que previa a utilização da arbitragem, sendo esse argumento utilizado para demonstrar que o STF somente autorizou o Estado a realizar

³³ GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 32, 2000. p. 16-17.

³⁴ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116.

³⁵ *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal*.

³⁶ STF, Pleno, AI 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, j. 14/11/73.

³⁷ 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)*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano II, n. 8., out.-nov.-dez. 2005. p. 7-42.

arbitragem porque havia Lei autorizativa específica. Entretanto, o Decreto-Lei nº. 9.521/46 foi expedido com o objetivo de modificar os Decretos-Lei de nºs. 4.648/42 e 7.024/44, que já haviam fixado previamente um valor para a indenização decorrente da desapropriação dos bens da Organização Lage e do Espólio de Henrique Lage. Assim, o real objetivo do Decreto-Lei nº. 9.521/46 não foi dar uma autorização específica para a utilização da arbitragem pelo Estado, mas foi apenas o veículo legal para modificar os Decretos anteriores e determinar o destino dos bens.

Com efeito, o “*Caso Lage*” pode ser considerado como um reconhecimento, pela jurisprudência do STF, da possibilidade de o Estado ser parte em arbitragem, mesmo antes da edição da LBA. Em verdade, a decisão histórica do STF não contrasta com o entendimento já existente de que os entes estatais podem envolver-se em arbitragens, presente, por exemplo, no Regulamento Geral de Contabilidade de 1922 e na Lei nº. 1.268/52 e no Decreto-Lei nº. 1.312/74, que autorizavam operações de crédito do Tesouro Nacional.

Confirmam o cabimento da arbitragem em questões envolvendo entes estatais os seguintes diplomas legais e regulamentos administrativos, mais recentes: Lei nº. 8.693/93; Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº. 9.472/97); Lei nº. 9.478/97; Resoluções de nºs. 31/02, 73/02 e 102/02, da ANEEL; Resolução nº. 126/03, da ANTAQ; Lei nº. 11.442/05; dentre outros.

Não bastasse isso, especificamente para as PPP, a Lei nº. 11.079/04 previu, em seu art. 11, III, a possibilidade de utilização da arbitragem para a resolução de controvérsias nos contratos por ela regidos, dentro do escopo de colaboração e igualdade entre o particular e o Poder Público que esse modelo pretendeu trazer. Posteriormente, através do acréscimo do art. 23-A na Lei de Concessões (Lei nº. 8.987/95) pela Lei nº. 11.196/05, passou-se a admitir expressamente a arbitragem até mesmo para os contratos de concessão comum, que em tese traduzem o modelo tradicional de contratação pelo Estado³⁸.

Ou seja, ainda que se cogitasse da necessidade de autorização específica para a utilização arbitragem nas PPP, não bastando a autorização genérica da LBA e a autorização

³⁸ Há uma tendência em alguns estados da Federação de se autorizar e regular especificamente a utilização da arbitragem em contratos em que seja parte a Administração Pública Direta e Indireta. Na vanguarda está Minas Gerais, com a sua própria Lei de PPP (Lei nº. 14.868/03) e com a sua Lei Estadual de Arbitragem (Lei nº. 19.477/11).

tácita do CC, tal autorização específica estaria contemplada na Lei de PPP e na Lei de Concessões.

b) O comando do art. 109, I, da CF.

O art. 109, I, da CF, que determina a competência da Justiça Federal para processar e julgar “*as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes*”, também pode ser visto como óbice à aplicação da arbitragem para entes ligados à União Federal. Nesse sentido, alguém poderia enxergar no mencionado dispositivo uma obrigatoriedade de processamento e julgamento das causas envolvendo entes federais perante aquela Justiça Comum, impossibilitando a aplicação da arbitragem.

Sobre isso, mais uma vez pode-se recorrer à lição de CARLOS ALBERTO CARMONA, segundo o qual “*a regra constitucional citada estabelece apenas e tão somente distribuição de competência entre os órgãos do Poder Público brasileiro, de modo que se uma demanda for proposta perante tais órgãos caberá ao juiz federal decidi-la*”³⁹.

Assim, sendo regra constitucional de competência ínsita ao Poder Judiciário, a norma inculpada em tal dispositivo legal servirá, por exemplo, para determinar a competência para a propositura das ações previstas nos arts. 7º e 33 da LBA, caso exista, num contrato em que seja parte ente federal, cláusula compromissória vazia (art. 7º) ou seja caso de promover ação anulatória de uma causa já julgada por arbitragem (art. 33).

No mais, sustentar de forma contrária seria o mesmo que retornar à superada discussão sobre a constitucionalidade da LBA no direito brasileiro⁴⁰.

c) O comando do art. 55, § 2º, da Lei de Licitações.

Do mesmo modo, o art. 55, § 2º, da Lei de Licitações, poderia ser visto como óbice à aplicação da arbitragem, ao estabelecer, entre as cláusulas obrigatórias nos contratos administrativos, aquela que prevê o foro obrigatório da sede da entidade da Administração.

A rigor, essa discussão sequer poderia ser instalada, porque efetivamente não há uma prevalência da Lei de Licitações sobre a LBA ou sobre a Lei de PPP. Veja-se que, assim como

³⁹ *Arbitragem e processo*, p. 47.

⁴⁰ Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº. 5.206-7, julgado no STF em 12/12/2001, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

a Lei de Licitações, essas últimas Leis são também ordinárias (e inclusive posteriores) que estabelecem normas gerais sobre as matérias por elas reguladas, ou seja, trata-se de Leis nacionais, e não apenas federais, aplicando-se à União, estados e municípios. A Lei de PPP inclusive é expressa nesse sentido, ao mencionar em seu preâmbulo que *“institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública”*.

Assim, não havendo prevalência da Lei de Licitações sobre a LBA e sobre a Lei de PPP, a solução buscada deve ser no sentido de se compatibilizar a aplicação de tais normas. E nesse ponto a resposta é semelhante ao que foi dito em relação ao art. 109, I, da CF: a regra do art. 55, § 2º, da Lei de Licitações é regra de foro, de competência territorial, no sentido de atrelar a realização da arbitragem ao local da sede do ente da Administração que celebra o contrato ou servir para determinar a competência para a propositura de ações judiciais relacionadas.

Nesse sentido, JOSÉ EMILIO NUNES PINTO procura adequar a expressão *“foro da sede da administração”*, constante do dispositivo legal em análise, ao uso da arbitragem, através de uma análise sistemática da Lei de Licitações. Para esse autor, a leitura sistemática do dispositivo, incluindo a sua parte final, que excepciona da sua aplicação o disposto no § 6º do art. 32 da mesma Lei, é a chave para melhor compreender a questão. Trata o referido dispositivo de exceções trazidas na Lei de Licitações para as licitações internacionais, as quais, evidentemente, não podem obrigar os contratantes estrangeiros a se submeter a foro brasileiro, permitindo a arbitragem para tais casos.

Assim, segundo NUNES PINTO, o significado do § 2º do art. 55 deve ser *“tomado em sua expressão geográfica, ou seja, do local onde a entidade licitadora está localizada, e não no sentido de tribunal estatal”*. De arremate, assevera o autor que *“não faria o menor sentido a legislação permitir que, no exterior, as controvérsias se dirimissem até mesmo por arbitragem, enquanto que, no Brasil, o recurso aos tribunais estatais seria regra mandatória e inderrogável”*⁴¹.

No mais, conforme explica JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, considerando-se que a cláusula arbitral se insere entre os direitos e obrigações decorrentes do contrato, a norma do art. 55, § 2º, da Lei de Licitações traz a sede que deve ser adotada para o juízo

⁴¹ PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano I, nº 1, jan-mar de 2004. p. 19-20.

arbitral, na esteira do disposto no art. 78 do CC, que dá aos contratantes a possibilidade de especificar o domicílio onde devem ser cumpridas as obrigações contratuais⁴².

Por fim, vale mencionar também o posicionamento segundo o qual a leitura sistemática da Lei de Licitações não poderia descuidar do disposto no seu art. 54, segundo o qual os contratos administrativos devem ser regidos pelas suas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se supletivamente a teoria geral do contrato e os princípios gerais do direito privado⁴³.

d) A necessidade de se dar publicidade aos atos da Administração.

O art. 37, *caput*, da CF estabelece como princípio fundamental da Administração Pública a publicidade dos seus atos. Segundo BANDEIRA DE MELLO, o fundamento do princípio da publicidade está em dar plena transparência aos atos administrativos, permitindo o seu controle, só se admitindo o sigilo na hipótese do art. 5º, XXXIII, da CF (quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado)⁴⁴. Nesse sentido, o conhecimento das escolhas feitas pela Administração pela coletividade reduz a prática de irregularidades, pois aumenta a possibilidade de repressão aos desvios de conduta do agente administrativo⁴⁵.

Com base nesse princípio, pode ser levantado mais um óbice à aplicação da arbitragem envolvendo o Poder Público, vez que, como ensina JOÃO BOSCO LEE, para uma grande e significativa parte da doutrina a confidencialidade seria um elemento essencial da arbitragem e uma das suas maiores vantagens⁴⁶. Nos dizeres de CRETELLA NETO, haveria uma ideia de que o sigilo seria um “*atributo intrínseco da arbitragem, de caráter absoluto e sacrossanto*”⁴⁷.

Entretanto, o que se vê atualmente é o reconhecimento de que a confidencialidade na arbitragem não pode mais ser vista de forma absoluta. Nesse sentido, pode-se citar o pensamento, dentre outros, de JOSÉ EMILIO NUNES PINTO⁴⁸, JOSÉ CRETELLA NETO⁴⁹,

⁴² MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano I, nº 3, jul-set de 2004. p. 38.

⁴³ Segundo o voto da hoje Ministra Nancy Andrighi, ao relatar caso no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – Mandado de Segurança nº. 1998002003066-9, julgado em 18/05/1999.

⁴⁴ *Curso de direito administrativo*, p. 114-115.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 65.

⁴⁶ LEE, João Bosco. *O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional*. In: VALENÇA FILHO, Cláudio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 286-287.

⁴⁷ CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem?* In: Revista de Mediação e Arbitragem, ano 7, n. 25, abr.-jun./2010, Revista dos Tribunais. p. 54.

⁴⁸ *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, p. 21.

CARLOS ALBERTO CARMONA⁵⁰, LAURO DA GAMA E SOUZA JR.⁵¹ e EDUARDO TALAMINI⁵².

Corrobora com essa visão o fato de não haver, na LBA, uma previsão expressa a respeito da confidencialidade na arbitragem, de modo que esse atributo deve ser visto mais como uma faculdade das partes do que como uma imposição. Nesse sentido vale citar as ideias trazidas por JOSÉ CRETILLA NETO:

No Brasil, nossa Lei de Arbitragem é silente a respeito da confidencialidade, o que significa que as partes poderão, se quiserem, estabelecer essa obrigação, bem como seu alcance, tanto na cláusula compromissória (art. 4º da Lei 9.307/1996) quanto no compromisso arbitral (art. 9º da Lei 9.307/1996).⁵³

Ou seja, a confidencialidade, considerada uma das grandes vantagens da arbitragem, não se revela um requisito intrínseco ao instituto, mas sim uma faculdade das partes, que será aplicada sempre que possível e na maior medida possível. Evidente, portanto, que a confidencialidade ou o sigilo na arbitragem em que participa ente público deve se adaptar ao disposto no art. 37 da CF, garantindo-se a publicidade devida aos atos da Administração.

Outra questão será determinar qual a medida de tal restrição à confidencialidade nas arbitragens envolvendo PPP, o que será objeto de ponto específico da terceira parte deste trabalho.

e) O duplo grau de jurisdição, o reexame necessário e as prerrogativas do Poder Público nos processos judiciais.

Parte da doutrina processualista moderna considera que o duplo grau de jurisdição constitui um princípio constitucional implícito, decorrente do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa⁵⁴. No entanto, considera-se que esse princípio não é absoluto,

⁴⁹ *Quão sigilosa é a arbitragem?*, p. 61.

⁵⁰ *Arbitragem e processo*, p. 51-52.

⁵¹ *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 35.

⁵² *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-356.

⁵³ Obra citada, p. 63.

⁵⁴ Sobre o assunto, veja-se: MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Natureza jurídica da remessa necessária*. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. v. 2. São Paulo: Método, 2007. p. 183-198.

isto é, a própria Constituição ou a Lei podem estabelecer que determinadas causas sejam julgadas somente por um grau de jurisdição, não cabendo recurso⁵⁵.

É justamente isso que fez a LBA, ao estabelecer em seu art. 18 que o árbitro é juiz de fato e de direito da causa e que a sentença arbitral não é sujeita à homologação ou ao recurso ao Poder Judiciário. No máximo, a sentença proferida em arbitragem está sujeita ao procedimento do art. 30 da LBA, para correção de erros materiais, obscuridades, omissões e contradições, ou à ação de anulação prevista no art. 33, na qual se entende que, de todo modo, o Poder Judiciário não poderá adentrar no exame do mérito da controvérsia, que deverá ser devolvido ao tribunal arbitral⁵⁶.

A razão de ser de tal normativa está baseada no princípio da confiança que é reitor do sistema da arbitragem: *“a irrecorribilidade deriva da profunda necessidade social de evitar a perduração dos litígios, tanto mais quando, sendo o Árbitro pessoa de confiança das partes, muito mais difícil se torna a má-fé, e, sendo técnico ou perito, mais raro o erro”*⁵⁷.

