

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

SILVIA DE LIMA HILST WOLANIUK

**ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO ECONÔMICO**

**CURITIBA
2009**

SILVIA DE LIMA HILST WOLANIUK

**ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADAS: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO
ADMINISTRATIVO ECONÔMICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Ângela Cássia Costaldello

**CURITIBA
2009**

De Acordo

SUMÁRIO

RESUMO	06
INTRODUÇÃO	07
1 A ARBITRAGEM NO BRASIL	10
1.1 PANORAMA GERAL.....	10
1.2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	11
1.3 NATUREZA JURÍDICA.....	12
1.3.1 Corrente Privatista.....	13
1.3.2 Corrente Jurisdicional.....	13
1.3.3 Corrente Publicista.....	13
1.4 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM.....	15
1.4.1 Cláusula Compromissória.....	15
1.4.2 Compromisso Arbitral.....	16
1.5 ÁRBITROS.....	17
1.5.1 Conceito.....	17
1.5.2 Escolha: Limites e Requisitos.....	18
1.6 SENTENÇA ARBITRAL.....	19
1.6.1 Terminologia.....	19
1.6.2 Características.....	20
1.6.3 Reflexos no Código de Processo Civil.....	20
1.6.4 Nulidades.....	21
1.7 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/96.....	22
1.8 COMBATE ÀS INSTITUIÇÕES E ÁRBITROS INIDÔNEOS.....	25
2 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	26
2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS FUNDAMENTAIS.....	26
2.2 OBSTÁCULOS REMANESCENTES À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM EM LITÍGIOS ADMINISTRATIVOS.....	30
2.3. ARBITRABILIDADE.....	32
2.3.1 Subjetiva.....	32
2.3.2 Objetiva.....	37
2.3.2.1. Direitos Disponíveis e Indisponíveis.....	37
2.4 O QUE PODE SER OBJETO DE ARBITRAGEM.....	45
2.5 PROCEDIMENTO.....	48
3 AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	51
3.1. O NASCIMENTO DA LEGISLAÇÃO RELATIVA À PPP'S.....	52
3.2. CONCEITOS LEGAIS.....	54
3.3. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS.....	55
3.4. NORMAS APLICÁVEIS.....	57
3.5. CONCESSÕES COMUNS E PPP's.....	58

4 ARBITRAGEM E PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS.....	60
4.1. PREVISÃO LEGAL: CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUÊNCIAS.....	61
4.2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE.....	62
4.3. QUESTÕES DE CUNHO PRÁTICO.....	67
4.3.1. Necessidade de previsão da adoção da arbitragem na minuta do contrato.....	67
4.3.2. Modelo de arbitragem.....	68
4.3.3. Procedimento arbitral.....	68
4.3.4. Local da arbitragem.....	69
4.3.5. Critério de julgamento.....	70
4.3.6. Sigilo.....	71
4.3.7. Árbitros.....	71
4.3.8. Sentença arbitral.....	72
4.3.9. Arbitragem e Processo Administrativo.....	72
4.4. CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE PPP'S.....	73
4.4.1. Análise da cláusula arbitral.....	74
4.4.1.2. Constituição do Tribunal Arbitral.....	78
4.4.2. Despesas.....	80
4.4.3. Execução.....	83
5 A INFLUÊNCIA DA EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS.....	86
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS.....	96

RESUMO

Trata-se a presente dissertação de reflexão analítica, de cunho teórico, acerca da questão da adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias na Administração Pública, especialmente as decorrentes de contratos de Parcerias Público-Privadas, sob a ótica do Direito Administrativo Econômico, consubstanciada em cinco capítulos destinados a proporcionar uma visão geral dos conteúdos abordados. A relevância e atualidade do tema encontram-se destacadas na introdução, na qual também constam fixados os objetivos almejados e suas limitações. O primeiro capítulo aborda de maneira específica o instituto da Arbitragem, buscando caracterizá-lo a partir de seu contexto histórico, previsão legal, natureza jurídica, espécies, etc., a fim de que sirva de base para as análises centrais posteriores. O segundo capítulo ocupa-se da temática da arbitragem no contexto administrativo, demonstrando a sua evolução histórica e outros aspectos fundamentais, como obstáculos remanescentes, condições de arbitrabilidade, a questão do procedimento, etc. Isso tudo realizado por meio de análise doutrinária e jurisprudencial. O terceiro capítulo trata do instituto das Parcerias Público-Privadas e sua origem e configuração no direito pátrio. Já no quarto capítulo, com base no que foi desenvolvido nos capítulos anteriores, faz-se a análise da adoção da arbitragem em lides oriundas de contratos de Parcerias Público-Privadas, com ênfase especial na análise de problemas de ordem prática. Por fim, o quinto capítulo visa examinar rapidamente o que significa a chamada “mudança de paradigma” no Direito Administrativo, suas conseqüências e limitações diante da realidade atual. A conclusão apresenta não apenas as conclusões da doutrina e jurisprudência especializadas, mas também as impressões próprias acerca da problemática colocada em tela.

INTRODUÇÃO

A questão da arbitragem envolvendo a Administração Pública no Brasil é relevante, atual e polêmica. Sinaliza de forma nítida que esta vem paulatinamente passando por expressivas transformações no que tange ao modo de gerenciamento da “coisa pública”, em especial nas últimas décadas.

Com a chamada “Reforma do Estado”, tais transformações passaram a ser mais agressivas e substanciais. Esse processo de reforma teve início no governo Collor, a partir da edição do Plano Nacional de Desestatização, e chegou ao seu ápice no governo de Fernando Henrique Cardoso, culminando em uma alteração substancial da Constituição Federal, principalmente no que se refere à ordem econômica.

Fruto da influência de tendências estrangeiras, tanto jurídicas quanto econômicas, essa reforma foi engendrada com o intuito de reduzir as dimensões estatais, buscando ao mesmo tempo alternativas para sanar a crise fiscal¹ do Estado, herança da tentativa de implementação do Estado Providência, e tratar do déficit de recursos estatais para investimento em infra-estrutura, através da implantação de um Estado Regulador.

Esse modelo estatal é aquele no qual a atuação na economia é conferida quase que exclusivamente aos particulares, sendo esta atuação condicionada aos moldes e objetivos estabelecidos pelo Estado, que também controla e fiscaliza o atendimento pelo setor privado de suas diretrizes. É um modo de intervenção indireta do Estado na economia que se utiliza de instrumentos normativos, tendo por escopo assegurar a satisfação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal.

Com isso efetuaram-se profundas transformações na atuação da Administração, especialmente no que diz respeito à sua relação com os administrados, que segue a tendência de ficar menos vertical e mais sinalagmática.

¹ Expressão utilizada por Marçal Justen Filho para “indicar a situação de insolvência governamental, inviabilizadora do cumprimento das obrigações assumidas e do desenvolvimento de projetos mais ambiciosos.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 19)

A adoção de meios extrajudiciais para a resolução de conflitos administrativos é um retrato da chancela dessa tendência.

A reforma não acarretou apenas uma mudança no sistema de gestão. Acarretou reflexos consideráveis na própria seara jurídica, especialmente no que toca ao Direito Administrativo. Intensificou-se a discussão acerca da insuficiência dos institutos e conceitos tradicionais de Direito Administrativo em coadunar-se com a realidade social existente e da necessidade de uma nova conformação jurídica, legal, doutrinária e jurisprudencial, que fosse capaz de estar em sintonia com as necessidades de um mundo globalizado e de uma economia de mercado.

Assim, vários estudiosos se incumbiram dessa tarefa e revisitaram diversos institutos e conceitos da disciplina a fim de imprimir-lhes uma nova interpretação, pretensamente mais consentânea e útil às demandas da atualidade. Desse empenho resultaram teses importantes para chancelar tanto as reformas operadas quanto para fundamentar a hipótese que ora se examina, qual seja, a possibilidade de adoção de mecanismos extrajudiciais de solução de litígios administrativos. Mais do que isso, resultaram em teses que, se amplamente acolhidas, serão capazes de revolucionar todo o Direito Administrativo, representando uma verdadeira mudança de paradigma.

Essas teses das quais se fala estão especialmente relacionadas à relativização dos dois princípios tidos como os basilares do todo o Direito Administrativo: o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ainda, focam-se em novas acepções de “interesse público” e na análise da disponibilidade e da indisponibilidade de direitos afetos à Administração Pública.

Essas questões são absolutamente relevantes para a discussão da viabilidade da adoção da arbitragem, em virtude de que estão intimamente ligadas à análise das condições de arbitrabilidade objetiva das lides administrativas.

E apesar de a discussão não datar de hoje, nunca a questão da arbitragem envolvendo a Administração Pública esteve tão em voga desde a edição da Lei nº. 8.987/95, que já em seu texto original, no art.23, inciso XV, trazia disposição no sentido de que deveriam ser previstos nos contratos administrativos de concessão

mecanismos amigáveis de solução de controvérsias surgidas no decorrer do mesmo.

A Lei nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a chamada Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP's) foi concebida em continuação ao processo de redução das dimensões estatais e foi responsável pela criação legal do contrato de concessão nas modalidades patrocinada e administrativa. E mais, em preceito pioneiro, dispôs expressamente a autorização para o emprego da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos advindos de contratos administrativos (ainda que se refira somente às PPP's).

Assim, um tema que já era historicamente controvertido ganhou uma nova faceta com a edição da Lei de PPP's, que agregou novas hipóteses a serem exploradas e renovou o debate, definindo melhor os seus contornos.

Importa, então, realizar uma abordagem da temática sob a perspectiva do Direito Administrativo. Isso significa analisar a questão à luz dos princípios constitucionais de Direito Público, do regime jurídico administrativo, bem como considerar os pontos de vista da jurisprudência e da doutrina, tanto clássica quanto moderna, a fim de averiguar em toda a sua complexidade a validade da arbitragem em litígios que envolvam a Administração.

Para tanto, se faz necessária preliminarmente a análise do instituto da arbitragem em sua configuração no Direito brasileiro. Posteriormente adentrar-se-á na seara da arbitragem na Administração Pública e, por fim, tratar-se-á especificamente da arbitragem nas Parcerias Público-Privadas em âmbito federal.

É nesse contexto que esta dissertação se desenvolverá, buscando fazer um reconhecimento da matéria e apresentar os mais diversos entendimentos acerca da questão, contribuindo para a reflexão sobre esta tendência.

1 A ARBITRAGEM NO BRASIL

1.1 PANORAMA GERAL

A arbitragem é tida como um modo alternativo de resolução de conflitos, assim como a mediação e a conciliação, no qual um ou mais árbitros, escolhidos pelas partes, dirimem o litígio surgido entre estas, em substituição à sua vontade.

Segundo Carlos Alberto Carmona, *apud* Alexandre Freitas Câmara, arbitragem é

uma técnica de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.²

Seu estabelecimento no Brasil se deu em setembro de 1996, pela Lei nº 9.307, que autorizou a utilização da arbitragem para o julgamento de litígios envolvendo bens patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles direitos nos quais as partes podem transacionar, como os contratos em geral (civis ou comerciais).

Assim, de acordo com a lei, podem ser submetidas ao juízo arbitral todo tipo de controvérsia de natureza civil ou comercial, entre pessoas físicas ou jurídicas capazes de contratar e que envolva bens patrimoniais disponíveis, desde que o conflito advenha de contrato no qual se faça presente a cláusula compromissória ou optem as partes envolvidas pela arbitragem como meio de solução.

A arbitragem está baseada, assim, na autonomia das partes e traz vantagens como a possibilidade de estas efetuarem a escolha dos árbitros (que podem inclusive tornar a arbitragem especializada no caso de árbitros-peritos) e da lei aplicável à sua relação. A lei ainda confere a garantia de sigilo ao procedimento e o prazo máximo de seis meses para a prolação da sentença arbitral, caso as partes

² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº. 9.307/96*. 4ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 09.

não convençionem de forma distinta, o que também acaba assegurando o menor custo da causa.

Segundo o Regulamento Interno do Tribunal Arbitral de São Paulo, o custo da causa é de 2 a 6% menor, e o tempo médio para a resolução de um conflito é de 28 (vinte e oito) dias, o que viabiliza economicamente a utilização da arbitragem, tendo em vista também a economia de tempo.

Ainda, conforme Alexandre Freitas Câmara³, “a arbitragem se caracteriza por ser capaz de permitir uma verdadeira composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar”, uma vez que naquela os árbitros foram escolhidos diretamente pelas partes litigantes, sendo pessoas de sua confiança, fazendo com que estejam mais dispostos a se conformar com a decisão que for prolatada, o que não ocorre na Justiça estatal, onde a própria existência de um processo acirra os ânimos e a lide se torna irrelevante diante do veredicto baseado apenas no direito positivo.

Outra característica é a maior informalidade da arbitragem, que permite uma maior flexibilidade dos procedimentos em relação à justiça comum estatal.

A arbitragem ainda permite o desafogamento do judiciário e, conseqüentemente, proporciona melhores condições para que ele se dedique aos litígios que envolvam interesse público ou direitos indisponíveis.

1.2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

De uma forma ou de outra, a arbitragem está presente em nosso meio desde a época da colonização portuguesa, sendo que a Constituição Imperial, o Código Comercial de 1850 e o Regulamento nº 737, também de 1850, já traziam disposições a esse respeito.

Mas, sem dúvida alguma, foi com o Direito Internacional que a arbitragem ganhou força. Foi o que levou o Brasil a aderir ao Protocolo de Genebra de 1923, incorporado ao nosso ordenamento jurídico interno através do Decreto nº 21.187/32,

³ Idem. Ibidem. p. 10.

que reconhece “a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias, pelos quais os Estados (ou partes) se obrigam, contratualmente, em matéria comercial ou outra suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verifique em um país de jurisdição diferente.”⁴

O Brasil também veio a ratificar e promulgar em 10/05/1996 a “Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional”, que foi assinada no Panamá em 1975, da qual fez parte.

A respeito da legislação interna, os Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973 já previam a possibilidade de solução de conflitos por meio da arbitragem. Contudo, somente com a Lei nº 9.099/95, que, ao dispor sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, foi admitido o julgamento por meio de juízo arbitral, com árbitro escolhido pelas partes e que poderia decidir por equidade, sendo sujeito o laudo arbitral à homologação judicial por sentença irrecorrível.

Todavia, o avanço mais significativo da arbitragem no sistema jurídico pátrio se deu com o advento da Lei nº 9.307/96, que veio a alterar profundamente as características do instituto no país, dando-lhe a feição que conhecemos hoje.

1.3 NATUREZA JURÍDICA

No tocante à natureza jurídica da arbitragem, a doutrina divide-se majoritariamente em duas correntes, que são a privatista e a jurisdicional. Porém, há doutrinadores, como Alexandre Freitas Câmara, que defendem ainda uma terceira corrente, qual seja a publicista. Passaremos, então, a analisar melhor cada uma destas correntes doutrinárias.

⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. 2. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002. p. 449

1.3.1 Corrente Privatista

Para os doutrinadores defensores desta corrente, para se determinar a natureza jurídica da arbitragem havemos de considerar a natureza do ato pelo qual ela se inicia, isto é, a convenção de arbitragem, que é, indiscutivelmente, de direito privado. Assim, a natureza jurídica do instituto arbitragem seria de direito privado, sendo, portanto, o árbitro um ente privado e a atividade por ele desenvolvida também caracterizada como privada.

1.3.2 Corrente Jurisdicional

A corrente jurisdicional, adotada pela maioria da doutrina, adota como critério para a determinação da natureza jurídica da arbitragem a atividade desenvolvida pelo árbitro. Assim, defende que, mesmo sendo o árbitro um ente privado, este desenvolve função jurisdicional, não meramente privada, tendo em vista que, conforme lhe confere a lei, dirime conflitos em caráter definitivo, possuindo a sentença arbitral, mediante disposição legal expressa, eficácia de sentença judicial.

1.3.3 Corrente Publicista

Alexandre Freitas Câmara, ponderando que ambas as posições são criticáveis, afirma uma terceira posição, qual seja a publicista, baseado no entendimento de que a natureza da arbitragem é de função pública, uma vez que visa a pacificação de conflitos, com nítido caráter de colaboração com o Estado na busca de seus objetivos essenciais. Contudo, esta função não é estatal, motivo pelo qual não se poderia considerá-la função jurisdicional. Coloca ainda o autor que

“pensar de outra forma, seria infringir o monopólio estatal da jurisdição” e que “o Estado não possui o monopólio da Justiça, mas possui o da jurisdição.”⁵

Semelhantemente ao posicionamento ora exposto, o pensamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart sobre a questão:

Se a jurisdição for qualificada olhando-se para o poder do Estado, é claro que a atividade dos árbitros não pode ter natureza jurisdicional, pouco importando que tal atividade possa conduzir à pacificação social. Ora, várias atividades privadas podem levar à pacificação social, e jamais alguém ousou, só por isso, classificá-las como jurisdicionais. [...]

É mais do que evidente que a jurisdição estatal é diferente da “jurisdição” exercida pelo árbitro. É de se perguntar, com efeito, a razão pela qual o árbitro não pode determinar medidas coercitivas. Pois a razão é simples: confia-se no juiz togado, que se submeteu a concurso público e tem várias garantias.

Atribuir natureza jurisdicional à função do árbitro – que sequer pode determinar medidas coercitivas – apenas para se chegar à conclusão de que não se está afastando o cidadão, que se socorreu unicamente do árbitro, da atividade jurisdicional, é uma construção teórica falsa. O árbitro, dentro de certos limites, exerce a tarefa que poderia ser atribuída ao juiz, mas isso não significa, como é lógico, que a função do árbitro privado possa ser equiparada à de um juiz.

A diferença entre a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz reside no fato de que somente o segundo pode exercer o poder do Estado. Dentro de um Estado Democrático de Direito, o poder jurisdicional é absolutamente fundamental e este apenas pode ser exercido pelos juízes. Dessa maneira, não há que se falar em inconstitucionalidade pelo simples fato de as partes, usando livremente da sua vontade, terem optado pela arbitragem. Quando alguém opta pela arbitragem, não há delegação de algo que não pode ser delegado - o poder jurisdicional -, mas simplesmente exercício de uma faculdade que os litigantes têm em suas mãos como corolário do princípio da autonomia da vontade. [...]

A questão do poder jurisdicional tem relação com o conceito de Estado, ao passo que a arbitragem apenas se relaciona com autonomia da vontade. [...]

Em resumo: a tarefa do árbitro e a tarefa do juiz, em um sentido, podem ser iguais, já que ambas visam à pacificação social, mas quando se confere tal tarefa ao árbitro não se transfere a ele o poder do Estado.⁶

A posição acima referida é adotada também por Athos Gusmão Carneiro, para quem “não há, portanto, como se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem, embora não se possa negar o múnus público exercido pelo árbitro, em sua atividade privada, de busca de pacificação social”.⁷

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº. 9.307/96...* p. 12.

⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 34-36.

⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 15.

Parece, assim, que a melhor doutrina indica a natureza não-jurisdicional e não meramente privatista da arbitragem, tendo em vista que, muito embora seja sem sombras de dúvidas um instrumento destinado à pacificação social e seja uma alternativa à jurisdição estatal, não possui inerente o poder de coerção conferido unicamente ao Estado.

1.4 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM

Neste tópico trataremos da convenção de arbitragem, que é o ato jurídico privado hábil a permitir a instauração de um processo arbitral, em suas duas formas de manifestação: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

1.4.1 Cláusula Compromissória

A cláusula compromissória é definida pelo art. 4º. da Lei de Arbitragem como sendo “a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. Disso inferimos que tal cláusula é sempre prévia ao litígio.

Carlos Alberto Carmona, *apud* Alexandre Freitas Câmara, conceitua cláusula compromissória como

uma convenção celebrada entre os contratantes, através da qual fica estipulado que as divergências que vierem a surgir entre eles a respeito de um dado negócio jurídico (normalmente acerca da execução ou interpretação de um contrato) serão resolvidas por meio de arbitragem.⁸

A referida cláusula é, então, um contrato preliminar, isto é, uma promessa de celebração do contrato definitivo que, como veremos adiante, trata-se do compromisso arbitral. Deve ter sempre forma escrita, podendo estar presente no

⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 26

próprio contrato ao qual se referir ou em instrumento apartado que a ele faça menção, e poderá ser tanto cheia como vazia.

Será cheia quando contiver todos os elementos necessários à instauração do processo arbitral, como a definição dos árbitros, se será de direito ou por equidade, especificação do(s) litígio(s) a ser(em) apreciados, etc.. Será vazia se a ela faltarem esses elementos necessários, como no caso de se estabelecer genericamente que qualquer controvérsia advinda do contrato será dirimida por meio de arbitragem.

