



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

VAGNER FABRICIO VIEIRA FLAUSINO

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS E DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Londrina
2014

VAGNER FABRICIO VIEIRA FLAUSINO

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇOS PÚBLICOS E DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz.

Londrina
2014

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

F587a Flausino, Vagner Fabrício Vieira.
A arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada /Vagner Fabrício Vieira Flausino. – Londrina, 2014.
108 f. : il.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Arbitragem (Direito) – Teses. 2. Contratos administrativos – Teses. 3. Serviços públicos – Contratos – Teses. 4. Administração pública – Teses. I. Muniz, Tânia Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.02

VAGNER FABRICIO VIEIRA FLAUSINO

**A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS
PÚBLICOS E DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Dissertação apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Prof. Dr. Francisco Emílio Baleotti
Universidade Estadual de Londrina - UEL

Profa. Dra. Maria de Fátima Ribeiro
Universidade de Marília - UNIMAR

Londrina, 25 de outubro de 2014.

A Deus, quem me deu forças, ânimo e capacitação para enfrentar a dura rotina de estudos que exige o Mestrado.

A minha amada esposa Camila, pelo carinho, incentivo e amor.

A meus pais, Valdir e Eliane, pelo amor, pela formação e apoio que sempre me deram.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora Prof. Dra. Tânia Lobo Muniz, pelo exemplo de dedicação à docência, bem como pelo incentivo, tolerância e valiosos ensinamentos no decorrer das aulas e do presente trabalho.

À Coordenação do Mestrado em Direito Negocial, pela seriedade e dedicação na condução do curso.

Aos professores e aos colegas de turma, em especial ao grupo da área de concentração em direito processual civil do qual integrei.

À Universidade Estadual de Londrina, representada pelo secretário Francisco Navarro, pela grande ajuda na solução dos trâmites burocráticos e na finalização do texto dissertativo.

A minha esposa Camila que com carinho, zelo e paciência, colaborou e incentivou a elaboração do projeto inicial de pesquisa à época do processo seletivo de ingresso no Mestrado, bem como com as preciosas sugestões e correções ortográficas e gramaticais efetuadas no texto da dissertação.

“Não que possamos reivindicar qualquer coisa com base em nossos próprios méritos, mas a nossa capacidade vem de Deus.

Ele nos capacitou para sermos ministros de uma nova aliança, não da letra, mas do Espírito; pois a letra mata, mas o Espírito vivifica” (2 Coríntios 3: 5-6)

FLAUSINO, Vagner Fabricio Vieira. **A arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada**. 2014. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

Almejou-se através de uma avaliação doutrinária, jurisprudencial e histórico-legislativa, analisar a compatibilidade do uso da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada. Observa-se, no contexto atual, uma nova postura do Estado frente os contratos administrativos, que teve como marco inicial as sucessivas reformas dos modelos de Administração Pública (reforma burocrática de 1937 e, posteriormente, com a implantação da reforma administrativa gerencial de 1995). Fato é que, desde o final do século XX a Administração Pública vem acolhendo os modelos consensuais de resolução de conflitos, especialmente a arbitragem, por ser um meio eficaz e célere de resolução de conflitos, apta a garantir a rapidez e a segurança na dissipação de divergências que surjam durante a consecução da relação negocial. A Lei 11.709/2004 (Lei da parceria público-privada) foi a norma pioneira a admitir o uso da arbitragem no âmbito das relações negociais envolvendo a Administração Pública. Logo após, seguindo essa nova tendência, o legislador alterou a Lei 8.987/95 (através da Lei 11.196/2005), para incluir a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos nos contratos de concessão. A presente pesquisa se volta a analisar a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada. Embora a questão pareça ser pacífica, há discussões doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de que haveria a necessidade de haver a compatibilização da arbitragem com os princípios que envolvem a Administração Pública, dentre eles, destacam-se os princípios da supremacia do interesse público, da indisponibilidade do interesse público, da legalidade e da publicidade. Numa análise mais detida sobre o tema, é possível enxergar o uso da arbitragem desde que haja algumas adequações em relação ao procedimento previsto na Lei 9.307/96 (necessidade de previsão expressa no edital de licitação; quanto a escolha e contratação do(s) árbitro(s); vedação de julgamento por equidade, etc.), sem que isso resulte na violação dos princípios que orientam a Administração Pública. A doutrina, a jurisprudência e a prática administrativa têm demonstrado que arbitragem é medida que privilegia a eficiência administrativa, pois permite que o objeto do contrato seja concretizado sem maiores delongas, além de possibilitar maior segurança quanto ao resultado em razão da especialização dos árbitros.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratos Administrativos. Concessão de Serviços. Parceria Público-Privada. Compatibilidade.

Flausino, Vagner Fabricio Vieira. **Arbitration in the concession of public services and public-private partnership contracts**. 2014. 108 p. Dissertation (Master Degree in Business Law) - State University of Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

If craved through a doctrinal, jurisprudential and legislative historical-assessment, analyze the compatibility of the use of arbitration in the provision of public services and public-private partnership contracts. It is observed in the current context, a new attitude of the State against the government contracts that had as starting point the successive reforms of the models of Public Administration (bureaucratic reform 1937 and later with the introduction of managerial administrative reform of 1995) . Fact is, since the late twentieth century public administration is welcoming consensual models of conflict resolution, particularly arbitration, to be an effective and rapid means of conflict resolution, able to guarantee speed and security in the dissipation disagreements that arise during the achievement of the business relationship. Law 11,709 / 2004 (law of public-private partnership) was the pioneer to admit the use of arbitration in the context of business relationships involving the Public Administration norm. Soon after, following this new trend, the legislature amended the Law 8.987 / 95 (through Law 11.196 / 2005), to include arbitration as a mechanism for conflict resolution in the concession agreements. This research turns to examine the possibility of the use of arbitration in the provision of public services and public-private partnership contracts. Although the question seems peaceful, there is doctrinal and jurisprudential arguments to the effect that there would be a need for the compatibility of arbitration with the principles involving the public administration, among them stand out the principles of supremacy of the public interest, the unavailability the public interest, legality and advertising. In a more detailed analysis on the subject, you can see the use of arbitration provided there is some adjustments in relation to the procedure laid down in Law 9.307 / 96 (requiring an explicit provision in the bidding, and contracting as the choice (s) of referee (s), seal of trial fairness, etc.), without resulting in violation of the principles governing public administration. The doctrine, case law and administrative practice have shown that arbitration is as privileged administrative efficiency by allowing the object of the contract is to be achieved without further ado, and enable greater certainty as to the outcome because of the expertise of the arbitrators.

Keywords: Arbitration. Administrative Contracts. Concession. Public-private Partnership. Compatibility.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMCHAM	Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil
ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
CAM	Câmara de Arbitragem do Mercado
CAM/FGV	Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas
CAMARB	Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil
CC	Código Civil
CCBC	Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CF	Constituição Federal
CGP	Código Geral de Processo do Uruguai
CIESP/FIESP	Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo
CPC	Código de Processo Civil
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
EUA	Estados Unidos da América
GT	Grupo de Trabalho
LA	Lei de Arbitragem
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PDRAE	Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado
PL	Projeto de Lei
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A REFORMA DO ESTADO E A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA	13
1.1 A reforma do Estado e a evolução dos modelos de administração pública	13
1.2 O conceito e as formas de execução dos serviços públicos no Brasil.....	19
1.3 Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada.....	233
1.3.1 Contrato de Concessão de Serviços Públicos.....	254
1.3.2 Contrato de Parceria Público-Privada (PPP)	311
1.4 A previsão de mecanismos privados de solução de litígios nos contratos de concessão e de parceria público-privada	366
2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL	39
2.1 A Evolução Histórica da Arbitragem no Brasil.....	39
2.2 Vantagens da Arbitragem.....	455
2.2.1 Escolha, especialidade e neutralidade do árbitro.....	466
2.2.2 Eficiência, celeridade e flexibilidade procedimental.....	500
2.2.3 Liberdade na escolha das normas aplicáveis ao contrato e o julgamento por equidade	533
2.2.4 Confidencialidade (cláusula de sigilo).....	555
2.2.5 Desnecessidade de homologação judicial, limitação recursal e caráter definitivo da sentença arbitral (coisa julgada)	566
2.3 Princípios norteadores do processo em geral e específicos do procedimento arbitral brasileiro (lei 9.307/96).....	58
2.4 Requisitos da arbitragem	633

3	COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO	67
3.1	A arbitragem e os princípios da supremacia do interesse público e da Indisponibilidade do interesse público: uma conciliação possível.....	67
3.2	A Arbitragem e o Princípio da Legalidade	744
3.3	Autonomia da vontade da Administração Pública e o respeito à estrita legalidade.....	77
3.4	A patrimonialidade como requisito da arbitragem.....	800
3.5	Princípio da Publicidade e a Cláusula de Sigilo.....	811
3.6	Adequações procedimentais necessárias para o emprego da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e parceria público-privada	85
3.6.1	Previsão expressa no edital de Licitação	85
3.6.2	Início do procedimento arbitral	88
3.6.3	A escolha do (s) árbitro (s) e o procedimento a ser adotado no processo de arbitragem	89
3.6.4	Contratação e despesas com o processo arbitral	911
3.6.5	Escolha do local da arbitragem e idioma a ser utilizado.....	933
3.6.6	Vedação de julgamento por equidade.....	95
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	97
	REFERENCIA	1011

INTRODUÇÃO

O uso da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos suscitou inúmeros debates na doutrina e na jurisprudência. De início, demanda-se a acomodação de interesses que aparentemente se apresentam antagônicos (interesses público *versus* privado). Dentre alguns argumentos utilizados para demonstrar sua incompatibilidade no âmbito da Administração Pública, destaca-se a alegada impossibilidade de adequação da arbitragem com os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Embora ainda exista certa relutância (pelos administradores públicos, em especial) do emprego da arbitragem como instrumento de resolução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos, fato é que esse instituto vem ganhando espaço no cenário do Direito Público nacional, a exemplo da sua previsão expressa na lei que instituiu e regulamentou os contratos de parceria público-privada (art. 11 da Lei 11.079/2004) e, posteriormente, com a edição da Lei 11.196/2005, que inseriu o art. 23-A no bojo da Lei 8.987/95, tornando possível o uso da arbitragem nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Essa alteração legislativa vem ao encontro da crescente necessidade de se criar instrumentos aptos a dinamizar as contendas oriundas das relações contratuais firmadas entre o Poder Público e a iniciativa privada, bem como da crescente homogeneização na doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de conciliação entre o interesse público (presentes nesses negócios jurídicos) e a arbitragem.

Aliado a isso, o uso desse instituto tem como corolário a “crise” do Judiciário e a necessidade de se fornecerem alternativas para dinamizar a resolução de litígios que se originem desses contratos administrativos, mecanismo que, além de oferecer maior tecnicidade e celeridade, traz aos parceiros e ao poder concedente/concessionário segurança quanto ao deslinde da demanda.