No entanto, é preciso responder à pergunta de como compatibilizar esse sistema da LBA – e da própria arbitragem como forma de resolução de litígios – com a norma que impõe o reexame necessário das sentenças proferidas contra a União, os estados, o Distrito Federal, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas (CPC, art. 475). O mesmo vale para todas as demais normas que estabelecem prerrogativas (ou privilégios) ao Estado enquanto litigante, as quais podem ser incompatíveis com a arbitragem.

LISE DE ALMEIDA e SÉRGIO DE FREITAS COSTA explicam que, apesar das críticas dirigidas por parcela da doutrina, por conta do desequilíbrio processual que elas trazem, tais prerrogativas se justificariam em função da *“complexidade das ações a cargo do Poder Público, pela quantidade de litígios em que se envolvem e pelo tamanho das estruturas estatais, que não permitem a inteira igualdade entre o Estado e o particular no processo*

⁵⁵ MENDONÇA JUNIOR, obra citada, p. 187-190. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 570.

⁵⁶ CARMONA, na obra *Arbitragem e processo*, p. 423-424, explica que a regra no modelo brasileiro da arbitragem é que, sempre que possível, seja privilegiado o juízo arbitral, mesmo nos casos de anulação, devolvendo-se o exame do mérito da controvérsia aos árbitros, ou a um novo tribunal arbitral. Isso se dá justamente porque o Judiciário não é uma segunda instância; ele pode anular a sentença arbitral nos casos do art. 32 da LBA, mas não pode fazer o reexame do mérito da causa.

⁵⁷ SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96*. Leme: Mizuno, 2004. p. 84.

judicial”. O objetivo das mencionadas normas seria, portanto, o atingimento de uma igualdade material entre o particular e o Estado em relação à defesa realizada em juízo⁵⁸.

Adiante, os mesmos autores alertam para o fato de que tais prerrogativas e benefícios processuais à Administração Pública atuando em juízo são aceitáveis “*somente se não configurarem privilégios processuais, ou seja, se não decorrerem de interesses meramente econômicos do Estado*”⁵⁹. E concluem:

Assim sendo, o Tribunal Arbitral deverá pautar sua decisão acerca da concessão ou não de certas prerrogativas processuais ao ente público em função do interesse a ser protegido: o interesse de cunho econômico do Estado não deverá ser suficiente para que se assegure prerrogativa à Administração Pública, em detrimento da parte privada. No entanto, se se tratar de prerrogativa que vise a proteger interesse essencial ou de relevância pública, a sua observância no processo arbitral talvez se revele como necessária à garantia da igualdade das partes e, portanto, à própria sobrevivência da sentença arbitral⁶⁰.

De modo que essa questão, assim como as demais, também não se mostra como um verdadeiro óbice à adoção da arbitragem pelo Estado, uma vez que o próprio tribunal arbitral, ao decidir sobre o procedimento da arbitragem, e em consonância com o entendimento das partes, deverá definir a aplicação ou não das prerrogativas do Estado como litigante. Evidentemente, essa decisão deverá levar em conta as circunstâncias de cada caso e o regulamento aplicável, no caso de arbitragem institucional, de modo a compatibilizar-se com o disposto na convenção arbitral.

Assim, por exemplo, a norma que dispensa o Estado do pagamento de custas não tem lógica alguma na arbitragem, uma vez que esta não é administrada por poder integrante do próprio Estado, mas sim por instituição arbitral de natureza privada. Também a proibição de medidas de urgência não faz sentido diante do art. 22, § 4º, da LBA, que permite que o tribunal arbitral solicite ao Poder Judiciário a implementação de medidas que se revelem necessárias ao longo do procedimento⁶¹.

⁵⁸ ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. *Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?* In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano VI, nº 25, jan-fev-mar 2010. p. 78.

⁵⁹ Idem, p. 79.

⁶⁰ Ibidem, p. 83.

⁶¹ Ibidem, p. 82.

Por fim, em relação ao reexame necessário, é evidente que a norma do art. 475 do CPC se mostra incompatível com a arbitragem e, portanto, está fora do campo de prerrogativas processuais da Administração permitidas no procedimento arbitral.

Adota-se, para finalizar esse ponto, a lição de RICARDO PERLINGEIRO MENDES DA SILVA, segundo quem:

A única prerrogativa que parece ser verdadeiramente necessária para preservar o interesse público é a proibição de execução forçada em face de bens indispensáveis à existência do Estado e, indiretamente, a proibição de medidas de urgência, como liminares ou cautelares, que possam permitir a execução forçada e atingir bens necessários à existência do Estado. Isso porque todas as demais prerrogativas existentes no Brasil, que são muitas, não têm fundamento no interesse público ou na supremacia do interesse público, e sim fundamento meramente processual, no interesse econômico do Estado⁶².

f) A ausência de precedentes envolvendo a Administração Pública Direta.

A última questão que se coloca em relação à arbitrabilidade subjetiva diz respeito à falta de precedentes nacionais envolvendo litígios entre particulares e a Administração Pública Direta.

Já se tratou acima do “*Caso Lage*”, que de acordo com uma análise contextual pode ser considerado como um precedente importante no qual o Poder Judiciário reconheceu a possibilidade de resolução de um litígio entre a União Federal e particulares por meio da arbitragem. No entanto, o referido precedente é anterior à Constituição de 1988, e todos os demais casos conhecidos envolvendo arbitragem e Poder Público, frequentemente mencionados na doutrina, tratam de litígios em que era parte um ente da Administração Pública Indireta.

Conforme assevera CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a classificação dos entes que compõe a Administração Pública em Administração Direta e Indireta foi feita pelo Decreto-Lei nº. 200/67, sendo a Administração Pública Indireta composta pelas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas⁶³. Interessam à análise que se pretende fazer nesse ponto do trabalho as empresas públicas e

⁶² SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Princípio da isonomia e a Administração Pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 169, p. 7-12, jan./mar. 2006. p. 8.

⁶³ *Curso de direito administrativo*, p. 160.

sociedades de economia mista que desempenham atividade econômica nos termos do art. 173 da CF.

Segundo o mencionado dispositivo constitucional, mais especificamente o seu § 2º, tais entidades da Administração Pública Indireta devem atuar no campo econômico como se particulares fossem, isto é, não podem gozar de privilégios não extensivos às pessoas jurídicas de direito privado que atuam livremente no mercado. A partir daí, pode-se concluir com maior naturalidade que essas entidades podem ser parte em arbitragem, ainda que se descure da argumentação acima exposta sobre a desnecessidade de previsão específica para além da própria LBA para que o Estado se submeta à arbitragem.

Nesse sentido, há várias decisões importantes da jurisprudência sustentando e até mesmo impondo a realização da arbitragem por empresas públicas e sociedades de economia mista que firmaram cláusula compromissória: TJ/DF, MS nº. 1998002003066-9, Rel. Des. Nancy Andrighi, j. 18/05/1999; TJ/PR, AC nº. 247.646-0, Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira, j. 11/02/2004; TJ/PR, AI nº. 169.656-8, Rel. Juiz Conv. Fernando César Zeni, j. 12/07/2005; STJ, REsp. nº. 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 25/10/2005; STJ, REsp. nº. 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 17/05/2007.

Apesar disso, não se pode admitir que a falta de precedentes envolvendo a Administração Pública Direta possa ser encarada como um entrave à aplicação da arbitragem também nesses casos, até mesmo pela ainda recente entrada em vigor da Lei de PPP e da modificação introduzida na Lei de Concessões, admitindo expressamente a arbitragem nos contratos por ela regulados. Seria, para dizer o mínimo, uma posição retrógrada e contrária a todos os princípios que devem nortear a atividade administrativa, em especial a moralidade e a eficiência.

Entender de forma contrária até mesmo esvaziaria o propósito dos dispositivos da Lei de PPP e da Lei de Concessões que prevêem a utilização da arbitragem nos contratos administrativos ali regulados. Isso porque o poder concedente nos contratos de concessão é sempre um ente da Administração Pública Direta – a União, o Distrito Federal, um estado ou um município, que delega a execução de obra ou serviço público a um particular.

No mais, vale salientar que a própria jurisprudência envolvendo litígios da Administração Pública Indireta adota em *obiter dictum* fundamentos para a aceitação do

Estado como parte em arbitragem que naturalmente podem ser estendidos aos entes da Administração Pública Direta.

Nesse sentido veja-se o seguinte trecho do voto do Desembargador Lauro Laertes de Oliveira, Relator da Apelação Cível nº. 247.646-0, do Tribunal de Justiça do Paraná, julgada em 11/02/2004 (“*Caso Compagás*”):

10. Sobreleva frisar que o compromisso arbitral se revela muito mais célere do que uma decisão judicial. Assim, pode ser até mais vantajoso para a própria autora resolver os conflitos desde logo do que aguardar para receber uma decisão judicial, o que pode atrasar o cronograma de obras e a implantação do sistema de gás canalizado em Curitiba e São José dos Pinhais. 11. Em quarto lugar, admissível a realização de compromisso arbitral nos contratos administrativos, máxime no caso em exame onde a controvérsia reside na readequação da cláusula econômico-financeira do contrato celebrado entre as partes. Nada obsta a adoção da arbitragem para solucionar o conflito surgido entre as litigantes. Cuida-se de interesse econômico e versa sobre direito disponível na essência.

g) Conclusão.

Conclui-se que há uma tendência bastante forte à superação da discussão sobre a arbitrabilidade subjetiva dos litígios envolvendo o Poder Público no direito brasileiro, sendo bastante relevante a afirmação de SELMA LEMES no seguinte sentido:

A Lei n. 9.307, de 1996, em seu âmago, agasalha e protege o princípio constitucional da legalidade administrativa. Desta constatação deriva a aplicação e convivência com os demais princípios jurídicos administrativos constitucionais ou infraconstitucionais. A Administração, como pessoa capaz de contratar, quando presente a possibilidade de assim dispor (questões patrimoniais), tem o dever de considerar a possibilidade de solucionar controvérsias por arbitragem, posto que afinada com os princípios da eficiência, da economicidade, da proporcionalidade e da razoabilidade que norteiam o mister da Administração como corolário ao princípio da legalidade e por consequência, acatando e aplicando o disposto na Lei n. 9.307, de 1996.⁶⁴

Não havendo dúvida de que os entes estatais brasileiros em geral podem ser parte em arbitragem, resta analisar, a partir de agora, a questão da arbitrabilidade objetiva, que, conforme se verá adiante, apresenta grande controvérsia na doutrina no que tange aos seus requisitos e limites.

⁶⁴ *Arbitragem na Administração Pública*, p. 111.

2.2. Arbitrabilidade objetiva

A arbitrabilidade objetiva diz respeito ao objeto da arbitragem, isto é, à possibilidade de determinada questão controversa existente entre as partes ser resolvida por meio do juízo arbitral. Fala-se aqui em questão porque nem sempre o exame da arbitrabilidade objetiva de determinado litígio poderá ser feito por uma análise do pedido trazido pelo autor, ou mesmo por uma análise superficial da causa de pedir, podendo haver na resolução de um mesmo litígio questões arbitráveis e não arbitráveis, concomitantemente. Por essa razão é que o art. 25 da LBA determina que:

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

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

No Brasil, por força do art. 1º da LBA, considera-se que determinada matéria ou questão pode ser submetida à arbitragem se presentes os requisitos da patrimonialidade e da disponibilidade.

A Lei de PPP não mudou esse quadro, pois não pretendeu estabelecer um rol taxativo de matérias arbitráveis no âmbito das PPP, o que se mostra positivo no entender de TALAMINI, que salienta que eventual delimitação das questões arbitráveis inevitavelmente afastaria alguns casos plenamente suscetíveis de arbitragem. Além disso, não se eliminaria as controvérsias hermenêuticas e as dúvidas existentes sobre o assunto⁶⁵, algumas das quais serão tratadas abaixo.

2.2.1. Patrimonialidade

⁶⁵ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 335.

A patrimonialidade diz respeito à possibilidade de atribuição de valor monetário à pretensão deduzida em juízo, ou seja, que se possa reparar, compensar ou neutralizar o direito requerido com uma prestação de cunho econômico⁶⁶. O critério da patrimonialidade permite que certos direitos sejam objeto de negociação e, por conseguinte, possam se sujeitar à arbitragem: *“pelos princípios que norteiam o direito de propriedade, entre outros os direitos patrimoniais, por sua natureza, podem ser objeto de negócio jurídico”*⁶⁷.

O art. 852 do Código Civil brasileiro prevê os direitos que não podem ser submetidos ao compromisso arbitral, exprimindo o critério da patrimonialidade: *“é vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”*. Veja-se a esse respeito a explicação de ANTÔNIO SAMPAIO CAMELO:

Na verdade, só deve, em princípio, ser vedada a submissão a árbitros de controvérsias relativas a direitos ou interesses de caráter não patrimonial (nomeadamente, os direitos da personalidade, salvo as exceções referidas adiante, o estado civil das pessoas e, em regra, as controvérsias atinentes às relações familiares de natureza pessoal), nas quais estão em causa valores cuja tutela deve, à luz dos conceitos fundamentais que enformam o nosso sistema jurídico (e outros sistemas jurídicos pertencentes à mesma família jurídica), em princípio, ser reservada aos tribunais do Estado.⁶⁸

Em que pese a dicotomia trazida pelo art. 1º da LBA entre a patrimonialidade e a disponibilidade, não há como se tratar dos temas de forma completamente dissociada, de modo que grande parte dos doutrinadores que tratam da arbitrabilidade objetiva acabam tratando de forma conjunta da patrimonialidade e da disponibilidade. Exemplificativamente, veja-se o que dizem CLAUDIO LAMPERT e JOEL RENNÓ JR. em artigo publicado na Revista Brasileira de Arbitragem, ao definirem a patrimonialidade: *“a regra no mercado é a da livre negociação dos interesses e direitos, isto é, da disponibilidade da propriedade. Há certos interesses e direitos, no entanto, que são indisponíveis (...)”*⁶⁹.