Ressalta-se, ainda, que de acordo com o art. 8º. da Lei de Arbitragem, tal cláusula “é independente do contrato e a nulidade deste não implica a daquela, cabendo ao árbitro decidir sobre a existência, validade e eficácia tanto da convenção de arbitragem quanto do contrato que contém a cláusula compromissória.”⁹

Por fim, destaca-se que a legislação brasileira acabou com a discussão acerca de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito à percepção de uma indenização por perdas e danos, a medida que equiparou a cláusula compromissória ao compromisso arbitral.

1.4.2 Compromisso Arbitral

O compromisso arbitral é legalmente definido no art. 9º. da Lei de Arbitragem como “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. Assim, trata-se, segundo Alexandre Freitas Câmara, de contrato de direito privado sempre pactuado posteriormente ao litígio surgido entre as partes, que poderá ser celebrado em juízo ou extrajudicialmente, celebrado por escrito, por meio de instrumento público ou particular, exigindo-se para este último, assinatura de duas testemunhas.¹⁰

Poderá conter cláusulas obrigatórias ou facultativas, enumeradas na própria Lei de Arbitragem em seus arts. 10 e 11¹¹, respectivamente. Trata a lei também, em

⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 29

¹⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas *Idem*. p. 37.

¹¹ “Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

seu art. 12¹², das causas de extinção da relação jurídica que se origina do compromisso arbitral.

1.5 ÁRBITROS

1.5.1 Conceito

Árbitro, de acordo com Cezar Fiúza, *apud* Alexandre Freitas Câmara é “toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisão de mérito.”¹³ A ele caberá, de acordo com o art. 13, § 6º., atuar com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;
II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;
III - a matéria que será objeto da arbitragem; e
V - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.”
“Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:
I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;
II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;
III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;
IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;
V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e
VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.
Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.”

¹² “Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;
II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e
III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.”

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 45.

Ainda, segundo o art. 18 da Lei de arbitragem, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que ele proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”. Hamilton de Moraes e Barros, citado por Alexandre Câmara aponta, em relação aos árbitros, que estes

são juízes de fato, quanto à investidura, mas são também juízes do fato, quanto ao poder de pesquisá-los, apurá-los, dando-lhes a devida valoração. São juízes do direito, porque lhes toca formular o comando concreto da lei que se vai traduzir e expressar na sentença arbitral.¹⁴

Temos então que os árbitros são as figuras centrais do processo arbitral e deles dependem o sucesso deste último.

1.5.2 Escolha: Limites e Requisitos

Como mencionamos anteriormente, no tocante à determinação dos árbitros imperará a autonomia da vontade das partes, que deverão somente observar limites legais como, por exemplo, ser o árbitro civilmente capaz. Ressaltamos aqui o entendimento de Alexandre Freitas Câmara e Carlos Alberto Carmona de que não se admitiria árbitro analfabeto, apesar do silêncio da lei, da mesma forma que não se admite árbitro estrangeiro que não conheça o vernáculo, uma vez que a sentença proferida necessariamente deverá ser por forma escrita.¹⁵

Os árbitros poderão ser escolhidos de comum acordo pelas partes ou pelo juiz, quando da prolação da sentença substitutiva do compromisso arbitral, ou ainda podem as partes eleger um terceiro com a função de designar os árbitros que atuarão no caso concreto, sendo que a escolha pode recair, inclusive, sobre uma entidade arbitral, caso no qual caberá a esta a definição dos árbitros que atuarão no caso concreto.

¹⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Idem*. p. 67-68.

¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 48.

1.6 SENTENÇA ARBITRAL

1.6.1 Terminologia

Anteriormente à Lei de Arbitragem, o sistema jurídico brasileiro adotava tradicionalmente a expressão “laudo arbitral” para definir a decisão proferida no processo arbitral, enquanto reservava-se a expressão “sentença” para as decisões judiciais pelas quais se punha termo ao processo. Contudo, optou o legislador por definir na Lei de Arbitragem a decisão arbitral como “sentença arbitral”.

Alexandre Freitas Câmara critica a terminologia adotada, apontando que

o árbitro, embora exerça função pública, não exerce a atividade jurisdicional, a qual permanece como monopólio do Estado. Assim sendo, não me parece adequada a denominação empregada na Lei de Arbitragem, por parecer que o árbitro exerce uma função estatal, o que não corresponde à verdade. Ao empregar a denominação aqui combatida, a Lei de Arbitragem, a meu sentir, provoca um desprestígio do Poder Judiciário, o que contraria o próprio espírito da lei. Sentença é, e será sempre, ato jurisdicional. O árbitro não exerce função com esta natureza, uma vez que o processo arbitral não é um processo jurisdicional. Assim sendo, por um silogismo extremamente simples, há de se chegar à conclusão que a decisão do árbitro deve ser chamada, simplesmente, de laudo arbitral.¹⁶

Devemos lembrar, neste ponto, a posição doutrinária do autor, explanada no tópico 1.3.3 do presente capítulo, refletida na citação acima, que considera a natureza jurídica da arbitragem como sendo publicista. Assim, de fato, a terminologia “sentença arbitral”, adotada pela lei, é inapropriada, com o nítido objetivo de forçar uma aproximação entre as decisões proferidas pelo juiz togado, no exercício pleno de função jurisdicional estatal, no órgão judiciário, e as decisões provenientes do julgamento de particulares, limitadas a questões de direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 110.

1.6.2 Características

A sentença ou laudo arbitral, como já mencionado, deverá ter forma escrita e, se não houver disposição diversa das partes, deverá ser proferida em até 6 (seis) meses a contar da instauração do processo arbitral, sob pena de responsabilidade do árbitro, podendo ser interrompido o prazo no caso de substituição do árbitro.

De acordo com a lei, a sentença ou laudo arbitral tem como elementos essenciais o relatório, os fundamentos da decisão, o dispositivo e a data e o lugar onde foi proferida, isto é, praticamente os mesmos elementos apresentados para a sentença judicial pelo art. 458 do Código de Processo Civil.

As decisões arbitrais são irrecorríveis, cabendo somente contra elas embargos de declaração nos casos de erro material, obscuridade, contraditoriedade ou omissão da decisão, e ainda no caso de dúvida, no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência da decisão pelas partes.

No caso de haver questões prejudiciais que envolvam direitos indisponíveis, suspende-se o processo arbitral até que a questão seja decidida por provimento jurisdicional transitado em julgado.

1.6.3 Reflexos no Código de Processo Civil

O art. 31 da Lei de Arbitragem dispõe que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Tal dispositivo legal pôs fim à necessidade que havia anteriormente de as decisões arbitrais serem homologadas pelo Poder Judiciário para que fossem eficazes e assegurou, assim, os benefícios da celeridade e do sigilo do juízo arbitral, que sofriam intensa redução pela exigência que antes se fazia.

Isso gerou a alteração do disposto no art. 584, com a inclusão do inciso VI, do Código de Processo Civil, para que constasse a sentença arbitral como título

executivo judicial, o que pode significar tanto que o título executivo decorre da atividade jurisdicional ou que decorre de um processo. A primeira hipótese dá guarida à doutrina da natureza jurídica jurisdicional da arbitragem, enquanto a segunda, melhor aceita pela doutrina brasileira, segundo Alexandre Câmara, se apresenta como mais correta, uma vez que este autor nega a natureza jurisdicional da arbitragem, como já visto.

Ressalte-se que a execução do laudo ou sentença arbitral se dará obrigatoriamente perante o Poder Judiciário, tendo em vista que “o árbitro não é dotado do *imperium* necessário à realização da prática do comando contido em sua decisão” em virtude “do fato de que no processo executivo realizam-se atos de força, com a invasão do patrimônio do executado e sua sujeição à responsabilidade patrimonial.”¹⁷ Ou seja, somente por meio da instauração de um processo executivo judicial pode-se satisfazer o direito arbitrado na decisão arbitral, pois só o juiz detém o poder soberano de praticar atos de sub-rogação.

1.6.4 Nulidades

Por fim, as causas de invalidação do laudo ou sentença arbitral constam do art. 32 da Lei de Arbitragem, quais sejam: a nulidade do compromisso arbitral; o laudo ser proferido por quem não podia ser árbitro; ou ser o laudo extra, ultra ou citra petita; ou ter sido proferido por prevaricação, concussão ou corrupção passiva do árbitro; ou proferido fora do prazo; ou sem que se respeitassem os princípios gerais do processo arbitral. Para Alexandre Freitas Câmara, as hipóteses acima referidas constituem-se causas de nulidade absoluta do laudo.

A parte interessada poderá pleitear a decretação (declaração) de nulidade do laudo por meio de ação de conhecimento, dirigida ao juízo competente, que seguirá o rito comum, ordinário ou sumário, dependendo do valor da causa, que será de natureza meramente declaratória, conforme o art. 33 da Lei de Arbitragem. Para tanto, disporá de um prazo decadencial de 90 (noventa) dias, contados a partir da

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 142.

cientificação das partes da decisão, pois o “direito ao reconhecimento da invalidade do laudo arbitral é potestativo [...]”¹⁸

Julgando o juiz pela procedência do pedido, nos casos de invalidade previstos nos incisos I, II, VI, VII e VIII, deverá simplesmente declarar a nulidade da decisão, sendo que nas demais hipóteses deverá determinar ao árbitro que profira novo laudo¹⁹, conforme o disposto no § 2º. do art. 32 da Lei de Arbitragem.

1.7 A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 9.307/96

Muita polêmica gerou-se quando da edição da referida Lei de Arbitragem.

Mauro Roberto Gomes de Mattos observa que “a Lei nº 9.307/96 nasceu sob pesada crítica, eis que parte da doutrina entendia que ela seria inconstitucional, ao impedir que o Poder Judiciário apreciasse a questão resolvida por meio da arbitragem.”²⁰

Contudo, afirma o autor que “não resta dúvida de que este temor é sobremaneira exagerado, pois o Juízo Arbitral não exclui a apreciação do Poder Judiciário, que possui a soberania se acionado for, de rever ou anular decisões extrajudiciais que tenham sido tomadas com vício de origem”²¹, ou ainda, no caso de argüição de nulidade da sentença arbitral, quando da apresentação de embargos do devedor, no caso de execução judicial. Inclusive esta é a redação do art. 33 e parágrafos.

Assim, o autor partilha do entendimento de que não há violação ao art. 5º., XXXV, da CF, uma vez que a lei de arbitragem não impossibilitou a acessibilidade ao Poder Judiciário, tendo em vista que a arbitragem é uma espécie de Justiça privada e, portanto, seus laudos estarão sempre expostos à soberania ótica da jurisdição estatal.²²

¹⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 171.

¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Idem*. p. 147-148.

²⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2. ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002. p. 451.

²¹ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Idem. Ibidem*.

²² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de *Idem*. p. 452.

Por outro lado, não considera que a inafastabilidade da atuação do Poder Judiciário está inserida no rol dos direitos fundamentais e que, portanto, conforme doutrina majoritária, se trataria de direito indisponível, que não pode ser expropriado nem pelo Estado, que tem o dever de garanti-lo e protegê-lo.²³

O “Poder Judiciário” aqui considerado não se consubstancia apenas na competência jurisdicional do Estado, mas nos próprios órgãos jurisdicionais estatais que o compõem²⁴ e assim, considerado o todo, é que se deve levar em conta a inafastabilidade. Desta forma, nenhuma das três correntes acerca da natureza jurídica da arbitragem das quais nos ocupamos no tópico 2.3 pode justificar a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96, posto que fica evidente que a arbitragem de fato exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Além disso, por mais que os laudos arbitrais sejam “sempre expostos à soberania ótica da jurisdição estatal”, esta soberania não poderá se perfazer de forma completa, tendo em vista que o exame do mérito será vedado ao juiz, que poderá somente fazer um controle de legalidade do laudo arbitral quando da sua execução ou no caso de argüição de nulidade.

Contudo, os argumentos acima utilizados para sustentar a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem não foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.

A discussão acerca da constitucionalidade da referida lei chegou até a Corte Suprema, ainda que por via incidental, no julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira. Declarou, então, o STF, na oportunidade, por maioria, a consonância da Lei de Arbitragem com os ditames constitucionais, como podemos inferir do conteúdo da notícia veiculada no Informativo nº 254 da Excelsa Corte, citado na obra de Mauro Roberto Gomes de Mattos:

Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei nº. 9.307/96 – Lei de arbitragem (v. Informativos 71,211,221,226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a lei nº 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em confirmar compromisso não ofende o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ao

²³ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de *Idem. Ibidem.*

²⁴ Constituição Federal de 1988, art. 92.

ameaça a direito”). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41 as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX, do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral.²⁵

Podemos perceber, portanto, que houve entendimentos no sentido de que os dispositivos da Lei de Arbitragem que tratam da possibilidade da parte que se sentir prejudicada com a recusa da outra em firmar o compromisso arbitral propor demanda judicial a fim de que seja compelida a parte recalcitrante a firmar o compromisso, bem como todo o processo judicial previsto para tanto, violam o art. 5º. da Constituição Federal.

Da mesma forma, ainda, foram consideradas inconstitucionais, por alguns ministros, as alterações efetuadas no Código de Processo Civil que determinaram a extinção do processo sem julgamento de mérito quando presente convenção de arbitragem; que inseriram no rol das preliminares da contestação a alegação da existência de convenção de arbitragem; e que determinaram que a apelação da decisão que julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem será recebida somente no efeito devolutivo.

Todavia, como já visto, prevaleceu o entendimento de que a Lei de Arbitragem não viola o princípio constitucional da não afastabilidade da atuação do Poder Judiciário, vigorando, assim, plenamente e em todos os seus termos.

²⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Obra citada*. p. 452.

1.8. COMBATE ÀS INSTITUIÇÕES E ÁRBITROS INIDÔNEOS

De acordo com Eduardo Damião Gonçalves e Shirley Eliane Vogelfang²⁶, atualmente verificam-se esforços das comissões das diversas seccionais da OAB, do Comitê Brasileiro de Arbitragem, do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados, dos profissionais da arbitragem aliados aos Tribunais de Justiça estaduais e dos corregedores-gerais de Justiça e Ministérios Públicos estaduais, no sentido de combater, por meio de punições, as entidades arbitrais inidôneas, que vilipendiam o instituto “oferecendo cursos de formação de árbitros, utilizando indevidamente símbolos pátrios e vendendo carteiras profissionais de árbitros”.

Também, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.891/05, que visando a modificação da Lei de arbitragem, “propõe a regulamentação da atividade dos árbitros e mediadores, criando um Conselho Federal e Conselhos Regionais aos quais os árbitros deveriam estar inscritos, dentre outras disposições”, a fim de coibir o aparecimento de entidades inidôneas.

Embora se reconheça a necessidade de se combater instituições inidôneas, de acordo com a referida notícia, a iniciativa de se regulamentar a profissão de árbitro e mediador é tida como temerária pelas principais instituições de fomento da arbitragem no Brasil, pois, se aprovada geraria extrema dificuldade para a utilização de árbitros e câmaras arbitrais situadas no exterior, os quais não estariam sujeitos à inscrição nos Conselhos Regionais e Conselho Federal, o que levaria o país a retroceder em grande medida no que toca aos avanços da arbitragem internacional.

²⁶ GOLNÇALVES, Eduardo Damião; VOGELFANG, Shirley Eliane. *Arbitragem faz dez anos no Brasil e se consolida*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-dez-29/arbitragem_consolida_dez_anos_brasil> Acesso em: 05 out 2007.

2. ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E ASPECTOS FUNDAMENTAIS

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, anteriormente à edição da atual Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307/96), inclinavam-se, majoritariamente, pela impossibilidade da adoção da arbitragem em questões que envolvessem a Administração Pública. A justificativa pautava-se precipuamente nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, que são considerados pela doutrina administrativista tradicional os fundamentos e os princípios basilares de todo o regime jurídico administrativo pátrio.

O Decreto-lei nº 2.300/86, que anteriormente à Lei nº. 8.666/93 regia as licitações e contratos administrativos em âmbito federal, permitia, no parágrafo único do art. 45, a adoção do juízo arbitral somente nos contratos firmados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no exterior. No tocante aos contratos administrativos restritos ao plano nacional, entendia o Tribunal de Contas da União que seria inaceitável a submissão dos litígios decorrentes de tais contratos a juízo arbitral, tendo em vista que afrontaria aos princípios anteriormente apontados.

A compatibilidade do juízo arbitral em controvérsias administrativas era condicionada à prévia e específica autorização legislativa, uma vez que esta é a condição exigida para a alienação de bens públicos. Assim, deveria haver, caso a caso, uma específica e determinada autorização legal para que a utilização do juízo arbitral fosse válida.

Caio Tácito ressalta que, quando da análise da questão pelo Tribunal de Contas da União, foi

trazido à colação o julgado do Tribunal Federal de Recursos na Apelação Cível nº 137.279, em sessão de 28 de março de 1989, que, confirmando a sentença de primeira instância, negou pedido de homologação de laudo arbitral relativo à liquidação de dívida vinculada a contrato de obra entre a SUDECO e a empreiteira CONVAP. Afirma, em sua ementa, que “sem

autorização legislativa não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral”.²⁷

No referido julgado, a defesa da empresa contratante defendeu a tese de que “o princípio da indisponibilidade não alcançava relações segundo as quais a entidade paraestatal assumia a obrigação do reajuste de preços contratualmente pactuados em função de obras realizadas, adequadamente, pela empresa privada.”²⁸ Esta tese, contudo, como visto, não prevaleceu.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal interpretou de forma diversa o problema da possibilidade de adoção da arbitragem no que diz respeito aos direitos patrimoniais oponíveis ao Estado no julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181, realizado em 14 de novembro de 1973, no qual empresas da Organização Lage reivindicavam o direito de receber indenizações em virtude do torpedeamento, durante a Segunda Guerra Mundial, de navios que integravam o acervo incorporado ao Patrimônio Nacional.

A questão havia sido submetida ao juízo arbitral com fundamento no Decreto-lei nº. 952/46, que admitia que a transferência de valores pudesse ser determinada por meio de arbitragem, mas o laudo proferido pelo juízo arbitral foi, contudo, impugnado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, com aprovação do Governo, com base na inconstitucionalidade da lei autorizativa da arbitragem.

O Supremo Tribunal Federal, então, em decisão plenária unânime, confirmou a decisão prolatada pelo Tribunal Federal de Recursos, que afirmara a admissibilidade da arbitragem, decidindo assim pela constitucionalidade da instituição, no caso, do juízo arbitral.

Segundo Caio Tácito, destacou o relator que:

desde o império, em autorizados pronunciamentos, entre outros, de Lafayette, do Visconde do Ouro Preto e do Conselheiro Silva e Costa, era acolhido o instituto da arbitragem em causas da Fazenda Nacional. Nem a Carta de 1937, nem a Constituição de 1967/69 então vigente vedavam, na hipótese, a instituição do juízo arbitral, que não violava o princípio da competência do Poder Judiciário.²⁹

²⁷ TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral em direito administrativo*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) Reflexões Sobre Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p. 24-25.

²⁸ TÁCITO, Caio. *Idem*. p. 25.

²⁹ TÁCITO, Caio. *Idem*. p. 26.

Contudo, não há dúvida de que a questão do cabimento do juízo arbitral em matéria pertinente a contratos administrativos assumiu aspecto novo com o advento da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre concessões e permissões de serviços e obras públicas.

Quando da edição da referida lei, constava de seu art. 23, inciso XV, que se inseriam, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. A lei em comento foi modificada pela Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005, que inseriu o art. 23-A, enfatizando a possibilidade de utilização da arbitragem e de outros mecanismos privados de solução de conflitos nos contratos de concessão, desde que a arbitragem seja realizada no Brasil e em língua portuguesa.

Há disposição em sentido semelhante no art. 37, XIV, do Decreto nº 1.719, de 28 de novembro de 1995, que regulamentou a outorga de concessão ou permissão para exploração dos serviços de telecomunicações.

Ressalte-se que, mesmo anteriormente à Lei de Concessões, muitos Estados brasileiros já abrigavam em suas legislações disposições acerca da possibilidade da adoção da arbitragem para a solução de disputas administrativas, como foi, por exemplo, o caso do Rio de Janeiro que, “em preceito pioneiro, já consagrava no art. 5º., §2º., da Lei estadual nº 1.481, de 21 de julho de 1989, a previsão expressa de juízo arbitral como solução consensual de controvérsias administrativas.”³⁰

Ainda, na mesma esteira, a lei paulista nº 7.535, de 08 de maio de 1982, prevê, em seu art. 8º., inciso XXI, a admissão contratual da solução amigável de controvérsias.

É mister destacar, contudo, que a doutrina, de forma geral, somente passou a reconhecer o ingresso do arbitramento em matéria administrativa a partir do modelo federal fixado pela Lei nº. 8.987/95, que é passado como norma geral para as contratações nos âmbitos estadual e municipal, em virtude de seu expresso critério quanto aos contratos de concessão.