Após essas considerações iniciais, pretende-se com este trabalho analisar argumentos doutrinários e jurisprudenciais e a experiência brasileira acerca do manejo da arbitragem como meio extrajudicial de solução de conflitos, nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada, tendo como base os princípios e valores presentes na Constituição Federal.

No capítulo inaugural, serão abordadas as sucessivas reformas administrativas enfrentadas pelo Estado e sua influência na criação legislativa dos

contratos de concessão de serviços públicos (Lei 8.987/95) e, posteriormente, dos contratos de parceria público-privada (Lei 11.079/2004). Como se verá, ambas as leis, permitem o uso da arbitragem como método alternativo de resolução de conflitos, o que de certa forma contribui para que o particular procure a Administração Pública com a finalidade de estabelecer novas relações negociais.

No segundo capítulo, o estudo será direcionado à institucionalização da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio, com especial enfoque nas Leis de Concessões e de Parceria Público-Privada e na Lei Geral da Arbitragem (Lei 9.307/96). Após uma breve análise legislativa no Brasil, verificar-se-á que a Lei das Parcerias Público-Privadas foi a que primeiro admitiu o emprego da arbitragem e de outros meios extrajudiciais de resolução de controvérsias, no âmbito dos contratos públicos, seguindo-se, mais tarde, a sua expansão para os contratos de concessão e permissão de serviços públicos através da edição da Lei 11.196/2005.

Por fim, no terceiro e último capítulo, a fim de vislumbrar quais matérias são aptas a serem submetidas à arbitragem, bem como os limites do seu uso pelo Estado, serão analisados, de forma minudenciada, os princípios incidentes sobre a Administração Pública e as formas de compatibilização desses princípios com o sistema arbitral.

1 A REFORMA DO ESTADO E A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA

Com a evolução dos modelos de Administração Pública - decorrente das sucessivas reformas do Estado que ocorreram no Brasil a partir da década de 30 -, deu-se início a uma nova fase do Direito Administrativo, onde o legislador instituiu regras com o intuito de vincular a atuação do administrador público a padrões pré-estabelecidos pela lei.

A reforma do Estado influenciou diretamente na descentralização do serviço público e, conseqüentemente, na criação de mecanismos jurídicos e instrumentos contratuais para materializar a transferência da prestação dos serviços à iniciativa privada, com o intuito de ampliar a proteção do patrimônio público e do investidor privado.

Daí a importância de analisar, nesse capítulo inicial, como se deu o processo de reforma do Estado no Brasil, a evolução dos modelos de administração e seu reflexo na descentralização dos serviços públicos e a nova contratualização administrativa surgida com a edição das Leis 8.987/1995 (concessão de serviços públicos) e 11.079/2004 (parceria público-privada).

1.1 A reforma do Estado e a evolução dos modelos de administração pública

No Brasil, houve duas grandes reformas administrativas: a reforma burocrática de 1937 (caracterizada por sua rigidez e ineficiência) e a reforma de 1995 que implantou o modelo de administração pública gerencial (mais flexível e eficiente).

O modelo Burocrático foi concebido no final do século XIX e teve como objetivo a substituição do modelo de administração patrimonialista, oriunda das monarquias absolutistas, onde o patrimônio público e o patrimônio do soberano eram confundidos. Luiz Carlos Bresser Pereira ressalta que “[...] nesse tipo de

administração o Estado era entendido como propriedade do rei. O nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma”.¹

Essa forma de administrar, revelou-se incompatível com o capitalismo industrial e as democracias parlamentares que surgiram no século XIX. Para que o capitalismo se desenvolvesse, era necessário que houvesse clara separação entre o Estado e o mercado, entre o administrador público e as pessoas que compunham a sociedade civil, a fim que houvesse clara divisão entre aquilo que era patrimônio público e aquilo que era patrimônio privado.

Nesse período, buscou-se criar mecanismos que tinham como foco a profissionalização, organização de carreiras e a impessoalidade, no entanto, o que tornou-se marcante foi a presença de um formalismo exacerbado, que resultou na necessidade de criar procedimentos mais rígidos para a seleção de recursos humanos, para a celebração de contratos públicos, administração orçamentária e para o exercício do controle, sem que houvesse uma preocupação maior com a eficiência na prestação dos serviços públicos destinados ao cidadão.²

Houve uma presença direta do Estado na economia, agindo imediatamente na produção de bens e prestação de serviços por meio de entes estatais pertencentes à Administração Indireta (empresas públicas e de sociedades de economia mista).

Devido à ausência de recursos financeiros e de infraestrutura, o Estado passou a se estagnar, não conseguindo mais suprir a demanda de bens e serviços, o que lhe exigiu a adoção de medidas que permitisse fornecer, ao cidadão, os serviços e bens necessários à sua sobrevivência.

Para Luiz Carlos Bresser Pereira, a administração burocrática passou a demonstrar ineficiência, na prestação dos serviços públicos, quando da migração do Estado Liberal para o Estado Social³ (no século XX), o que resultou na necessidade de haver reformulação no modelo até então adotado:

¹ PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 4. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 05/05/2014.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública. Concessão, Permissão, Franquias, Terceirização e outras Formas*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 42.

³ “O Estado Social foi uma estratégia para aumentar a qualidade de vida e diminuir a desigualdade inerente ao capitalismo, porque o capitalismo é um sistema econômico bastante eficiente, mas é cego à justiça e à estabilidade. É um tipo de sociedade que vive em meio a crises e tende a concentrar a renda na mão dos mais poderosos, dos mais espertos, dos mais ladrões, dos mais inteligentes, aqueles que forem ‘mais’ alguma coisa, e que deixa os mais pacíficos e mais modestos fortemente

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto o pressuposto de eficiência em que se baseava não se revelou real. No momento em que o pequeno Estado liberal do século XIX deu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que não garantia nem rapidez, nem boa qualidade nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.⁴

A segunda reforma administrativa do Estado ganhou destaque a partir da metade da década de 80, período que houve um grande movimento mundial de reforma dos modelos de Administração Pública. Na Grã-Bretanha, originou-se a hoje conhecida “Reforma Gerencial do Estado”⁵ (ou “Nova Gestão Pública”), considerada a segunda grande reforma do aparelho do Estado moderno, sendo uma “[...] série de ideias desenvolvidas a partir do final dos anos 1980 que buscam tornar os administradores públicos mais autônomos e responsáveis, e as agências executoras dos serviços sociais mais descentralizadas”.⁶

Nos Estados Unidos, esse processo teve início na época do governo Ronald Reagan, sendo marcado pela oferta, iniciativas de descentralização, desregulação e

prejudicados. Por outro lado, descobriu-se que se fossem criados grandes serviços públicos gratuitos de educação, de saúde, de assistência social, e se fosse montado um sistema de previdência social universal, a qualidade de vida da população poder ser substancialmente melhorada, a um custo relativamente baixo” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *É o Estado capaz de se autorreformular?*. In: *Desigualdade & Diversidade – Dossiê Especial*, segundo semestre de 2011, p. 16. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado_capaz_autoreformar.pdf> Acesso em: 09/05/2014.

⁴ PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. In: *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 5. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 05/05/2014.

⁵ Michelle Tono Barbado aponta que “[...] as idéias básicas desse modelo de Administração podem ser sintetizadas na definição de metas a serem cumpridas pelos órgãos públicos e entidades da Administração Indireta. Há, também, previsão para a outorga de maior autonomia administrativa, que se consubstancia, justamente, na necessidade de cumprimento de metas estabelecidas. Ainda, substituem os controles formais, preocupados com os meios, com os procedimentos, pelos controles dos resultados, que dão relevância aos fins. Assim sendo, a Administração Gerencial tem como escopo substituir a Administração Burocrática. ‘Gerencial’ e ‘Burocrática’ são expressões consideradas antagônicas, e se excluem uma à outra como os adjetivos administração ‘nova’ e ‘velha, a elas associados, respectivamente” (*O plano diretor da reforma do aparelho do estado e as organizações sociais*. In: *O Novo Direito Administrativo Brasileiro. O Estado, as Agências e o Terceiro Setor*. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 306).

⁶ PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. *Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. Intervenção no VI Fórum da Reforma do Estado*. Rio de Janeiro, 1.10.2007, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/07.17.DemocraciaEstadoSocialEReformaGerencial.28.2.08.pdf>> Acesso em: 05/05/2014.

delegação de atividades estatais para as organizações não governamentais (período conhecido como *reaganomics*).

A reforma gerencial foi uma resposta ao Estado Social. No Estado Social, foi incumbido ao Poder Público ampliar o rol de serviços ofertados ao cidadão o que lhe trouxe problemas de ordem estrutural e econômica. O Poder Público não possuía estrutura suficiente para fornecer esses serviços a contento, o que tornou a participação da iniciativa privada, uma medida necessária para que pudesse atender a crescente demanda.

Aliado a isso, os escassos recursos econômicos impediram que houvesse maiores investimentos públicos nas mais diversas áreas (saúde, transportes, educação, etc.). Já a iniciativa privada, possuía forte capital financeiro e interesse em empregá-los na oferta desses e de outros serviços, fato este que fez com que houvesse uma maior aproximação do Estado com esses grupos econômicos. Essa aproximação foi benéfica, pois permitia que os investimentos privados ampliassem o rol de serviços disponíveis para a população e em um menor espaço de tempo.

Carlos Eduardo de Carvalho ressalta que o Poder Público, com o advento do Estado Social, passou a assumir uma gama de atribuições, principalmente na área social, gerando-lhe um aumento na prestação de serviços públicos. No entanto, sua estrutura física, humana e capacidade econômica não eram suficientes para atender a demanda, o que o obrigou a transferir a execução de muitas dessas atividades a empresas privadas, através de contratos de concessão de serviços públicos e de parceria.⁷

No Brasil, o Estado também assumiu múltiplos e pesados encargos sociais, com a decorrente hipertrofia da máquina estatal, o que resultou em uma forte crise financeira geradora de reflexos negativos na economia, demonstrando a fragilidade do modelo econômico até então adotado.⁸

Luiz Carlos Bresser Pereira afirma que a partir do final da década de 70 e meados da década de 90, o Brasil viveu um período de crise financeira e de alta desenfreada da inflação, o que teria levado o país uma forte estagnação econômica,

⁷CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os novos caminhos do direito administrativo no contexto evolutivo do Estado de Direito. *In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro. O Estado, as Agências e o Terceiro Setor.* Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 332.

⁸ *Ibidem*, p. 333.

surgindo a necessidade de reformular o modelo de administração pública até então adotado (modelo burocrático).⁹

Para Alexandre Santos de Aragão, as medidas de desestatização realizadas nos anos 80, onde houve a transferência da titularidade de bens a atribuições do Estado ao setor privado (fenômeno da privatização), não tiveram êxito de frear a crise de Estado, sendo necessária a criação de uma nova forma de gestão e transferência dos serviços públicos, a fim de se alcançar a eficiência esperada da Administração Pública.¹⁰

Atento a isso, no ano de 1995, o governo de Fernando Henrique Cardoso¹¹ deu início à reforma administrativa, implantando o modelo de administração gerencial. No primeiro semestre daquele ano, foi elaborado o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE) que, segundo Michele Tonon Barbado¹², possuía como objetivos a diminuição da dívida pública, a ampliação da capacidade de arrecadação do Estado destinando investimento em áreas que demandam sua intervenção direta, o aumento dos serviços públicos oferecidos ou financiados pelo Estado, visando a um melhor atendimento ao cidadão, aqui tratado como “cliente do Estado” e, no plano político, à ampliação da participação do povo na gestão pública.