Cumprido investigar, portanto, se, apesar do art. 1º da LBA, de fato se trata de uma análise dúplice, ou se os critérios da patrimonialidade e da disponibilidade devem ser

⁶⁶ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 345.

⁶⁷ LAMPERT, Claudio; RENNÓ JR., Joel. *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano I, nº 4, out-dez de 2004. p. 151.

⁶⁸ CAMELO, Antônio Sampaio. *Crêterios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 7, n. 27, out.-dez./2010, Revista dos Tribunais. p. 151.

⁶⁹ Obra citada, p. 151-152.

encarados de maneira uniforme. Para tal, é mister analisar o que é a disponibilidade e a forma como este critério atua nas arbitragens envolvendo o Estado.

2.2.2. Disponibilidade

O critério da disponibilidade é encarado na doutrina a partir de diversos ângulos. Propõe-se aqui analisar as principais formas pelas quais se interpreta a disponibilidade para fins de aplicação do art. 1º da LBA, com a finalidade de aplicar tal critério às arbitragens envolvendo entes da Administração Pública Direta.

a) A noção de indisponibilidade do interesse público.

CARLOS ALBERTO CARMONA retira do *Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro* de ALCIDES DE MENDONÇA LIMA uma corrente definição do que seria um direito disponível: “*um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência*”⁷⁰.

Como se vê, essa definição impõe que se verifique se existe alguma norma cogente que imponha determinada conduta ao agente em relação ao exercício de determinado direito. Assim, em função da ideia de que a conduta administrativa é regida pelo princípio da estrita legalidade, segundo o qual a Administração Pública somente pode agir baseada no que está prescrito em Lei⁷¹, seria possível defender que nenhum direito do Estado seria disponível: toda a conduta da Administração deveria estar pautada pelas normas constitucionais e infraconstitucionais cogentes que impõem a supremacia do interesse público como interesse da coletividade dos cidadãos.

Nesse sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO traz a posição mais restritiva presente na doutrina atual, no que diz respeito à aplicação do critério da disponibilidade em matéria de arbitragem envolvendo o Poder Público:

⁷⁰ *Arbitragem e processo*, p. 38.

⁷¹ MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 105.

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto (...) é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde o serviço público e que esteja, dessarte, com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.⁷²

Como se vê, a posição desse autor acaba por restringir completamente a aplicação da arbitragem nas relações contratuais em que o Estado seja parte, com base no princípio da supremacia do interesse público, que, como diz GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, é considerado “*viga-mestra do regime jurídico-administrativo*”⁷³.

Em sentido oposto EROS ROBERTO GRAU afirma que é um equívoco pensar que todo e qualquer direito da Administração Pública é indisponível, pois aqueles direitos que dizem respeito às atividades de gerenciamento ou remetem a um contrato são considerados disponíveis⁷⁴. Assim, não se poderia confundir a disponibilidade de direitos patrimoniais com a disponibilidade do interesse público:

Disponer de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles⁷⁵.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não pode ser encarado de uma forma absoluta, pois sua função é verificar se a atuação do agente público que representa o Estado está de acordo com o interesse da coletividade, penetrando na essência dessa atuação para aferir a sua razoabilidade. Nesse sentido, no que se refere à arbitragem, os árbitros efetivamente deverão estar atentos às “*regras pré-estabelecidas, sendo que uma delas é a que*

⁷² *Curso de direito administrativo*, p. 789.

⁷³ *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 589.

⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. 18/398, out./dez. 2002.

⁷⁵ GRAU, *Arbitragem e contrato administrativo*, p. 20.

*eles não poderão divorciar dos seus entendimentos os princípios contidos no caput do art. 37 da CF*⁷⁶. Não poderia ser diferente, uma vez que o art. 18 da LBA equipara o árbitro ao juiz de fato e de direito da causa.

Quer dizer, a utilização da arbitragem seria possível porque a disposição a respeito de direitos patrimoniais do Estado não se confunde com a disposição do interesse público. O julgamento pelos árbitros continuará atento às regras e princípios típicos do direito público e evidentemente respeitará o interesse público. Em função da escolha da arbitragem como meio de composição do litígio, *“não serão feitas concessões amplas, gerais e irrestritas pela Administração, apenas ela se submeterá ao julgamento extrajudicial, que como já dito anteriormente será ultimado levando em consideração as regras de direito público que são irrenunciáveis”*⁷⁷.

No mesmo sentido, veja-se o ensinamento do processualista italiano ANTONINO BARLETTA:

Non è possibile considerare, infatti, in base ad una valutazione astratta e formale, la scelta dell'arbitrato alla stregua di una modalità per evitare l'applicazione dei divieti di legge, cui consegue l'illiceità del negozio. In altri termini, proprio il rilievo, secondo cui la definizione della controversia nell'arbitrato è attuata tramite l'esercizio di un potere decisorio e di giudizio da parte di uno o più soggetti terzi e imparziali (gli arbitri appunto), consente di ammettere l'applicabilità dell'arbitrato *anche* in presenza di norme inderogabili e d'interesse generale. Del resto, riconoscere più ampie possibilità applicative all'arbitrato sotto il profilo delle controversie compromettibili non significa che il giudice sia spogliato della sua facoltà di verificare, sia pure *ex post*, specie in sede d'impugnazione del lodo per nullità, la conformità (del *dictum* arbitrale) alle disposizioni inderogabili⁷⁸.

Também não é possível aceitar, portanto, o entendimento de que as cláusulas exorbitantes do contrato de concessão escapam da arbitrabilidade, uma vez que tais cláusulas não podem ser alteradas pelos árbitros, por serem ligadas a princípio de ordem pública⁷⁹. Desse modo, o interesse público que enseja a sua existência não deixa de ser tutelado. Além disso, no que concerne ao objeto deste trabalho, conforme explica JUSTINO DE OLIVEIRA, *“as comumente denominadas cláusulas exorbitantes não estariam, a princípio, presentes de*

⁷⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Universalização dos serviços públicos e competição – o caso da distribuição de gás natural*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 223, jan./mar. 2001. p. 122-126.

⁷⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem*. In: Revista de Direito Administrativo. Renovar, n. 223, jan./mar. 2001. p. 126.

⁷⁸ BARLETTA, Antonino. *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 4, 2008. p. 989-990.

⁷⁹ MARQUES NETO, obra citada, p. 122-126.

modo tão abundante nas PPPs”, em função da tônica de ampliação das bases de negociação que perseguem esse modelo de concessões⁸⁰.

Para confirmar a impossibilidade de utilização da supremacia do interesse público como baliza para determinar o que pode e o que não pode ser objeto de arbitragem, vale mencionar o estudo empreendido por MARÇAL JUSTEN FILHO no sentido de determinar qual seria o real conteúdo da expressão “interesse público”. Esse autor critica a utilização do interesse público como um “lugar comum”, para concluir que o conceito deveria ser substituído pela noção de “interesse coletivo”. Desse modo, o princípio da supremacia do interesse público deveria ser substituído pelo princípio da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais⁸¹.

Essa visão vem sendo corroborada por outros autores de direito administrativo, que negam a possibilidade de tomar como base do direito administrativo o conceito de interesse público e, por conseguinte, a supremacia do interesse público⁸².

b) Interesse público primário X interesse público secundário.

Admitindo a ideia trazida por EROS ROBERTO GRAU, acima exposta, de que a Administração realiza atos das mais variadas naturezas com o objetivo de implementar as funções que a Constituição e a Lei lhe atribuem, alguns dos quais dentro da sua esfera de disponibilidade, pode-se utilizar alguns outros critérios para se determinar se um dado direito é disponível ou não.

Um desses critérios é o que pretende distinguir entre o interesse público primário e o interesse público secundário (também chamado de instrumental ou derivado), sendo que somente este último estaria na livre esfera de disposição da Administração Pública. O interesse público primário corresponde ao interesse da coletividade, aos “*direitos fundamentais dos cidadãos, constitucionalmente assegurados*”, que por essa razão “*não são passíveis de transigência sequer pelo próprio titular*”⁸³. Já o interesse público secundário corresponde ao interesse do Estado enquanto administrador público, na medida em que este

⁸⁰ *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 572.

⁸¹ *Curso de direito administrativo*, p. 35-47.

⁸² Entre outros, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸³ LAMPERT e RENNÓ JR., *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública*, p. 152.

atua no campo das relações patrimoniais com o objetivo de prover serviços e desempenhar as funções que lhe são próprias.

Além disso, nessa visão, para a realização do interesse público primário a Administração desempenha atividades que poderiam se enquadrar no conceito de “*atividades-fim*” do Estado, enquanto o interesse secundário tem como instrumento de sua operacionalização “*atividades-meio*”⁸⁴.

Com base nessas premissas, CLAUDIO LAMPERT e JOEL RENNÓ JR. concluem que os contratos administrativos públicos se relacionam a direitos indisponíveis, por tratar de matérias correspondentes a finalidades primárias do Estado, e por se regerem primariamente pelas normas de direito público – e apenas supletivamente pelo direito privado, nos termos do art. 54 da Lei de Licitações. Por sua vez, os contratos da Administração Pública (ou contratos administrativos privados) são aqueles em que se dispõe acerca de direitos que são apenas instrumentais às finalidades primárias do Estado, sendo regulados pelas normas do direito comum, por estarem inseridos no campo negocial privado⁸⁵.

Seguindo o raciocínio, os mesmo autores defendem uma forma de se identificar se se trata de contrato administrativo ou de contrato da Administração:

Segundo a doutrina majoritária, só existe contrato administrativo público quando a supremacia do Estado fica delimitada de forma clara no instrumento contratual, seja em razão da natureza do objeto do contrato – finalidade primária do Estado –, seja em razão de cláusulas do acordo em que se ressalte, de forma objetiva, a posição de superioridade da Administração Pública em face do particular (as chamadas cláusulas exorbitantes).⁸⁶

Verifica-se que tal critério não é pragmática nem teoricamente adequado para definir o que seria disponível no âmbito dos contratos firmados pelo Estado. Do ponto de vista pragmático, porque a distinção se apresenta de forma muito tênue, não sendo possível determinar com clareza, na prática, se está se tratando de interesse público primário ou secundário.

⁸⁴ LEMES, *Arbitragem na Administração Pública*, p. 130-131.

⁸⁵ *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública*, p. 152-153.

⁸⁶ *Idem*, p. 153. A posição também está presente em diversos outros doutrinadores, entre os quais SELMA LEMES, na obra citada, p. 131-132.

Isso se dá porque a distinção entre o interesse público primário e o secundário foi feita pela doutrina em outro contexto e com outra finalidade, qual seja a de afirmar que o interesse público que pode ser defendido pela Administração é aquele legítimo, correspondente aos anseios da coletividade, e não meramente à satisfação do Estado enquanto sujeito jurídico em si mesmo – o que corresponde ao interesse secundário⁸⁷. Além disso, conforme a lição de EDUARDO TALAMINI, o interesse público buscado pela Administração sempre será equivalente ao interesse público primário, isto é, ao interesse coletivo. O interesse definido como secundário ou derivado no agir da Administração sempre estará, em última análise, visando ao interesse primário.

Tal posicionamento é corroborado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO que assevera que “*os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos*”⁸⁸, com base no pensamento do clássico autor italiano RENATO ALESSI:

Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario.⁸⁹

c) Ato de gestão X ato de império.

Conforme explica SELMA LEMES, outro critério que poderia ser utilizado para a definição da disponibilidade seria a distinção entre os atos de império e os atos de gestão praticados pela Administração⁹⁰.

Os atos de império são aqueles praticados pelo Estado fora do seu âmbito de disponibilidade, ou seja, dentro do pressuposto de que o Estado está munido de um poder político que lhe é outorgado pelo sistema constitucional vigente – poder de polícia, exercício

⁸⁷ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 341,

⁸⁸ *Curso de direito administrativo*, p. 66.

⁸⁹ ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 151-152.

⁹⁰ *Arbitragem na Administração Pública*, p. 132-133.

da soberania, garantia de inviolabilidade dos direitos dos cidadãos, etc⁹¹. Já os atos de gestão estão ligados ao poder administrativo, isto é, ao poder de gerência das atividades da Administração.

O fundamento está no fato de que as atividades materiais de gestão não se realizam mediante atos jurídicos ou materiais coercitivos sobre os cidadãos ou pessoas, mas sim por meio de atos que se circunscrevem à própria esfera administrativa do Estado. Portanto, as atividades materiais de gestão podem ser objeto legítimo de contratação pelo Estado para a prestação de serviços por entes privados⁹² – o que inclui a possibilidade de firmar cláusula compromissória que abranja tais questões. Isso porque se trata de “*transferência à gestão privada de serviços acessórios apenas mediatamente relacionados à manipulação de competências estatais típicas*”⁹³.

Além disso, é relevante o esclarecimento de EDUARDO GREBLER no sentido de que a Administração pratica atos de negócio ou gestão não apenas quando “*age na posição típica de ente privado – por exemplo, como locador ou locatário, acionista ou cotista de sociedade (...)*”⁹⁴. Com isso pretende-se chamar atenção mais uma vez para o fato de que a arbitragem não está ligada à natureza do ente estatal – se integrante da Administração Pública Direta ou Indireta. Seja qual for a natureza, ou seja, ainda que se trate de ente público em sentido estrito, ele praticará atos que podem ser enquadrados como atos materiais de gestão, típicos da sua esfera administrativa interna.