E, na atual conjuntura, temos mais leis federais, como a Lei nº 11.079/04 e a Lei nº 11.196/05, que alterou a Lei nº 8.987/95, autorizando de maneira explícita e

³⁰ TÁCITO, Caio. *Obra citada*. p. 26.

direta a submissão dos entes da Administração Pública a juízo arbitral, com o intuito patente de tentar sanar dúvidas acerca da sua legalidade e viabilidade.

Mais recentemente o TCU, na Decisão de nº 188/95 (Processo TC 006.098/93-2), em reexame de decisão anterior, admitiu a arbitragem em contrato de concessão, somente ressaltando que não fossem incluídas “cláusulas que não observem estritamente o princípio da legalidade e a indisponibilidade do interesse público.”.³¹

Ainda, desde o ano de 2005, foram montadas câmaras de conciliação e arbitragem no âmbito da AGU – Advocacia Geral da União, com o objetivo de dirimir conflitos entre a União e seus órgãos em geral. A medida também tem o escopo de diminuir o número de disputas entre os órgãos públicos e também evitar o desenvolvimento de teses jurídicas antagônicas dentro da mesma instituição de defesa, otimizando os trabalhos desta.

Curiosamente, as soluções arbitrais deram origem a uma nova forma legal, denominados pareceres normativos da AGU. Tais pareceres são um tipo de sentença arbitral prolatada pela AGU, que também servem como uma jurisprudência de aplicação geral. Segundo informação veiculada no jornal Valor Econômico, houve casos em que a arbitragem serviu até mesmo também como regulamentação de leis federais até então deixadas em aberto.³²

Mais recentemente, a jurisprudência vem expressando em seus julgados o entendimento favorável à validade da adoção da arbitragem para dirimir conflitos oriundos de contratos administrativos. Em outubro do ano de 2005, reconheceu o Superior Tribunal de Justiça (RESP 612.439-RS) a validade da cláusula compromissória em um contrato administrativo, resultante de um procedimento licitatório relativo a uma sociedade de economia mista — a Companhia Estadual de Energia Elétrica — com a AES Uruguaiana. Já em 2006, foi proferida mais uma decisão no mesmo sentido, isto é, reconhecendo a validade de cláusula

³¹ TALAMINI, Eduardo. *A (IN)Disponibilidade do interesse público e suas conseqüências processuais*. In: HARGER, Marcelo (Coord.). Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 425-426.

³² AGU resolve disputas internas do Governo Federal com arbitragem. Valor Econômico, 17 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cerc.com.br/artigos.php?ver=20>> Acesso em: 19 abr 2007.

compromissória firmada por sociedade de economia mista e particulares, no AgRg no MS 11308 / DF.

2.2. OBSTÁCULOS REMANESCENTES À ADOÇÃO DA ARBITRAGEM EM LITÍGIOS ADMINISTRATIVOS

Contudo, conforme aponta Gustavo Binembojm³³, a doutrina tradicional ainda hoje sustenta, via de regra, haver três obstáculos de natureza constitucional contra a adoção da arbitragem em litígios administrativos, quais sejam: o princípio da legalidade administrativa, o princípio da indisponibilidade do interesse público e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O primeiro deles, o princípio da legalidade administrativa³⁴, seria afastado havendo autorização legislativa expressa. Percebe-se que a onda de autorizações legais facultando à Administração a adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos decorrentes de seus contratos é a tentativa óbvia de eliminar de uma vez por todas o suposto obstáculo. Porém, ressalta o autor que ainda que não houvessem as referidas autorizações, o problema não se colocaria, pois a pactuação de cláusula arbitral não constitui ato de disposição da Administração, mas sim um dos poderes implícitos ao dever de bem administrar o patrimônio público e promover o interesse público, na busca da maior eficiência possível, contidos na autorização legal (geral e orçamentária) para que a Administração realize despesas por meio de contratação com particulares.

O segundo obstáculo, traduzido no princípio da indisponibilidade do interesse público, não prevaleceria porque, na concepção mais moderna, não há correspondência entre disponibilidade e indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade e indisponibilidade do interesse público, conforme será examinado mais detidamente no tópico a seguir. Deste modo, à disponibilidade dos direitos

³³ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº241, p.159-175, jul/set.2005. p.173-175

³⁴ Para o autor, o princípio da legalidade administrativa, nesse contexto, é considerada ainda no sentido de vinculação positiva à lei que, para ele, seria superado. (BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição*. p. 174.)

patrimoniais envolvidos em um contrato administrativo corresponde um poder da Administração de convencionar cláusula arbitral, sem que isso importe em disposição do interesse público.

Além disso, em diversas ocasiões poder-se-ia ter a arbitragem como a melhor maneira tanto de proteger o patrimônio público quanto de promover o interesse público, pois, em cotejo com a atuação do judiciário, a arbitragem é mais vantajosa tanto em relação ao patrimônio propriamente dito quanto em relação ao interesse geral. Características da arbitragem como maior celeridade, maior especialização e maior grau de imparcialidade indicam, em um juízo de ponderação, que esta realiza o melhor interesse público, considerado este a concretização de interesses individuais e metas coletivas na maior extensão possível.

Por último, o obstáculo consubstanciado no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não permitiria a irrecorribilidade da sentença arbitral. Contudo, como visto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que a arbitragem não viola tal princípio³⁵ e, além disso, tal questão não se coloca em virtude de que “a cláusula de arbitragem é uma decorrência da disponibilidade dos recursos envolvidos nos contratos administrativos”. Assim, tratando-se de direitos disponíveis, podem ser objeto de sentença irrecorrível. De qualquer forma, conforme o autor, poder-se-á proteger os interesses patrimoniais do Estado contra eventuais desvios cometidos no curso da arbitragem por meio da invocação da tutela jurisdicional nos casos admitidos na Lei nº. 9.307/96.

Houve, contudo, tentativas de se proibir a adoção da arbitragem pela Administração até mesmo em sede constitucional. Nesse sentido, Flávia Bittar Neves expõe que:

No âmbito da Reforma do Judiciário, a Proposta de Emenda Constitucional nº 29/2000 sugeria a inclusão de dispositivo legal na Constituição Federal que inviabilizaria o uso da arbitragem no setor público. Entretanto, a mobilização do setor privado contra a referida restrição gerou resultados positivos: o texto final da Reforma do Judiciário foi aprovado pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 8 de dezembro de 2004 por meio da Emenda Constitucional nº 45 (publicado no Diário Oficial da União de 31 de dezembro do mesmo ano) sem a proibição para que as pessoas de direito público se submetam à arbitragem. Com isso, o

³⁵ Agravo de Instrumento nº 52.181, realizado em 14 de novembro de 1973 – “Caso Lage”

fantasma da restrição constitucional do uso da arbitragem pela Administração Pública foi afastado.³⁶

Comenta a autora ainda, que no mesmo dia, foi publicada a Lei Federal das Parcerias Público-Privadas (PPP's) que prevê, expressamente, a possibilidade de eleição do juízo arbitral como forma de solução dos conflitos nos contratos de PPP's, devendo o procedimento ser realizado no Brasil e na língua portuguesa.³⁷ Assim, além afastada a vedação constitucional, verificou-se um incentivo à adoção da arbitragem em litígios administrativos.

2.3. ARBITRABILIDADE

Cumpra aqui examinarmos, à luz do art. 1º. da Lei de Arbitragem, que dispõe que a referida lei só pode ser aplicada por pessoas capazes de contratar e quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, se é ou quando será cabível a instituição de juízo arbitral para dirimir demandas administrativas.

Para tanto, será analisado, de acordo com a doutrina e a jurisprudência, se a Administração Pública possui os dois requisitos legais acima referidos, quais sejam capacidade de contratação e direitos patrimoniais disponíveis, para então determinar o que seria objeto passível de arbitragem ou não.

2.3.1. Subjetiva

Não restam dúvidas de que a Administração possui capacidade de contratar, inclusive cláusula arbitral. Isso porque a contratação é uma das formas conferidas ao Poder Público para a realização do interesse público e gestão do Estado.

³⁶ NEVES, Flávia Bittar. *Arbitragem e administração pública: avanços legislativos que modernizam o cenário nacional*. Disponível em <<http://www.federasul.com.br/noticias/noticiaDetalhe.asp?idNoticia=3542&CategoriaNome=C%C3%A2mara%20Arbitral>> Acesso em 19 abr 2007.

³⁷ NEVES, Flávia Bittar. *Obra citada*.

O que se coloca ao se imiscuir na seara da contratação de cláusula arbitral é como deve ser realizada tal contratação pela Administração Pública, quais são seus critérios, requisitos ou pressupostos inafastáveis.

Sabe-se que isso não é especificamente tratado pelas disposições da Lei de Arbitragem, uma vez que, como já mencionado, esta lei foi concebida precipuamente para regular relações entre particulares, que dispõem de ampla autonomia de vontade e liberdade contratual, portanto não necessitando de maiores especificações porque podem dispor livremente acerca delas. Isso não ocorre, ou, pelo menos, não deveria ocorrer, com a Administração Pública.

Existem para esta determinados requisitos que devem ser observados para que possa se obrigar contratualmente, sendo que os contratos por ela firmados apresentarão sempre peculiaridades em relação aos contratos firmados entre particulares. Assim, como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello ainda que um contrato firmado pela Administração Pública seja de natureza privada, as condições e formalidades para a sua estipulação e aprovação serão disciplinadas pelo Direito Administrativo.

O mesmo autor observa que:

A pessoa ou autoridade pública investida de poderes para contratar dispõe de competência segundo as regras de Direito Administrativo. As formalidades que precederão o contrato, quais a autorização para contratar, a exigência de licitação e, eventualmente, requisitos a serem atendidos, também se disciplinam pelo Direito Administrativo. Os contratos da Administração no Direito brasileiro, sejam administrativos ou não, são examinados pelo Tribunal de Contas, que, em caso de inobservância das normas a que estavam adstritos, pode solicitar ao Congresso Nacional determine a sua sustação (art. 71 da Carta Constitucional).³⁸

Da citação acima resta evidente que, para que a Administração possa contratar, são sempre indispensáveis a autorização legal e a exigência de licitação, o que nos leva a concluir que tais formalidades também são indispensáveis para o ajuste da convenção arbitral.

Tendo em vista que a autorização legal para a convenção de arbitragem já existe tanto na Lei de PPP's (art. 11, III) quanto na Lei de Concessões Comuns (art.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 577.

23-A), que serão melhor abordadas em outro tópico, resta analisar a questão da exigência de licitação como requisito formal à contratação da arbitragem.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, licitação

é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.³⁹

Na conceituação de Marçal Justen Filho, licitação

é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.⁴⁰

Essa exigência de licitação seria pertinente, no caso, à escolha dos árbitros e ao valor da arbitragem, tendo em vista que, como já visto, os árbitros são remunerados por sua atuação em cada causa. Assim, poderia haver a necessidade de um processo licitatório para a escolha dos árbitros ou instituição arbitral, tendo como critérios a melhor técnica e o menor preço.

Todavia, também se pode entender que a determinação dos árbitros por parte da Administração seria um caso de inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25 da Lei nº 8.666/93, mais precisamente no inciso II, que determina que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da mesma lei⁴¹, de natureza

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 19. ed. ... p. 492.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 309.

⁴¹ "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I – estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

III – assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

IV – fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI – treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

VII – restauração de obras de arte e bens de valor histórico".

singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada e inexigibilidade para serviço de publicidade e divulgação.

A fim de explorar essa segunda hipótese, partir-se-á da divergência doutrinária existente quanto a ser o rol de serviços especializados constantes do art. 13 da Lei nº 8.666/93 taxativo ou exemplificativo.

Esta divergência foi abordada no Acórdão nº 298/2005 do Tribunal de Contas da União - TCU, em relatório de auditoria realizada no Banco Central do Brasil – BACEN para averiguar as despesas realizadas com medidas para a prevenção do chamado “bug do milênio”.

Em suma, o caso diz respeito ao fato de o BACEN, a fim de adaptar seus sistemas internos aos possíveis problemas que poderiam sobrevir à mudança no padrão de 4 dígitos no registro de datas, iniciada pelo ano 2000, ter contratado sem licitação a empresa IBM para a realização dos serviços, com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, o que ensejou a referida auditoria.

O relator Ministro Benjamin Zymler destacou a dissensão doutrinária acerca do caráter taxativo do aludido rol de serviços e asseverou que, ainda que este fosse considerado exemplificativo e não constando o serviço nas hipóteses previstas no artigo, ainda assim a inexigibilidade de licitação só poderia ocorrer se ficasse evidenciada a singularidade do serviço, caso contrário a inexigibilidade poderia ser justificada apenas com base no caput do art. 25, isto é, no caso de inviabilidade de competição.

Ainda, salientou o Ministro que,

[...] como exposto pela doutrina pátria, a singularidade de um serviço deve ser medida em razão de uma necessidade excepcional com uma complexidade que não possa ser atendida por um profissional especialista com qualificação média. A inviabilidade de competição ocorre quando a Administração Pública em busca do interesse público deseja um objeto que não pode ser substituído por outro, por ser infungível, singular.

Desta feita, o TCU, em sua decisão, considerou irrelevante ser o rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93 taxativo ou exemplificativo, julgando importante apenas que o serviço especializado, ainda que não constante do referido rol, fosse de natureza singular, o que constatou não ser o caso da questão apreciada.

Ressalte-se, porém, que a doutrina trata da questão da singularidade de maneira um tanto diversa da interpretação dada pelo TCU. Celso Antônio Bandeira de Mello, preconiza que

A singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa.⁴²

O autor ainda ressalta que “para compor-se a inexigibilidade concernente aos serviços arrolados no art. 13, cumpre tratar-se de serviço cuja singularidade seja relevante para a Administração e que o contratado possua notória especialização”⁴³, observado o conceito de notória especialização apresentado pelo art. 25, §1º.⁴⁴

Assim, partindo do ponto de vista do autor e, diferentemente do que se infere da decisão do TCU acima mencionada, há que se considerar que mesmo que possa haver muitos árbitros ou instituições arbitrais especializadas e idôneas que possam bem conduzir o procedimento arbitral, cada qual o faria à sua maneira, de acordo com seus próprios critérios, juízos, interpretações e conclusões, que, inevitavelmente, repercutirão no que diz respeito à maior ou menor satisfação do interesse público.

Nesta esteira, aponta Lúcia Valle Figueiredo, citada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que “se há dois, ou mais, altamente capacitados, mas com qualidades peculiares, lícito é, à Administração, exercer seu critério discricionário para realizar a escolha mais compatível com seus desideratos.”⁴⁵

Portanto, com base nas lições mencionadas, considerando-se o caráter não taxativo do rol do art. 13 da Lei nº 8.666/93, para que se configure a hipótese de inexigibilidade de licitação para a determinação dos árbitros, deverá consubstanciar-

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 19. ed. ... p. 516.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 19. ed... p. 516.

⁴⁴ “Art. 25, § 1º. § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem. Ibidem.*

se em um dos serviços arrolados no art. 13 da Lei nº 8.666/93 ou em outro serviço que se comprove especializado. Além disso, deve possuir natureza singular e esta deve ser necessária ao bom atendimento do interesse administrativo posto em causa, havendo ainda a necessidade de que seu desempenho demande uma qualificação incomum.

Se fosse considerado taxativo o rol do art. 13, excluir-se-ia em absoluto a possibilidade de inexigibilidade de licitação para a escolha dos árbitros com base no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93, posto que tal serviço não possui acolhida naquele artigo.

2.3.2. Objetiva

2.3.2.1. Direitos Disponíveis e Indisponíveis

Existem na doutrina diversos critérios utilizados para a aferição do que são direitos disponíveis e indisponíveis.

De acordo com Eduardo Talamini, há duas acepções de “indisponibilidade” originadas propriamente do direito material: indisponibilidade como vedação à renúncia de um direito existente e indisponibilidade como proibição de espontaneamente se reconhecer que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio. Nesse último caso, somente a Jurisdição poderá dizer quem tem razão e aplicar as conseqüências jurídicas cabíveis, sendo essa hipótese melhor definida como “necessariedade da intervenção jurisdicional”.⁴⁶

Mas, ressalta o autor, em regra, apenas a primeira acepção incide – e dentro de certos limites – sobre as relações de direito público propriamente ditas. A indisponibilidade na segunda acepção é exceção inclusive no âmbito do direito

⁴⁶ TALAMINI, Eduardo. *A (IN)Disponibilidade do interesse público...* p. 420.

administrativo, limitando-se a certos casos específicos, como, por exemplo, no do art. 95, I, da CF, e nos arts. 12, § único, 16, 18 e 20, entre outros, da Lei nº 8.429/92.⁴⁷

Assim, para a aferição do cabimento da arbitragem, interessa somente a segunda acepção da “indisponibilidade”. Isso porque, segundo o autor,

Não é possível pretender invocar a primeira acepção de “indisponibilidade” há pouco referida para assim negar o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Não é viável afirmar que, na medida em que o agente público não pode renunciar a direitos que a Administração detém, que na medida em que ele não pode abrir mão de posições jurídicas públicas, não poderia tampouco submeter os litígios da Administração ao processo arbitral. Sustentar isso implica ignorar o regime jurídico da arbitragem, bem como desprezar o regime de direito público.

Isso porque, por um lado, a arbitragem não é aposta, jogo de azar. Quem remete a solução de sua causa ao processo arbitral não a está submetendo ao cara ou coroa nem à roleta-russa. Está buscando uma composição para o conflito em um processo pautado em parâmetros objetivos quanto ao seu desenvolvimento e ao conteúdo das suas decisões; um processo em consonância com as garantias do *due process of law*; um processo em que os julgadores devem ser imparciais e respondem penalmente, como agentes públicos, se não o foram (Lei nº 9.307/1996, arts. 17, 20, § 2º, 26, II, 32...). e o respeito a todas essas garantias é controlável pelo Judiciário – pois apenas não cabe ação judicial para rever o mérito do julgamento do árbitro, mas cabe para controlar todos os aspectos do devido processo legal e da validade da arbitragem (Lei nº 9.307/96, art. 33).

Portanto, ao se submeter uma pretensão ao juízo arbitral não se está renunciando a ela, não se está abrindo mão do direito material que eventualmente existe. Apenas se está abdicando do direito de obter do Judiciário a solução para a questão. Mas isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo – o que, reitera-se, é em regra possível também nas relações de direito público. (grifos no original)⁴⁸

No entanto, esse não é o entendimento dos doutrinadores mais tradicionais do Direito Administrativo.

Comenta Lúcia Valle Figueiredo, sobre a adoção da arbitragem, por oportunidade do que prevê o inciso XV do art. 23 da Lei de Concessões, anteriormente à modificação legislativa exposta adredemente, que:

Por força do dispositivo do inciso XV do art. 23 da Lei nº 8.987/95, que dispõe ser necessário constar do contrato o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais, cogitou-se da possibilidade de se utilizar o juízo arbitral, nos termos da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, estaria,

⁴⁷ TALAMINI, Eduardo. *Idem. Ibidem.*

⁴⁸ TALAMINI, Eduardo. *A (IN)Disponibilidade do interesse público...* p. 421-422.

com a vênia devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado. A uma, porque se destina aos direitos disponíveis, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público. Demais disso, nos termos do art. 18 da mencionada Lei nº 9.307/96, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário”, o que implicaria impossibilidade de haver recurso ao Judiciário, em franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX, LXXIII). Além disso, as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo, à evidência, ser derogadas por legislação infraconstitucional. Nem se fale que Estados, Municípios e Distrito federal poderiam dispor sobre arbitragem na legislação que fizessem, respeitadas as normas gerais nacionais. Não podem. Evidentemente, as normas de arbitragem caracterizam-se como normas de processo civil, cuja legislação está afeta privativamente à União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição da República.⁴⁹

A autora, assim, entende que quaisquer questões pertinentes à Administração Pública estão permeadas pela “indisponibilidade” na segunda acepção apresentada por Talamini, isto é, compreendida como proibição de se reconhecer espontaneamente que não se tem razão e se submeter voluntariamente ao direito alheio. Para a autora, portanto, a indisponibilidade do interesse público abrange a indisponibilidade de todos os bens afetos à Administração e, justamente por isso, litígios administrativos são impassíveis de ser objeto de arbitragem. Mais, na opinião da autora, permitir o arbitramento de litígios administrativos traz, ainda, outros efeitos maléficos.

Para ela significa desrespeitar direitos e garantias individualmente asseguradas, como o da inafastabilidade do Poder Judiciário e da possibilidade de impetração de mandado de segurança, tanto individual como coletivo, e de ação popular. Também coloca, abordando aspectos formais, que as normas que dispõem sobre arbitragem são de natureza processual e infraconstitucional e, portanto, não podem derogar as regras de competência processual constitucionalmente determinadas, como as relativas à União, bem como não possuem competência para legislar sobre arbitragem os Estados, mesmo que de acordo com as normas gerais nacionais, vez que a competência para legislar sobre normas de processo civil é constitucionalmente conferida privativamente à União.

⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101-102.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a adoção de mecanismos privados de solução de litígios, inclusive a arbitragem seria

inadmissível nos contratos administrativos em geral e “*a fortiori*” nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas “*res extra commercium*” e ao respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório,⁵⁰

Considera o autor, inclusive, qualquer disposição legal autorizativa da arbitragem inconstitucional, como a contida na Lei de PPP's, apontando que:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III [Lei das PPP's], 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, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.⁵¹

Assim, em posição consentânea com a esposada por Lúcia Valle Figueiredo, o autor refuta a adoção da arbitragem para a solução de controvérsias em quaisquer contratos administrativos, mas em especial naquelas decorrentes de contratos de concessão de serviço público, aduzindo que todos os interesses a ele inerentes estão absolutamente fora de alcance do poder decisório de entes que não pertençam ao Poder Judiciário, pois dizem respeito, inevitavelmente, ao interesse público, sendo capaz, inclusive, se afastada a demanda do Poder Judiciário, de se ferir a missão constitucional conferida ao serviço público e sua própria dignidade.

Há autores que entendem, no entanto, que só serão disponíveis os direitos patrimoniais concernentes aos contratos de natureza privada firmados pela

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. ... p. 726.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 743.

Administração, isto é, aos atos negociais praticados por ela, como a locação de imóvel de particular, a contratação de seguro, etc.

Acerca da questão, Alexandre Freitas Câmara expõe que:

Não se pode também deixar de afirmar que o Estado pode utilizar a arbitragem quando o conflito de interesses diga respeito aos atos negociais que ele pratica. Nestes atos, como se sabe, o Estado assume uma posição de igualdade com o outro sujeito da relação jurídica que se forma, sendo correto que tais atos negociais são regidos pelas normas de direito privado. Assim sendo, torna-se possível levar-se a um árbitro a solução do conflito. O mesmo não se dará, obviamente, quando o litígio se originar em relação jurídica em que o Estado seja sujeito e que provenha de um contrato administrativo. Nesta hipótese, torna-se inviável a arbitragem, em razão da própria natureza da causa.⁵²

Entendimento no mesmo sentido é o de Belizário Antônio de Lacerda, para quem,

todavia, o que não se pode admitir é que de *lege lata* possam tanto as entidades políticas quanto as entidades administrativas submeterem à convenção arbitral, tendo em vista um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo, que é o da conservação dos bens e interesses públicos, bem como a submissão ao regime jurídico da indisponibilidade que os governa". A "competência do juízo arbitral sobre questões fazendárias – é preciso ficar bem claro -, ocorre somente quando a Administração Pública atuar como mera gestora de interesses públicos, ou com mais rigor científico, nas causas em que a Fazenda Pública atua com inteira abdicação de suas prerrogativas de Direito Público, isto é, quando ela iguala-se ao particular na relação jurídica, como por exemplo quando é locatária de bem imóvel do particular.⁵³

Ainda, afirma Castro Nunes (1960, p.284), citado por Sérgio de Andréa Ferreira, que "só podem ser arbitradas as questões de natureza contratual ou privada"; assim, "aquelas em que o Estado age como Poder Público, estão de seu natural excluídas."⁵⁴

⁵² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Obra citada*. p. 19.

⁵³ LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentário à lei de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 117.

⁵⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno*. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) Reflexões Sobre Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002. p. 49

Pode-se inferir do acima exposto que os contratos administrativos propriamente ditos, nos quais o Estado age como Poder Público, como as concessões de serviços e obras públicas, na visão desses autores, não poderiam ser objeto de arbitragem.

Posicionamentos semelhantes ao de Eduardo Talamini são os de Caio Tácito, Sérgio de Andréa Ferreira e Eros Grau, para quem “nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração.”⁵⁵ Assim, somente a análise no caso concreto permitiria tal aferição.

Cabe salientar neste momento a relevante exposição de Caio Tácito, defensor da vertente acima exposta, acerca dos contratos administrativos e dos contratos de direito privado. O autor pondera que, apesar das duas espécies não se confundirem pela finalidade a que se destinam no atendimento do interesse público e ressalvadas as suas peculiaridades, ambas constituem-se de relações bilaterais que possuem como requisitos essenciais a natureza comutativa (equivalência entre as prestações das partes) e o caráter sinalagmático (reciprocidade das obrigações).

Continua o autor, em sua análise, aduzindo que,

[...] na medida em que é permitido à Administração Pública, em seus diversos órgãos e organizações, pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida.

Assim como é lícito, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, a negociação – e, por via de consequência, a convenção da arbitragem – será meio adequado a tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens.⁵⁶

Logo, sua conclusão, já mencionada, é a de que não necessariamente todos os contratos administrativos envolverão direitos indisponíveis da Administração.

Sérgio de Andréa Ferreira decompõe todos os elementos do problema, analisando-os, em um primeiro momento, separadamente, para então expor sua conclusão no sentido de que os critérios para aferição da disponibilidade ou

⁵⁵ TÁCITO, Caio. *Obra citada*. p. 27.

⁵⁶ TÁCITO, Caio. *Obra citada*. p. 27.

indisponibilidade de direitos são o da ordem pública e o da negociabilidade. Assim, inicialmente, assevera, citando definição de Cláudio Vianna de Lima (1991, p.209), que:

São patrimoniais os direitos relativos a bens que podem ser apreciados economicamente, quantificados em moeda. Disponíveis são os direitos que se referem a bens apropriáveis, alienáveis, que se encontram no comércio jurídico. Todos os dois são direitos que se sujeitam a livre vontade das pessoas a eles vinculados legitimamente, e que, em decorrência, podem consentir na sua apropriação por outrem e na sua alienação a outrem.⁵⁷

A partir dessa noção, aponta o autor que, em se tratando de *ius publicum*, há diversos patrimônios governamentais, isto é, universalidades de bens, alguns possuindo valor econômico e outros não. Assim, considera-se que o patrimônio disponível é o econômico, formado pelos bens dominicais e de uso especial, excluindo-se, portanto, o patrimônio público formado pelos bens sociais e pelo patrimônio cultural, histórico, paisagístico e ecológico.⁵⁸

Assim, destaca que:

Os parâmetros da indisponibilidade e da disponibilidade mantêm, pois, em termos de direito público, relação biunívoca com a ordem pública e a negociabilidade. E esta é a distinção que tem que prevalecer na área do *ius publicum*, quer na regulação, em tese, da arbitragem, quer, *in casu*, no tocante à solução do litígio àquela submetido.⁵⁹

Afirma conclusivamente o autor, citando Eros Roberto Grau, que “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.”⁶⁰

Desta feita, podemos inferir que tudo aquilo que não afrontar a ordem pública e possuir a característica da negociabilidade poderá ser objeto de arbitragem. Para tanto, considera-se ordem pública o valor e o bem comum determinados pelos princípios e regras constitucionais e de direito público a serem

⁵⁷ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Obra citada*. p. 45.

⁵⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. p. 46-47.

⁵⁹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A arbitragem e a disponibilidade de direitos...* p. 52.

⁶⁰ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. p. 50.

preservados, tanto interna quanto externamente, limitando tanto a ação governamental quanto a particular, no intuito de se preservar uma ordem que visa a pacificação social.

A negociabilidade representa a contratualidade, exigida para a aferição da capacidade de direito e de fato, bem como da legitimidade em relação ao direito e ao bem objeto específico, *in casu*, da arbitragem.

Sustentando o mesmo posicionamento, Eros Roberto Grau, em um de seus pareceres, citado por Sérgio de Andréa Ferreira, ressalta que constitui erro “relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração”⁶¹, trazendo à baila o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do ‘caso Lage’.⁶²

Ainda, o autor, citado por Sérgio de Andréa Ferreira, como da mesma forma Talamini, diferencia indisponibilidade do interesse público de disponibilidade de direitos patrimoniais a partir da distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, de autoria de Renato Alessi e difundida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello, asseverando que “indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração”, sendo que “a medida do interesse público é a legalidade.”⁶³

Para o autor:

Dispor de direitos patrimoniais é transferí-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 daqueles. Bem a propósito, as observações de Alessi e de Celso Antônio Bandeira de Mello, acima reproduzidas, permitem-nos salientar a circunstância, v.g., realizar-se o interesse público na omissão, pela Administração, do uso de recursos judiciais meramente protelatórios, que se prestam unicamente a retardar, em benefício exclusivo do interesse da Administração, secundário, o cumprimento de suas obrigações. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a

⁶¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. p. 49.

⁶² Caso este que comentamos mais detidamente no tópico 2.1, que trata da evolução histórica da adoção da arbitragem em litígios administrativos.

⁶³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. *Ibidem*.

Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.⁶⁴

Desta feita, Eros Roberto Grau, além de afirmar que em qualquer contrato firmado pela Administração poderá esta convencionar cláusula de arbitragem, aponta que dispor de direitos patrimoniais não necessariamente implica em dispor do interesse público, sendo que, cumpre à Administração, inclusive, muitas vezes dispor do patrimônio público com o fim de se atingir o interesse público primário, que é indisponível.

Ressalta ainda que o interesse da Administração, secundário, não deve prevalecer sobre o primário, a medida que entende que aquela se utiliza de recursos judiciais protelatórios com o fim último de esquivar-se do cumprimento de suas obrigações, lesando desta forma o interesse público. Entende o autor, então, que a opção pela arbitragem não implica em disposição do interesse público primário, mas sim na disposição do interesse público secundário.

2.4 O QUE PODE SER OBJETO DE ARBITRAGEM

Com base em tudo que até agora foi visto e, na perspectiva daqueles doutrinadores que entendem possível e viável a adoção da arbitragem na seara administrativa, pode-se buscar determinar quais as questões que podem ser submetidas a arbitramento e quais não podem.

Na opinião de Caio Tácito acerca de quando a arbitragem terá caminho aberto para alcançar a plena eficácia da relação contratual, enfatiza que

quando se trata tão-somente de cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, não faz sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar, vinculada à obra ou serviço executado ou ao benefício auferido pela Administração, em virtude da prestação regular do outro contratante.⁶⁵

⁶⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Obra citada*. p. 49-50.

⁶⁵ TÁCITO, Caio. *O juízo arbitral...* p. 27.

Desta forma, estariam fora do alcance do arbitramento os casos em que a prestação assumida pelo Estado possa corresponder a interesses públicos de uso de bens públicos ou à fruição de vantagens que não se compadecem com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal, complementando que em relação a estes casos, apenas o Poder Judiciário seria legitimado a impor à Administração deveres de ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar.

Parece assim que o referido autor adota, portanto, critério semelhante ao de Sérgio de Andréa Ferreira para determinar aquilo que pode ser objeto de arbitragem, a partir da análise do binômio ordem pública e negociabilidade.

Conforme Mauro Roberto Gomes de Mattos, as cláusulas legalmente determinadas como essenciais, tanto para os contratos administrativos em geral quanto para os contratos de concessão, por serem necessárias, são impassíveis de serem analisadas por juízo arbitral, que estaria, no caso, invadindo direito indisponível. Da mesma forma, a tarifa do serviço público concedido, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e as cláusulas exorbitantes estão fora do alcance da apreciação do juízo arbitral.⁶⁶

Entretanto, no que toca à alteração de cláusulas econômico-financeiras e monetárias do contrato administrativo, que depende de prévia concordância do contratado, pondera que pode ser esta composição feita por meio de juízo arbitral, tendo em vista tratar-se de direito disponível do contratado. Também se pode socorrer do juízo arbitral nos casos de alteração dos contratos por acordo das partes, previstos no art. 65, II, da Lei nº 8.666/93, e nos contratos que tenham característica privada.

Assim, resume o autor que:

todas as cláusulas que impliquem em remissão, transação ou renúncia de direitos de conteúdo público, como as relativas ao exercício do poder de polícia, do poder impositivo, das bases das tarifas, da disposição do

⁶⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo...* p. 467-468.

domínio público, de controlar a prestação dos serviços concedidos não são admitidos no Juízo Arbitral, por serem enquadrados como direitos indisponíveis e como tal insuscetíveis da solução extrajudicial.⁶⁷

Sérgio de Andréa Ferreira, para quem somente as questões que envolvem a ordem pública não podem ser arbitradas, aponta, de maneira meramente enunciativa, quais seriam essas questões de ordem pública interna, no que concerne às pessoas jurídicas governamentais e de cooperação, aos agentes públicos, aos titulares de cargos para-administrativos e aos colaboradores da Administração Pública. Para ele, seria de ordem pública, e, portanto, impassível de arbitragem,

aquilo que diz respeito às diretrizes inafastáveis da atividade governamental, incluindo-se a principiologia de direito público; o conjunto de elementos vinculados dos atos públicos; poderes, deveres e responsabilidades, inerentes ao exercício das funções estatais; o adequado emprego do poder discricionário, objetivando a obtenção do melhor resultado em prol da consecução do interesse público ou social trazido na finalidade específica do ato praticado; os direitos sociais que estão sob o velamento, sob a provedoria do Estado.⁶⁸

O rol exemplificativo apresentado pelo autor, apesar de mais completo, se assemelha ao anteriormente apresentado por Mauro Roberto Gomes de Mattos, o que talvez possa significar que o critério utilizado por este último para definir direito indisponível, ainda que não expressamente declarado, seja o da ordem pública.

Pedro A. Batista Martins, no entanto, critica a utilização do critério da ordem pública para aferir a disponibilidade ou não de direitos. Para este autor, “não se pode afirmar que a resolução de um conflito que necessite da avaliação, da aplicação ou da interpretação de normas de ordem pública são insuscetíveis de apreciação por árbitros.”⁶⁹ Isso porque indisponibilidade de direitos e ordem pública são conceitos distintos com finalidades e peculiaridades próprias. Assim, afirma que

⁶⁷ MATTOS, *Idem*. p. 468.

⁶⁸ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Obra citada*. p. 52.

⁶⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. *Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação (Grandes temas da atualidade: v. 7)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 268.

As normas de ordem pública não podem, portanto, ser violadas ou infringidas. No entanto, podem ser objeto de análise pelo tribunal arbitral. Podem ser *tocadas* e ser objeto de julgamento pelos árbitros. Controvérsia envolvendo matéria sujeita à ordem pública em nada afeta a jurisdição arbitral.⁷⁰

Contudo, data vênia, parece mais acertado o entendimento de Sérgio de Andréa Ferreira, tendo em vista que o árbitro não é investido no Poder Jurisdicional estatal e, da mesma forma que está por essa razão impedido de exercer atos coercitivos, estaria também impedido de adentrar ao exame de matérias que estejam visceralmente ligadas à questão da ordem pública.

2.5. PROCEDIMENTO

A Lei de Arbitragem foi criada com vistas às relações entre particulares e por essa razão não contém disposições exatamente adequadas às necessidades e peculiaridades que envolvem um procedimento arbitral que trate de matéria concernente à Administração Pública.

Parte-se aqui do pressuposto que, ainda que venha a prevalecer outro paradigma que não o clássico, não se pode olvidar de que a Administração não ostenta características idênticas a dos particulares a fim de justificar uma relação estritamente paritária. Isso se dá simplesmente porque detém um ônus próprio, que não compete a nenhum particular, que é o de desempenhar a função administrativa. Assim, trabalha para assegurar o interesse público, seja o que for que se entenda por interesse público.

Por ter tal responsabilidade, é justificável que a Administração tenha um tratamento e um regime diferenciado a fim de salvaguardar o bom desempenho da sua função. Exemplo desse tratamento diferenciado são as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública quando em juízo.

Tendo isso em vista, encontram-se na doutrina posicionamentos no sentido de que, para que a arbitragem fosse adequadamente aplicada no âmbito da

⁷⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. *Idem*. p. 270.

Administração Pública, haveria a necessidade de uma lei especial que regulasse o procedimento.

Nesse sentido, temos Sérgio de Andréa Ferreira⁷¹, para quem a Lei de Arbitragem deveria ser somente aplicada, tanto para a União quanto para as demais entidades político federativas, subsidiariamente aos procedimentos arbitrais de controvérsias administrativas, como lei supletiva, em caso de lacunas, devendo sempre ser respeitadas as peculiaridades do *ius publicum*.

O mesmo autor elucida que esta noção remonta às obras processuais de Pontes de Miranda, para quem a arbitragem, em sede de *ius publicum*, deveria reger-se pela *lex specialis* pública, tanto no que diz respeito ao direito material, quanto ao que toca à parte procedimental⁷².

Contudo, aponta que a ausência dessa *lex specialis* não impede que sejam instaurados procedimentos arbitrais para dirimir conflitos que envolvam a Administração, isto é, havendo uma lei especial, diminuir-se-iam as dúvidas acerca do procedimento e isso traria mais segurança jurídica, mas é possível realizar o procedimento arbitral de modo idôneo e satisfatório sem ela, pois “os litígios governamentais têm de ser solucionados, de acordo com o regime jurídico incidente – envolvendo regras de direito, princípios gerais de direito, usos e costumes, conforme o caso -, sem qualquer liberdade de opção ou alternativas para o fim de decisão sobre as questões.”⁷³ Assim, ao analisar a Lei de Arbitragem, conclui o autor que as disposições do art. 2º. e seus parágrafos são incompatíveis com o direito público, pois não se poderia deixar a critério das partes determinar se a arbitragem seria “de direito” ou “de equidade” e nem a escolha das regras de direito a serem aplicadas, sendo também vedado às partes que convençionem que a arbitragem se baseie nos princípios gerais do direito e nos usos e costumes.

Outros autores, como Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁷⁴, entendem que não seria necessária a edição de uma lei especial que regulasse a arbitragem no âmbito administrativo, mas seria interessante que se fizessem alterações na própria Lei de Arbitragem a fim de que fosse previsto um procedimento especial de

⁷¹ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Obra citada*. p. 54.

⁷² FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. p. 50.

⁷³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem*. p. 51.

⁷⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique J. de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. SUNFELD, Carlos Ari (Org.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 601.

arbitragem para litígios que envolvessem objetos típicos de contratos firmados pela Administração.

De uma forma ou de outra, evidencia-se a preocupação em se obter certa regulação acerca do procedimento arbitral para litígios concernentes à Administração, seja por meio de lei especial, seja por meio de alteração na própria Lei de Arbitragem, a fim de se garantir maior segurança ao procedimento, bem como assegurar parte das suas prerrogativas processuais.

Em sentido oposto, pode-se citar o posicionamento de Eduardo Talamini, para quem o mais adequado seria manter a aplicação da Lei de Arbitragem naquilo que não for contrária aos princípios constitucionais, como no caso da publicidade, deixando à discricionariedade administrativa a determinação do procedimento.⁷⁵

⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada*. In: JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

O Brasil tem passado por diversas transformações políticas, econômicas e legislativas ao longo das últimas décadas, principalmente a partir da década de 90, seguindo a tendência europeia que tem se alastrado para as mais diversas partes do mundo, impulsionada pelo movimento chamado “globalização”.

Tais transformações sinalizam uma intensa modificação, ou pelo menos uma busca por esta, não apenas no modo de gestão da Administração Pública, mas também no próprio modelo de Estado brasileiro.

Com a denominada “Reforma do Estado” buscou-se a substituição da administração pública burocrática pela gerencial, que traz como bandeira a flexibilidade e a eficiência, bem como uma pretensa virtude de ser voltada ao atendimento dos cidadãos em vez de aos interesses do Estado.

A Reforma do Estado também sinalizou a tendência de implementação, no Brasil, do Estado Regulador, que é aquele no qual a atuação na economia é conferida quase que exclusivamente aos particulares, sendo esta atuação condicionada aos moldes e objetivos estabelecidos pelo Estado, que também controla e fiscaliza o atendimento pelo setor privado de suas diretrizes.

Esse modo de intervenção indireta do Estado na economia por meio de instrumentos normativos teria, em tese, o escopo de assegurar que sejam realizados os mesmos objetivos que até então vinham sendo perseguidos no Estado de Bem-Estar, isto é, de garantir o interesse público e o bem comum.

Para tanto, com base principalmente nos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, operou-se a desestatização de grandes empresas, principalmente federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao Terceiro Setor.

Os objetivos da Reforma do Estado implementada no Brasil encontram-se dispostos no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, de autoria do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE). Esse Plano foi aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado, que era composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da

Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas.