No aspecto gerencial, o plano tinha como meta “aumentar a eficiência na prestação dos serviços públicos, alcançar maior efetividade na edição de leis, no recolhimento de tributos e na implementação de políticas públicas. Os procedimentos de controles formais devem ser substituídos, sistematicamente, por mecanismos de controle de resultados”.¹³

⁹ O autor ressalta que “entre 1979 e 1994 o Brasil viveu um período de estagnação da renda *per capita* e de alta inflação sem precedentes. Em 1994, finalmente, estabilizaram-se os preços através do Plano Real, criando-se as condições para a retomada do crescimento. A causa fundamental dessa crise econômica foi a crise do Estado — uma crise que ainda não está plenamente superada, apesar de todas as reformas já realizadas. Crise que se caracteriza pela perda de capacidade do Estado de coordenar o sistema econômico de forma complementar ao mercado. Coordenação econômica que envolve alocação de recursos, acumulação de capital e distribuição de renda. Em economias capitalistas esse papel é desempenhado pelo mercado e pelo Estado. Quando o Estado (ou o mercado) entra em crise, essa função fica seriamente prejudicada.” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil. *In: Revista do Serviço Público, Ano 49, Número 1, Jan-Mar 1998, p.7*).

¹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP’s no direito positivo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

¹¹ A principal bandeira levantada pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso, era o incentivo das parcerias com o setor privado, a fim de dar maior eficiência a gestão pública e por fim a Crise que assolava o Estado.

¹² Op. cit., p. 306.

¹³ *Ibidem*, p. 307.

Nesse contexto, foi editada a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei 8.987/95), fruto desse novo modelo de administração pública, que passou a privilegiar a eficiência na prestação dos serviços públicos.

A Lei n. 8.987/95 instituiu o contrato público de concessão e permissão de serviços públicos, estabelecendo regras para a sua celebração e execução, direitos e deveres dos contratantes, direitos dos usuários (cliente do Estado), regras tarifárias, dentre outras, que serão mais à frente abordadas.

Na década seguinte, foi instituída a Lei 11.079/2004 que regulamentou às parcerias público-privada, outra modalidade de contrato administrativo que teve como finalidade atrair investimentos do setor privado a serem direcionados para a prestação de serviços públicos e investimentos em obras de infraestrutura.

Carlos Alberto de Salles chama de “governo indireto” a transferência para os particulares das atividades essenciais antes executadas pelo Estado. O Estado permite que terceiros que não integram a sua estrutura prestem serviços públicos, exercendo sobre eles um poder de regulação.

O governo indireto seria o Estado exercendo o controle através de contratos administrativos. No governo direto, esse controle é exercido apenas pelos entes que integram a estrutura do Estado (autarquias, fundações, empresas públicas, etc.). No governo indireto, o Estado regula essas relações através das agências reguladoras. Para o autor, deve haver uma diminuição do Estado, cabendo a ele conduzir apenas questões de grande relevância.

Por outro lado, houve uma exigência maior do setor privado de obter melhores garantias (econômicas e jurídicas) para que pudessem aplicar recursos na área de serviços e de infraestrutura (concessões de estradas, energia, etc.), o que veio a ser alcançado com a criação e implementação dos contratos de concessão e de parceria público-privada.

As Leis 11.079/2004 (PPP) e Lei 8.987/95 (Concessões) trouxeram um rol de incentivos para o setor privado assumir a prestação de serviços públicos e direcionar investimentos em obras de infraestrutura. De início, esses atrativos se restringiram a benefícios econômico-financeiros, além do rateio dos gastos com os investimentos a serem realizados, o que diluiu, em parte, os riscos a serem enfrentados pelo investidor privado.

Além da garantia de retorno financeiro, era necessária a criação de outras medidas a fim de estimular o interesse de novos investidores, principalmente no que

tange à resolução de conflitos. Sensível a essa demanda, o legislador autorizou o uso da arbitragem nos contratos de concessão e de parceria público-privada (Lei 11.079/2004 e Lei 8.987/95 com alterações trazidas pela Lei 11.916/2005).

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

Carlos Aberto de Salles esclarece que a arbitragem é um mecanismo fundamental e que gera dinamismo na resolução de litígios decorrentes do contrato, dando efetividade e segurança ao negócio celebrado com o Poder Público:

O principal dos atrativos a serem criados nesse tipo de negócio, com toda a certeza, é a lucratividade [...]. Nessas condições, é fundamental a existência de garantia e segurança do negócio estabelecido com o Estado. Para tanto, também necessária a existência de agilidade e efetividade dos mecanismos destinados a equacionar eventuais controvérsias surgidas na execução do contrato ou acordo, sob pena de a ausência de mecanismos com essas características minar a segurança do empreendedor ou parceiro privado, ante a perspectiva da necessidade de um processo judicial de muitos anos de duração. A esse propósito, a arbitragem, prevista em vários diplomas legais, como já apontado, mostra-se um mecanismo fundamental à efetividade das estratégias de reforma do Estado discutidas acima.¹⁴

A arbitragem no Estado contemporâneo deve ser compreendida no contexto de reforma do próprio Estado (aliada às privatizações de empresas e a delegação dos serviços públicos ao setor privado), como uma estratégia de condução e gestão do negócio público, a fim de dinamizar as relações negociais, privilegiando a eficiência administrativa e o alcance das finalidades sociais e econômicas do Estado.¹⁵

1.2 O conceito e as formas de execução dos serviços públicos no Brasil

¹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011p. 72-73.

¹⁵ Ibidem, p. 61.

Do ponto de vista conceitual, o ordenamento jurídico brasileiro não positivou a definição de serviços públicos, cabendo à doutrina fazê-lo, o que acarretou na existência de inúmeros conceitos dos quais não há unanimidade.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁶ esclarece que “serviço público” se trata de uma expressão que admite múltiplos sentidos e conceitos, devido à sua variação em decorrência da evolução do Estado e dos modelos de administração, motivo pelo qual a doutrina não possui uma hegemonia conceitual.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a doutrina adota, em regra, dois conceitos de serviços públicos, um amplo e outro restrito, sendo que nas duas hipóteses, em geral, combinam três elementos para a sua definição: “o material (atividade de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de direito público)”.¹⁷

A Escola de Serviço Público, de origem francesa, e capitaneada por Leon Duguit, trouxe as primeiras noções sobre serviço público. Para Leon Dugui *apud* Maria Sylvia Z. Di Pietro¹⁸ o serviço público era tido como uma atividade ou organização em sentido amplo, acolhendo todas as funções do Estado. O Estado, para o *expert*, é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes, que inclui as atividades desenvolvidas pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Em razão da influência dessa escola, alguns doutrinadores brasileiros, dentre eles Hely Lopes Meirelles¹⁹, Odete Medauar e Edmir Netto de Araújo, adotaram o conceito amplo de serviços públicos.

No entanto, o que tem prevalecido na doutrina nacional é o conceito restritivo de serviços públicos²⁰, cuja definição trazida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro traduz a sua essência: “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2014, p. 328.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100.

¹⁸ *Ibidem*, p. 102.

¹⁹ Hely Lopes Meirelles define como serviço público “[...] todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (Direito Administrativo Brasileiro. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 364-365).

²⁰ Alexandre Santos de Aragão propõe um conceito que busca na Constituição a acepção mais consentânea com a evolução político-econômica pela qual as atividades prestacionais do Estado vêm passando. Para o autor “serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade” (Curso de Direito Administrativo (*e-book*). 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013, p. 409).

para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”.²¹ Aliados a essa vertente os professores Caio Tácito, Celso Antônio Bandeira de Mello²² e Marçal Justen Filho²³.

No Brasil, os serviços públicos, bem como as respectivas competências para prestá-los, estão todos expressos como funções administrativas na Constituição de 1988, seja explicitamente, como previsto nos arts. 21, 25, 30 e dispositivos extravagantes dos arts. 194, 196, 200, 201, 203, 205, 208, 211 e 223, seja implicitamente, como os que sejam deles derivados e, ainda, todos os demais que necessitem ser prestados em regime de exploração de atividade econômica.²⁴

A titularidade dos serviços públicos é atribuída em caráter de exclusividade ao Poder Público (art. 175 da CF)²⁵. Já a prestação desses serviços pode se dar de forma direta ou indireta, nesse último caso, mediante a delegação à iniciativa privada, nos casos e segundo as regras previstas em lei. A delegação não transfere a titularidade do serviço público ao particular, mas apenas o autoriza a executá-lo em nome do Poder Público.²⁶

Vários mecanismos de gestão dos serviços públicos foram instituídos no direito brasileiro. O artigo 175 da CF estabelece que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". O dispositivo abriga,

²¹ Direito Administrativo, p. 107.

²² Celso Antônio Bandeira de Mello define serviço público como sendo “[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (Curso de Direito Administrativo. 28ª São Paulo: ed. Malheiros, 2011, p. 678).

²³ Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2011, p. 688-690.

²⁴ Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória – Parte Geral – Parte Especial (*e-book*). 16ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014, p. 531.

²⁵ “Art. 175 da CF - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

²⁶ Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto “a titularidade é exclusiva do ente político ao qual a Constituição haja cometido, explícita ou implicitamente, a competência específica. Quanto à prestação, tanto poderá ela caber ao titular, dizendo-se direta, como pode ser por ele delegada a terceiros, denominando-se indireta. Sob o critério da titularidade, estuda-se a partilha de competências instituidoras de serviços públicos, tema que assume especial relevância no regime federativo, dedicando-lhe, a Constituição de 1988, várias prescrições a respeito, de vez que, como já se expôs, a qualquer definição legal específica deve sempre preceder sua previsão constitucional explícita ou implícita (art. 173, caput)” (Op. Cit, p. 535).

portanto, a concessão e a permissão de serviços públicos. No entanto, faz referência à prestação direta pelo Poder Público.

Além disso, os artigos 21, incs. XI e XII da CF preveem a execução direta ou por meio de concessão, permissão ou autorização de vários serviços, como os de telecomunicações, energia elétrica, portos, navegação aérea, dentre outros. O artigo 25, § 2º da CF, inclui na competência dos Estados-membros a exploração direta ou por meio de concessão dos serviços de gás canalizado.

Quando a Constituição fala em execução direta, deve-se entender que abrange a execução pela Administração Pública direta (constituída por órgãos sem personalidade jurídica) e pela Administração Pública indireta mencionada em vários dispositivos da Constituição, em especial no art. 37, *caput*, e que abrange entidades com personalidade jurídica própria, como as autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Essas são as formas tradicionais de gestão dos serviços públicos. No entanto, outras formas foram surgindo no direito positivo brasileiro, como as parcerias público-privadas, os contratos de concessão e permissão, os contratos de gestão com as organizações sociais e as franquias.