Cabem, em relação a esse critério de distinção, as mesmas críticas feitas anteriormente: i) na prática, a distinção entre o ato de gestão e o ato de império pode se mostrar tênue, não podendo ser considerado este critério como a viga-mestra para a determinação da disponibilidade dos litígios; ii) a função do Estado estará sempre ligada, em última análise, ao exercício do poder político que lhe foi outorgado pelos cidadãos, ainda que a atividade não se revista, aparentemente, de um caráter político.

⁹¹ GREBLER, Eduardo. *A solução de controvérsias em contratos de Parceria Público-Privada*. In: Revista de Mediação e Arbitragem, ano 1, n. 2, maio-agosto de 2004, Revista dos Tribunais. p. 63.

⁹² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 429.

⁹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁹⁴ Obra citada, p. 63.

De todo modo, deve-se reconhecer que o critério não é de todo inútil, por colocar em relevo algumas áreas e atividades sobre as quais, em função do caráter eminentemente político da atuação do Estado, incide o princípio da necessidade da intervenção jurisdicional⁹⁵ – como os casos de exercício do poder punitivo, que evidentemente é prerrogativa exclusivamente estatal no nosso sistema constitucional.

d) A ordem pública.

Deve-se dar notícia a respeito de uma outra forma de definição dos litígios arbitráveis que está ligada à corrente francesa segundo a qual a ligação da matéria em litígio com a ordem pública afastaria a possibilidade de utilização da arbitragem.

ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO explica que, num primeiro momento, o entendimento da jurisprudência francesa foi o de que o simples levantamento por uma das partes de questão de ordem pública seria suficiente para afastar a análise do litígio pelo juízo arbitral. Posteriormente, o pensamento evoluiu para admitir que apenas certas matérias concernem à essência da ordem pública, estando excluídas da arbitragem – como, por exemplo, o estado de pessoas e a falência⁹⁶.

Já no caso de análise de litígios relacionados à liberdade de contratar, a utilização da arbitragem somente seria obstada em caso de afronta aos limites estabelecidos por Leis imperativas. Ou seja, seria possível ao árbitro analisar a lide, não podendo, no entanto, julgar a demanda, caso considerasse ter havido violação à ordem pública. Assim, se o árbitro, após analisar o caso, constatasse a absoluta invalidade do contrato, por exemplo, deveria declarar-se incompetente e remeter o caso ao Judiciário, por se tratar de questão cara à ordem pública⁹⁷.

No entanto, apontou-se a incongruência dessa tese, uma vez que, para chegar à conclusão sobre a arbitrabilidade ou não do litígio, os árbitros teriam que desde logo analisar a fundo o caso:

Na verdade, como observam vários autores, o árbitro deveria realizar todo o trabalho, isto é, examinar se o contrato era ou não válido e, após isso feito, se chegasse à conclusão que não o era, não poderia decretar a sanção correspondente a tal inviabilidade, porque se tornava então incompetente para esse efeito. Realçando este paradoxo, observou Pierre Mayer: “É francamente curioso que após ter feito o

⁹⁵ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 340 e 342.

⁹⁶ *Crerios de arbitrabilidade dos litígios*, p. 134-135.

⁹⁷ *Idem*, p. 135-136.

que era mais difícil: constatar a ilicitude, o árbitro não possa ir até o fim e pronunciar a nulidade; afinal de contas, isso iria no bom sentido: o de lutar contra a ilicitude, sem nenhum perigo”⁹⁸.

Atualmente, o entendimento na França é de que os árbitros podem constatar e sancionar uma nulidade atinente à ordem pública, atendo-se as mesmas normas que seriam observadas pelo juízo estatal. Valem, nesse ponto, as mesmas observações que foram feitas ao se tratar acima da questão da supremacia do interesse público: a escolha do juízo arbitral não significa dispor dos preceitos de ordem pública, de modo que o dever do árbitro de apreciar eventual violação a tais preceitos é idêntico ao dever do juízo estatal de fazê-lo. Além disso, de todo modo persistirá a possibilidade de controle da decisão do árbitro pelo Poder Judiciário, que no sistema brasileiro se dá através dos arts. 32 e 33 da LBA.

Desse entendimento mais atual resultou, na França, um alargamento do espectro da arbitrabilidade, de modo que apenas questões pontuais referentes à ordem pública não podem ser analisadas em arbitragem – no âmbito da arbitragem internacional, as questões relativas ao estado civil, à capacidade e ao direito penal⁹⁹.

De fato, não é possível visualizar que prejuízo poderia haver à ordem pública no caso de, após analisado o fundo do litígio para se concluir pela violação à ordem pública, os próprios árbitros julgarem a causa, sancionando a nulidade mediante sentença arbitral. Afinal, o controle que se faz com o exame da arbitrabilidade da matéria não pode ser vazio; ele tem uma razão de ser, qual seja, a de evitar que se submeta à arbitragem matérias que pelo direito em vigor não podem ser submetidas ao julgamento pelos árbitros, mas somente pelo Poder Judiciário.

Por essa razão é que o exame da arbitrabilidade deve ser feito de plano, sob pena de se tornar inócuo. Não cabe, para a decisão sobre a submissão ou não do litígio ao juízo arbitral, cognição plena ou exauriente, muito menos dilação probatória. Conforme explica SAMPAIO CAMELO, com base na citação de CHARLES JARROSSON, “a determinação da competência do árbitro é uma questão prévia, situada a montante da resolução do fundo de litígio, não podendo resultar desta”¹⁰⁰.

⁹⁸ *Crêterios de arbitrabilidade dos litígios*, p. 137.

⁹⁹ *Idem*, p. 138.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 137.

Não se visualiza grande possibilidade de utilização do critério da ordem pública no Brasil para a finalidade específica de aferição da arbitrabilidade objetiva, já que deriva de um contexto doutrinário e jurisprudencial surgido a partir da interpretação do art. 2.060 do *Code Civil* francês, que não tem correspondente no ordenamento jurídico brasileiro.

e) A disponibilidade como possibilidade de renunciar, transacionar ou transigir.

Parcela da doutrina define o requisito da disponibilidade de maneira genérica: “*são disponíveis os direitos e bens que as partes podem livremente alienar, ceder, onerar, transacionar, renunciar e que tenham valor econômico ou possam ser avaliados economicamente*”¹⁰¹. Nessa definição encontramos alguns dos significados que podem ser dados para o conteúdo da disponibilidade, entre os quais se destacam: a disponibilidade como renúncia a direito e a disponibilidade como possibilidade de transacionar sobre determinado direito.

Conforme nos explica ALINE LÍCIA KLEIN, dentro da noção da disponibilidade como renúncia, um direito pode ser submetido à arbitragem na medida em que ele seja renunciável pelo seu titular, ou seja, se houver renunciabilidade. A mencionada autora, apoiando-se nos ensinamentos de ADILSON DALLARI, critica a ideia da renunciabilidade como parâmetro da disponibilidade, porque quem recorre à arbitragem não está renunciando ao seu direito de antemão, mas apenas escolhendo uma via diversa do Judiciário para defender o direito que julga possuir.

Assim, ao optar pela arbitragem, a Administração Pública está sujeita a um processo triangular (assim como no Judiciário), e a sentença arbitral submete-a as mesmas circunstâncias que estariam presentes se a decisão transitasse em julgado no Judiciário (cumprimento espontâneo, anulação, cumprimento forçado, etc.). Tais situações podem ocorrer tanto no processo arbitral quanto no judicial, e seja qual for a via eleita a Administração será obrigada a cumprir a decisão independentemente de com ela concordar, sendo que eventual cumprimento espontâneo da decisão arbitral (assim como da decisão judicial) não se confunde com a disposição de um direito¹⁰².

¹⁰¹ GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 92.

¹⁰² KLEIN, Aline Lícia. *A arbitragem nas concessões de serviço público*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 71-73.

Numa segunda acepção, a disponibilidade poderia ser entendida como a transigibilidade ou transacionabilidade do direito, isto é, como a possibilidade das próprias partes, transigindo, atingirem uma solução para o litígio sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Desse modo explica JUAN MONTERO AROCA:

En la pretensión que se quiera someter a arbitraje debe atenderse a la petición de la misma, que se referirá siempre a un bien o consecuencia jurídica, y la arbitrabilidad debe atender a si esa consecuencia jurídica puede ser lograda por los particulares, por uno de ellos o por el acuerdo de los dos, o si la consecuencia queda excluida de la voluntad de los particulares, los cuales sólo podrán alcanzar esa consecuencia por medio de una actuación judicial (proceso o no) en la que se dicte sentencia. Cuando la consecuencia sólo pueda hacerse efectiva por medio de sentencia estaremos ante materia de no libre disposición.¹⁰³

Essa noção, conforme ALINE LÍCIA KLEIN, corresponde à primeira parte do texto do já mencionado art. 852 do CC, no sentido de que se é permitido à Administração resolver a questão em comum acordo com o particular, então o litígio pode ser levado à arbitragem. Além disso, em função do mesmo dispositivo legal e das regras que regem a atividade da Administração em geral não conterem norma restritiva ao poder de disposição do Estado, nos contratos administrativos a disponibilidade seria a regra, e a indisponibilidade, a exceção – o que se denomina de princípio da não necessidade da intervenção jurisdicional nas relações de direito público¹⁰⁴.

A conclusão de ALINE LÍCIA KLEIN¹⁰⁵ e EDUARDO TALAMINI¹⁰⁶ sobre a arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo o Estado no direito brasileiro é a de que a patrimonialidade e a disponibilidade são critérios distintos, mas que são complementares. Nesse sentido, a patrimonialidade seria aplicada às matérias disponíveis, restringindo o âmbito de aplicação da arbitragem, resultando ainda numa gama de questões tratadas nos contratos administrativos que poderiam ser submetidas à arbitragem.

ALINE LÍCIA KLEIN ainda assevera que “*de direitos indisponíveis ou de natureza não patrimonial podem decorrer questões de cunho eminentemente patrimonial e disponível*”,

¹⁰³ AROCA, Juan Montero. *Proceso y garantía (civil y penal)*: el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 436.

¹⁰⁴ KLEIN, A *arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 72-73.

¹⁰⁵ Idem, p. 76.

¹⁰⁶ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 345.

sendo que, nesses casos, “o objeto da convenção de arbitragem poderá ser delineado de modo a abranger apenas direito patrimonial disponível”¹⁰⁷.

Há autores, no entanto, que criticam essa orientação, conforme se verá com mais profundidade no tópico seguinte.

f) Visão crítica tendo em vista o contexto histórico da LBA.

Não se pode deixar de apresentar uma breve resenha crítica à adoção da disponibilidade como critério ínsito à arbitrabilidade objetiva dos litígios, tendo em vista o contexto histórico em que a Lei Brasileira de Arbitragem entrou em vigor no Brasil. Para tal, apóia-se nas lições do processualista italiano EDOARDO F. RICCI, em trabalho em língua portuguesa intitulado *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*¹⁰⁸.

Segundo esse autor, a colocação da disponibilidade como pressuposto da arbitrabilidade está ligada a razões de caráter dogmático e ideológico, ao se adotar a noção de tutela jurisdicional mais como exercício da soberania pelo Estado, e menos como simples serviço prestado pelo Estado ao cidadão, o que conduziria ao sacrifício do direito de escolha deste em nome da soberania daquele. Além disso, a indistinção entre a convenção sobre o direito e a convenção sobre a escolha do juiz seria um resquício da confusão entre o direito material e o direito processual¹⁰⁹, que reinou até a polêmica sobre a ação travada entre WINDSCHEID e MUTHER e os ulteriores ensinamentos de BÜLOW e da doutrina que se seguiu afirmando a autonomia do processo frente ao direito material.

Não haveria, portanto, a mencionada equivalência entre a disponibilidade como critério para a arbitrabilidade dos litígios e a figura da transação:

A conexão lógica entre a disponibilidade do objeto da lide e a admissibilidade da arbitragem seria verdadeiramente necessária, se a sentença arbitral, em vez de ser o equivalente da decisão proferida pelo juiz, no que concerne a seus efeitos, fosse o equivalente de contrato estipulado pelas partes, com o propósito de resolver a lide mediante transação ou conciliação. Nesse caso, as partes obteriam, mediante o árbitro, o mesmo resultado que poderiam conseguir diretamente por meio de acordo. O árbitro seria mandatário das partes, com o poder de firmar contrato entre as mesmas, contrato que seria, em si mesmo, ato de disposição. Esse tipo de

¹⁰⁷ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 76.

¹⁰⁸ *In*: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 402-412.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 407-408.

arbitragem, que podemos qualificar de “contratual”, verdadeiramente exige a disponibilidade da lide como pressuposto.

Prossegue o autor explicando que a noção de arbitragem como transação corresponde a tipo de arbitragem específico existente na Itália, denominado *arbitrato irrituale* ou *arbitrato libero*, que nada tem a ver com o modelo de arbitragem existente no sistema jurídico brasileiro e na generalidade dos sistemas jurídicos ocidentais, nos quais a sentença arbitral equivale à sentença judicial. Assim, a convenção arbitral, apesar de convenção, não é convenção sobre o objeto da lide, mas sim convenção sobre a escolha do juiz, simplesmente¹¹⁰.

Essa opinião é compartilhada pelo português ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ao asseverar que não há qualquer analogia possível entre a transação – enquanto negócio jurídico por meio do qual as partes põem termo a uma controvérsia por meio de concessões recíprocas – e a arbitragem – que se dá pela escolha de terceiros imparciais para a solução do litígio independentemente da vontade das partes litigantes¹¹¹.