O Plano Diretor aponta alguns objetivos globais da Reforma, a fim de assegurar o atingimento dos fins acima expostos, como

aumentar a governança do Estado, ou seja, sua capacidade administrativa de governar com efetividade e eficiência, voltando a ação dos serviços do Estado para o atendimento dos cidadãos; limitar a ação do Estado àquelas funções que lhe são próprias, reservando, em princípio, os serviços não-exclusivos para a propriedade pública não-estatal e a produção de bens e serviços para o mercado para a iniciativa privada; transferir da União para os estados e municípios as ações de caráter local; só em casos de emergência cabe ação direta da União; transferir parcialmente da União para os estados e municípios as ações de caráter regional, de forma a permitir uma maior parceria entre os Estados e a União.⁷⁶

A fixação desses objetivos globais evidencia a relevância dada à eficiência e à aplicação do princípio da subsidiariedade, tanto no sentido vertical quanto horizontal. Ou seja, prima-se pela atuação, em caráter subsidiário, da União em relação à dos Estados e Municípios, bem como do poder público em relação à iniciativa privada e à atuação das entidades ditas públicas não estatais.

3.1. O NASCIMENTO DA LEGISLAÇÃO RELATIVA À PPP'S

Dentro do contexto descrito acima nasceu no Brasil o instituto das Parcerias Público-Privadas. Este, de origem britânica, do período do governo Thatcher, foi considerado pelo governo “uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do País, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado.”⁷⁷ É tido atualmente também como a melhor opção para garantir serviços públicos e obras de infra-estrutura de melhor qualidade e menores custos à sociedade.

⁷⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 51-52.

⁷⁷ Trecho da Mensagem Presidencial nº 623, de 2003, que submete, à apreciação da Câmara dos Deputados, o texto de projeto de lei que “Institui Normas Gerais para licitação e contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública”.

Comenta Laura H. Pinheiro de Oliveira, acerca das justificativas governistas para a implementação de PPP's no Brasil, que:

De fato, de acordo com dados publicados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão com base no Plano Plurianual do governo de 2004 a 2007 ("PPA"), estima-se que serão necessários investimentos equivalentes a 21,7% do Produto interno Bruto ("PIB") para a retomada e sustentação do crescimento econômico do país. Com base nos estudos promovidos para a elaboração do PPA, que tem por objetivo a retomada do crescimento econômico, e, como grande desafio, a conciliação da necessidade de expansão do investimento e das exportações com o compromisso de expansão do consumo, ficou evidente que o governo necessitava de instrumentos que auxiliassem na eliminação dos obstáculos ao crescimento da economia.⁷⁸

Ainda, segundo o dizer de Carlos Ari Sunfeld, os programas estatais de parcerias público-privadas são "sucessores ou complementos dos programas de privatização ou de desestatização instituídos e executados no Brasil na década de 90 do século passado"⁷⁹, aos quais se fez referência anteriormente.

A Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que define normas gerais para licitação e contratação de PPP's no âmbito Federal, só foi promulgada após muita polêmica, pois, segundo Sunfeld, "o projeto de lei federal, encaminhado pelo Governo ao Congresso Nacional, encontrou forte resistência e suscitou debates candentes, não só em foros especializados, mas também na imprensa e no mundo político" sendo que a questão só foi resolvida "quando o próprio Governo viabilizou a apresentação de um novo texto, no âmbito da Comissão de Assuntos Econômicos do Senado."⁸⁰

Os principais objetivos do projeto, de acordo com o mesmo autor, seriam "impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros" e "oferecer garantias que convençam o particular a investir."⁸¹

Contudo, mesmo antes da edição da Lei nº 11.079/04, muitos Estados, como por exemplo, São Paulo, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Ceará, editaram sua própria regulamentação de PPP's, estimulados pelo crescente emprego e

⁷⁸ OLIVEIRA, Laura H. Pinheiro de. *Parcerias público-privadas: conceitos e objetivos*. Disponível em: <<http://www.abcon.com.br/.../29/Artigo%20Pinheiro%20Neto%20Advogados%20PPPs%20Conceitos%20e%20Objetivos.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2005

⁷⁹ SUNFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas*. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.) *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 24

⁸⁰ SUNFELD, Carlos Ari. *Idem*. p. 16.

⁸¹ SUNFELD, Carlos Ari. *Idem*. p. 23

sucesso desta modalidade de contratação em diversos países, como, por exemplo, o Chile, em se tratando de América Latina.

3.2. CONCEITOS LEGAIS

Em seu artigo 2º., a Lei Federal nº 11.079/04 dispõe que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. Assim, temos que o conceito legal visa apresentar a natureza jurídica do instituto, que é de contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. Ou seja, como veremos mais adiante, tratam-se de contratos de concessão cujas peculiaridades os distinguem dos contratos de concessão comum, regidos pela Lei nº 8.987/95.

Observa Celso Antônio Bandeira de Mello que:

Como a lei pretende que as parcerias público-privadas sejam consideradas modalidades de concessão de serviço público, *obviamente seu objeto só pode ser a prestação de um serviço público* (ainda que para isto necessite englobar outras atividades); vale dizer: seu objeto será necessariamente a *prestação de utilidade ou comodidade material fruível singularmente pelos administrados*. Assim, toda tentativa de efetuar parcerias público-privadas tendo como objeto alguma atividade que não seja serviço público seria aberrante, resultando em evidente nulidade do contrato.⁸² (grifos no original)

O conceito de PPP na modalidade patrocinada encontra-se no parágrafo primeiro do mencionado artigo, que dispõe que esta “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. A elas também se aplicarão, subsidiariamente, as normas da Lei nº 8.987/95, por força do disposto no art. 3º., § 1º ⁸³.

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. ... p. 728.

⁸³ “Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.”

No parágrafo segundo, vem conceituada concessão administrativa no sentido de que “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo, embora a lei não mencione expressamente, às concessões administrativas também serão aplicáveis subsidiariamente, quando cabíveis, as normas da Lei nº 8.987/95.⁸⁴

3.3. CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Diversos doutrinadores ocuparam-se de conceituar PPP's. Assim, para Carlos Ari Sunfeld, que participou ativa e intensamente do processo de elaboração da Lei de PPP's, estas

em sentido amplo, são os múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral (concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com OSs; termos de parcerias com OSCIPs; etc.). Seu regime jurídico está disciplinado nas várias leis específicas.

Em sentido estrito, “PPP's” são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa, tal qual definidas pela Lei Federal 11.079/2004. Apenas esses contratos sujeitam-se ao regime criado por essa lei.⁸⁵

Pode-se, então, inferir desse conceito que o autor reconhece que mesmo anteriormente à edição da Lei nº 11.079/04 já havia PPP's em sentido amplo sendo realizadas no Brasil, mas que a partir da regulamentação legal entende como PPP's exatamente aqueles contratos descritos na respectiva legislação. Assim, o autor chama a atenção para o fato de que a concessão patrocinada já era viável anteriormente, sendo que apenas a concessão administrativa não existia.

Já Marçal Justen Filho conceitua PPP como:

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. ... p. 728.

⁸⁵ SUNFELD, Carlos Ari. *Guia jurídico das parcerias público-privadas...* p. 22-23.

um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra-estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.⁸⁶

Este mesmo conceito é adotado por Luiz Alberto Blanchet⁸⁷ em sua obra sobre o tema em tela.

A partir de uma visão mais crítica, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que PPP

trata-se de instituto controvertido, forjado na Inglaterra, ao tempo da sra. Thatcher, e acolhido entusiasticamente pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Internacional no cardápio de recomendações aos subdesenvolvidos. A “parceria público privada”, que foi jucundamente auspiciada pelo partido governista – outrora comprometido com os interesses da classe trabalhadora, e hoje ponta-de-lança das aspirações dos banqueiros -, constitui-se na crême de la crême do neoliberalismo, pelo seu apaixonado desvelo na proteção do grande capital e das empresas financeiras.⁸⁸

Para o autor, o instituto das PPP's, no molde lhe dado legislativamente, possui o objetivo espúrio de satisfazer os interesses daqueles que detêm o poder econômico, através de um falso discurso de que seria o melhor instrumento para a promoção do interesse público⁸⁹, contrariando a doutrina majoritária, que vê com bons olhos a “nova” modalidade de contratualização administrativa.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...* p. 549.

⁸⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias público-privadas: Comentários à lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 21.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. ... p. 727.

⁸⁹ O mesmo autor observa que “curiosamente, embora a concessão de serviços públicos clássicos seja adotada para poupar investimentos públicos ou para acudir à carência deles e esta última razão sempre foi a habitualmente apontada, entre nós, como justificativa para a introdução das PPP's, a lei pressupõe que na modalidade patrocinada a contraprestação pecuniária a ser desembolsado pelo Poder Público poderá corresponder a até 70% da remuneração do contratado ou mais do que isto se houver autorização legislativa (art. 10, § 3º). Logo, é possível, de direito, que alcance qualquer percentual, desde que inferior a 100%. Seguramente este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; antes, pressupõe que existam disponíveis e implica permissão legal para que sejam despendidos: exatamente a antítese das justificativas apontadas para exaltar este novo instituto” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.729).

3.4. NORMAS APLICÁVEIS

Ao desenvolver estudo acerca das PPP's, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que normas que as regulam PPP's no âmbito federal, como não podia ser diferente, são as dispostas na Lei nº 11.079/04 e, *adicionalmente*, conforme disposição do art. 3º, aplica-se às concessões administrativas o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987/95 (Concessões Comuns), e o art. 31 da Lei nº 9.074/95⁹⁰, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências.⁹¹

As referidas disposições legais dizem respeito “ao ressarcimento da Administração, por parte do vencedor da licitação, pelos gastos que hajam sido feitos com os estudos, levantamentos ou projetos vinculados à concessão e postos à disposição dos licitantes; às cláusulas essenciais do contrato de concessão; à responsabilidade da concessionária pelos prejuízos que cause ao concedente, usuários ou terceiros; à transferência de concessão e garantias de financiamento; aos poderes do concedente, bem como à possibilidade dos autores ou responsáveis economicamente pelo projeto básico ou executivo de participarem da licitação ou da execução de obras e serviços.”⁹²

Aponta ainda o autor que as concessões comuns de serviços e obras não sofrem qualquer influência da Lei nº 11.079/04, continuando sujeitas à Lei nº 8.987/95 e correlatas, conforme o previsto no art. 3º, § 2º daquela lei, bem como os contratos administrativos em geral, que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa continuam, a teor do § 3º do art. 3º, regidos exclusivamente pela correspondente legislação, isto é, a Lei nº 8.666/93 (Licitações).⁹³

⁹⁰ “Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.”

⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 727.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*. p. 727-728.

⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Idem*. p. 728.

3.5. CONCESSÕES COMUNS E PPP's

As PPP's diferenciam-se dos contratos tradicionais de concessão principalmente por sua forma de pagamento e de liquidação de débitos.

Segundo José Rogério Lima de Araújo, nas PPP's a remuneração do setor privado se dará, via de regra, após a conclusão da obra, e encontram-se disponíveis aos parceiros privados mais mecanismos de financiamento e liquidação de obrigações, bem como garantias maiores e melhores, em comparação com as concessões comuns.⁹⁴

Essas modalidades de financiamento e as garantias oferecidas visam atrair a participação do setor privado e atender à demanda do mercado por maior idoneidade e clareza das regras.

Ainda, temos o regime de PPP como bem mais amplo, vez que possibilita investimentos em áreas não abrangidas pelas concessões comuns como, por exemplo, hospitais, presídios, escolas públicas, saneamento e meio ambiente.

Sobre a possibilidade de transformação das atuais concessões comuns em PPP's, pondera Celso Antônio Bandeira de Mello que “é a diferença de regimes entre umas e outras - o das parcerias é muitíssimo mais benéfico para o contratado - *que tornaria impossível a transformação de atuais concessões comuns em parcerias, sob pena de favorecimento e inconstitucional burla ao princípio da licitação.*”⁹⁵

Luiz Alberto Blanchet argumenta ainda que “qualquer empreendimento pretérito à lei em comento [11.079/04], cujas características o delineiem como parceria público-privada, era e continua válido. Apenas não estará obrigado a observar os critérios e condições agora estabelecidos na nova lei.”⁹⁶

Temos então que haverá espaço entre nós para ambas as modalidades de contratação, voltadas à concretização dos fins públicos e cada qual com suas peculiaridades.

⁹⁴ ARAÚJO, José Roberto Lima de. *Panorâmica*. Conexão Migalhas, ano 1, nº 1. São Paulo: Millennium, 2005. p. 24-25.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 728.

⁹⁶ BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias público-privadas...* p. 24-25.

A Lei nº 11.079/04 trouxe diversas disposições voltadas a atrair o investimento dos setores privados para a contratualização na modalidade de PPP, com o objetivo de desenvolver, principalmente, a área de infra-estrutura, como, por exemplo, os setores de rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

Certamente que a prerrogativa dada ao particular que mais interessa ao presente artigo e umas das que mais tem gerado discussões é justamente a possibilidade, conferida pela Lei nº 11.079/04, em seu art. 11, III, de que sejam empregados mecanismos privados de resolução de controvérsias decorrentes dos contratos de PPP, inclusive a arbitragem, da qual se tratará melhor adiante.

4. A ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Em que pese a variada gama de aspectos que podem ser discutidos quanto ao emprego da arbitragem nas PPP's, somente serão abordados aqueles dos quais mais se tem ocupado a doutrina especializada, com o intuito de proporcionar uma visão global acerca da temática.

Para tanto, muito do que foi exposto nos tópicos anteriores será neste momento retomado, mas em contexto específico relativo às PPP's, a fim de proporcionar uma compreensão mais adequada.

Conforme visto, o controvertido dispositivo da Lei nº. 11.079/04, no artigo 11, inciso III, do capítulo atinente à licitação, prevê a possibilidade do emprego de mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato de PPP's.

Dispõe, *in verbis*:

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 disputa, 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.

O aludido dispositivo, assim, fornece uma autorização genérica para que a Administração Pública possa optar, em juízo de discricionariedade, pela adoção da arbitragem para dirimir litígios oriundos ou afins aos contratos de PPP. Exige apenas que seja realizada no Brasil e em língua portuguesa, além de fazer remissão expressa à lei geral de arbitragem, sem prever qualquer outra ressalva ou procedimento a ser seguido.

A competência para optar ou não pelo emprego da arbitragem foi conferida pela mesma Lei nº. 11.079/04 ao Comitê Gestor de PPP's, instituído pelo Decreto nº 5385/05, que é o órgão competente para disciplinar os procedimentos para celebração dos contratos de PPP e aprovar suas alterações, bem como aprovar os instrumentos convocatórios, instrumentos de contratos e suas respectivas

alterações, e ainda estabelecer modelos de editais de licitação e de contratos de PPP, assim como os requisitos técnicos mínimos para sua aprovação.

4.1. PREVISÃO LEGAL: CONSTITUCIONALIDADE E CONSEQUENCIAS

Na lição de Eduardo Talamini⁹⁷, é possível afirmar que fica afastada a inconstitucionalidade na previsão normativa de cabimento da arbitragem no âmbito das PPP's, com base em precedente jurisprudencial relevantíssimo do Supremo Tribunal Federal. Assim, uma vez que no julgamento do “caso Lage”⁹⁸, caso paradigma no que diz respeito à arbitrabilidade de questões administrativas, o STF entendeu constitucional o Decreto-Lei nº. 952/46 na parte em que veiculou a autorização legislativa específica para a adoção da arbitragem. Ainda, ficaria afastada também a inconstitucionalidade do caráter irrecorrível da sentença arbitral, tendo em vista que o STF reconheceu que, em virtude de o processo arbitral ter esteio em uma autorização legislativa específica, aquela ser absolutamente cabível, bem como a vedação de reexame do julgamento pelo Judiciário.

Ainda, Rafael Bicca Machado⁹⁹ coloca que ao se inserir na legislação tal dispositivo facultando a adoção da arbitragem para a solução de demandas oriundas de contratos de PPP, além de sanar dúvidas acerca da autorização legislativa para a efetivação de convenções arbitrais, tornou a arbitragem uma “blindagem” nos contratos de PPP à ingerência judicial movida por interesses político-ideológicos. E Isso teria o condão de proporcionar maior segurança jurídica aos investidores.

No mesmo sentido, Luciano Benetti Timm entende que

o fenômeno da jurisprudência sentimental aproveita-se da abertura semântica legal e constitucional para “fazer justiça social com as próprias sentenças”, acobertando a inadimplência e intervindo indiscriminadamente no contrato, através de revisões, anulações e resoluções por conta do

⁹⁷ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.349.

⁹⁸ Ver supra, p. 27.

⁹⁹ MACHADO, Rafael Bicca. *Alguns obstáculos à arbitragem nas PPPs*. CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.) *Estudos Sobre as Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: IOB Thomson, 2006. (p. 175-184)

equilíbrio econômico, sendo isto um fator de altíssimo risco às novas PPP.¹⁰⁰

Assim, a arbitragem veio garantir a intangibilidade do contrato de PPP, aumentando consideravelmente o seu potencial de sucesso.

Justamente por essa razão Rafael Bicca Machado ressalta a possível resistência/rejeição do instituto especialmente pelos juízes, em virtude da perda de poder que representa, da mesma forma como ocorre em relação às súmulas vinculantes. E aponta que o argumento principal no qual estará calcada a rejeição será o conceito de direito disponível, com base na análise do art. 1º da Lei nº 9.307/96.¹⁰¹

4.2. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE

Ao consultar a disciplina dada à arbitragem pela Lei nº. 9.307/96, encontra-se os requisitos subjetivos e objetivos de arbitrabilidade no art. 1º, e complementarmente pelas disposições dos arts. 851 e 852 do Código Civil. Para se firmar convenção arbitral as partes devem ser capazes de contratar e o objeto submetido à apreciação do juízo arbitral necessariamente deve ser um direito patrimonial disponível.

Quanto à capacidade tanto da Administração quanto do contratante para firmar convenção arbitral, requisito de arbitrabilidade subjetiva, não restam dúvidas que se verifica, posto que o contrato é um dos instrumentos legalmente conferidos àquela na sua atuação para a promoção do interesse público. Já no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, isto é, à natureza de direito patrimonial disponível do objeto da arbitragem, reside a controvérsia quanto à sua auferibilidade no plano da Administração.

¹⁰⁰ TIMM, Luciano Benetti. *O contrato nas parcerias público-privadas numa perspectiva de direito e economia*. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, nº 13, p.165-173, janº/mar. 2006. p. 171.

¹⁰¹ MACHADO, Rafael Bicca. *Alguns obstáculos...* p.180-183.

Primeiramente, direito patrimonial é aquele que se reveste de valor econômico ou cujo inadimplemento pode ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas de cunho econômico.¹⁰² Os contratos em geral têm cunho patrimonial, ou seja, são onerosos via de regra, o que ocorre da mesma forma com os contratos administrativos. O patrimônio envolvido nessas contratações é sim público. Contudo, retomando a premissa de que disponibilidade e indisponibilidade de direitos não se confunde com disponibilidade e indisponibilidade do interesse público e a acepção moderna de direito público como um juízo de ponderação entre os vários direitos fundamentais individuais e meta individuais, com base no princípio da proporcionalidade e visando o atendimento do princípio da eficiência, pode-se concluir que nos contratos de PPP poderão haver sim diversos conflitos que apresentarão os requisitos completos para serem submetidos à arbitragem. Tal constatação, contudo, não pode ser feita sob a ótica da doutrina clássica, para a qual a o raciocínio seria diametralmente oposto.

A exigência de prévia delimitação dos aspectos arbitráveis, que estava presente inicialmente no projeto de lei das PPP's, foi suprimida. Segundo César A. Guimarães Pereira, tal exigência “restringia de modo desnecessário e indevido o emprego desse meio de solução de conflitos.”¹⁰³ Também Eduardo Talamini¹⁰⁴ entendeu acertada a lei nesse ponto, pois, além de que provavelmente a delimitação não auxiliaria no esclarecimento de dúvidas e discussões interpretativas, se eliminariam hipóteses nas quais a arbitragem seria absolutamente cabível.

Em sentido contrário, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro “o certo seria que a Lei nº. 11.079 delimitasse as hipóteses em que a arbitragem pode ser utilizada, restringindo a discricionariedade do poder concedente na elaboração do edital.”¹⁰⁵

Para a doutrina tradicional, PPP é espécie de contrato administrativo de concessão, tanto na modalidade administrativa quanto patrocinada e, portanto, simplesmente por ser promovida e constituída justamente em prol da satisfação do interesse público, envolve interesses indisponíveis e, por consequência, patrimônio

¹⁰² TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p. 345

¹⁰³ PEREIRA, César A. Guimarães e outros. *As leis estaduais de PPP e a lei 11.079/2004*. JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.138.

¹⁰⁴ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.335.

¹⁰⁵ PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Parcerias na administração pública...* p. 189-190

indisponível afeto ao fim específico de desenvolvimento de projetos de infraestrutura de longa duração e grande aporte financeiro. A arbitragem em litígios administrativos estaria absolutamente fora de cogitação.