Também não se pode deixar de lado os consórcios públicos e convênios de cooperação previstos no art. 241 da CF.

Atualmente, as principais formas de gestão abrangem: a) a concessão e a permissão de serviços públicos, disciplinadas pela Lei nº 8.987/95; b) a concessão patrocinada e a concessão administrativa, englobadas sob o título de parcerias público-privadas na Lei nº 11.079/2004; c) o contrato de gestão como instrumento de parceria com as chamadas organizações sociais, disciplinadas, na esfera federal, pela Lei nº 9.637/98.

A Administração Pública não é inteiramente livre para escolher a forma de gestão. Quando se tratar de execução por meio de entidades da Administração Indireta, há necessidade de lei, conforme artigo 37, inc. XIX, da CF. Quando se tratar de formas de gestão que impliquem a delegação a iniciativa privada, alguns critérios devem ser levados em consideração, segundo observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁷:

- a) para o serviço público de natureza comercial ou industrial, que admita a cobrança de tarifa do usuário, o instituto adequado é a

²⁷ Direito Administrativo, p. 119-120.

concessão ou permissão de serviço público, em sua forma tradicional, regida pela Lei nº 8.987/95, ou a concessão patrocinada; também é admissível a franquias (hoje já prevista para as atividades do correio); trata-se de formas de gestão que não podem ser utilizadas para: (1) atividades exclusivas do Estado, porque são indelegáveis por sua própria natureza; (2) serviços sociais, porque estes são prestados gratuitamente e, portanto, incompatíveis com a concessão tradicional (a menos que possam ser mantidos exclusivamente com receitas alternativas) e com a concessão patrocinada, que se caracterizam pela cobrança de tarifa dos usuários; (3) os serviços *uti universi*, não usufruíveis diretamente pelos cidadãos, como a limpeza pública, por exemplo, cuja prestação incumbe ao poder público, com verbas provenientes dos impostos;

b) para o serviço público de natureza comercial ou industrial, sem cobrança de tarifa do usuário, o instituto cabível é a concessão administrativa;

c) para os serviços sociais, são possíveis os contratos de gestão com as organizações sociais e a concessão administrativa;

d) para qualquer tipo de serviço público é possível a gestão associada entre entes federativos, por meio de convênios de cooperação ou consórcios públicos, previstos no artigo 241 da Constituição e disciplinados pela Lei nº 11.107/2005.

Em suma, a regra geral sobre os serviços eminentemente públicos decorrem da norma prevista no art. 175 da CF, dos quais está excluída a livre iniciativa, sendo apenas possível o seu exercício pelo particular através dos instrumentos mencionados.

Adiante serão analisadas as regras aplicáveis aos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada, por se tratarem dos instrumentos de delegação de serviços públicos que integram o objeto da presente pesquisa.

1.3 Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada

Os contratos administrativos são instrumentos jurídicos onde são estabelecidos os ajustes entre a Administração Pública (enquanto poder estatal) e os particulares e demais entidades administrativas, regidos sob regras de direito público, com a finalidade única e precípua de atender o interesse público.

Possuem como característica geral serem instrumentos formais e escritos, enquadrando-se na categoria dos denominados contratos de adesão. São contratos pessoais (*intuitu personae*), ou seja, a execução do contrato deve ser realizada pela mesma pessoa que se obrigou perante a Administração Pública.

Por envolver interesse público, a Administração possui prerrogativas que lhe garantem uma posição de superioridade sobre o contratante, p. ex., a possibilidade de previsão de cláusulas exorbitantes no contrato, de poder alterá-lo unilateralmente (com exceção das cláusulas econômico-financeiras) ou rescindi-lo unilateralmente. Possui ainda poder de fiscalização sobre sua execução, podendo aplicar diretamente sanções e, quando houver apuração de falta contratual, tratando-se de atividade essencial, a Administração Pública poderá exercer a ocupação temporária.

O Poder Público detém posição de “extrema” superioridade em relação ao particular. São regras e garantias que visam preservar o interesse público, a exemplo das restrições a oposição da exceção do contrato não cumprido, a necessidade do particular oferecer garantia e de exigir medidas de compensação.

No entanto, essas regras são flexibilizadas, em menor ou maior escala, ao tratarmos dos contratados específicos de delegação dos serviços públicos.²⁸

Na delegação de serviços públicos, a instrumentalização da transferência do exercício da atividade estatal se dará basicamente através de dois contratos específicos: contrato de concessão e permissão de serviços públicos e o de parceria público-privada.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que a Parceria Público Privada (PPP) se trata na verdade de uma nova modalidade de concessão, a qual denomina concessão patrocinada, “[...] que é definida em lei como concessão de serviço público, ainda que sujeita a um regime jurídico um pouco diverso”.²⁹ José dos Santos Carvalho Filho reconhece a natureza de concessão do instituto, no entanto, a define como sendo uma concessão especial de serviços públicos.³⁰

Independentemente do *nomen juris* atribuído pela doutrina às PPP’s, o legislador optou em defini-la, no art. 2º, caput, da Lei 11.079/2004, como um “[...] contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

Nos próximos tópicos serão analisadas as normas de regência dos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada, traçando suas principais características, modalidades e formas de execução.

²⁸ A delegação dos serviços públicos decorre da descentralização dos serviços públicos oriunda da reforma do modelo de administração pública ocorrida no Brasil na década de 90, quando houve transição do modelo burocrático para o atual modelo gerencial.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo, p. 316.

³⁰ Op. cit., p. 432.

1.3.1 Contrato de Concessão de Serviços Públicos

O contrato de concessão foi o primeiro instrumento de delegação de serviços públicos. Possui como base constitucional o art. 175 da CF, que prevê: *“Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”*.

No plano infraconstitucional, existem vários dispositivos legais que tratam da matéria concessões pelo poder público, a exemplo da Lei 8.987/1995 que dispõe sobre as concessões e permissões de serviços públicos e de obras públicas; Lei 9.074/1995 que instituiu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; Lei 9.427/1996 que trata das concessões de serviços públicos no campo da energia elétrica e a Lei 11.079/2004 que tratou das Parcerias Público-Privadas.

Embora haja uma pluralidade de normas jurídicas sobre o tema, as concessões de serviços públicos podem ser divididas em dois grupos, compondo o primeiro as concessões comuns, regidas pela Lei 8.987/1995, e as Parcerias Público-Privadas (*concessões especiais*), instituída pela Lei 11.079/2004.

O Contrato de Concessão de Serviço Público é definido pelo inciso II do art. 2º da Lei de Concessões, como sendo “a delegação de sua prestação [serviço público], feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

A doutrina pouco se afasta dessa definição, acrescentando ao conceito legal características que lhes são próprias. Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato de concessão de serviço público como sendo:

[...] o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerado pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários.³¹

³¹ Op. Cit., p. 710.

Para Odete Medauar é o contrato “[...] pelo qual o poder público (concedente) transfere a execução de um serviço público a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas, mediante concorrência para realizá-lo por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelo usuário”³²

Hely Lopes Meirelles ao abordar o conceito da concessão de serviços públicos aponta que:

O contrato de concessão de serviço público, ou simplesmente, concessão de serviço público, é o que tem por objeto a transferência da execução de um serviço do Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento aí incluídos os ganhos normais do negócio, através de uma tarifa cobrada aos usuários.³³

O contrato de concessão de serviço público é o instrumento por meio do qual a Administração Pública (poder concedente) transfere a execução do serviço público a terceiro (particular concessionário) por prazo determinado. A concessão acarreta na delegação da execução do serviço público, mas não há disposição de sua titularidade que é mantida com o Estado.

Frisa-se que nem todos os serviços públicos poderão ser delegados à iniciativa privada. A concessão tem como natureza a gestão de serviços públicos que serão remunerados pelos usuários ou com receitas derivadas da exploração do próprio serviço, o que é possível apenas quando se tratar de serviços prestados a terceiros e que se admita uma exploração comercial.³⁴

Diferem-se dos serviços próprios do Estado, ou seja, daqueles executados por intermédio de seus órgãos e agentes, p. ex., serviço de segurança pública, de fiscalização alfandegária, de controle aéreo, defesa nacional e aplicação da justiça (que pela sua própria natureza são indelegáveis).³⁵

Ao abordar a natureza dos serviços suscetíveis de serem delegados, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que haverá concessão de serviços públicos quando o Estado o considerar como próprio e privativo, ou seja, *res extra*

³² MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 226.

³³ Op. Cit., p. 270.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. Parcerias na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002, p. 71.

³⁵ No art. 4º, inc. III da Lei 11.079/2004 (Lei da Parceria Público-Privada) há previsão expressa acerca da indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

commercium (inegociável), embora possa ser objeto de exploração comercial pela concessionária.³⁶

Por causa da titularidade exclusiva do serviço público, o ente concedente possui prerrogativas e poder de controle em relação ao contrato de concessão, sendo possível, inclusive, a sua extinção (encampação) antes do advento do termo contratual por razões de interesse público.³⁷

A Lei 8.987/95 indica, em seu art. 2º, inc. I, os entes federativos titulares da delegação do serviço público (poder concedente): a União, o Estado, o Distrito Federal e o Município.³⁸

Como delegatários, poderão figurar apenas as pessoas jurídicas de direito público ou privado, vedando-se a participação de pessoas físicas. Esta norma decorre de regra expressa no art. 2º, inc. II da Lei 8.987/95 que dispõe que a delegação de serviços públicos será feita à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

No âmbito federal, algumas leis instituidoras das agências reguladoras atribui a elas o poder de delegar o serviço público, a exemplo do que ocorre com a ANATEL, que possui como atribuição legal celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, conforme prevê o art. 19, inc. VI da Lei 9.472/97.

O Contrato de Concessão é bilateral, pois gera direitos e obrigações para ambos os contratantes. É comutativo, pois são equivalentes e previamente estabelecidas suas obrigações. Trata-se de contrato *intuitu personae* visto que o delegatário não poderá ceder suas obrigações sem prévio assentimento do poder concedente; formal, pois necessário a sua formalização por instrumento contratual escrito; e, remunerado pelo usuário do serviço mediante o pagamento de tarifa.³⁹

O art. 175 da CF tornou obrigatória a realização de licitação para a delegação de serviços públicos, sendo requisito indispensável para que o Poder Público possa conceder a iniciativa privada a outorga desses serviços mediante contratos específicos criados para esse fim.

³⁶ Op. cit., p. 718.

³⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Licitações e contratos administrativos – Teoria e Prática (*edição digital*). 3ª ed. São Paulo: ed. Método, 2014, p. 244.

³⁸ “Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;”.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, op. cit., p. 381.

No Brasil, o legislador editou as Leis 8.987/1995 e 11.079/2004, as quais disciplinaram as modalidades contratuais aptas a transferir a prestação dos serviços públicos à iniciativa privada, sendo elas os Contratos de Concessão e Permissão de Serviços Públicos e os de Parceria Público-Privada, respectivamente.