No que se refere especificamente ao contexto brasileiro, EDOARDO RICCI defende uma aproximação com o modelo adotado na Alemanha, no qual o art. 1.030 do Código de Processo Civil (*Zivilprozessordnung*) estabelece como pressuposto da arbitrabilidade apenas o critério da patrimonialidade, permitindo que sejam objeto de arbitragem direitos indisponíveis no âmbito patrimonial¹¹². Nesse modelo, o critério da transigibilidade seria pressuposto da arbitrabilidade apenas no campo das relações não patrimoniais¹¹³.

¹¹⁰ RICCI, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem*, p. 405-406.

¹¹¹ *Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*, p. 142.

¹¹² § 1030 Schiedsfähigkeit:

(1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen.

(2) Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum im Inland betreffen, ist unwirksam. Dies gilt nicht, soweit es sich um Wohnraum der in § 549 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmten Art handelt.

(3) Gesetzliche Vorschriften außerhalb dieses Buches, nach denen Streitigkeiten einem schiedsrichterlichen Verfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.

¹¹³ Obra citada, p. 404 e 410.

Assim, segundo o mesmo autor, a ideia adotada no Brasil, na Argentina, no Peru, na França, na Itália, em Portugal¹¹⁴, entre outros países, segundo a qual a arbitrabilidade está ligada à disponibilidade, denotaria resquício de um modelo estatal autoritário, no qual a tutela jurisdicional se traduziria no exercício do poder soberano. Isso porque a disponibilidade é determinada arbitrariamente pelo direito de cada Estado, sem que haja um critério lógico legítimo para o estabelecimento do que é disponível e o que não é. A aproximação entre a disponibilidade e a arbitrabilidade dos litígios, portanto, não seria lógica, necessária ou imprescindível¹¹⁵.

Nesse sentido, RICCI afirma que tanto o direito italiano quanto o direito francês estariam em um movimento de aproximação em relação ao modelo alemão. No direito italiano, o Decreto nº. 5/2004 previu a utilização da arbitragem em matéria societária indisponível¹¹⁶, enquanto no direito francês avançou-se para a ideia de que a invalidade, tida como matéria completamente indisponível, poderia ser analisada e declarada em processo arbitral, como já exposto acima (item 2.2.2, d).

No que diz respeito ao direito brasileiro, essa mesma aproximação seria evidenciada tanto pela redação dos arts. 851 a 853 do CC de 2002 (que é Lei posterior à LBA), quanto pelo art. 8º, parágrafo único, da LBA. Em relação ao CC, o autor nota que o art. 853 é o único que se refere expressamente à cláusula compromissória, estipulando que esta é admitida “*para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*”. No entanto, no que se refere ao compromisso arbitral, os arts. 851 e 852 somente exigem, respectivamente, a capacidade para contratar (arbitrabilidade subjetiva) e a patrimonialidade (arbitrabilidade objetiva) como pressupostos da arbitrabilidade, exceto pelas questões de estado e de direito pessoal de família, expressamente referidas no art. 852¹¹⁷.

¹¹⁴ Uma descrição detalhada das normas relativas à arbitrabilidade em cada um desses países pode ser encontrada no trabalho de GARCEZ, *Técnicas de Negociação. Resolução Alternativa de Conflitos*, p. 100-103.

¹¹⁵ Como evidência do que é defendido, explica EDOARDO RICCI: “*Naturalmente, pode ser que as partes, no mesmo momento em que escolhem o árbitro, em lugar do poder judiciário, também pratiquem ato dispositivo de direito. Isso acontece, por exemplo, quando requerem decisão de equidade. Requerer decisão de equidade significa renunciar à tutela do direito para a aplicação de outras regras. Assim, a presença do ato disponível é evidente, e o pressuposto da disponibilidade do objeto da lide é, mais uma vez, necessário. Não se pode, todavia, fazer confusão entre a arbitragem e a decisão de equidade, embora as arbitragens de equidade sejam frequentes. Em diferentes direitos, a decisão de equidade pode ser proferida seja pelo árbitro, seja pelo juiz. Então, o pressuposto da disponibilidade do objeto da lide é indispensável, quer na arbitragem, quer no processo judicial, o que nada tem a ver com a disciplina da arbitragem em si mesma*”. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem*, p. 404 e 406.

¹¹⁶ *Idem*, p. 409.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 410-411.

Com relação ao art. 8º da LBA, EDOARDO RICCI explica que esse dispositivo antevê a evolução do direito brasileiro em relação ao art. 1º da própria LBA, uma vez que, depois de consagrar o princípio da autonomia da cláusula compromissória (*caput*), prevê no parágrafo único que os árbitros podem decidir sobre a validade, existência ou eficácia da convenção arbitral “*e do contrato que contenha a cláusula compromissória*”. Quer dizer, segundo a parte final do dispositivo, “*a nulidade constitui questão prejudicial a ser solucionada incidenter tantum, mas, também, ao caso em que a nulidade constitui o objeto da decisão a ser proferida com autoridade de coisa julgada*”.

Em outras palavras, a aceitação universal do princípio da autonomia da cláusula compromissória acaba permitindo que os árbitros decidam sobre o tema da nulidade do contrato, que a princípio seria a questão mais cara à noção de indisponibilidade. Supera-se, com isso, a conexão dogmática entre a disponibilidade do direito material e a arbitrabilidade do litígio¹¹⁸.

Apoiando-se nessa ordem de ideias, pode-se indagar se a LBA deve ser interpretada de forma estática, de modo que o critério da disponibilidade trazido pelo seu dispositivo inaugural permaneceria válido em qualquer hipótese como requisito da arbitrabilidade separado da patrimonialidade.

A reflexão acerca do contexto histórico da LBA aponta no sentido de uma resposta negativa à pergunta acima formulada. Assim como “*nada é verdadeiramente necessário e imutável no mundo do direito*”¹¹⁹, é possível afirmar, passados quinze anos de sua vigência, que o art. 1º da LBA faz parte de um contexto em que era necessário consagrar a arbitragem como meio de resolução de litígios aceito pela comunidade jurídica brasileira, de modo que a inserção do critério da disponibilidade era medida necessária para alçar a arbitragem ao patamar em que ela se encontra no nosso contexto atual.

Isso não significa, entretanto, que a norma deva ser lida e interpretada hoje da mesma forma como foi outrora.

g) Conclusão.

¹¹⁸ RICCI, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem*, p. 409.

¹¹⁹ *Idem*, p. 404.

Como conclusão, é possível dizer que tanto o art. 8º da LBA quanto os arts. 851 e 852 do CC denotam a aproximação do direito brasileiro em relação ao modelo alemão, sendo obsoleta, portanto, a regra em virtude da qual a disponibilidade é pressuposto da arbitrabilidade, “*atendendo, assim, à exigência de harmonização da disciplina da arbitragem no mundo*”¹²⁰.

Segundo EDOARDO RICCI, há uma tendência mundial de expansão do âmbito da arbitrabilidade objetiva em direção ao modelo alemão. Em sentido muito semelhante se manifestam FOUCHARD, GAILLARD e GOLDMAN: “*the scope of objective non-arbitrability largely depends on the confidence placed in arbitration as a dispute resolution mechanism. Arbitration was once viewed with a degree of suspicion, but has now become the normal method of resolving disputes (...)*”¹²¹.

A conclusão a que chega EDOARDO RICCI no sentido de que a patrimonialidade é critério suficiente para que se leve determinado litígio à arbitragem é compartilhada por ANTÓNIO SAMPAIO CAMELO, ao afirmar o seguinte:

A meu ver, o critério que, com maior facilidade e congruência, permite determinar as controvérsias arbitráveis, é o da *natureza patrimonial do interesse controvertido* que foi acolhido, em primeiro lugar, pela Lei Suíça de Direito Internacional Privado de 18.12.1987, para as arbitragens internacionais (...). Parece-me também que a combinação do critério da *patrimonialidade do direito controvertido* como o da sua *transigibilidade* do direito feita pela Lei Alemã sobre a arbitragem, de 1998 – que foi adoptada também pela Lei Austríaca de 2006 – é ainda mais de louvar. Com efeito, considerando que o exercício de alguns direitos da personalidade pode ser limitado mediante negócios jurídicos (os chamados “negócios da personalidade”) celebrados pelo seu titular, sendo assim objecto de um *downgrading* por iniciativa deste (como acontece com o direito à imagem ou o direito à privacidade da vida privada), deixam de existir, em tais casos, as razões fundadas na importância axiológica desses direitos que justificariam a subtracção à arbitragem dos litígios a eles atinentes.¹²²

No que diz respeito ao objeto do presente trabalho, e tendo em vista as considerações acima expostas, é possível concluir pela inexistência de incompatibilidade entre a arbitragem e os direitos derivados dos contratos de concessão. Os litígios mais comuns envolvendo tais

¹²⁰ RICCI, *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem*, p. 410-411.

¹²¹ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International: The Hague, 1999. p. 331-332.

¹²² *Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*, p. 151-152.

avenças¹²³ não escaparão à característica da patrimonialidade, que, como se viu acima, é o critério mais seguro para o exame da arbitrabilidade objetiva.

No mais, o julgamento pelo juízo arbitral, além de compatível com os princípios que regem a atuação da Administração Pública (notadamente a eficiência e a moralidade), não pode ser presumido como menos imparcial ou menos favorável ao Estado do que o julgamento feito pelo Poder Judiciário. Pressupor o contrário seria o mesmo que admitir o total desvirtuamento dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que regem o processo, tanto arbitral quanto judicial.

Dito de outro modo, assim como não se pode presumir que o juízo arbitral seria mais favorável ao particular, também não se pode presumir que o Judiciário tenderia a favorecer o Estado, pois isso seria o mesmo que admitir a completa falência do estado democrático de direito.

¹²³ EDUARDO TALAMINI traz um rol exemplificativo das principais questões arbitráveis no âmbito das PPP: “– disputas sobre o equilíbrio da equação econômico-financeira; – disputas sobre a identificação e o cumprimento das obrigações contratuais de ambas as partes, inclusive as conseqüências do descumprimento; – disputas sobre os pressupostos e decorrências da extinção do contrato, revestidos de cunho patrimonial”. *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 346.

3. ARBITRAGEM E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Grande parte das discussões que serão tratadas nesta terceira parte do trabalho, voltadas a aspectos específicos da aplicação da arbitragem nas PPP, deriva da redação do art. 11 da Lei nº. 11.079/04, que assim dispõe:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

A primeira dúvida se coloca na medida em que o dispositivo estabelece que “*o instrumento convocatório conterá minuta do contrato*”, que poderá ainda prever a arbitragem como meio de resolução de litígios. Aparentemente, portanto, a Lei de PPP exclui a celebração de aditivo contendo a cláusula compromissória e de compromisso arbitral no âmbito de tais contratos, já que o edital de licitação deveria desde logo conter a convenção arbitral. Outra exigência do dispositivo que suscita discussão é a imposição de que a arbitragem seja realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Procurar-se-á, nos tópicos seguintes, tratar brevemente de alguns desses aspectos, bem como de outros pontos controversos do regime da arbitragem no âmbito das PPP não aparentes na redação do dispositivo legal supratranscrito.

3.1. Convenção arbitral

No que diz respeito à convenção de arbitragem, duas questões chamam a atenção: a natureza do contrato de concessão como contrato por adesão, que implicaria a aplicação do art. 4º, § 2º da LBA, e a discussão sobre a necessidade ou não de previsão da convenção arbitral no edital da licitação.

GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA defende que “*os contratos administrativos são autênticos contratos de adesão*”¹²⁴, razão pela qual a convenção arbitral deveria necessariamente constar de cláusula prevista desde logo no edital de licitação. Conforme se demonstrará abaixo, não é possível adotar esse entendimento.

3.1.1. O contrato de concessão é contrato por adesão?

Segundo CLÁUDIA LIMA MARQUES, contrato de adesão “*é aquele cujas cláusulas são preestabelecidas unilateralmente pelo parceiro contratual economicamente mais forte (fornecedor), ne varietur; isto é, sem que o outro parceiro (consumidor) possa discutir ou modificar substancialmente o conteúdo do contrato escrito*”¹²⁵. No mesmo sentido, LEONARDO DE MEDEIROS GARCIA caracteriza tais contratos como aqueles que são previamente e unilateralmente elaborados, ofertados de maneira uniforme e em caráter geral, além de “*terem como modo de aceitação a simples adesão do aderente, vinculando-o à vontade do ofertante*”¹²⁶.

Conforme explica ALINE LÍCIA KLEIN, o contrato de concessão não pode ser considerado contrato por adesão, porque a construção do contrato por adesão como figura do direito privado se deu em contexto muito diverso, no qual o direito deveria se preocupar com a proteção do consumidor¹²⁷. Com efeito, não há entre o poder concedente e o concessionário uma relação de prevalência técnica ou econômica que possa justificar a proteção deste último em face da Administração, que é quem redige o contrato de concessão e pré-estabelece as suas cláusulas.

Além disso, no contrato de concessão o concessionário tem plena liberdade de contratar, o que não ocorre nos contratos de consumo, considerados contratos por adesão. Nas palavras da autora supracitada, “*não existe a premência na obtenção do produto que se vislumbra nas relações de consumo*”¹²⁸. Deve-se lembrar, nesse ponto, que a razão do

¹²⁴ *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 596.

¹²⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 31.

¹²⁶ GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009. p. 326.

¹²⁷ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 95-97.