Comenta Lúcia Valle Figueiredo, sobre a adoção da arbitragem, por oportunidade do que prevê o inciso XV do art. 23 da Lei de Concessões, anteriormente à modificação legislativa exposta adredemente em tópico antecedente, que:

Por força do dispositivo do inciso XV do art. 23 da Lei nº 8.987/95, que dispõe ser necessário constar do contrato o fora e o modo amigável de solução das divergências contratuais, cogitou-se da possibilidade de se utilizar o juízo arbitral, nos termos da Lei nº 9.307, de 23.09.1996, estaria, com a vênua devida daqueles que pensam em contrário, absolutamente descartado. A uma, porque se destina aos direitos disponíveis, portanto não poderia servir para dirimir questões em que está envolvido o interesse público. Demais disso, nos termos do art. 18 da mencionada Lei nº 9.307/96, “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário”, o que implicaria impossibilidade de haver recurso ao Judiciário, em franco desrespeito às regras constitucionais dos direitos e garantias individuais (art. 5º., incisos XXXV, LXIX, LXX, LXXIII). Além disso, as regras de competência processual no tocante às questões da União são de ordem constitucional, não podendo, à evidência, ser derogadas por legislação infraconstitucional. Nem se fale que Estados, Municípios e Distrito federal poderiam dispor sobre arbitragem na legislação que fizessem, respeitadas as normas gerais nacionais. Não podem. Evidentemente, as normas de arbitragem caracterizam-se como normas de processo civil, cuja legislação está afeta privativamente à União, nos termos do art. 22, inciso I, da Constituição da República.¹⁰⁶

A autora, assim, aponta que haveria um flagrante desrespeito aos princípios de direito público e contrariedade ao regime jurídico administrativo, à medida que entende que quaisquer questões pertinentes à Administração Pública estão permeadas pelo interesse público, indisponível, e, portanto, impassível de ser objeto de arbitragem.

Permitir o arbitramento de litígios administrativos traria, ainda, outros efeitos maléficis como o desrespeito a direitos e garantias individualmente assegurados, como o da inafastabilidade do Poder Judiciário e da possibilidade de impetração de mandado de segurança, tanto individual como coletivo, e de ação popular.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 101-102.

Também coloca, abordando aspectos formais, que as normas que dispõem sobre arbitragem são de natureza processual e infraconstitucional e, portanto, não poderiam derogar as regras de competência processual constitucionalmente determinadas, como as relativas à União, bem como não possuiriam competência para legislar sobre arbitragem os Estados, mesmo que de acordo com as normas gerais nacionais, uma vez que a competência para legislar sobre normas de processo civil é constitucionalmente conferida privativamente à União.

Tais observações também seriam aplicáveis às PPP's, na medida em que são modalidade de contrato administrativo de concessão.

Na mesma esteira, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se manifestar sobre a questão, afirma categoricamente que a adoção da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias decorrentes dos contratos de PPP

seria inadmissível nos contratos administrativos em geral e a *fortiori* nas concessões de serviço ou obra pública, seja em que modalidade for, por estar em causa o interesse público, que não é bem disponível, mas *extra commercium*, e a respeito do qual só o Poder Judiciário poderia emitir juízo decisório.¹⁰⁷

O autor, inclusive, considera o dispositivo do art. 13, inciso III, da Lei nº 11.079/05, inconstitucional e assevera:

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, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.¹⁰⁸

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. p. 726.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. p. 743.

O posicionamento intermediário de Alexandre Freitas Câmara¹⁰⁹ admite a arbitragem de conflitos advindos de contratos de natureza privada firmados pela Administração, referentes aos atos negociais praticados por esta. Desta forma, também exclui do âmbito de abrangência da possibilidade os contratos administrativos de concessão e, portanto, as PPP's.

Conforme visto anteriormente, para a doutrina mais moderna os obstáculos de índole constitucional apontados pela doutrina tradicional não se verificam nem em se tratando de contratos administrativos em geral, nem tampouco no caso das PPP's. No que toca a estas, o óbice consubstanciado na legalidade administrativa é irrelevante, uma vez que há a autorização expressa no art. 11, III da Lei nº. 11.079/04, e exigir qualquer outro tipo de autorização configuraria, segundo Gustavo Binenbojm¹¹⁰, uma tremenda quebra do princípio constitucional da separação de poderes.

Em relação à indisponibilidade do interesse público, os recursos patrimoniais relativos aos contratos de PPP seriam disponíveis e passíveis de ser objeto de arbitragem, conforme a análise anteriormente apresentada.

Quanto à inafastabilidade do controle judicial, uma vez que “cabe arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em Juízo”¹¹¹ e atendidos os pressupostos legais de arbitrabilidade, a opção pela solução arbitral não representa afronta à garantia inscrita no art. 5º, XXXV, da CF. Como bem observa Eduardo Talamini, “a possibilidade de acesso ao Judiciário não pode ser transformada em proibição do emprego de outra via, mais adequadas às necessidades dos litigantes.”¹¹²

Ainda, a lei prevê tanto que devem ser observadas na arbitragem as garantias do devido processo legal, sob pena de nulidade, quanto os mecanismos de fiscalização pelo Judiciário das referidas garantias. Assim, nem Administração, nem particular correm o risco de serem prejudicados pelo caráter irrecorrível da arbitragem, pois, em última análise, havendo qualquer nulidade na sentença arbitral poderá ser argüida por meio de embargos à execução ou ação anulatória.

¹⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº. 9.307/96...* p.19

¹¹⁰ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas (PPPS) e a Constituição*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº241, p.159-175, jul/set.2005. p.174.

¹¹¹ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p. 343.

¹¹² TALAMINI, Eduardo. *Idem*. p.346.

4.3. QUESTÕES DE CUNHO PRÁTICO

Superadas as críticas em relação à possibilidade do emprego da arbitragem nas PPP's, cumpre analisar as questões mais pontuais e práticas que têm se colocado.

4.3.1. Necessidade de previsão da adoção da arbitragem na minuta do contrato

A primeira delas, diz respeito à possibilidade ou não de se optar pela arbitragem sem que esta constasse do edital da licitação, isto é, não fosse prevista na minuta do contrato. A favor da possibilidade, Eduardo Talamini¹¹³ defende que, em havendo um litígio arbitrável, ainda que não fosse previsto no edital, as partes poderiam, de comum acordo, optar pela arbitragem. Contudo, observa também que a previsão da arbitragem desde o edital é interessante principalmente para a Administração, em virtude de que lhe dará de antemão a certeza do futuro e eventual emprego da arbitragem, em lhe sendo conveniente, bem como pode a prévia opção pelo juízo arbitral funcionar como apoio a mais e melhores propostas na licitação.¹¹⁴

Em sentido oposto, Lauro da Gama e Souza Jr. entende que “em que pese a regra geral, que permite o ajuste da arbitragem após a celebração do contrato, mediante cláusula compromissória em separado (art. 4º da Lei nº. 9.307/96), parece inviável que a arbitragem em contrato de PPP seja prevista em momento posterior ao da publicação do edital de licitação”¹¹⁵, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Para o autor, celebrar convenção arbitral posteriormente, sem prévia disposição na minuta de contrato anexada ao edital de licitação pode vir

¹¹³ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada*. p. 351.

¹¹⁴ TALAMINI, Eduardo. *Ide.*, p. 350.

¹¹⁵ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº241, p.121-157, jul/set.2005. p. 145.

de encontro a princípios como a legalidade, a moralidade e a isonomia, sendo passível de nulidade nos termos do art. 41 da Lei nº. 8.666/93.¹¹⁶

Entendimento semelhante ao de Lauro da Gama e Souza Jr. é o de Gustavo Henrique Justino de Oliveira, para quem “a possibilidade de as partes optarem pela via arbitral há de estar prevista explicitamente no edital de licitação e obedecer rigorosamente ao previsto no § 2o. do art. 4o. da LA [Lei de Arbitragem], pois os contratos administrativos são autênticos contratos de adesão.”¹¹⁷

4.3.2. Modelo de arbitragem

Quanto a ser a arbitragem institucional ou *ad hoc*, a Lei nº. 11.079/04, diversamente de algumas das leis estaduais sobre PPP, não exige que a arbitragem se subordine a um órgão arbitral institucional, podendo esta ser, então, tanto institucional quanto *ad hoc*. Mas, como observa Eduardo Talamini, “a definição já no edital de uma entidade com experiência e reputação tende a produzir resultados positivos”.¹¹⁸

4.3.3. Procedimento arbitral

No que toca ao procedimento arbitral, muitas questões se levantam, tendo em vista a peculiaridade inerente à Administração Pública. Na esteira daqueles que vislumbram a necessidade de uma lei especial de direito público que disponha sobre um procedimento arbitral diferenciado para a Administração, Gustavo Henrique J. de Oliveira afirma que,

¹¹⁶ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Idem*. p. 146.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Gustavo Henrique J. de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. SUNFELD, Carlos Ari (Org.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 596-597.

¹¹⁸ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.351-352.

diante das especificidades inerentes ao objeto público das PPPs, há a necessidade de serem realizados ajustes na atual legislação brasileira da arbitragem, com a criação de um procedimento arbitral especial, necessário para conferir maior proteção aos interesses da coletividade presentes nessa especial relação de natureza contratual.¹¹⁹

Isso teria, assim, como apontado adredemente, o condão de salvaguardar poderes e prerrogativas conferidas à Administração. Porém, cumpre observar que a própria arbitragem poderia deixar de ser interessante, principalmente ao parceiro privado, uma vez que o instituto seria um tanto quanto esvaziado, distanciando-se da sua própria essência e finalidade, tendo em vista que a convenção arbitral teria praticamente a natureza de um contrato de adesão.

Em relação à compatibilização do procedimento arbitral previsto na Lei de Arbitragem às peculiaridades dos contratos administrativos, merecem consideração especial os seguintes aspectos em relação ainda ao processo arbitral: o local, o idioma, o critério de julgamento, o sigilo e os árbitros.

4.3.4. Local da arbitragem

A lei de PPP's determina expressamente o local da arbitragem, que deverá ser no Brasil. Mencier¹²⁰ aponta que a rejeição de a arbitragem ser realizada no exterior é fruto de certo receio de que a decisão arbitral seria necessariamente favorável ao empresário estrangeiro. Receio este, para o autor, um tanto infundado diante do fato de que, se proferida por árbitros competentes, a decisão será a mais correta possível, conforme demonstram inclusive os vários exemplos de arbitragens internacionais bem sucedidas.¹²¹

¹¹⁹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique J. de. A arbitragem e as parcerias público-privadas... p. 601.

¹²⁰ MENCIER, Bernard. *Os projetos de PPP e as prerrogativas do poder público*. JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.194.

¹²¹ Citou primeiramente o autor o fato de que a Câmara de Comércio Internacional (CCI), que tem dirigido muitas arbitragens, ser integrada por juízes brasileiros que fazem parte de uma câmara de arbitragem internacional. Assim, se há brasileiros participando como árbitros de arbitragens internacionais, normal seria o Brasil aceitar a arbitragem internacional para dirimir conflitos atinentes às PPPs. Depois citou uma arbitragem realizada fora do Brasil por autoridades suíças, em que foram partes o Brasil e a França, cujo pedido de fronteira formulado em face do Brasil formulado por seu

No mesmo sentido, Eduardo Talamini afirma que “trata-se de uma cautela supérflua e talvez até contraproducente (...) posta em termos até mais severos do que a obrigatoriedade de estabelecer ‘o foro da sede da Administração’ como competente para dirimir litígios derivados dos contratos administrativos em geral”¹²², uma vez que até mesmo na Lei nº. 8.666/93 existe reiterada ressalva de que certos contratos não se submetem àquela imposição. O autor ainda frisa que, uma vez que o objetivo é proporcionar maior flexibilidade e dinamismo na resolução de controvérsias, acena como razoável a aplicação subsidiária da ressalva contida na Lei nº. 8.666/93, a fim de que não se adote regime mais restritivo do que o acolhido na disciplina geral dos contratos administrativos.¹²³

Ainda, não haveria nenhum empecilho em que a arbitragem se desenvolvesse no Brasil e utilizasse as normas procedimentais de uma instituição internacional de arbitragem.¹²⁴

Se poderiam haver exceções quanto à exigência da arbitragem se realizar no Brasil, o mesmo não pode ser dito em relação ao uso da língua portuguesa, pois tal exigência é imprescindível para se garantir maior publicidade¹²⁵ e possibilitar o controle do processo e da sentença arbitral. Isso, contudo, não impede que sejam empregados simultaneamente outros idiomas, em especial na arbitragem excepcionalmente internacional.¹²⁶

4.3.5. Critério de julgamento

Também é pacífico o entendimento de que não é possível conceber outro critério de julgamento para arbitragem de controvérsias administrativas que não seja o de direito, sob pena de violação do princípio da legalidade (art. 37 da CF). Os

vizinho francês, a Guiana Francesa, compreendia uma grande parte da Amazônia. Contudo, o pedido francês foi rejeitado, saindo o Brasil vitorioso. (MENCIER, Bernard. *Os projetos de PPP e as prerrogativas do poder público. Obra citada.* p.194-195)

¹²² TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.353.

¹²³ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.355.

¹²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Idem. Ibidem.*

¹²⁵ TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada...* p.355.

¹²⁶ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Obra citada.* p.149.

contratos administrativos são disciplinados por legislação especial e, ainda que se assuma a legalidade administrativa não mais como a mera vinculação positiva à lei, não se pode olvidar de que estas são imprescindíveis para imprimir segurança jurídica no trato de matéria afeta ao interesse público.

4.3.6. Sigilo

Já o sigilo conferido ao processo arbitral, por força do princípio da publicidade, será mitigado, podendo apenas se submeter a um regime de publicidade restrita, nas hipóteses em que isso se justificasse no processo judicial¹²⁷ ou no caso dos contratos denominados “sigilosos” nos termos da Lei federal 8.159/1991 e dos arts. 59 e 60 do Decreto 4.553/2002. Aliás, de acordo com Gustavo Henrique J. de Oliveira “aqui poderia ser incentivada a possibilidade de utilização do juízo arbitral para a solução de litígios que envolvam esses contratos, pois em jogo estariam informações e dados cujo conhecimento irrestrito ou divulgação poderiam acarretar risco à segurança da sociedade e do Estado.”¹²⁸ De qualquer maneira, deve restar garantido o acesso aos dados processuais pelas partes e seus representantes, pelos órgão de controle, etc.

4.3.7 Árbitros

Em relação aos árbitros, independentemente de serem brasileiros ou de outras nacionalidades, o essencial é, conforme ressalta Bernard Mencier, que “haja neutralidade e competência dos julgadores”, devendo estes possuir domínio tanto dos aspectos jurídicos quanto dos técnicos e econômicos atinentes aos conflitos.¹²⁹ É de competência dos próprios árbitros o controle de legalidade da convenção

¹²⁷ TALAMINI, Eduardo. *Idem*. p.355-356.

¹²⁸ OLIVEIRA, Gustavo Henrique J. de. *Obra citada*. p. 601.

¹²⁹ MENCIAER, Bernard. *Obra citada*. p.194.

arbitral, conforme a Lei de Arbitragem, a ser realizado antes da instauração do processo. O controle judicial ocorre posteriormente, somente quando da execução da sentença arbitral ou de ajuizamento de ação anulatória.

4.3.8. Sentença arbitral

Uma vez que a sentença arbitral constitui-se um título executivo judicial, não necessita de homologação do Poder Judiciário e pode ser executada de plano pela parte vencedora. No caso das PPP's, condenada a Administração a pagar quantia em dinheiro, a execução recairá sobre os bens e direitos dados em garantia, na forma do artigo 8º da Lei nº. 11.079/2004 (em que pese sua duvidosa constitucionalidade). Sendo inviável invocar as garantias afetadas ao empreendimento objeto da PPP, a execução da sentença far-se-á segundo o regime de precatórios (artigo 100 da Constituição) perante o órgão competente do Poder Judiciário. Por outro lado, segundo Lauro da Gama e Souza Jr.¹³⁰, a decisão proferida contra investidor estrangeiro também é revestida de ampla efetividade no plano internacional, tendo em vista a variedade de tratados e convenções¹³¹ que o Brasil ratificou nesse sentido.

4.3.9. Arbitragem e Processo Administrativo

Ainda, é importante destacar a lição de Eduardo Talamini¹³² de que a arbitragem não suprime o processo administrativo, quando este for cabível, sendo

¹³⁰ SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Obra citada*. p. 147.

¹³¹ O autor destaca como principais a Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Nova York, 1958); a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros (Montevideu, 1979); e o Protocolo do Mercosul de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Las Leñas, 1992). (SOUZA JR., Lauro da Gama e. SOUZA JR., Lauro da Gama e. *Obra citada*. p.147.)

¹³² TALAMINI, Eduardo. *Arbitragem e parceria público-privada*. p. 356-357.

que poderá ser instaurado antes ou concomitantemente com a arbitragem, a critério do administrado, tendo em vista que não há, desde o advento da Constituição de 1988, a necessidade de prévio esgotamento da via administrativa para o direito de ação, sendo que as únicas exceções estão prevista no próprio texto constitucional.

Por fim, é consenso que para que a arbitragem nas PPP's tenha bom êxito cumpre haver por parte de ambos os contratantes um comprometimento com o princípio da boa-fé e seus desdobramentos, como a proibição do comportamento contraditório e a proteção da confiança legítima. Ainda, este mesmo princípio da boa-fé, além de princípio geral dos contratos, é inerente à obrigatoriedade constitucional de moralidade administrativa.

4.4. CLÁUSULA ARBITRAL NOS CONTRATOS DE PPP'S

A Lei nº 11.079, Lei das PPP's, foi publicada em 30 de dezembro de 2004 e entrou em vigor no mesmo dia. No entanto, os projetos de PPP's federais continuam apenas no papel.

Em âmbito federal, os projetos de PPP's eram concernentes principalmente à duplicação da BR 116 no trecho Minas-Bahia; à construção da BR 493 no Estado do Rio de Janeiro; da Ferrovia Norte-Sul, do Anel Ferroviário de São Paulo e da Variante Ferroviária Ipiranga-Guarapuava; e à irrigação no perímetro Pontal, em Petrolina, Estado de Pernambuco.

O primeiro projeto de PPP federal, anunciado em julho de 2007, era o Projeto BR116/324, que representaria a primeira concessão de uma estrada federal a ser implementada no Brasil dentro do novo marco regulatório.

O projeto consistia na concessão patrocinada para recuperação, manutenção, operação e aumento de capacidade em uma extensão de 680.6 quilômetros das rodovias federais BR-116 e BR-324, no Estado da Bahia, e tinha por escopo promover maior eficiência no sistema de transporte e o conseqüente crescimento econômico regional através da melhoria da infra-estrutura viária.

No entanto, houve a desistência por parte do Governo no mesmo mês de seu anúncio. Optou-se pela concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/95, cujo leilão ocorreu na data de 1º de dezembro de 2008.

Também foi outorgada por meio de concessão comum a duplicação da BR 493 no Rio de Janeiro no início de 2008, bem como a construção da Ferrovia Norte-Sul e do Anel Viário de São Paulo.

Ao que tudo indica, o projeto de irrigação Pontal será a primeira PPP federal do país. Ele tem como escopo o desenvolvimento da região com agricultura irrigada intensiva.

Nessa PPP, na modalidade patrocinada, as atribuições do setor privado serão finalizar a construção para operar e manter a infra-estrutura comum e alocar terra aos usuários agrícolas do projeto, que terão liberdade na escolha das culturas. A terra será transferida ao vencedor da licitação sem nenhum custo e o concessionário terá duas principais responsabilidades: ocupar a terra em até 6 anos a contar da assinatura do contrato e garantir que a empresa agrícola irá alocar no mínimo 25% das terras irrigáveis para pequenos agricultores que serão integrados à cadeia produtiva da mesma.¹³³

Ainda que a maioria dos projetos de PPP federais tenham sido transformados em concessões comuns, o Governo Federal chegou a divulgar os editais de licitação e as minutas dos contratos de pelo menos dois projetos, quais sejam os de duplicação da BR 116 no trecho Minas-Bahia e os de irrigação Pontal.¹³⁴ Isso possibilita a verificação ou não da presença de cláusula arbitral na minuta destes contratos e, se presente, qual o seu conteúdo.

4.4.1. Análise da cláusula arbitral

Em ambas as minutas de contrato de concessão patrocinada examinados, evidencia-se a opção do concedente por prever expressamente mecanismos

¹³³ Informações disponíveis em <http://www.pontal.org/>. Acesso em 20 dez 2008.

¹³⁴ Editais e minutas de contrato disponíveis em: <http://www.pppbr116.org/projeto.html> e <http://www.pontal.org/>. Acesso em 20 dez 2008.

extrajudiciais de resolução de conflitos. No caso da minuta relativa ao projeto de irrigação Pontal, restringe-se apenas à arbitragem, enquanto que na relativa à duplicação da BR 116 no trecho Minas-Bahia há também a previsão da mediação.