O Contrato de Concessão de Serviços Públicos possui regramento próprio acerca da licitação (arts. 14 a 22 da Lei 8.987/95), aplicando-se subsidiariamente as disposições da Lei 8.666/93 (Lei Geral das Licitações).⁴⁰

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “[...] o dispositivo constitucional não contém a ressalva do art. 37, XXI, que permite a contratação direta nas hipóteses previstas em lei [...]”⁴¹. A autora faz apenas uma observação, a saber, que seria admissível a declaração de inexigibilidades previstas na Lei Geral das Licitações, caso fique comprovadamente demonstrada a inviabilidade de competição. Trata-se de posicionamento isolado, tendo a doutrina consolidado o entendimento de que não se aplica às concessões as dispensas e inexigibilidades previstas na Lei 8.666/93.⁴²

Na Lei n. 8.987/95, art. 2º, inc. II, o legislador elegeu a concorrência pública como modelo licitatório a ser adotado pelo Poder Público. Importante destacar que o edital poderá prever a inversão das fases de habilitação e julgamento das propostas (art. 18-A), sem que isso descaracterize o procedimento.⁴³

Quanto ao prazo de vigência da concessão, a Lei 8.987/95 (arts. 2.º, incisos II e III) estabelece que o contrato terá prazo determinado, que deverá estar previsto no edital de licitação (arts. 5º e 18, inciso I). O art. 23, inciso I considera o prazo da concessão como cláusula essencial do contrato, sem a qual gerará a sua nulidade.

Não há previsão expressa na Lei Geral das Concessões sobre o prazo mínimo ou máximo de duração das concessões, cabendo a cada ente federativo

⁴⁰ O STJ no REsp n. 1266290/PE (DJe 16/12/2013) reconheceu a obrigatoriedade de realização de licitação para a outorga de serviços aeroportuários: “[...] A União, ao optar por outorgar a outrem a exploração de qualquer serviço aeroportuário, deverá, obrigatoriamente, em obediência a regramento constitucional, realizar essa delegação somente após promover o processo licitatório, conforme dispõe o art. 175 da Carta Magna [...]. Assim, para a concessão de áreas de aeroportos destinadas ao funcionamento de lanchonetes, restaurantes, lojas, estacionamentos, entre outras tantas atividades comerciais apropriadas aos aeroportos, há que se realizar, obrigatoriamente, o devido processo licitatório, pois a regra para a Administração Pública é licitar, em obediência aos preceitos constitucionais e legais que regulam as relações entre os particulares e o Poder Público [...]”. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 06/08/2014.

⁴¹ Op. cit., p. 308.

⁴² Nesse sentido é o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho (op. cit., p. 408) e Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 723). Importante assinalar que o art. 91 da Lei 9.472/1997 (que criou a ANATEL), excepcionalmente, previu a possibilidade de inexigibilidade de licitação na outorga de concessão de serviços públicos de comunicação.

⁴³ Outra exceção é trazida pela Lei 9.074/95, que prevê em seu art. 17, §§1º e 6º, a possibilidade da concessão ser realizada na modalidade concorrência e leilão.

estabelecer os limites de duração em sua legislação local (princípio da estrita legalidade).

Em obediência ao princípio da legalidade, a Lei 9.074/95 vedou ao Poder Público delegar serviços públicos sem que haja lei que expressamente o autorize. Por extensão, entende-se que a prorrogação deverá de igual forma estar prevista em lei.

Com efeito, a lei específica que autorizar a execução de serviços públicos deverá prever obrigatoriamente o prazo de vigência do contrato de concessão.

Em regra, por envolver investimentos de grande monta a ser realizados pela concessionária, entende-se que o prazo contratual deverá ser fixado de forma que a delegatária possa, em um prazo razoável, amortizar seus investimentos e obter o retorno financeiro pactuado. Isto se justifica na medida em que o retorno financeiro serve como atrativo para novos investimentos e, ao mesmo tempo, garante a modicidade da tarifa.

A responsabilidade pela prestação do serviço é assumida pelo concessionário por sua conta e risco, incidindo sobre ele a responsabilidade civil objetiva (art. 37, §6º da CF), devendo arcar com eventuais prejuízos causados aos usuários e terceiros não usuários, indistintamente, conforme posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº. 591.874/MS.⁴⁴

O Estado não poderá ser acionado diretamente, em razão de sua responsabilidade subsidiária, devendo arcar com o pagamento de indenização por danos causados pelo concessionário caso o seu patrimônio não seja suficiente para a sua quitação.

A remuneração do concessionário é feita mediante tarifa, que será paga diretamente pelo usuário como ocorre nas concessões de rodovias (“pedágios”).

⁴⁴ CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO. I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal. II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado. III - Recurso extraordinário desprovido. (RE 591874, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-237 DIVULG 17-12-2009 PUBLIC 18-12-2009 EMENT VOL-02387-10 PP-01820). Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 06/08/2014.

Tem natureza jurídica de preço público e deverá ser fixada no contrato de concessão (arts. 9º e 23, IV da Lei 8.987/95).

Essa é a regra. Excepcionalmente, a Lei de Concessões (art. 11) autorizou que a remuneração dos concessionários fosse realizada através de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, podendo citar como exemplo os serviços de radiodifusão e televisão aberta (onde o usuário não efetua qualquer pagamento), que são remunerados basicamente através de veiculação de publicidade ou propaganda.

A delegação do serviço público será instrumentalizada através de contrato de concessão nos termos estabelecidos pela Lei 8.987/95. O seu art. 23 elenca algumas cláusulas especiais que deverão obrigatoriamente integrar o contrato de concessão, tendo como finalidade servir como “o termômetro dos direitos e obrigações dos pactuantes”.⁴⁵

José dos Santos Carvalho Filho⁴⁶ agrupa as cláusulas essenciais em cinco categorias distintas, integrando a primeira as cláusulas referente ao serviço, que definem o modo, a forma e condições de prestação do serviço, bem como as que fixam os critérios de sua avaliação e as que indicam o objeto, a área, o preço e seus critérios de reajuste (incs. I a IV).

Na segunda categoria, incluem-se as cláusulas referentes aos direitos e obrigações das partes (incs. V a VI); na terceira, as cláusulas de prestação de contas (incs. XIII a XIV); na quarta, as cláusulas de fiscalização (inc. VII a VIII) e por último, a categoria que inclui cláusulas referente ao fim da concessão (incs. IX a XII).

Os encargos atribuídos ao poder concedente e a concessionária estão previstos nos arts. 29 a 31 da Lei de Concessões. Nos termos do art. 29, de um modo geral, incumbe ao poder concedente regulamentar e fiscalizar os serviços prestados pela concessionária, aplicar penalidades, intervir na prestação do serviço, extinguir a concessão e proceder à revisão de tarifas.

Quanto ao poder fiscalizatório, segundo o art. 30 da referida lei, o ente concedente terá acesso aos dados administrativos, estruturais, financeiros e fiscais da concessionária, tudo com a finalidade de resguardar a prestação contínua do serviço público, que será realizada através de órgão técnico do poder concedente ou por entidade por ele conveniada e, periodicamente, conforme previsto em norma

⁴⁵ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 395.

⁴⁶ Ibidem, p. 396.

regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários (§único do art. 30).

São vários os aspectos previstos na lei que subsidiam o Poder Público no exercício da fiscalização, podendo ele aplicar sanções em caso de descumprimento da lei ou regras do contrato, regulamentar o serviço prestado, observar o seu cumprimento, todos com a finalidade de controlar a atividade delegada, podendo, inclusive intervir no serviço e extinguir a delegação nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato (art. 30, inc. IV c/c 35 e seguintes).

Os encargos da concessionária encontram-se elencados no art. 31, podendo ser resumidos no seguinte: prestar o serviço adequadamente, prestar contas da gestão do serviço (transparência na execução do serviço), dar livre acesso aos encarregados pela fiscalização, captar, aplicar e gerir recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

1.3.2 Contrato de Parceria Público-Privada (PPP)

A Parceria Público-Privada foi instituída pela Lei 11.079/2004 (com alterações trazidas pelas Leis 11.409/2011 e 12.766/2012). Trata-se de uma modalidade de contrato de concessão.⁴⁷ O seu art. 2º não trouxe definição expressa acerca do instituto, referindo-se apenas como sendo um “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

A lei federal tem como fundamento constitucional o art. 22, XXVII, onde atribui-se à União Federal a competência legislativa para editar normas gerais sobre contratação e licitação. Essa regra constitucional fundamenta, inclusive, a Lei Geral sobre Concessões (Lei 8.987/95) e a Lei Geral das Licitações e Contratos no âmbito da Administração Pública (Lei 8.666/93).

As regras previstas na Lei 11.079/2004 incidem sobre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como sobre as entidades da administração indireta (autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista), “[...] estendendo-se aos fundos especiais (o que retrata impropriedade técnica, porque fundos não têm personalidade e sempre integram a

⁴⁷ José dos Santos Carvalho Filho considera a Parceria Público-Privada uma modalidade especial de contrato de concessão de serviços públicos (op. cit., p. 430).

estrutura de alguma das pessoas governamentais) e a outras entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federativos”.⁴⁸

A Lei 11.079/2014 estabeleceu algumas normas direcionadas especificamente à União (arts. 14 a 22), a exemplo da criação do órgão gestor e do fundo garantidor das PPP, que poderão ser instituídas pelos demais entes públicos (Estados, DF e Municípios) no âmbito local. É possível a criação de legislação suplementar desde que não contrariem as disposições previstas na lei geral (arts. 24, §2º e 30, inciso II, da CF).

Quanto ao conceito de Parceria Público-Privada a doutrina apresenta definições semelhantes, havendo certa hegemonia quanto a esse aspecto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define Parceria Público-Privada como sendo:

[...] um contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.⁴⁹

José dos Santos Carvalho Filho considera a PPP um contrato de concessão especial de serviço público, definindo-a como:

[...] acordo firmado entre a Administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes.⁵⁰

O autor a trata como uma concessão especial apenas por uma questão didática para diferenciá-las das concessões comuns previstas na Lei 8.987/95.

O objetivo principal da PPP foi trazer uma maior aproximação da iniciativa privada junto ao poder público, com a finalidade de atrair capitais de investimentos nacionais ou estrangeiros, para sem empregados em projetos de infraestrutura e na

⁴⁸ Ibidem, p. 432.

⁴⁹ Direito Administrativo, p. 319.