¹²⁸ *Idem*, p. 97.

reconhecimento do contrato por adesão pela doutrina privatista é essencialmente mercadológica, à consideração de que o consumidor, ao necessitar de forma imprescindível dos bens presentes no mercado para a satisfação de suas necessidades mais básicas, estaria sujeito à prática de abusos pelos fornecedores de tais produtos¹²⁹. Nada disso está presente na relação entre poder concedente e concessionário, que se rege essencialmente pelo interesse econômico, de um lado, e de satisfação das necessidades do Estado, de outro.

Aliás, é com base nisso que o modo de afastar eventual desequilíbrio entre as prestações das partes numa e noutra relação é completamente diferente. No contrato de concessão, essa desproporção pode ser combatida através da aplicação dos princípios do regime jurídico administrativo e da disciplina contratual da Administração:

É o regime jurídico dos contratos administrativos que inviabiliza e até mesmo torna inútil a aplicação de disposições legais relativas à contratação por adesão do Direito Privado. O equilíbrio interno das posições contratuais é definido pelo próprio ordenamento jurídico. A incidência de regras criadas para um contexto distinto de contratação – a de Direito Privado – poderia vir a comprometer a persecução dos fins visados na contratação administrativa.¹³⁰

Assim, a única correspondência entre o contrato de concessão e o contrato por adesão seria a aderência de uma das partes às disposições previamente estabelecidas pela outra. Nada mais, de modo que não se justifica a aplicação das regras aplicáveis aos contratos por adesão. Nas PPP, esse entendimento ganha força em função da horizontalidade e do caráter de parceria de que se falou na primeira parte deste trabalho.

Desse modo, a conclusão é pela absoluta inaplicabilidade do art. 4º, § 2º da LBA, bem como do art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº. 8.078/90), não sendo necessário que o concessionário concorde expressamente, mediante destaque ou por escrito em separado, com a cláusula arbitral prevista no contrato de concessão.

3.1.2. Desnecessidade de previsão da convenção arbitral no edital de licitação

¹²⁹ Sobre o assunto: MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007. p. 43-45; GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 632-638.

¹³⁰ KLEIN, *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 97.

Discussão bastante recorrente e atual no âmbito da utilização da arbitragem nas PPP diz respeito à necessidade de inserção da cláusula arbitral no edital de licitação.

Conforme o entendimento acima demonstrado, não sendo o contrato de concessão contrato por adesão, não há que se falar na necessidade de previsão explícita da convenção arbitral no edital de licitação, podendo tal convenção resultar de aditivo contratual ou mesmo de compromisso arbitral firmado após a instalação de litígio entre as partes.

Entretanto, há autores que negam a possibilidade de utilização da arbitragem nas PPP se não houver previsão editalícia prévia, fiando-se na literalidade do art. 11 da Lei nº. 11.079/04, ao dispor que o instrumento convocatório do certame para escolha do concessionário da PPP deve conter a minuta do contrato, que por sua vez poderá prever a arbitragem como meio de resolução dos litígios decorrentes da avença.

Segundo LAURO DA GAMA E SOUZA JR., em obra já citada, a redação do art. 11, III aponta, de um lado, no sentido da facultatividade da arbitragem e, de outro, da obrigatoriedade de que a convenção arbitral, como escolha do poder concedente, conste desde logo no edital da licitação. Além disso, o autor defende que o apontado inciso, ao falar em “*meios privados de resolução de litígios*” e definir que entre esses meios está “*inclusive a arbitragem*”, dá a ideia de que o edital de licitação pode prever cláusula escalonada, com a antecedência de outras formas amigáveis de resolução de litígios em relação à arbitragem, de modo que tal previsão teria que ser feita necessariamente no edital¹³¹.

A base desse entendimento está no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, aplicado às licitações, pelo qual o edital vincula a Administração e os participantes do certame tanto do ponto de vista material quanto formal, de modo que não é possível a prática de atos de regulação do contrato de concessão posteriormente à sua celebração¹³². O princípio da vinculação, albergado no art. 41 da Lei nº. 8.666/93, tem o intuito de impor à Administração Pública o atendimento aos demais princípios que norteiam a licitação, especialmente a moralidade, a legalidade e a isonomia, preservando a competitividade como elemento indispensável a qualquer certame licitatório, tendo em vista

¹³¹ *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 29-30.

¹³² *Idem*, p. 30.

que a escolha da arbitragem “*implicaria uma vantagem a ser considerada pelos potenciais licitantes*”¹³³.

Tal entendimento implica, conforme é facilmente perceptível, tanto a impossibilidade de estipulação de cláusula arbitral posteriormente à conclusão da licitação – por meio de aditivo contratual, por exemplo – quanto a impossibilidade de se firmar compromisso arbitral no âmbito da PPP. Além disso, haveria uma clara dissonância entre a disposição da Lei de PPP e o art. 4º da LBA, que permite a celebração da cláusula compromissória em separado ao contrato, o que pode se dar por meio de aditivo.

É evidente que a solução mais adequada não repousa no conflito de Leis no tempo, não sendo plausível afirmar que a Lei de PPP deve prevalecer porque posterior e especial em relação à LBA. A resolução da questão passa, em verdade, pela correta interpretação de tais Leis, à consideração de que, conforme defendido na segunda parte desse trabalho (item 2.2.2), a arbitragem não se equipara à transação sobre o direito material das partes, mas sim à escolha do juiz do litígio. Em outras palavras, o campo de incidência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (material) é distinto do campo de incidência das regras de submissão à arbitragem (processual).

Embora adote outra noção sobre a arbitrabilidade, que não a proposta na conclusão exposta neste trabalho, EDUARDO TALAMINI compartilha da opinião de que é desnecessária a previsão em edital:

Mas se a arbitragem não for prevista no edital (e conseqüentemente também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui em si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos – razão pela qual é dispensável sua previsão em edital.¹³⁴

No mais, como explica o autor, a suposta vantagem que poderia ter o contratado com a estipulação posterior da arbitragem não pode ser medida nem quantificada de forma objetiva, e, no mais, por ser hipótese legal de resolução de litígios, poderia ser visualizada por

¹³³ KLEIN, *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 94.

¹³⁴ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 351.

qualquer interessado no certame¹³⁵. Ou seja, trata-se, como define ALINE LÍCIA KLEIN, de “*simples aplicação de hipótese legal*” (LBA, arts. 3º e 4º e CC, arts. 851-853), não consistindo em vantagem indevida ao contratado¹³⁶.

No entanto, conforme afirma a mesma autora, no âmbito da PPP é altamente recomendável a adoção da convenção arbitral desde o edital, de modo a facilitar a formação do juízo arbitral sem eventual necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário e atrair a confiança dos investidores¹³⁷. No mesmo sentido, TALAMINI coloca que a previsão da arbitragem desde o edital pode incentivar a apresentação de propostas mais vantajosas para a Administração¹³⁸.

3.2. Administração da arbitragem

No que diz respeito à administração da arbitragem, PEDRO BATISTA MARTINS explica que as partes podem através da arbitragem incorporar as regras de uma instituição arbitral ou deixar aos árbitros a escolha do procedimento a ser adotado, dentro da idéia de que a Lei chancela a liberdade das partes como essência do instituto da arbitragem¹³⁹.

Cumprido examinar, em primeiro lugar, se a arbitragem no âmbito das PPP pode adotar qualquer um desses tipos, ou se é exigida a arbitragem institucional, considerada mais segura por estar vinculada às regras e à reputação de uma instituição arbitral¹⁴⁰. Em segundo lugar, cabem algumas notas sobre a desnecessidade de licitação para a escolha da câmara arbitral nos contratos de PPP.

3.2.1. Arbitragem institucional X *ad hoc*

¹³⁵ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 351. O entendimento foi confirmado recentemente por decisão do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 904.813/PR, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma em 20/10/2011.

¹³⁶ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 95.

¹³⁷ *Idem*, p. 94-95.

¹³⁸ *Obra citada*, p. 352.

¹³⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem*: comentários à lei 9.307/96. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 235.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 235-236.

A Lei n.º. 11.079/04 não determina que a arbitragem nas PPP seja institucional, ou seja, vinculada a uma câmara arbitral e, conseqüentemente, ao seu regulamento. Portanto, é válida a estipulação de cláusula arbitral prevendo arbitragem *ad hoc* no contrato administrativo ou por compromisso arbitral¹⁴¹.

Tanto uma quanto outra modalidade de arbitragem pode trazer certas vantagens às partes. Em relação à arbitragem institucional, apontam-se como vantagens a existência da lista de árbitros de referência da instituição escolhida, o prévio conhecimento do valor das custas e honorários dos árbitros, a possibilidade de contar com a estrutura administrativa da câmara, bem como com o seu procedimento previsto no regulamento¹⁴².

Já no que diz respeito à utilização da arbitragem *ad hoc*, esta se mostra adequada nos casos em que, dada a complexidade do litígio, as partes já possuem conhecimento a respeito dos árbitros aptos a integrar o painel arbitral, bem como estrutura suficiente para administrar o litígio sem precisar contar com uma instituição arbitral¹⁴³.

Entretanto, mostra-se mais seguro para as partes nos contratos de PPP a previsão de arbitragem institucional, elencando, desse modo, além dos requisitos essenciais do art. 10 da LBA, a instituição arbitral. Do ponto de vista do particular¹⁴⁴, essa precaução pode evitar que o Estado posteriormente alegue perante o Judiciário que não foi respeitado o regime de licitação para a escolha da câmara arbitral, questão que será tratada no próximo tópico.

É possível discutir a constitucionalidade de certas Leis estaduais de PPP, como a Lei n.º. 14.868/03, do Estado de Minas Gerais, que dispõe que as arbitragens nas PPP realizadas por entes da Administração Pública daquele Estado devem ser necessariamente institucionais. Como essas disposições comumente trazem requisitos mais específicos do que a LBA e a Lei n.º. 11.079/04, a discussão sobre a sua constitucionalidade cingir-se-á sempre ao caráter processual ou não do dispositivo, em face do art. 22, I, da CF, que estabelece a competência privativa da União para legislar sobre direito processual.

¹⁴¹ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 352.

¹⁴² SOUZA JR., *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 40.

¹⁴³ *Idem*.

¹⁴⁴ TALAMINI, obra citada, p. 352.

3.2.2. Desnecessidade de licitação para a escolha da câmara arbitral

Questão realmente polêmica envolvendo a administração da arbitragem nos contratos de concessão é a necessidade ou não de licitação para escolha da câmara arbitral, no caso da arbitragem institucional.

Em defesa da licitação, aplicando-se uma visão restrita ao direito administrativo, pode-se evocar a taxatividade do art. 24 da Lei de Licitações, ao indicar os casos de dispensa de licitação¹⁴⁵, bem como a inaplicabilidade do instituto da inexigibilidade previsto no art. 25 da mesma Lei, tendo em vista: i) a possibilidade de competição entre as instituições presentes no mercado; ii) a possibilidade de definição objetiva da prestação almejada; e iii) a presença de critérios objetivos para a seleção da melhor proposta¹⁴⁶.

Em sentido contrário, sustentando o não cabimento da licitação, é possível sustentar que a escolha da câmara arbitral se baseia preponderantemente na reputação, experiência e confiança das partes na instituição¹⁴⁷, de modo que a natureza personalíssima da atividade impossibilita a aferição objetiva das propostas dos licitantes. Nesse sentido, também, é possível lembrar do ensinamento de ADILSON ABREU DALLARI no sentido de que “*confiança não se licita*”¹⁴⁸. JONATHAN BARROS VITA explica as possibilidades de enquadramento nos casos de inexigibilidade ou dispensa, previstos na Lei de Licitações:

Giro diverso é o de reflexão ainda não visualizada pelos doutrinadores pátrios no que toca ao problema da necessidade de licitação para contratação dos serviços de arbitragem, do que não é dado excluir a necessidade de licitar tal serviço, que assume o caráter de técnico, nos estritos moldes do artigo 13 inciso II da Lei 8.666, no que toca às avaliações em geral. Tal artigo colhe remissão efetuada às possibilidades de inexigibilidade do artigo 25 no seu inciso II. Deve ser dito que tal artigo 13 pode ser interpretado extensivamente e não como mero *numerus clausus*, do que são serviços técnicos especializados não afetos a concorrência em suas modalidades de técnica, preço ou técnica e preço. Ainda que não se considere que a inexigibilidade seja cabível, em tal espécie, restaria a possibilidade de dispensa da licitação, no que é serviço de outro gênero não listado no artigo 13 até o limite do artigo 23, II, a, da supracitada lei.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, *Curso de direito administrativo*, p. 346.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 347-348.

¹⁴⁷ PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 289.

¹⁴⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 69.

Por fim, esse autor propõe que em não se considerando as possibilidades antes apresentadas, “*deve ser realizado concurso público para a escolha do referido árbitro, mas com a possibilidade de participação da parte ex adversa na escolha de tal*”¹⁴⁹. Essa proposta, no sentido de dar ao particular a possibilidade de participação na licitação para escolha da câmara, além de não ter respaldo na Lei, encontra sérios entraves do ponto de vista prático, conforme adiante se demonstrará.

Sem a pretensão de fazer um exame detalhado do tema, procura-se aqui tratar brevemente do ponto que parece ser crucial: como impor a outra parte (o particular) a escolha de uma câmara através de licitação, considerando o princípio da autonomia da vontade e a confiança no árbitro da causa, que constituem a essência da arbitragem?

É corrente na doutrina a noção de que a liberdade dos contratantes para estabelecer o modo pelo qual o litígio será resolvido é ponto fundamental da arbitragem¹⁵⁰. Além disso, a confiança das partes na escolha dos árbitros também é da essência da arbitragem, o que significa que a escolha da câmara arbitral para a arbitragem institucional deve ser feita com a participação de ambas as partes. Em geral, é o próprio regulamento da instituição arbitral que vai determinar o procedimento para a escolha dos árbitros.