As cláusulas arbitrais em ambas as minutas possuem conteúdo idêntico, assim disposto:

X. Arbitragem

X.1. Toda e qualquer controvérsia e/ou disputa oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, será obrigatória, exclusiva e definitivamente dirimida por meio de arbitragem.

X.2. A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

X.3. A arbitragem será conduzida na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

X.4. A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira.

X.5. O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no pólo ativo, seja no pólo passivo, a escola dos árbitros deverá seguir o previsto na cláusula 10 do regulamento de arbitragem da CCI.

X.6. Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada Parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

Art. 9

X.7. Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário. Caso tais medidas se façam necessárias após a instituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

X.8. As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e seus sucessores.

Apesar de não se fazer referência expressa à Lei nº 9.307/96, por todo o exposto, evidencia-se que seus dispositivos foram observados na elaboração dessa cláusula compromissória padrão utilizada nas minutas de contrato de PPP.

Pela forma como foi redigida a cláusula arbitral fica evidente que o entendimento adotado é o de que não somente a opção pela arbitragem é discricionária, mas também a escolha do modelo de arbitragem, dos árbitros e do procedimento. Na verdade, mais do que o exercício de uma competência discricionária, assemelha-se mais ao exercício da própria autonomia privada. Isso reflete com exatidão o fenômeno que Luciano Benetti Timm denomina “‘privatização’ do Direito Público”, que se percebe pela “‘contratualização’ das relações entre a Administração Pública e os agentes econômicos, despindo-se o Estado de alguns de seus privilégios consagrados no Direito Administrativo, para se tornar um mero contratante no mercado.”¹³⁵.

Assim, optou-se pela inclusão nas minutas de contratos de PPP de uma cláusula arbitral cheia, visto que estão presentes a indicação não apenas da obrigatoriedade da adoção da arbitragem para a resolução em caráter exclusivo e definitivo das demandas advindas dos contratos, mas também da instituição responsável pela condução da arbitragem (CCI), do procedimento a ser adotado (segundo as regras do Regulamento de Arbitragem daquela mesma instituição), do local e do idioma, da lei aplicável à resolução do mérito e de como se dá a escolha dos árbitros.

A opção pela arbitragem institucional, conduzida pela CCI, reflete a preocupação do Poder Concedente em assegurar credibilidade ao eventual processo arbitral. Primeiramente porque a CCI é hoje a instituição arbitral de maior tradição e reconhecimento no mundo. A experiência arbitral da CCI vem sendo consolidada desde que a Corte Internacional de Arbitragem foi criada, em 1923. Foram mais de onze mil casos de arbitragem internacional, que atualmente envolvem, a cada ano, partes e árbitros de mais de 100 países, agrupando uma variada gama de experiências legais, econômicas, culturais e lingüísticas.¹³⁶ Em segundo lugar, porque uma cláusula cheia permite a instauração de um

¹³⁵ TIMM, Luciano Benetti. *O contrato nas parcerias público-privadas...* p. 166.

¹³⁶ Informação constante do Regulamento de Arbitragem da CCI. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Reg_CCI_port.pdf>. Acesso em 20 dez 2008.

procedimento arbitral de plano, sem a necessidade de que se perfaça o compromisso arbitral.

Ainda que a CCI seja sediada na França, a cada ano, arbitragens da CCI são realizados em cerca de 40 países, em diversos idiomas e com árbitros de cerca de 60 nacionalidades diferentes. O trabalho desses tribunais arbitrais é monitorado pela Corte da CCI, a qual se reúne no mínimo três (e freqüentemente quatro) vezes por mês, todos os anos. Atualmente composta por 108 membros de 70 países, a Corte organiza e supervisiona as arbitragens realizadas segundo o Regulamento de Arbitragem da CCI. Para a administração habitual de casos em diferentes idiomas, a Corte da CCI é assistida por uma Secretaria, localizada na sede da Câmara de Comércio Internacional, em Paris.¹³⁷

A CCI também conta com o auxílio de Comitês nacionais em diversos países, inclusive no Brasil.

É recomendação da CCI que todas as partes que queiram fazer referência à arbitragem da CCI em seus contratos utilizem a seguinte cláusula padrão:

“Todas as controvérsias oriundas ou relacionadas ao presente contrato serão resolvidas de forma definitiva segundo o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por meio de um ou mais árbitros nomeados de acordo com tal Regulamento.”

Aconselha às partes ainda que estipulem na própria cláusula de arbitragem a lei que rege o contrato, o número de árbitros, o local e o idioma da arbitragem.

A cláusula arbitral nas minutas de contratos de PPP brasileiras seguem tais recomendações, o que evita transtornos na hora de dar início a um procedimento arbitral e evita eventuais nulidades.

A livre escolha pelas partes da lei que rege o contrato, o local e o idioma da arbitragem não é limitada pelo Regulamento de Arbitragem da CCI. Mas a previsão expressa de que a arbitragem será conduzida no Brasil e em língua portuguesa visa não apenas seguir uma orientação da CCI, mas também e principalmente atender ao requisito legal previsto no art. 13, III, da Lei nº 11.079/04.

¹³⁷ Informação constante do Regulamento de Arbitragem da CCI. Disponível em: <http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Reg_CCI_port.pdf>. Acesso em 20 dez 2008.

A questão do procedimento fica solucionada com a remissão às regras do Regulamento de Arbitragem da CCI¹³⁸ que, muito embora tenha sido designado para arbitragens num contexto internacional, também pode ser utilizado em casos não-internacionais.

Esse conjunto de regras, em vigor desde 1º de janeiro de 1998, é bem extenso e complexo, e é dividido em: disposições preliminares, início da arbitragem, o tribunal arbitral, o procedimento arbitral; sentenças; custos e diversos.

Analisar todas as regras do Regulamento seria por demais dispendioso nesta oportunidade e extrapolaria ao objetivo do trabalho. Tendo isso em vista, apenas aquelas cruciais à compreensão da cláusula compromissória arbitral presente nas minutas de contrato de PPP serão abordadas mais detidamente.

As regras mais relevantes para a análise aqui empreendida são as relativas ao Tribunal Arbitral e aos Custos.

4.4.1.2. Constituição do Tribunal Arbitral

A cláusula arbitral prevista nas minutas de contratos de PPP federais dispõe sobre a escolha dos árbitros. Seriam três árbitros compondo o tribunal arbitral, sendo que cada parte indica um e o terceiro, que exerce a presidência do tribunal, é indicado por estes em comum acordo.

O Regulamento de Arbitragem da CCI passa a ser necessário quando existe mais de duas partes, seja em qualquer dos pólos da demanda, e quando não há consenso entre os árbitros escolhidos pelas partes para a indicação do terceiro.

Para o primeiro caso, o art. 10 do Regulamento de Arbitragem da CCI dispõe que havendo múltiplas partes, os múltiplos requerentes, ou os múltiplos requeridos, deverão designar um árbitro, nos termos do art. 9. Ainda, não havendo nomeação conjunta e um método para a constituição do Tribunal Arbitral, a Corte nomeará,

¹³⁸ O Regulamento de Arbitragem da CCI foi traduzido para muitos idiomas diferentes. No entanto, somente as versões nos idiomas inglês e francês são oficiais. Foi consultada a versão portuguesa do referido Regulamento no site da Universidade de Brasília, disponível em <http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Reg_CCI_port.pdf>.

com liberdade para escolher qualquer pessoa que julgue competente, todos os seus membros e designará um deles para atuar como presidente, aplicando o art. 9, quando entender conveniente.

O art. 9 do Regulamento trata da nomeação e confirmação dos árbitros e é aplicável também à hipótese de inexistência de consenso entre os árbitros escolhidos por cada parte para a indicação do terceiro árbitro. O referido artigo, em seu inciso 3, prevê que, quando a Corte for nomear um árbitro único ou o presidente de um Tribunal Arbitral, deverá fazê-lo a partir de uma indicação de um Comitê Nacional da CCI que a Corte entenda apropriada. Se a Corte não aceitar tal indicação, ou se o Comitê Nacional não apresentá-lo dentro do prazo estabelecido pela própria Corte, esta poderá reiterar sua solicitação ou solicitar outra indicação de um Comitê Nacional que ela entenda apropriado.

A Corte poderá ainda escolher o árbitro único ou o presidente do Tribunal Arbitral de um país onde não haja Comitê Nacional se entender que as circunstâncias assim o permitem ou exigem, desde que não haja oposição das partes no prazo estabelecido pela Corte. Essa hipótese vem estampada no inciso 4.

O Regulamento não fala se o Comitê Nacional da CCI ao qual o inciso 3 faz referência pode ser o Comitê Nacional do país dos quais as partes sejam nacionais. Contudo, tendo em vista que a arbitragem, no caso das PPP's, deve ser realizada no Brasil e tem em um dos pólos um ente da Administração Pública, parece razoável entender que, no caso de a CCI ter que indicar o terceiro árbitro, que pela cláusula arbitral constante das minutas de contrato ora em tela deve ser o Presidente do Tribunal Arbitral, a indicação deste parta do Comitê brasileiro.

Ressalte-se que há, no entanto, previsão no inciso 5, no sentido de que somente excepcionalmente, e ainda assim se nenhuma das partes se opuser na oportunidade adequada, o presidente do Tribunal Arbitral, poderá ser nacional do país de qualquer das partes.

No caso em que a CCI tenha que nomear um árbitro em nome de uma das partes que deixou de fazê-lo, segundo o inciso 6 ela o fará através de uma indicação do Comitê Nacional do país do qual a parte é nacional. Se a Corte não aceitar a indicação, ou se o Comitê Nacional deixar de efetuar a mesma dentro do prazo estabelecido pela Corte, ou se o país do qual aquela parte for nacional não tiver

Comitê Nacional, a Corte terá liberdade de escolher qualquer pessoa que julgue adequada. É responsabilidade da Secretaria informar ao Comitê Nacional, caso ele exista, a nacionalidade desta pessoa.

Devem ser levados em consideração ainda na nomeação ou confirmação dos árbitros pela CCI a sua nacionalidade, o local de sua residência e eventuais relações com os países dos quais as partes ou os árbitros sejam nacionais, bem como a disponibilidade e a competência do possível árbitro em conduzir a arbitragem, nos termos do Regulamento, conforme a determinação do inciso 1 do mesmo art. 9.

Assim, vê-se que o Regulamento de Arbitragem da CCI trata detalhadamente da questão a composição do Tribunal Arbitral e permite a visualização de um panorama bem completo acerca da conformação de uma eventual arbitragem envolvendo os contratos de PPP federais.

4.4.2. Despesas

Mas certamente a questão menos discutida quando se trata de arbitragem nas PPP's é aquela concernente às despesas. Como anteriormente visto, a arbitragem demanda a remuneração dos árbitros e o pagamento das demais despesas processuais.

Não foi por lapso que a questão das despesas não foi abordada na cláusula arbitral nas minutas de contrato de PPP federais. O inciso 4 do art. 2 do terceiro anexo do Regulamento de Arbitragem da CCI, que trata especificamente das custas e honorários da arbitragem, dispõe que os honorários dos árbitros e despesas serão fixados exclusivamente pela Corte, conforme estabelecido pelo Regulamento, sendo vedados entendimentos separados de honorários entre as partes e o árbitro.

Desta feita, isso significa que, ao optar pela aplicação das regras do Regulamento de Arbitragem da CCI, automaticamente as partes abrem mão da faculdade de disporem sobre a questão dos custos.

A questão é tratada no Regulamento propriamente dito nos arts. 30 e 31. No primeiro, destaca-se a primeira parte do inciso 3, que determina que as provisões de custas fixadas pela Corte serão pagas em parcelas iguais pelo Requerente e pelo Requerido. No segundo, merecem atenção os incisos 1 e 3, que dispõem respectivamente que as custas da arbitragem deverão incluir os honorários e despesas dos árbitros e os custos administrativos da CCI, estabelecidos pela Corte em conformidade com a tabela em vigor no início do procedimento arbitral, bem como os honorários e despesas de quaisquer peritos nomeados pelo Tribunal Arbitral, e as despesas razoáveis incorridas pelas partes para a sua defesa na arbitragem; e que a sentença final do Tribunal Arbitral fixará as custas da arbitragem, e decidirá qual das partes arcará com o seu pagamento, ou, então, qual a proporção que cada parte suportará.

O art. 4 do terceiro anexo do Regulamento de Arbitragem da CCI traz as tabelas de Despesas Administrativas e de Honorários de Árbitro. No inciso 2 vem estipulado que para calcular as despesas administrativas e os honorários do árbitro, os valores calculados para cada parcela sucessiva da soma em litígio deverão ser somados, exceto quando a soma em litígio exceder US\$ 80 milhões, a quantia fixa de US\$ 75.800,00 constituirá a totalidade das despesas administrativas. E apresenta as seguintes tabelas.

A. DESPESAS ADMINISTRATIVAS

Valor em disputa Despesas Administrativas (em Dólares Americanos)

Até 50.000.....	\$ 2.500
De 50.001 até 100.000.....	3.50%
De 100.001 até 500.000.....	1.70%
De 500.001 até 1.000.000.....	1.15%
De 1.000.001 até 2.000.000.....	0.60%
De 2.000.001 até 5.000.000.....	0.20%
De 5.000.001 até 10.000.000.....	0.10%
De 10.000.001 até 50.000.000.....	0.06%
De 50.000.001 até 80.000.000.....	0.06%
Acima de 80.000.000.....	\$ 75,800

B. HONORARIOS DE ARBITRO

Valor em disputa Honorários
(em Dólares Americanos)

	Mínimo	Máximo
Até 50.000	\$ 2.500.....	17.00%
De 50.001 até 100.000.....	2.00%	11.00%
De 100.001 até 500.000.....	1.00%	5.50%
De 500.001 até 1.000.000.....	0.75%.....	3.50%
De 1.000.001 até 2.000.000.....	0.50%.....	2.50%
De 2.000.001 até 5.000.000.....	0.25%.....	1.00%
De 5.000.001 até 10.000.000.....	0.10%.....	0.55%
De 10.000.001 até 50.000.000.....	0.05%.....	0.17%
De 50.000.001 até 80.000.000.....	0.03%.....	0.12%
De 80.000.001 até 100.000.000.....	0.02%.....	0.10%
Acima de 100.000.000.....	0.01%.....	0.05%

A Corte fixará os honorários do árbitro de acordo com essa tabela ou, quando a quando a quantia em disputa não for declarada, a seu critério, levando em consideração a diligência do árbitro, o tempo gasto, a rapidez do processo e a complexidade do litígio, de forma a chegar a uma importância dentro dos limites fixados ou, em casos excepcionais, a um valor acima ou abaixo daqueles limites. E, quando um caso for submetido a mais de um árbitro, a Corte, a seu critério, terá o direito de elevar o montante dos honorários a um máximo, o que, normalmente, não excederá o triplo dos honorários de um árbitro (art. 2. do terceiro anexo do Regulamento de Arbitragem da CCI).

Tendo em vista que a própria Lei nº 11.079/04 veda, no a celebração de contrato de parceria público-privada cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000,00 (vinte milhões de reais) (art. 2º, §4º, I), pode-se já vislumbrar que as somas que estarão em litígios vão ser altas e, portanto assim, os valores a serem dispendidos com a arbitragem.

A indagação que resta é se a arbitragem será mesmo mais econômica para a Fazenda Pública, uma vez que, no processo judicial, a Fazenda Pública é dispensada do pagamento de custas e emolumentos, ainda que não do dispêndio com as despesas em sentido estrito¹³⁹. Certamente será mais econômica para o particular, que rateará as despesas com a Fazenda Pública.

¹³⁹ De acordo com Leonardo José Carneiro da Cunha, “o termo despesa constitui o gênero, do qual decorrem 3 (três) espécies:

Ao que parece, isso não se coaduna com a condição diferenciada que a Fazenda Pública possui em virtude da sua atividade de tutela do interesse público. E aqui não se está discutindo disponibilidade ou indisponibilidade de bens, mas sim do próprio interesse público primário.

Porém, achar uma solução adequada é uma tarefa complicada. Isso porque se se adotasse uma sistemática de custeio de despesas semelhante à do processo judicial, o processo arbitral se tornaria muito oneroso para o particular. E por outro, mantendo-se o rateio das despesas, torna-se muito oneroso para a Fazenda Pública, que possui um volume muito maior de demandas do que qualquer particular.

É necessário um estudo econômico mais aprofundado, que extrapola a esfera jurídica, para que seja averiguada com mais precisão essa questão dos custos com o procedimento arbitral quando uma das partes é a Administração Pública, bem como proteja a Fazenda Pública de eventuais danos, talvez irreparáveis, ao erário público.

4.4.3. Execução

Outro fator que desperta preocupações quando o assunto é PPP's é o que diz respeito ao disposto no art. 18, §7º, da Lei nº 11.079/04, que dispõe que “em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.”. Isso significa que, para a satisfação das obrigações dos parceiros privados garantidas pelo Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas, estes estão eximidos do

a) custas, que se destinam a remunerar a prestação da atividade jurisdicional, desenvolvida pelo Estado-juiz por meio de suas serventias e cartórios;

b) emolumentos, que se destinam a remunerar os serviços prestados pelos serventuários de cartórios ou serventias não oficializados, remunerados pelo valor dos serviços desenvolvidos, e não pelos cofres públicos;

c) despesas em sentido estrito, que se destinam a remunerar terceiras pessoas acionadas pelo aparelho judicial, no desenvolvimento da atividade do Estado-juiz. Nesse sentido, os honorários do perito e o transporte do oficial de justiça constituem, por exemplo, despesas em sentido estrito.” (CUNHA. Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Dialética, 2007. p. 106.)

regime de precatórios, podendo através de simples execução judicial constriar e alienar os bens do Fundo¹⁴⁰.

Assim,

o patrimônio integrante do Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas poderá ser objeto de penhora, arresto ou seqüestro, com exceção dos bens que integrarem o patrimônio de afetação, consoante admitido pelo art. 21, que se vincularão à garantia exclusiva de obrigações às quais ficarem afetadas, sendo, portanto, possíveis a penhora, o arresto e o seqüestro de bens do patrimônio de afetação, mas somente em relação a processos judiciais atinentes às obrigações às quais esses bens estão afetados.¹⁴¹

O Fundo Garantidor de Parcerias Público- Privadas - FGP foi criado com o único e exclusivo o escopo de prestar garantias ao parceiro privado sobre o pagamento da contraprestação pelo parceiro público. O Banco do Brasil foi escolhido como seu administrador pela Resolução CGP nº 1, de 05/08/2005.

Seu patrimônio foi constituído por meio da integralização de cerca de R\$ 3,4 bilhões em ações de propriedade do Governo Federal (BB, Vale e Eletrobrás), que transferiu a posse desses valores mobiliários para o FGP.

De acordo com o § 4º do artigo 16 do Regulamento do FGP, a integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

A preocupação aumenta quando se pensa no emprego da arbitragem para dirimir questões relativas ao pagamento das contraprestações do parceiro público. Isso porque, como anteriormente abordado, a sentença arbitral é irrecorrível, significando que uma sentença condenatória será proferida por particulares, em caráter definitivo, e, se contrária ao Poder Público, constituirá um título executivo

¹⁴⁰ Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello manifesta-se no sentido de que “é, outrossim, inadmissível a criação de empresa estatal garantidora de obrigações oriundas de PPPs. Não apenas porque isto seria um evidente desnaturamento da índole de tais entidades – concebidas que são para prestar serviços públicos ou para desenvolver empreendimentos econômicos, e não para servir de garantes a créditos de terceiros - , mas porque instituí-las com este objetivo seria buscar por vias transversas os mesmos fins que os fundos não podem atingir, pena de ofenderem à generala o disposto na Constituição. Isto é: estariam, também, a produzir a burla ao sistema de satisfação de créditos insolutos contra o Poder Público, estabelecido no art. 100, e a incidir na violação aos princípios da igualdade, impessoalidade e moralidade administrativas.” (MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed... p. 250)

¹⁴¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Parcerias Público Privadas...* p.100.

sujeito à execução direta, fora do regime de precatórios. Essa realidade deixa muitos doutrinadores temerosos das conseqüências nefastas que uma arbitragem mal conduzida ou conduzida de má-fé pode trazer ao erário público.

5. A INFLUÊNCIA DA EMERGÊNCIA DE NOVOS PARADIGMAS

A doutrina administrativista mais recente aponta para uma mudança de paradigma pela qual tem passado tanto a Administração Pública como também o Direito Administrativo.

No que tange à primeira, paulatinamente o Governo tem partido de uma atuação unilateral e imperiosa para o consenso bi ou plurilateral, intergovernamental ou entre o setor público e o privado.¹⁴² Este novo paradigma é denominado “administração consertada ou consensada” ou “administração paritária” e é baseado em uma perspectiva evolucionista da Administração Pública.