⁵⁰ Op. cit., p. 432. Ao tratar sobre a experiência internacional do instituto, o autor afirma que as parcerias público-privada foram e vêm sendo adotadas em países como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, que apresentam como justificativa a falta de disponibilidade financeira e a eficiência do setor privado no campo da gestão (p. 431).

ampliação de prestação de serviços públicos.⁵¹ Como retorno, o parceiro-privado obterá um retorno financeiro mínimo em relação ao capital investido, garantido pelo Poder Públicos (parceiro-público).⁵²

Nas justificativas do Projeto de Lei do qual originou a Lei 11.079/2004, o legislador ressaltou que o instituto no Brasil “representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado”.⁵³

As PPP tornam possível um amplo investimento em áreas de habitação, saneamento básico, infraestrutura viária, elétrica, dentre outras tantas carecedoras de atenção do Poder Público. Segundo dados trazidos no bojo do Projeto de Lei, o Projeto de Plano Plurianual do Governo referente ao período de 2004/2007, estimava ser necessário “investimentos na ordem de 21,7%, [...], do Produto Interno Bruto - PIB até 2007, como condição à retomada e sustentação do crescimento econômico do país, o que torna indispensável a existência de instrumentos de parcerias que possibilitem a sua concretização”.⁵⁴

O art. 2º da lei 11.079/2004 previu duas modalidades de Parceria Público-Privada: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

⁵¹ Marcio Pestana aponta que a PPP “[...] estabelece uma modalidade muito particular de relação entre a Administração Pública e a iniciativa privada, flexibilizando, de maneira destacada, alguns até então engessamentos jurídicos próprios do Direito Administrativo, retratando uma movimentação brasileira de dar novos rumos a este segmento do Direito, isto, sobretudo, a partir da última década do século XX, não obstante guardando cuidadosa harmonia com as diretrizes e determinações alojadas na Constituição Federal” (Direito Administrativo Brasileiro. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2012, p. 450).

⁵² A PPP trata-se de uma modalidade de contrato administrativo que tem como característica peculiar a flexibilização das regras contratuais e a participação direta do ente administrativo nos riscos do empreendimento, que funciona como um atrativo a iniciativa privada em razão da certeza de retorno financeiro com o negócio.

⁵³ BRASIL. Câmara Federal. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=61B1F4D413F55E8387037DDEA2899360.proposicoesWeb1?codteor=182910&filename=PL+2546/2003> Acesso em: 16/05/2014.

⁵⁴ “A parceria público-privada constitui modalidade de contratação em que os entes públicos e as organizações privadas, mediante o compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, assumem a realização de serviços ou empreendimentos públicos. Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado. A proposta de Projeto de Lei foi elaborada com o objetivo de adaptar o atual marco legal de contratação (Lei nº 8.666, de 1993) e de concessão de serviços (Leis nº 8.987 e 9.074, ambas de 1995), permitindo algumas alterações que potencializem o sistema de parceria e o seu elemento de distinção: compartilhamento dos riscos e financiamento privado.”. Ibidem, p. 7.

A concessão patrocinada, conforme previsto no §1º do art. 2º, “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”.⁵⁵

Aplicam-se à concessão patrocinada as regras previstas na lei geral das concessões (Lei 8.987/95), e, em relação à concessão administrativa, o legislador previu apenas a incidência dos arts. 23, 25 e 27 a 39 (§3º, art. 2º).

A lei equipara a concessão patrocinada à concessão de serviços públicos regida pela Lei 8.987/95. A doutrina (com base na lei 11.079/2004) traz algumas distinções no que diz respeito ao regime jurídico sobre ela incidente⁵⁶: I) a remuneração deverá estar prevista no contrato e terá duas fontes distintas (tarifa paga pelo usuário e contraprestação paga pelo poder público); II) constituição de sociedade de propósitos específicos para gerir o objeto da parceria; III) possibilidade de ser prestada garantia pelo parceiro público; IV) compartilhamento de riscos; V) normas próprias sobre licitação; VI) aplicação de penalidades pelo parceiro público em caso de descumprimento contratual; VII) prazo mínimo e máximo para vigência do contrato; VIII) limitação quanto aos gastos públicos com as PPP; e IX) a vedação de concessão patrocinada quando o contrato for inferior a R\$ 20 milhões.

Conforme previsto no §2º do art. 2º, a concessão administrativa “é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

57

Nessa modalidade de PPP, a administração pública é a usuária direta ou indireta do serviço, sendo que o valor pago pelo Poder Público a título de contraprestação será o próprio valor para utilização do serviço prestado na condição de usuário.

⁵⁵ Podem-se citar como exemplos de concessões administrativas (PPP) os contratos firmados pelo Estado de Minas Gerais para a reforma do Estádio Mineirão e para a construção e gestão do primeiro Presídio no Brasil construído sob o regime das PPP. MINAS GERAIS. Portal de gestão de conteúdo do programa parceria público-privada. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos>> Acesso em: 17/05/2014.

⁵⁶ Marcio Pestana, op. cit., p. 452-453; Maria Sylvia Z. Di Pietro, op. cit., p. 321-322 e Celso Antônio Bandeira de Mello, op. cit., p. 782-788.

⁵⁷ Celso A. B. de Mello a chama de “falta concessão”, pois se estaria acobertando um verdadeiro contrato administrativo como outro qualquer (regido pela Lei 8.666/93), sob o argumento de que a remuneração exclusiva por parte da administração através de tarifa não se passaria na verdade de uma remuneração comum pela prestação de serviços. Op. Cit., p. 785.

Em relação à concessão administrativa, em que a administração pública é usuária direta do serviço, pode-se confundi-la como qualquer dos serviços a ela prestados diretamente (art. 6º, inc. II e art. 13 da Lei 8.666/93), o que é vedado pelo art. 2º, §4º, inc. III da Lei 11.079/2004.

Trata-se, no entanto, de falsa percepção, pois vários dispositivos da lei geral das concessões aplicáveis à concessão administrativa demonstram que, além da execução da obra ou serviço, caberá ao parceiro privado a gestão do empreendimento (arts. 21, 23, 25, 27, 29, e 32 a 39).

É o que ocorre, p. ex., nos contratos de concessão administrativas firmados pelo Estado de Minas Gerais para a operação e manutenção, precedidas de obras de reforma, renovação e adequação, do complexo do Estádio do Mineirão⁵⁸ e da construção e operação do primeiro Complexo Penal (Presídio) do Brasil, sob o regime de Parceria Público Privado⁵⁹. Em ambos os contratos, os parceiros privados ficarão responsáveis pela aplicação de recursos, pela execução de obras e pelos serviços e a posterior gestão do empreendimento.

Para Maria Sylvia Di Pietro, não há impedimento de que o parceiro-privado “receba recursos de outras fontes de receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados”.⁶⁰ A Lei, no entanto, veda o recebimento de tarifa do usuário, do contrário estaríamos diante de uma concessão patrocinada, e não de uma PPP.

O art. 2º, §4º da Lei 11.079/2004 veda a celebração de contrato de Parceria Público Privada, nos seguintes casos: a) contratos cujo valor seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); b) contratos cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; e, c) que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

⁵⁸ Conforme Cláusula 5.1 do Contrato: “O objeto do presente CONTRATO é a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, em conformidade com os requisitos contidos neste CONTRATO, no EDITAL e respectivos ANEXOS, nos termos das propostas e demais documentos apresentados pela CONCESSIONÁRIA na LICITAÇÃO, para operação e manutenção do COMPLEXO DO MINEIRÃO, precedidas de OBRAS de reforma, renovação e adequação”. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-mineirao>> Acesso em: 19/05/2014.

⁵⁹ Conforme Cláusula 5.1 do Contrato: “O objeto do presente CONTRATO é a CONCESSÃO ADMINISTRATIVA para a gestão de COMPLEXO PENAL, em conformidade com os requisitos contidos neste CONTRATO, no EDITAL, e respectivos ANEXOS, e nas propostas e demais documentos apresentados pela CONCESSIONÁRIA na LICITAÇÃO”. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal>> Acesso em: 19/05/2014.

⁶⁰ Op. cit., p. 321.

O art. 5º da Lei das PPP elenca as cláusulas essenciais que deverão integrar o contrato: I) prazo de vigência não inferior a cinco e nem superior a 35 anos, incluindo-se prorrogação; II) penalidades aplicáveis aos parceiros público e privado, observada a proporcionalidade entre a falta cometida e a punição prevista; III) repartição de riscos; IV) formas de remuneração e atualização de valores; V) mecanismos de preservação da atualidade da prestação dos serviços; VI) causas de inadimplência, modos e prazos de regularização; VII) critérios objetivos de avaliação de desempenho do parceiro privado; VIII) garantias a ser oferecidas pelo parceiro privado; IX) divisão dos lucros, quando for o caso; X) vistoria dos bens reversíveis; XI) cronograma e os marcos para o repasse dos aportes de recursos pelo parceiro público.

Além dessas cláusulas, o art. 5º faz remissão às previstas no art. 23 da Lei 8.987/95 (abordada no tópico anterior) que deverão ser observadas, no que couber, nos contratos de PPP.

A Lei 11.079/2004 determina que os contratos de concessão deverão ser precedidos de licitação na modalidade concorrência (arts. 10 a 13), condicionada a sua abertura ao cumprimento das formalidades previstas no art. 10 da lei (autorização da autoridade competente; justificativa para contratação; demonstração do cumprimento da lei de responsabilidade fiscal; previsão no plano plurianual; consulta pública; e, licença ambiental prévia).

1.4 A previsão de mecanismos privados de solução de litígios nos contratos de concessão e de parceria público-privada

Com a reforma do Estado ocorrida a partir de 1995, o Poder Público passou a adotar um novo modelo de administração (gerencial), onde primou pela descentralização da prestação dos serviços públicos e por uma maior aproximação da iniciativa privada, a fim de captar investimentos e ampliar a oferta de serviços e modernizar a infraestrutura pública.

As Leis 8.987/95 (lei geral das concessões) e 11.079/2004 (lei da parceria público-privada) permitiram que a relação mantida entre o Estado e o particular se tornasse mais paritária, prevendo direitos e obrigações, assim como de garantias de retorno do investimento, prazo pré-estabelecido de exploração dos serviços, contrapartida em razão dos investimentos e divisão de riscos (no caso da PPP).

Aliado a isso, o legislador tornou possível a previsão contratual de mecanismos privados de resolução de controvérsias, o que possibilitou que eventual contenda contratual pudesse ser resolvida de forma mais célere.

O art. 11, inc. III da lei 11.079/2004⁶¹ autorizou o uso de métodos consensuais ou autocompositivos de solução de controvérsias (conciliação e mediação) e da arbitragem caso não fosse possível alcançar um acordo amigável.

Essa regra foi reproduzida no art. 23-A da Lei 8.987/95 (incluída pela Lei 11.196/2005), tornando possível o uso dos mecanismos consensuais e da arbitragem como instrumento de resolução de conflitos oriundos dos contratos de concessão.⁶²

O uso da arbitragem pela Administração Pública em suas contratações, segundo Carlos Alberto de Salles, deveria ser vista como resultado da reforma do Estado e ao mesmo tempo como uma condição para que determinados negócios estatais pudessem ser concretizados, posto que para o particular é necessário uma dinâmica de incentivos pelo Poder Público para que torne o negócio atrativo.⁶³

A arbitragem, nesse contexto, embora não seja o principal atrativo do negócio (visto que o retorno financeiro ainda é a sua principal razão), trata-se de um importante incentivo ao investidor, por possibilitar que os conflitos decorrentes do negócio não venham a ser eternizados em um processo judicial, o que poderá ensejar em custos operacionais e, conseqüentemente, refletir no retorno financeiro do contrato.