Com base nessa premissa, tem-se que sequer é preciso evocar a inexigibilidade de licitação pela inviabilidade de competição entre as instituições arbitrais, já que, antes disso, não se pode admitir que uma das partes numa arbitragem imponha à outra a escolha do órgão cujas regras determinarão o procedimento de escolha dos árbitros e as demais regras atinentes ao processamento da arbitragem.

Em outras palavras, ainda que se entendesse que a administração da arbitragem não é atividade dotada de singularidade, não estando presente marca pessoal do executor¹⁵¹, a licitação não seria cabível por esbarrar no princípio da confiança, caríssimo à arbitragem como meio de resolução de litígios. Isso porque o particular ficaria sujeito ao resultado da licitação, que poderia resultar na contratação de uma câmara arbitral da qual ele não tivesse conhecimento ou confiança.

¹⁴⁹ VITA, Jonathan Barros. *Arbitragem e Poder Público: uma Nova Abordagem*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 220.

¹⁵⁰ CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 64.

¹⁵¹ MELLO, *Curso de direito administrativo*, p. 541.

No mais, a imposição de licitação para escolha da câmara arbitral conduz ainda a um problema prático bastante incômodo, qual seja o de saber se a licitação deveria ser realizada antes ou concomitantemente à contratação do particular, ou somente por ocasião do surgimento de algum litígio.

Ambas as hipóteses podem ser pragmaticamente objetadas. De um lado, a contratação prévia afrontaria os princípios da moralidade, da eficiência e da economicidade, que devem nortear o comportamento da Administração. De outro lado, a contratação somente após surgido um litígio traria evidentes percalços ao concessionário, pois restaria a ele provocar a Administração para a realização da licitação, adiantando a sua intenção de ingressar com arbitragem, e esperando a boa-vontade do poder concedente em realizar o certame da maneira mais rápida e eficiente possível, sob pena de ter de recorrer ao Poder Judiciário para resguardar os seus direitos.

Em resumo, a realização de licitação para escolha de câmara arbitral se mostra claramente incompatível com o sistema da arbitragem, bem como com o próprio interesse da Administração em resolver os litígios da forma mais eficiente e econômica possível. A sua adoção tornaria inócua a escolha da arbitragem como meio mais célere e eficiente de resolução de litígios albergado pela Lei das PPP.

3.3. Local e língua da arbitragem

A Lei nº. 11.079/04 estabelece que as arbitragens no âmbito das PPP devem ser realizadas necessariamente no Brasil e em língua portuguesa (art. 11, III).

Quanto ao local da arbitragem, há divergência entre os autores que tratam do tema. De um lado, LAURO DA GAMA E SOUZA JR. sustenta ser vantajoso ao investidor estrangeiro se submeter à arbitragem no Brasil, pelo fato de o país não ser signatário da Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Washington, 1965), tampouco de outras convenções bilaterais similares. Desse modo, o Estado brasileiro poderia alegar imunidade de jurisdição perante

tribunal estrangeiro, o que tornaria a realização de arbitragem internacional dificilmente exequível ou inócua em caso de vitória do concessionário¹⁵².

No caso de vitória do ente público, por outro lado, a sentença proferida no Brasil teria ampla exequibilidade fora do país, em função dos tratados e convenções que facilitam a circulação das sentenças arbitrais, dos quais se destaca a Convenção de Nova York de 1958, da qual o Brasil é parte. Desse modo, a realização da arbitragem no Brasil seria vantajosa tanto para o poder concedente quanto para o particular estrangeiro¹⁵³.

Em sentido contrário, há os que sustentam que tal norma torna o investimento em infraestrutura através das PPP pouco atrativo ao investidor estrangeiro, que com a arbitragem buscaria justamente evitar a sua sujeição a uma infundável gama de recursos e incidentes nos lentos tribunais brasileiros¹⁵⁴.

Uma primeira forma de interpretar a imposição do Brasil como local da arbitragem é admitir que, caso necessário, é possível aos árbitros realizar certos atos da arbitragem fora do Brasil, em nome do princípio da eficiência e economia processual, evitando assim o recurso à carta rogatória, que é completamente incompatível com a arbitragem, devido a sua notória lentidão¹⁵⁵.

De modo a apaziguar essa imposição da Lei de PPP com os propósitos da aplicação da arbitragem, EDUARDO TALAMINI defende que seria possível a aplicação subsidiária da Lei de Licitações em relação a essa exigência, mesmo não havendo em relação a esse ponto expressa referência da Lei de PPP, como há em relação a outros dispositivos. A expressa remissão somente seria necessária no ponto em que houver desarmonia teleológica entre os diplomas legais. Desse modo, seria possível aplicar às PPP a exceção ao art. 55, § 2º, da Lei de Licitações, prevista no art. 32, § 6º da mesma Lei, já mencionada no tópico 2.1, letra *c* do presente trabalho, não sendo obrigatório adotar “*o foro da sede da Administração*” para as arbitragens envolvendo PPP¹⁵⁶.

¹⁵² Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas, p. 31.

¹⁵³ Idem, p. 32.

¹⁵⁴ LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Brazil's New Public-Private Partnership Law: one step forward, two steps back*. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 224. No mesmo sentido, CARMONA, na obra *Arbitragem e processo*, p. 55-56.

¹⁵⁵ SOUZA JR., *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 31. CARMONA, *Arbitragem e processo*, p. 55.

¹⁵⁶ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 354.

Esse entendimento se coaduna com a característica de parceria que marca os contratos de PPP, também já ressaltada nesse estudo, de modo que não poderia valer para essas concessões um regime mais severo do que o estabelecido pela Lei de Licitações para as contratações da administração em geral, a princípio não marcadas pela horizontalidade que incide sobre as PPP.

Além disso, TALAMINI também ressalta que não há motivo para duvidar da idoneidade de processos arbitrais desenvolvidos fora do Brasil, até porque, tratando-se de sentença estrangeira, a decisão estaria de todo modo sujeita ao controle homologatório feito pelo Superior Tribunal de Justiça nos termos do art. 105, I, *i*, da CF e dos arts. 34-40 da LBA¹⁵⁷. O histórico de decisões favoráveis à arbitragem em tais casos¹⁵⁸ tornaria a prolação de sentença estrangeira mais segura ao investidor, pois ele não teria que se sujeitar a eventuais decisões de instâncias inferiores do Poder Judiciário, menos versadas e afeitas à arbitragem, em eventual ação de anulação, por exemplo.

O que se vê, portanto, é que não há como admitir uma interpretação literal do art. 11, III, da Lei de PPP, devendo o dispositivo ser compatibilizado com o sentido da arbitragem e com o intuito de tal Lei de incentivar o investimento em infraestrutura no Brasil.

Quanto à língua da arbitragem, é opinião geral dos autores adotados neste trabalho de que a língua nacional é obrigatória, porém é salutar a adoção de outra língua ao lado do português caso esteja presente parte ou árbitro estrangeiro na arbitragem, ou mesmo em outros casos em que a medida se justifique. Nesse sentido manifestam-se ALINE LÍCIA KLEIN¹⁵⁹, LAURO DA GAMA E SOUZA JR.¹⁶⁰, EDUARDO TALAMINI¹⁶¹, entre outros.

Vale, no entanto, a observação crítica de CARLOS ALBERTO CARMONA, que defende que a imposição da língua portuguesa não pode passar dos limites da razoabilidade, impondo a tradução desnecessária e inconveniente de documentos redigidos em outras línguas, por exemplo:

Creio, apenas, que a ressalva legal não possa ser levada às últimas consequências para o bem da própria Administração. Explico: se a reserva significar, por exemplo,

¹⁵⁷ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 353-354.

¹⁵⁸ Corte Especial, SEC nº. 4.414/US, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 29/06/2010; Corte Especial, SEC nº. 3.035/FR, Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. 19/08/2009; Corte Especial, SEC nº. 3.661/GB, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 28/05/2009; Corte Especial, SEC nº. 3.660/GB, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 28/05/2009.

¹⁵⁹ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 102.

¹⁶⁰ *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 33-34.

¹⁶¹ *Obra citada*, p. 355.

que documentos produzidos em língua estrangeira tenham necessariamente que ser traduzidos (ainda que árbitros e litigantes tenham o domínio do idioma em que foram redigidos), numa transposição inadequada, para o processo arbitral, dos arts. 156 e 157 do Código de Processo Civil, haverá insuportável perda de tempo e dinheiro, desperdício intolerável tanto para a Administração como para o parceiro privado. O bom-senso, portanto, recomenda que a utilização do vernáculo não crie burocracia inoportuna (...).¹⁶²

3.4. Arbitragem de direito X arbitragem por equidade

Considerada a liberdade como premissa e elemento essencial da arbitragem, conforme já exposto acima, a princípio as partes têm total liberdade para escolher as normas aplicáveis à resolução do litígio, tanto do ponto de vista do direito material quanto no que diz respeito ao processo arbitral. Dentro disso, é possível que as partes escolham, no lugar das normas de direito vigente, a equidade como parâmetro para julgamento, de modo que o julgador pode “*eleger as situações em que a norma não merece mais aplicação, ou porque a situação não foi prevista pelo legislador, ou porque a norma envelheceu e não acompanhou a realidade, ou porque a aplicação da norma causará injusto desequilíbrio entre as partes*”¹⁶³.

A escolha da equidade como critério de julgamento em lugar do critério de direito foi albergada pela LBA no art. 2º.

No entanto, é pacífico na doutrina o entendimento de que no caso da arbitragem envolvendo o poder público o julgamento não pode se despir da aplicação do direito vigente, porque, como explica GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, a aplicação do princípio da legalidade impede que se afaste a regência dos contratos administrativos pela legislação especial que os disciplina¹⁶⁴.

A opinião é compartilhada, entre outros, por JOSÉ EMILIO NUNES PINTO¹⁶⁵, ALINE LÍCIA KLEIN¹⁶⁶ e LAURO DA GAMA E SOUZA JR., sendo que esse último acrescenta elucidativamente que “*embora o princípio da legalidade administrativa não deva*

¹⁶² *Arbitragem e processo*, p. 56.

¹⁶³ CARMONA, obra citada, p. 15 e 65.

¹⁶⁴ *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 596.

¹⁶⁵ *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, p. 21.

¹⁶⁶ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 101.

*ser entendido como vinculação da conduta administrativa à lei positiva, não quer dizer, tampouco, que o Poder Público pode conduzir-se sem observar o direito*¹⁶⁷.

No que diz respeito ao direito adjetivo aplicável à arbitragem, ALINE LÍCIA KLEIN defende que há uma margem de maior liberdade para a escolha das partes, mesmo em se tratando de arbitragem envolvendo entes públicos, visto que elas poderão adotar as regras do Processo Civil nacional ou de uma instituição arbitral, ou mesmo delegar a escolha da regência do processo aos árbitros, nos termos do art. 21 da LBA. A única exigência é que sejam respeitados os princípios e garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal¹⁶⁸.

3.5. A extensão da aplicação do princípio da publicidade

Já se tratou acima da questão do respeito ao princípio da publicidade imposto constitucionalmente para os atos do Poder Público brasileiro, concluindo-se que nas arbitragens envolvendo o Estado esse princípio deve prevalecer sobre o princípio da confidencialidade da arbitragem (item 2.1, *d*). É necessário, nesse ponto, fazer algumas observações sobre a extensão da aplicação da publicidade dos atos da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Na visão de JOSÉ EMILIO NUNES PINTO, o respeito ao princípio da publicidade nas arbitragens envolvendo o Poder Público não pode significar uma total abertura dos atos realizados no processo arbitral a qualquer cidadão. É evidente que deve ser dada a devida publicidade à sentença arbitral, o que não significa que, quanto aos demais atos, os próprios árbitros enquanto juízes de fato e de direito da causa não possam controlar o acesso de terceiros, visando conferir maior segurança às partes e ao trabalho desenvolvido¹⁶⁹.

Na verdade, essa restrição ao princípio da publicidade, por conveniência dos árbitros e das partes, não fere a norma constitucional do *caput* do art. 37 da CF, pois como explicam CLAUDIO LAMPERT e JOEL RENNÓ JR., a inserção de tal princípio na Constituição teve

¹⁶⁷ *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 36.

¹⁶⁸ *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 101.

¹⁶⁹ *A arbitralidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, p. 21.

o intuito de “*proibir que qualquer representante da Administração Pública continuasse a se esconder sob o espectro de sua autoridade pública*”. Refere-se, portanto, à prática de atos em sentido lato pela Administração, em relação ao que era muito comum que, no regime anterior à CF de 1988, fossem praticados atos secretos pelos agentes estatais.

Assim, como a solução de arbitragem num contrato envolvendo o Estado não se confunde com a prática de atos administrativos, nada impede a restrição ao princípio da publicidade, sob pena de, divulgando-se informações particulares e sigilosas das partes, estar-se produzindo resultado diametralmente contrário ao que se buscou com a escolha da arbitragem para a resolução dos litígios. Até porque, para os atos judiciais, a própria CF estabelece a possibilidade de sua restrição com vistas à proteção da intimidade das partes ou em casos de relevante interesse social (art. 5º, LX)¹⁷⁰. É evidente, também, que a restrição à publicidade deve ser aplicada apenas excepcionalmente, desde que devidamente fundamentada e apenas no que se refere às informações que devem ser protegidas pelo sigilo¹⁷¹.

Tal entendimento também exprime, no que diz respeito à extensão da aplicação do princípio da publicidade, a noção horizontal da PPP de que se falou no início deste estudo, na medida em que não se sonega ao particular a proteção de certas informações relevantes e sigilosas, em nome do interesse da Administração.