Sérgio de Andréa Ferreira realiza esta análise e assevera que:

É inevitável, portanto, que o Brasil siga a mesma trilha do Direito Comparado, no sentido da substituição da unilateralidade pela bi ou multilateralidade, com a formação das situações jurídicas de direito público e social, inclusive econômico, mercê da presença necessária, para o aperfeiçoamento do vínculo, de duas ou mais partes, a expressarem sua vontade jurígena – plurilateralidade existencial -; e a provocarem o nascimento de direitos e obrigações recíprocos, de prestações e contraprestações – multilateralidade eficaz.¹⁴³

Para o autor, reduzem-se os atributos e prerrogativas materiais do Poder Público, como as da imperatividade e da auto-executoriedade, e ganha espaço uma visão gerencial do governo, e assim, à medida que se diminui a intensidade e o campo de abrangência do *ius imperii*, fica mais evidente a sua distinção do *ius gestionis*. E complementa:

A denominada “desregulamentação”, (“*rectius*”, “*desregulação*”), a privatização, a terceirização e as parcerias levam a que os negócios jurídicos, em lugar dos tradicionais atos imperativos, dos provimentos administrativos, passem a povoar o mundo do direito público.¹⁴⁴

No que concerne ao Direito Administrativo, conforme aponta Gustavo Binenbojm, a crise dos paradigmas não é algo novo, mas sim um “vício de

¹⁴² Nesse sentido Sérgio de Andréa Ferreira, Gustavo J. de Oliveira, Lauro da Gama e Souza, entre outros.

¹⁴³ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Obra citada*. p. 53.

¹⁴⁴ FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Idem, ibidem*.

origem.”¹⁴⁵ O mesmo autor ressalta que “as transformações porque passou o Estado moderno, especialmente a crise do Estado Providência verificada nas últimas décadas do século XX, apenas sublinharam e agravaram o descompasso entre as velhas categorias e as reais necessidades e expectativas das sociedades contemporâneas em relação à Administração Pública.”¹⁴⁶

Hodiernamente, apontam-se três paradigmas clássicos do direito administrativo que são objeto de crítica mais intensa, quais sejam o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; e a intangibilidade do mérito administrativo.¹⁴⁷

Os três paradigmas apontados são de extrema relevância para a compreensão da validade da adoção da arbitragem em demandas administrativas. Como anteriormente visto, as críticas ao instituto fundamentam-se principalmente nas implicações geradas por estes mesmo paradigmas, como a questão de se haveria ou não supressão ou renúncia das prerrogativas materiais e processuais da Administração ao optar pela arbitragem, que é tema diretamente ligado à supremacia do interesse público sobre o particular; a questão da necessidade de autorização legal expressa, ligada à idéia de legalidade administrativa como vinculação positiva à lei; e a questão do poder discricionário da Administração de optar pela arbitragem, que se vincula ao problema da intangibilidade do mérito administrativo e ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Gustavo Binenbojm assevera que:

Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de *constitucionalização do direito administrativo* como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos *sistemas de direitos fundamentais e de democracia*, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e *para além* da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Disponível na internet: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 30 de abril de 2007.

¹⁴⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*.

¹⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*.

ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.¹⁴⁸ (grifos no original)

A transformação de paradigma aponta principalmente para a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, tendo em vista sua suposta inconsistência teórica em face de uma sistemática constitucional cidadã, e de uma nova concepção de interesse público, calcada na dependência “de juízos de ponderação proporcional ente os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”¹⁴⁹, a fim de que atendam ao princípio da proporcionalidade e da eficiência.

Tradicionalmente, os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública são tidos como os fundamentos e os princípios basilares de todo o regime jurídico administrativo pátrio. A partir dessas duas noções decorreriam praticamente todos os outros princípios formadores do referido sistema.

Assim, em virtude de sua característica de essencialidade, era absolutamente imprescindível que estes princípios fossem norteadores e de observância obrigatória e constante em toda a atuação do Poder Público. Com os contratos administrativos, portanto, não poderia ser diferente.

Marçal Justen Filho assevera que:

a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes em sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é uma decorrência da supremacia.¹⁵⁰

Resta evidente que o conteúdo desse princípio gira em torno do conceito de interesse público que, para a doutrina clássica, que de maneira geral agasalha o conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”¹⁵¹.

¹⁴⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público...*

¹⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Idem*.

¹⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo...* p. 35.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed.... p. 51.

Há, assim, uma tendência de suplantação das concepções clássicas por um paradigma voltado à constitucionalização, que vinha se evidenciando com mais força e que fornece a base teórica necessária à boa recepção e conformação da arbitragem envolvendo entes públicos.

Todavia, isso tem sido colocada à prova pela chamada “Crise Financeira Mundial”, que eclodiu em meados do segundo semestre de 2008. A referida crise teve início nos EUA em março de 2007, com a crise do "subprime", como é chamada a modalidade de empréstimos de segunda linha no país.

Em virtude do aquecimento do mercado imobiliário, as financeiras americanas passaram a conceder crédito de forma facilitada e pouco criteriosa, isto é, inclusive a pessoas que possuíam problemas com o adimplemento de dívidas.

Os americanos acabaram se endividando para comprar imóveis, buscando aproveitar o bom momento econômico, com taxas de juros baixas no país e boas condições de financiamento.

Os empréstimos hipotecários foram transformados pelos bancos em títulos negociáveis, que foram vendidos a outras instituições financeiras, inclusive internacionais.

O “calote” no pagamento desses empréstimos hipotecários e a queda no preço dos imóveis gerou uma perda generalizada, fazendo com que alguns dos maiores bancos dos Estados Unidos anunciassem prejuízos bilionários e tivessem de ser socorridos.

Esse socorro partiu do Estado, não apenas nos Estados Unidos, mas também em diversos outros países, especialmente europeus, bem como no Brasil. Houve nacionalizações de bancos e de empresas privadas à beira do colapso; injeção, pelos seis principais bancos centrais do mundo, em ação coordenada, de bilhões de dólares no mercado financeiro para enfrentar a falta de liquidez; pacotes de resgate financeiro; etc.

Para evitar que os problemas financeiros norte-americanos refletissem no Brasil, o Banco Central e o Ministério da Fazenda anunciaram medidas como o aumento do limite da dedução de compulsórios para R\$ 300 milhões, a disponibilização de R\$ 24 bilhões exclusivos para a compra de carteira de bancos

menores e ampliação da linha de crédito para exportações em R\$ 5 bilhões.¹⁵² Decidiu ainda o Banco Central vender dólar no mercado à vista, prática que não adotava desde 2003, para tentar reduzir a cotação da moeda, que subia forte.

Isso tudo demonstra que a intervenção direta por parte do Estado, mais do que necessária, foi a única forma de buscar conter efeitos ainda mais nefastos da atuação especulativa do mercado financeiro e reforça a condição jurídica diferenciada ostentada pelo Estado.

O mercado e a iniciativa privada não foram capazes de remediar a crise por eles criada e tiveram que se valer da intervenção estatal, demonstrando a inadequação dos discursos não intervencionistas.

Por este exemplo também se percebe a impossibilidade de se admitir a completa isonomia entre Administração Pública e iniciativa privada. Isonomia significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. O Estado não é igual à iniciativa privada, não persegue os mesmos objetivos e nem possui a mesma função. E esta é a razão por que a horizontalização pura e simples das relações entre a Administração e particulares não é justificável.

É levando em consideração todos esses fatores que a questão da emergência de novos paradigmas no Direito Administrativo deve ser estudada.

¹⁵² Informação disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/2008/10/10/ult4294u1723.jhtm>>. Acesso em: 07 jan 2008.

CONCLUSÃO

A arbitragem como tendência no direito vem se consolidando ao longo dos anos, inclusive no âmbito da Administração Pública. Mas essa nova realidade vem acompanhada de grandes debates (e até mesmo embates) que demonstram o caráter controvertido do tema.

Em que pese os protestos dos doutrinadores de Direito Administrativo mais tradicionais, que, via de regra, não admitem em hipótese alguma a adoção da arbitragem em matéria que envolva direito público, o entendimento que vem se consolidando cada vez mais é o de que é sim possível a adoção de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, especialmente a arbitragem, em litígios administrativos.

Essa sempre foi a orientação do STF, que desde o paradigmático “caso Lage” entende ser possível e válida a arbitragem nesses casos. Ainda nesta esteira, afirmou a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. O TCU, que anteriormente entendia haver a necessidade de lei específica autorizativa da arbitragem em litígios administrativos, não vislumbra mais essa necessidade para a adoção da arbitragem. Ainda, a fim de afastar completamente a questão da necessidade ou não de lei autorizativa, tem ocorrido uma enxurrada de legislações, tanto federais quanto estaduais, que prevêm expressamente a possibilidade da adoção da arbitragem.

Diante desse quadro, é inexorável o deslocamento da discussão acerca da possibilidade da adoção da arbitragem para a questão do que é então necessário para que um procedimento arbitral do qual seja parte a Administração Pública seja válido.

Para que um procedimento arbitral seja válido, a Lei de Arbitragem, em seu art. 1º, exige que as partes sejam capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva) e que a matéria submetida à apreciação arbitral seja de direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva).

Foi visto que a capacidade para a pactuação de cláusula arbitral pela Administração faz parte da capacidade geral para contratar conferida a ela conferida a fim de que realize a sua função, bem como que vem sendo reiteradamente

afirmada nas mais diversas legislações e no entendimento mais recente dos tribunais superiores. Desta feita, percebe-se que o requisito de arbitrabilidade subjetiva está presente.

O maior problema na verdade concentra-se nas condições de arbitrabilidade objetiva e no procedimento arbitral adotado. É aqui que realmente se evidencia a raiz polêmica de todo o tema.

A doutrina administrativista clássica, de base francesa, encabeçada por nomes de peso como Celso Antônio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, vislumbra que não haverá direito patrimonial disponível quando o interesse público estiver em tela, como quando se está diante de um contrato de concessão. De forma geral, entendem que tudo que toca à esfera administrativa está permeado pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Isso inviabiliza a individualização de direitos patrimoniais disponíveis, pois todos os direitos afetos à Administração seriam indisponíveis, uma vez que atrelados ao interesse público.

Ainda, com a adoção da arbitragem pela Administração, vislumbram a violação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, além de outros males, como a impossibilidade de controle pelos administrados. Nesse entendimento, a arbitragem de demandas administrativas não seria apenas inconcebível, mas inconstitucional.

A fim de demonstrar a existência do requisito de arbitrabilidade objetiva no âmbito da Administração, a doutrina mais moderna combate o posicionamento acima exposto majoritariamente por duas frentes: a primeira busca demonstrar as distinções entre interesse público (que também pode receber novas acepções) e direitos disponíveis e indisponíveis; e a segunda visa imprimir novas interpretações aos princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público.

Isso acaba representando mais do que um mero debate acadêmico a respeito de um ponto controvertido. Representa uma investida em prol da ruptura de toda uma tradição teórica. A questão da arbitragem no direito público funciona como um catalisador de uma discussão muito mais profunda, que redundará no questionamento das próprias bases tradicionais de todo o Direito Administrativo, isto é, de sua adequabilidade e prestabilidade diante do novo quadro jurídico que vem se

perfazendo e consolidando no Brasil contemporâneo. Significa a efetiva substituição de um paradigma clássico por um bastante inovador.

Não se pode olvidar, contudo, que, ainda que se admita que o Direito Administrativo pátrio assumira esse novo paradigma, ele continua submisso aos ditames constitucionais, em especial aos princípios enunciados no caput do art. 37 da Constituição Federal. Assim, estes devem ser primariamente considerados quando se tratar do procedimento arbitral adotado para a resolução de determinado litígio administrativo.

Isso importa porque a Lei de Arbitragem, claramente elaborada para atender relações entre particulares, não conta com disposições satisfatoriamente aptas a sanar a maioria das dúvidas acerca do procedimento que envolve a Administração Pública, inclusive contém regras evidentemente não consentâneas com o regime constitucional administrativo.

Desta feita, há uma série de questões que simplesmente não têm sido abordadas e que podem resultar um enorme problema de ordem prática. Entre estas se pode ressaltar a escolha dos árbitros, sua remuneração, as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública quando em juízo, a necessidade ou não de cláusula cheia e sua relação com o compromisso arbitral, etc.

A fim de solucionar tais problemas, a doutrina aponta diferentes caminhos. Para Sérgio de Andréa Ferreira, haveria a necessidade de criação de uma lei especial de Direito Público que regulamentasse a arbitragem de litígios públicos, adequada à condição especial ostentada pela Administração Pública de deter o ônus do exercício da função pública. Para Gustavo Justino de Oliveira, alterações na própria Lei da Arbitragem já teriam o condão de conferir maior segurança ao procedimento arbitral. Por fim, para alguns, como para Eduardo Talamini, não haveria a necessidade de nenhuma prescrição adicional, conferindo à Administração autonomia semelhante a dos particulares para dispor assim, discricionariamente, acerca do procedimento arbitral a ser adotado.

Deve-se ressaltar, todavia, que mesmo para aqueles que entendem ser interessante a criação de normas específicas para o procedimento arbitral do qual a Administração Pública faz parte, a sua ausência não impede que a Administração participe de procedimentos arbitrais.

Aquele último posicionamento é que vem sendo adotado na prática pelo Governo Federal. As duas minutas de contrato de PPP's federais estudadas trazem cláusulas arbitrais. Nos dois casos, a cláusula é cheia e redigida de maneira idêntica, determinando a obrigatoriedade da resolução dos conflitos advindos dos contratos, exclusiva e em caráter definitivo, por meio da arbitragem, a ser administrada pela CCI, segundo as regras previstas em seu regulamento. Atendendo ao disposto no art. 13, III, da Lei nº 11079/04, dispõe que a arbitragem deverá ser conduzida no Brasil e em língua portuguesa. Ainda, especificou que a lei substantiva a ser aplicada no mérito da arbitragem é a brasileira e dispõe acerca da escolha dos árbitros.

Porém, permanecem mais controvertidas as questões dos custos da arbitragem e da possível execução do laudo arbitral fora do regime de precatórios.

Entre outras vantagens, diz-se que a arbitragem oferece maior ganho de tempo e economia de recursos e conta e possibilita que as questões sejam apreciadas por árbitros especializados, capazes de efetuar um julgamento mais técnico e apurado, com conhecimentos profundos no que tange aos aspectos do caso concreto. Ainda, a arbitragem afasta dos contratos administrativos a possibilidade da prolação de sentenças políticas, aumentando a segurança jurídica e a possibilidade de êxito do negócio.

Mas é justamente por essa razão que há autores que alertam para a possibilidade de rejeição da arbitragem pelos juízes em âmbito administrativo em virtude da perda de poder que ela representa para o Poder Judiciário, tendo em vista que a arbitragem funcionaria como uma “blindagem” à ingerência judicial nos contratos de concessão, especialmente os de PPP, movida por interesses político-ideológicos.

Em suma, é o desejo de todos que se encontre a coerência entre a atuação da Administração Pública e os objetivos perseguidos pela própria Constituição Federal e a conformação do direito com a realidade social que o cerca.

Muito já se avançou em matéria de arbitragem de litígios administrativos, mas as PPP's são o indicativo mais forte dessa mudança de paradigma na Administração Pública brasileira, sendo considerada o instrumento capaz de solucionar os problemas de infra-estrutura tão enraizados na história do país e dar a

este uma nova credibilidade perante os investidores privados, principalmente os estrangeiros. Para tanto, a Lei nº. 11.079/04 concede diversas prerrogativas e garantias aos parceiros privados, sendo uma das principais a faculdade de se optar pela arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos.

Assim, para que de fato as PPP's venham a promover o tão prometido progresso nas diversas áreas necessitadas de investimentos neste país é essencial que a arbitragem, se empregada, seja realizada de forma séria, equilibrada e responsável, respeitando-se os ditames constitucionais e prezando pela credibilidade do método.

REFERÊNCIAS

AGU resolve disputas internas do Governo Federal com arbitragem. Valor Econômico, 17 de novembro de 2006. Disponível em: <<http://www.ccrcc.com.br/artigos.php?ver=20>> Acesso em: 19 abr 2007.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As parcerias público-privadas – PPP’S e no direito positivo brasileiro.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro , nº240, abr./junº 2005. p.105-145.

_____. **Ensaio de uma visão autopoietica do direito administrativo.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, nº 4, out./dez. 2003. p. 09-62.

ARAÚJO, José Roberto Lima de. **Panorâmica.** Conexão Migalhas, ano 1, nº 1. São Paulo: Millennium, 2005.

ÁVILA, Humberto Bergmannº **Repensando o ‘Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.** Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf/Princ%C3%ADpiodaSupremacia_ULTIMAVERS%C3%82O.pdf>. Acesso em: 16 out 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro , nº241, jul/set.2005. p.159-175.

_____. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo.** Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Parcerias público-privadas: Comentários à lei 11.079,** de 30 de dezembro de 2004. Curitiba: Juruá, 2005.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil,** Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de dez. 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 24 de set. 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 14 de fev. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 22 de junº 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro , nº241, jul/set.2005. p.159-175

_____. **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30 abr 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: Lei nº. 9.307/96**. 4ª ed. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 5. ed. rev. amp. atual. São Paulo: Dialética, 2007.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **A arbitragem e a disponibilidade de direitos no ius publicum interno**. MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) Reflexões Sobre Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7ª ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GOLNÇALVES, Eduardo Damião; VOGELFANG, Shirley Eliane. **Arbitragem faz dez anos no Brasil e se consolida**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2005-dez-29/arbitragem_consolida_dez_anos_brasil> Acesso em: 05 out 2007.

GRAU, Eros Roberto. **Arbitragem e contrato administrativo**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, nº 32, 2000. p. 14-20. LEMES,S.M.F. Arbitragem na

Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem –CBAR, São Paulo, 6 maio 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

LACERDA, Belizário Antônio de. **Comentário à lei de arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MACHADO, Rafael Bicca. **Alguns obstáculos à arbitragem nas PPP's**. CASTRO, José Augusto Dias de; TIMM, Luciano Benetti (Org.) Estudos Sobre as Parcerias Público-Privadas. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Pedro A. Batista. **Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Mediação, arbitragem e conciliação (Grandes temas da atualidade: v. 7). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253-271.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O contrato administrativo**. 2ª ed. rev. amp. e atual. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENCIER, Bernard. **Os projetos de PPP e as prerrogativas do poder público**. JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.194.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O novo papel do Estado na economia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, nº 11, jul./set. 2005. p.99-120

MUKAI, Toshio; MUKAI, Sylvio. *Et. al.* **Parcerias público-privadas**: comentários à Lei Federal no. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ ES. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique J. de. **A arbitragem e as parcerias público-privadas**. SUNFELD, Carlos Ari (Org.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 567-606.

OLIVEIRA, Laura H. Pinheiro de. **Parcerias público-privadas: conceitos e objetivos**. Disponível em: <<http://www.abcon.com.br/.../29/Artigo%20Pinheiro%20Neto%20Advogados%20PPPs%20Conceitos%20e%20Objetivos.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2005

PEREIRA, César A. Guimarães e outros. **As leis estaduais de PPP e a lei 11.079/2004**. JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.138.

PÉRICO, Ana Elisa; REBELATTO, Daisy Aparecida do Nascimento. **Desafios das parcerias público-privadas** (ppps). Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro , v. 39, nº 5 , set/2005. p. 1031- 1052.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Parcerias na administração pública**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/40603,1>> Acesso em: 06 junº 2006.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **A cláusula compromissória cheia na arbitragem: pressupostos e requisitos**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). Mediação, arbitragem e conciliação (Grandes temas da atualidade: v. 7). Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 273-303.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas: (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº241, jul/set.2005. p.121-157.

SUNFELD, Carlos Ari. **Guia jurídico das parcerias público-privadas**. In: SUNFELD, Carlos Ari (Org.) Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Objeto do litígio da arbitragem**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6840>> Acesso em: 04 set. 2005.

TÁCITO, Caio. **O juízo arbitral em direito administrativo**. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) Reflexões Sobre Arbitragem. São Paulo: LTr, 2002.

TALAMINI, Eduardo. A **(IN)Disponibilidade do interesse público e suas conseqüências processuais**. In: HARGER, Marcelo (Coord.). Curso de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 425-426.

_____. **Arbitragem e parceria público-privada**. JUSTEN, Mônica Spezia; TALAMINI, Eduardo (Coord.). Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.335.

_____. **Idioma e local da arbitragem**. In Conexão Migalhas. nº. 1, Ano 1, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **O contrato nas parcerias público-privadas numa perspectiva de direito e economia**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, nº 13, janº/mar. 2006. p. 165-173.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Secretaria-Geral das Sessões. **Ata nº 9, de 23 de março de 2005**. Sessão Ordinária – Plenário. Acórdão nº 298/2005.