Beatriz Lancia Noronha de Oliveira⁶⁴ ressalta que a previsão de solução de controvérsias por arbitragem, além de viabilizar “a celebração de contratos

⁶¹ Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=61B1F4D413F55E8387037DDEA2899360.proposicoesWeb1?codteor=182910&filename=PL+2546/2003> Acesso em: 16/05/2014.

⁶² Em ambos os dispositivos legais há previsão expressa de que a solução de controvérsia deverá ser realizada no Brasil e em Língua portuguesa. Há, portanto, clara fixação de competência quanto ao local onde o procedimento amigável deverá se desenrolar. Em relação à arbitragem deverá ser observado, no que couberem, as normas previstas na Lei 9.307/96.

⁶³ Op. cit., p. 62.

⁶⁴ OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada* (Dissertação de Mestrado). São Paulo: USP, 2012, p. 48-49. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25062013-090852/pt-br.php>> Acesso em: 27/12/2103.

complexos (os quais, talvez, não fossem tão atrativos sem sua previsão), impulsiona a flexibilização e desburocratização da atuação administrativa”.

Embora haja críticas da doutrina acerca da previsão da arbitragem nos contratos públicos⁶⁵, não se pode olvidar que cada vez mais vem se reconhecendo o seu uso no âmbito dos contratos administrativos, inclusive nas modalidades contratuais que não possuem lei expressamente prevendo a sua possibilidade.

Alguns autores enxergam o uso da arbitragem nos contratos administrativos, como um instrumento apto à consecução do princípio da eficiência, que é, inclusive, um dos mandamentos constitucionais, previstos no art. 37, *caput*, da CF, a ser perseguido pelo Poder Público.⁶⁶

No próximo capítulo, apresentar-se-á o instituto da arbitragem, traçando um breve histórico de seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo apontamentos acerca das vantagens do uso do instituto como instrumento de resolução de litígios, um esboço dos princípios norteadores do processo em geral e específicos do procedimento arbitral brasileiro, e, ao final, uma análise dos requisitos a serem observados para o uso da arbitragem.

⁶⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello rechaça a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos públicos ao afirmar que “não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III [aqui citando dispositivo legal pertencente a Lei da PPP], 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*” (op. cit., p. 789). No mesmo sentido, Lúcia Vale Figueiredo.

⁶⁶ Pode-se citar: Carlos Alberto de Salles, Eduardo Talamini e Gustavo Justino de Oliveira.

2 A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

O uso da arbitragem como instrumento de resolução de conflitos tem recebido maior adesão ao longo dos tempos, seja no âmbito doutrinário e jurisprudencial, seja na esfera legislativa. Uma abordagem do instituto frente às particularidades que lhe permeiam, envolvendo a Administração Pública e o setor privado, torna-se medida necessária a fim de que se possa avaliar sua importância e apontar suas vantagens como forma de resolução de conflitos.

Inicialmente será feita uma abordagem histórica do instituto com a finalidade de demonstrar sua evolução no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo-se a uma análise das vantagens do instituto, como forma de justificar o seu emprego como meio de resolução de controvérsias, bem como a análise dos princípios específicos que a norteiam.

Por fim, serão analisados os requisitos (objetivos e subjetivos) que deverão ser obrigatoriamente observados pelas partes, a fim de que a lide possa ser submetida à arbitragem.

2.1 A Evolução Histórica da Arbitragem no Brasil

A arbitragem no contexto brasileiro possui origem relativamente recente, isto comparando-a ao período remoto que nos leva à origem do instituto junto ao povo Hebreu, Grego e Romano (3.000 a.C a 753 a.C).

Segundo Cássio Telles Ferreira Netto⁶⁷, a arbitragem no Brasil data da Colonização Portuguesa, visto que a arbitragem tinha previsão expressa nas Ordenações Filipinas que ainda permaneceram em vigor no país (em razão da Lei de 20.10.1823⁶⁸) após a Proclamação da Independência.⁶⁹

No Livro III, Título XVI das Ordenações Filipinas, previa-se a figura dos Juízes Árbitros, que eram responsáveis pela resolução de conflitos *inter partes*,

⁶⁷ Contratos Administrativos e Arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 19. Nesse mesmo sentido FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem: jurisdição e execução: análise da Lei 9.307, de 23.09.1996. São Paulo: RT, 1999, p. 32.

⁶⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40852-20-outubro-1823-574277-norma-pl.html> Acesso em: 14/01/2014.

⁶⁹ ALVIM, J. E. Carreira. Comentários à Lei de Arbitragem: Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996. Atualizado por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral. Curitiba: Juruá, 2009, p.19.

segundo compromisso por elas firmado anteriormente, sendo, no entanto, possível apelar ou agravar da decisão proferida, ainda que o compromisso previsse a impossibilidade recursal, devendo a parte recorrente arcar com o pagamento de eventual “pena” prevista no contrato (entenda-se pena no sentido de multa).⁷⁰

César Fiuza afirma que “[...] havia motivo para essa aparente contradição entre compromisso proibindo recurso, e lei, admitindo-o sempre. Ocorre que a sentença arbitral não se sujeitava a homologação judicial”.⁷¹

Outro aspecto importante da arbitragem nas Ordenações Filipinas encontrava-se na distinção que era feita entre Juízes Árbitros e Arbitradores, sendo os primeiros aqueles que julgavam as demandas decorrentes de compromisso arbitral e os segundos era uma espécie de perito que se manifestava apenas sobre questões de fato.

No Brasil, a arbitragem estava presente no art. 160 da Constituição do Império de 1824 (que teve forte influência francesa, de cunho liberal)⁷², ao tratar sobre o “Poder Judicial”, prevendo que, nas causas cíveis, as partes poderiam convencionar a nomeação de um Juiz Árbitro que poria fim ao conflito, sendo que sua decisão não estaria suscetível a recursos, podendo prontamente ser executada, *in verbis*: “*Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes*”.⁷³

José Maria Rossani Garcez aponta ainda que “[...] a Resolução de 26 de julho de 1831 admitia o juízo arbitral para as causas de seguro e a Lei n. 108 de 11 de outubro de 1837, para as locações de serviços”.⁷⁴

Em verdade, a resolução indicada pelo autor se tratava da Lei Federal de 26 de julho de 1831, que permitiu em seu art. 3º a escolha, pelas partes, de árbitros que

⁷⁰ SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar e outros. Ordenações Filipinas On-Line. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/?inp=ARBITRO&qop=*&outp=> Acesso em: 14/01/2014.

⁷¹ FIUZA, Cesar. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 172.

⁷² Segundo Bernardo Gonçalves Fernandes: “Após a independência e a criação do Estado Soberano Brasileiro, a Constituição de 1824 foi desenvolvida com o objetivo de dar legitimidade a uma forma de governo Monárquica, tendo em vista a efetivação de um governo altamente centralizado, que fosse capaz de desenvolver uma adequada unidade nacional. [...] a Constituição do Império de 1824 teve influência francesa e foi de viés liberal (típica do constitucionalismo liberal)” (Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2012, p. 246).

⁷³ Art. 160 da Constituição de 1824. BRASIL. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitu%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 14/02/2014.

⁷⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem Nacional e Internacional – Progressos Recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 23.

iriam julgar os conflitos oriundos dos contratos de seguro enquanto não se estabelecesse o Juízo por Jurados.⁷⁵

Com o advento do Código Comercial de 1850 (Lei n. 556 de 25.06.1850), - que seguiu como paradigma o Código Comercial Francês de 1807 -, houve uma ampliação do emprego da arbitragem na resolução de conflitos de natureza mercantil (arts. 245, 294, 348, 739, 783 e 846), bem como a sua obrigatoriedade em determinados casos.

A sua regulamentação teve como marco inicial a data de 25.11.1850 com a edição do Decreto n. 737 da Presidência da República (autorizado pelo Título Único do art. 27 do Código Comercial), que tornou obrigatório o uso da legislação comercial (Código Comercial, os usos e costumes comerciais e a legislação Civil), pelos árbitros ao proferirem suas decisões (art. 1º e 2º da Resolução 737).⁷⁶

A obrigatoriedade do uso da arbitragem no âmbito Comercial (art. 245 – locação mercantil e art. 294 – questões sociais) sofreu fortes críticas pelos doutrinadores da época.⁷⁷ Apenas com a edição da Lei n. 1.350 de 14.09.1866, é que a arbitragem obrigatória (ou necessária) foi abolida do Código Comercial, retornando-se a regra da voluntariedade das partes (que permeia a ideia do juízo arbitral) através do Decreto 3.900 de 26.06.1867, onde previu em seu art. 3º que o “Juízo arbitral só pôde ser instituído mediante o compromisso das partes”, ou seja, de forma voluntária.⁷⁸

⁷⁵ “Art 3º Enquanto não se estabelecer o Juizo por Jurados, as questões resultantes dos contractos de Seguros, sobre as quaes as partes não se conciliarem perante os Juizes de Paz, serão decididas por arbitros nomeados pelas mesmas partes , fazendo-se a nomeação perante qualquer Juiz de Foro commum”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37483-26-julho-1831-564274-publicacaooriginal-88275-pl.html> Acesso em: 14/01/2014.

⁷⁶ “Art. 1º. Todo o Tribunal ou Juiz que conhecer dos negócios e causas commerciaes, todo o arbitro ou arbitrador, experto ou perito que tiver de decidir sobre objectos, actos, ou obrigações commerciaes, é obrigado a fazer applicação da legislação commercial aos casos occurrentes (art. 21 Tit. unico do Codigo Commercial).

Art. 2º. Constituem legislação commercial o Código do Commercio, e subsidiariamente os usos commerciaes (art. 291 Codigo) e as leis civis (arts. 121, 291 e 428 Codigo). Os usos commerciaes preferem ás leis civis sómente nas questões sociaes (art.291) e casos expressos no Código”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm> Acesso em: 06/08/2014.

⁷⁷ Joel Dias Figueira, op. cit., p. 32.

⁷⁸ “Art. 1º Fica derogado o Juizo Arbitral necessario, estabelecido pelo artigo vinte titulo unico do Codigo Commercial.” BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>> Acesso em: 14/01/2014.

Adotando-se quase em sua integralidade o texto da Lei n. 1.350 de 1866, porém, como algumas alterações não substanciais, a Lei n. 221 de 20.11.1894 manteve a arbitragem voluntária.

Importante frisar que dentre as mudanças trazidas pelo Decreto 3.900, a utilização da equidade (desde que autorizado pelas partes) como critério de julgamento foi sem dúvida a mais inovadora. Além disso, o compromisso arbitral poderia ser judicial ou extrajudicial, podendo ser utilizado tanto na primeira quanto na segunda instância (artigos 2º e 10, §4º).

O art. 739 do Código Comercial que tratava do “pagamento de salvados” (que são as mercadorias remanescentes de naufrágio) e da obrigatoriedade do uso dos árbitros para solução das questões comerciais envolvendo o naufrágio, foi revogado apenas com a edição da Lei 7.542 de 26.09.1986.