Cabe frisar que o fato de se aplicar à arbitragem envolvendo o Estado o princípio da publicidade também não significa que os árbitros não estejam adstritos ao cumprimento do seu dever de discricção, que contempla o sigilo, impedindo sejam reveladas informações detalhadas sobre o processo arbitral, salvo quando solicitado pelos próprios órgãos de controle da Administração¹⁷².

3.6. Pendência de procedimento administrativo

¹⁷⁰ *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública*, p. 157-158.

¹⁷¹ KLEIN, *A arbitragem nas concessões de serviço público*, p. 103-104.

¹⁷² PINTO, *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*, p. 21.

Seguindo adiante, é caso de reafirmar que não há necessidade de exaurimento da via administrativa para que se realize a arbitragem, em nenhuma hipótese, mesmo nos casos em que o próprio contrato de PPP preveja a instauração de procedimento administrativo em determinados casos. Isso é constatado analogicamente, vez que o art. 5º, XXXV, da CF vigente não exige o esgotamento da via administrativa para que se requeira a tutela jurisdicional, numa clara mudança de diretriz em relação à Constituição anterior (Constituição Federal de 1967, Emenda Constitucional nº. 7, de 1977, art. 153, § 4º). A única exceção seria aquela presente no art. 217, § 1º, do próprio texto constitucional¹⁷³.

Em outras palavras, se a CF consagrou o acesso à justiça como integrante do rol de direitos fundamentais, não haveria porque não se reconhecer à arbitragem, como equivalente jurisdicional¹⁷⁴, o mesmo *status* dado ao Poder Judiciário. Em verdade sequer é necessária essa aplicação analógica do direito de acesso à Justiça, pois, conforme esclarece CARMONA, essa previsão constitucional não se consubstancia apenas na garantia de simples ingresso junto ao Poder Judiciário, mas assegura o direito à resolução adequada do litígio, que evidentemente também é buscada e garantida pela via arbitral¹⁷⁵.

Não pode ser outro o entendimento diante do art. 31 da LBA, que estabelece que a sentença arbitral produz entre as partes os mesmos efeitos da decisão judicial transitada em julgado, não havendo necessidade de sua homologação pelo juízo estatal. Some-se a esse dispositivo o art. 18 da mesma Lei, que estabelece a posição do árbitro como juiz de fato e de direito da causa.

Portanto, entender de modo diverso seria o mesmo que retroagir à superada discussão sobre a constitucionalidade da arbitragem no direito brasileiro, sepultada no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº. 5.206-7, julgado no Supremo Tribunal Federal em 12/12/2001, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence.

Ainda, conforme os ensinamentos de ODETE MEDAUAR, a lógica do direito vigente é a de que aquele que sofreu ou se encontra na iminência de sofrer lesão de direitos em decorrência da atuação da administração “*não é obrigado a interpor recurso administrativo primeiro, para depois, decidido este, ajuizar uma ação*”. Devem ser vedadas,

¹⁷³ TALAMINI, *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 356-357.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 356.

¹⁷⁵ *Arbitragem e processo*, p. 27.

nesse sentido, quaisquer interpretações que restrinjam o acesso à Justiça para a proteção de direitos lesados¹⁷⁶.

De outra via, conforme explica TALAMINI, do mesmo modo que a arbitragem “*não é sucedâneo do processo administrativo*”, mesmo quando a solução arbitral estiver prevista, as partes têm o direito de recorrer antes ao processo administrativo, se assim desejarem¹⁷⁷, direito este que também é assegurado constitucionalmente.

Por fim, vale mencionar a observação desse mesmo autor no sentido de que a previsão de outros meios prévios de resolução do litígio (como a mediação) não pode ser confundida com o esgotamento do processo administrativo, até porque a Lei de PPP traz a possibilidade de aplicação de outros mecanismos privados de resolução de disputas (art. 11, III)¹⁷⁸.

3.7. Nota sobre a boa-fé da Administração

Cabe em último lugar observar que a boa-fé tem guarida nos contratos de concessão através do princípio da moralidade administrativa determinado pelo art. 37, *caput*, da CF. Em verdade, como explica MARÇAL JUSTEN FILHO, a moralidade é fundamento de validade da conduta administrativa¹⁷⁹. No mais, ainda que assim não fosse, deve ser lembrado que a PPP se instrumentaliza como um contrato, e como tal deve respeitar o princípio da boa-fé contratual imposto pelo art. 422 do CC, no sentido de proibir de comportamentos contraditórios (*venire contra factum proprium*) e proteger a confiança entre as partes¹⁸⁰.

Conforme relata EDUARDO TALAMINI, tem sido comum que a Administração, ao ver seus interesses contrariados na arbitragem, procure negar a possibilidade de sua aplicação, alegando, entre outros supostos empecilhos, a presença de questões indisponíveis, insuscetíveis de apreciação pelo juízo arbitral. É evidente que essas circunstâncias reduzem o

¹⁷⁶ MEADUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 394.

¹⁷⁷ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 356.

¹⁷⁸ *Idem*, p. 357.

¹⁷⁹ *Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 1, fev-mar-abr 2005, disponível em: www.direitodoestado.com/revista/redae-1-fevereiro-2005-mar%20justen.pdf. p. 21.

¹⁸⁰ SOUZA JR., *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas*, p. 42.

interesse do particular na parceria, uma vez que a duplicidade de processos (arbitral e judicial) gera grande custo, perda de tempo e desgaste¹⁸¹.

Ainda que não se possa acolher a visão genérica de JUSTINO DE OLIVEIRA, segundo a qual o simples fato de ter sido objeto de contratação pelo Estado tornaria qualquer questão arbitrável no âmbito da PPP¹⁸², o fato é que em alguns casos concretos a atuação da Administração reconhecidamente ultrapassa o exercício da defesa legítima, configurando nítido *venire contra factum proprium*¹⁸³.

Assim, é relevante a observação de TALAMINI, no sentido de que o sucesso da arbitragem e da própria PPP depende do respeito ao princípio da boa-fé. Por esse motivo, a diretriz internacionalmente seguida tem sido a de se repelir práticas contraditórias do poder público, negando a possibilidade de os entes estatais invocarem questões internas com o objetivo de se recusar a participar de arbitragem com a qual haviam consentido anteriormente¹⁸⁴.

¹⁸¹ *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*, p. 357.

¹⁸² *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*, p. 595. Não se pode concordar com esse raciocínio em função da sua circularidade, bem como de sua incompatibilidade com as vicissitudes e com a complexidade das relações contratuais da natureza da que constitui objeto deste trabalho.

¹⁸³ Situações como essa têm sido reprimidas pelo Judiciário, de que é exemplo o famoso caso paranaense COMPAGÁS X Consórcio Carioca-Passarelli.

¹⁸⁴ Obra citada, p. 357-358.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como decorrência de tudo o que se expôs, é possível afirmar que a utilização da arbitragem no âmbito das Parcerias Público-Privadas demanda uma interpretação das normas e institutos envolvidos em consonância com o modelo da “*Administração pública paritária*”, na expressão utilizada por JUSTINO DE OLIVEIRA. Esse novo modelo da contratualização administrativa aponta no sentido da paridade entre o particular e o Estado no contrato de concessão, através da ampliação das bases negociais e da interdependência entre as prestações do particular¹⁸⁵.

Nesse sentido, superadas as dúvidas sobre a possibilidade de o Estado ser parte em arbitragem, é necessário remover outros obstáculos ainda remanescentes à adoção da arbitragem em litígios administrativos, especialmente no campo da arbitrabilidade objetiva. Conforme exposto acima, consolidada a aplicação da arbitragem no direito brasileiro, e passados quinze anos da entrada em vigor da Lei Brasileira de Arbitragem, é chegado o momento de revisar as razões históricas pelas quais o seu art. 1º inseriu a patrimonialidade e a disponibilidade como requisitos para a arbitrabilidade dos litígios, mantendo-se como base aquilo que for compatível com a evolução da arbitragem no contexto nacional e internacional.

Além disso, devem ser repudiados quaisquer preconceitos e visões parciais ainda existentes em relação à arbitragem no âmbito dos contratos públicos, especialmente aqueles que partem do equivocado (e antidemocrático) pressuposto de que o Poder Judiciário seria o julgador ideal, e, de outro lado, que a arbitragem, por ser meio privado de resolução de litígios, tenderia ao favorecimento dos particulares.

Através do presente trabalho, procurou-se revisar e sistematizar algumas ideias elementares a respeito do tema, considerando que a arbitragem está aos poucos se tornando uma realidade no âmbito da contratação pública¹⁸⁶. Mantém-se, no entanto, a discussão em aberto, já que, ao contrário do que ocorre com a Lei, que entra em vigor imediatamente, a criação de uma cultura da arbitragem nessa seara se dá de maneira gradual.

¹⁸⁵ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e Parceria Público-Privada*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 107.

¹⁸⁶ GREBLER, *A solução de controvérsias em contratos de Parceria Público-Privada*, p. 72.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, Lise de; COSTA, Sérgio de Freitas. *Prerrogativas da Administração Pública no Processo Arbitral: um Imperativo?* In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano VI, nº 25, jan.-fev.-mar. 2010.

AROCA, Juan Montero. *Proceso y garantía (civil y penal): el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BARLETTA, Antonino. *La disponibilità dei diritti nel processo di cognizione e nell'arbitrato*. In: Rivista di Diritto Processuale, n. 4, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, t. II, 2003.

BINENBOJN, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição*. In: Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, 241: 159-175, jul.-set. 2005.

CARAMELO, António Sampaio. *Critérios de arbitrabilidade dos litígios. Revisitando o tema*. In: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 7, n. 27, out.-dez. 2010, Revista dos Tribunais.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRETELLA NETO, José. *Quão sigilosa é a arbitragem?* In: Revista de Mediação e Arbitragem, ano 7, n. 25, abr.-jun./2010, Revista dos Tribunais.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERREIRA, Luiz Tarcísio Teixeira. *Apontamentos sobre aspectos controversos das Parcerias Público-Privadas*. In: Revista do Advogado, n. 107, dez. 2009.

FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *On International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, The Hague, 1999.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Técnicas de Negociação. Resolução Alternativa de Conflitos: ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do consumidor*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo: Malheiros, n. 32, 2000.

_____. *Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória*. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. 18/398, out.-dez. 2002.

GREBLER, Eduardo. *A solução de controvérsias em contratos de Parceria Público-Privada*. In: Revista de Mediação e Arbitragem, ano 1, n. 2, mai.-ago. 2004, Revista dos Tribunais.

GRINOVER, Ada Pellegrini (et al.). *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *As parcerias público-privadas e a transferência de atividades de suporte ao poder de polícia – em especial, a questão dos contratos de gestão privada de serviços em estabelecimentos prisionais*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 1, fev.-mar.-abr. 2005, disponível em: www.direitodoestado.com/revista/redae-1-fevereiro-2005-mar%20justen.pdf.

_____. *Concessões de serviços públicos: comentários às Leis nºs 8.987 e 9.074, de 1995*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KLEIN, Aline Lícia. *A arbitragem nas concessões de serviço público*. In: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord.). *Arbitragem e poder público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LAMPERT, Claudio; RENNÓ JR., Joel. *A Eficácia da Arbitragem e da Cláusula de Confidencialidade nos Contratos da Administração Pública*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano I, nº 4, out.-dez. 2004.

LEE, João Bosco. *O princípio da confidencialidade na arbitragem comercial internacional*. In: VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Brazil's New Public-Private Partnership Law: one step forward, two steps back*. In: LEE, João Bosco; VALENÇA FILHO, Clávio de Melo. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2008.

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

MAGALHÃES, José Carlos de. *Contratos com o Estado*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano I, nº 3, jul.-set. 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e serviços públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Universalização dos serviços públicos e competição – o caso da distribuição de gás natural*. In: Revista de Direito Administrativo, n. 223, jan.-mar. 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista. *Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem: comentários à lei 9.307/96*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Renovar, n. 223, jan.-mar. 2001.

MEADUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA JUNIOR, Delosmar. *Natureza jurídica da remessa necessária*. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss (coord.). *Processo Civil: aspectos relevantes*. Estudos em homenagem ao Prof. Humberto Theodoro Júnior. v. 2. São Paulo: Método, 2007.

MORAES, Márcio André Medeiros. *Arbitragem nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2007.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Estado contratual, direito ao desenvolvimento e Parceria Público-Privada*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Parcerias público-privadas: indelegabilidade no exercício da atividade administrativa de polícia e na atividade administrativa penitenciária*. In: SUNDFELD, Carlos Ary (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2007.

PINTO, José Emilio Nunes. *A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais*. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano I, nº 1, jan.-mar. 2004.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à Lei de PPP*. São Paulo: Malheiros, 2007.

RICCI, Edoardo F. *Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas*. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (coord.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, João Roberto da. *Arbitragem – Aspectos Gerais da Lei nº 9.307/96*. Leme: Mizuno, 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Princípio da isonomia e a Administração Pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 43, n. 169, p. 7-12, jan.-mar. 2006.

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)*. In: Revista Brasileira de Arbitragem, ano II, n. 8., out.-nov.-dez. 2005.

TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e Parceria Público-Privada (PPP)*. In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (coord.). *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VITA, Jonathan Barros. *Arbitragem e Poder Público: uma Nova Abordagem*. In: GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (coord.). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

WALD, Arnoldo; SERRÃO, André. *Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões*. In: Revista de Arbitragem e Mediação nº. 16, jan.-mar. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. v. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.