Já na República, Joel Dias Figueira Junior afirma que:

“os Estados mantiveram em seus respectivos Códigos de Processo Civil o instituto da arbitragem, com algumas variações, enquanto o Código Nacional ou unificado de 1939 passou a tratar da matéria no Livro IX, Título Único (*Do juízo arbitral* [...]).”⁷⁹

A Constituição de 1891 permitiu em seu art. 34, 11º, a possibilidade do Congresso Nacional autorizar o governo a utilizar-se da arbitragem como forma de por fim aos conflitos que poderiam resultar em declaração de guerra.⁸⁰

O Decreto 3.084 de 05.11.1898, que consolidou a legislação referente à Justiça Federal, previu a figura do “arbitramento” em seus artigos 338 ao 353. A Constituição de 1934 (seguindo a Constituição de 1891) adotou a arbitragem apenas como forma de por fim a conflitos de guerra. A Constituição de 1937 previu a arbitragem sobre questões envolvendo limites territoriais.

Nas Constituições de 1946, 1967 e 1969 não houve menção sobre a arbitragem no âmbito interno. Ressalta-se que a Constituição de 1967 trouxe em seu bojo a previsão da arbitragem em casos de conflitos internacionais o que foi mantido pelo Ato Institucional n. 5 de 13.12.1968.⁸¹ Em 01 de janeiro de 1916 com a edição

⁷⁹ Op. cit., p. 33.

⁸⁰ Art. 34, 11º da Constituição Federal de 1891: “[...] autorizar o governo a declarar guerra, se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e a fazer a paz”.

⁸¹ FERREIRA NETTO, op. cit., p. 20.

do Código Civil (Lei n. 3.071), a arbitragem foi regulamentada nos artigos 1.037 ao 1.048.

Posteriormente, através da edição da Lei estadual n. 2.421 de 14.01.1930, foi instituído o Código de Processo Civil e Comercial de São Paulo (que serviu de base para o Código de Processo Civil de 1939), que trouxe a previsão do instituto da arbitragem voluntária mediante a celebração de compromisso arbitral. Nos artigos 1.139 ao 1.160 o legislador trouxe regras gerais para instituição da arbitragem e escolha dos árbitros, bem como as normas procedimentais de julgamento e homologação da decisão arbitral.

Em 1939, com a unificação da legislação processual civil brasileira, foi criado o Código de Processo Civil que também manteve a arbitragem em seu texto, especificamente nos artigos 1.072 a 1.074 e 1.100. A arbitragem tinha como condição essencial de eficácia a sua vinculação ao compromisso arbitral, que deveria ser firmado anteriormente pelas partes envolvidas no litígio.⁸²

Segundo Cristiane Maria Henrichs de Souza Coutinho, no período de 1939 a 1973 houve uma convivência harmônica do instituto da arbitragem em no nosso sistema jurídico, sendo que o Código Civil regulava o compromisso arbitral e o Código de Processo Civil o procedimento da arbitragem no âmbito interno.⁸³ Com o Código de Processo Civil de 1973 a arbitragem ganhou força, tornando-se causa de “extinção do processo sem julgamento de mérito” (art. 267, VII).

O Decreto-Lei 2.300 de 1986 (com as alterações trazidas pelo Decreto-Lei 2.348 de 1987), que regulamentou as licitações e contratos no âmbito da Administração Pública Federal (até a edição da Lei 8.666 de 1993), permitiu a utilização do Juízo Arbitral nos contratos celebrados pela União Federal e suas Autarquias com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior, fixando, no entanto, o foro do Distrito Federal como local para dirimir eventuais conflitos contratuais.⁸⁴

⁸² COUTINHO, Cristiane Maria Henrichs de Souza. Arbitragem e a Lei n. 9.307/96. Rio de Janeiro: ed. Forense, 1999, p. 33.

⁸³ Ibidem, p. 33-34. A esse respeito César Fiuza, op. cit., p. 174-175.

⁸⁴ “Art 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: (...). Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, permitido nesses casos o Juízo arbitral. (grifo nosso. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm> Acesso em: 06/08/2014.

A Constituição Federal de 1988 ampliou a importância do uso dos meios extrajudiciais de solução de conflitos ao prever em seu art. 4º, inc. VII, a “solução pacífica dos conflitos” no âmbito internacional e ao permitir a solução de conflitos decorrentes da relação de trabalho através de árbitros (art. 114, inc. I)

Com a edição das Leis 7.244/84 e Lei n. 9.099/95, que instituíram os Juizados de Pequenas Causas e Juizados Especiais Cíveis e Criminais, permitiu-se às partes optarem pelo Juízo Arbitral ficando a decisão adstrita à homologação pelo Juiz Togado.

Em 23 de setembro de 1996, foi editada a Lei 9.307 - lei geral que instituiu e regulamentou a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro – revogando as normas pertinentes a arbitragem prevista no Código de Processo Civil e no Código Civil.

A principal inovação da nova norma foi o prestígio da autonomia da vontade e da liberdade de contratar, permitindo às partes que o conflito fosse resolvido mediante o emprego da equidade. Quanto ao procedimento, permaneceu a arbitragem *ad hoc*, não sendo mais necessária a homologação da decisão arbitral, que passou a fazer coisa julgada por si só, constituindo título executivo judicial.⁸⁵

A partir de 1993, surgiram uma leva de normas infraconstitucionais regulamentando o uso da arbitragem em situações específicas, entre elas a Lei 8.630/93 (Lei dos Portos - já revogada), a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissão de Serviços Públicos), a Lei 9.472/97 (Serviços de Telecomunicações), a Lei 9.478/97 (Política Energética), a Lei 10.233/2001 (Transporte Aquaviário e Terrestre), a Lei 10.438/2002 (Expansão da Energia Elétrica), a Lei 10.848/2004 (Comercialização de Energia Elétrica), a Lei 11.079/2004 (Parceria Público-Privada), a Lei 11.442/2007 (Transporte Rodoviário por Terceiros), a Lei 11.668/2008 (Franquia Postal), a Lei 11.909/2009 (Transporte de Gás Natural), o Decreto 7.392/2010 (Prevê a CCA no âmbito da AGU), a Medida Provisória 595/2012 (Exploração dos Portos), a Lei 12.815/2013 (Exploração dos Portos - conversão da MP 595/2012) e o Decreto 8.033/2013 (regulamenta a Lei 12.815/2013).

No âmbito regional, foi editada a Lei 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, regulamentando o emprego da arbitragem nos contratos administrativos firmados pela Administração Pública Estadual.

⁸⁵ Ibidem, p. 37 e Cássio Telles Ferreira Neto, op. cit., p. 20.

Embora a arbitragem date no Brasil desde as Ordenações Filipinas, apenas nos últimos 20 anos é que o instituto passou a ganhar forma na legislação infraconstitucional e a ser implementada no âmbito interno. Isso demonstra a demora que há para a mudança da cultura jurídica em nosso país, que ainda mantém, por parte da população, um apego a jurisdição estatal como sendo o “melhor ou mais confiável” meio de resolução de controvérsias.

O Brasil sempre caminhou a passos curtos quanto à arbitragem. Foi o último país da América Latina a aderir a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto n. 4.311/2002).

Hoje, ao que tudo indica, há uma preocupação maior de mudar essa cultura de jurisdicionalização estatal dos conflitos. O legislador, através das normas ordinárias, tem buscado dar maior ênfase aos institutos extrajudiciais de resolução de conflitos, facilitando o acesso e criando regras que garantam maior transparência e segurança ao procedimento.

2.2 Vantagens da Arbitragem

Busca-se demonstrar, neste tópico, as principais vantagens decorrentes do emprego da arbitragem no âmbito das relações contratuais envolvendo a Administração Pública.

Sem dúvida, um dos principais atrativos da arbitragem é a prevalência ampla da autonomia da vontade, o que possibilita que as partes auto-regulem as relações negociais de natureza patrimonial, criando o procedimento, escolhendo as normas aplicáveis, tudo em prol da segurança e celeridade na resolução de eventuais controvérsias que possam surgir durante a vigência do contrato.

Como se verá adiante, todas as vantagens que a arbitragem assume em relação ao processo estatal derivam da liberdade conferida às partes, não só em relação à escolha dos árbitros e da legislação material e processual a ser por eles empregada, mas também no que toca à flexibilização do procedimento, que imprime maior rapidez rumo à extinção do litígio decorrente do negócio.

2.2.1 Escolha, especialidade e neutralidade do árbitro

A teor do que dispõe o art. 13 da Lei 9.307/96⁸⁶, para ser árbitro, exige-se apenas dois requisitos: capacidade civil plena e confiança das partes.⁸⁷ Nada impede que, ao contrário do que previa o art. 1.031, III do CPC de 1939, sejam nomeados árbitros tanto cidadãos brasileiros quando cidadãos estrangeiros.

A capacidade civil a que se refere o *caput* do art. 13, remete à capacidade civil de fato ou de exercício disciplinada pelo Código Civil, de modo que não poderão servir como árbitros os menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo, dentre outros previstos nos arts. 3º e 4º do *codex civil*.

Segundo relata Paulo Osternack Amaral, “no Uruguai, o art. 480, item 2, do CGP, exige que o árbitro tenha mais de vinte e cinco anos para que possa atuar validamente em uma arbitragem”.⁸⁸ A limitação quanto a idade é uma exigência evidente, pois o árbitro ao desempenhar sua função principal, decidir o conflito, exige-se dele preparo técnico, maturidade intelectual, dignidade e ética.

No Brasil, a função de árbitro deverá ser desenvolvida por uma ou mais pessoas naturais (ou físicas), nomeada (s) pelas partes, vendando-se a escolha de uma pessoa jurídica.⁸⁹

⁸⁶ “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocara, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada. § 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 06/08/2014.

⁸⁷ Deverão ser observados os casos de suspeição e impedimento, previstos no art. 14 da L.A.

⁸⁸ Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012, p. 37.

⁸⁹ Evidente é o motivo pelo qual a nomeação não poderá recair sobre uma pessoa jurídica. O árbitro, enquanto pessoa física, é dotado de atributos da personalidade não extensíveis a pessoa jurídica, a exemplo, da honra, ética, moral, bom senso, capacidade intelectual, aspectos imprescindíveis para que se possa decidir (ou mediar) um conflito.

Caso seja nomeado mais de um árbitro, o número deverá sempre ser ímpar. Do contrário, os árbitros nomeados terão liberdade para escolher mais um integrante, a fim de cumprir o requisito exigido pelo §1º do art. 13 da L.A. Inexistindo acordo, quanto a essa nomeação, a escolha deverá ser submetida ao Judiciário (§2º).

Sendo indicado um número plural de árbitros, os próprios membros que compõem o Tribunal arbitral indicarão aquele que o presidirá. Caso não haja consenso, o mais idoso assumirá essa posição. As partes poderão, ainda, optar pela escolha direta do (s) árbitro (s), segundo critérios definidos no compromisso arbitral (respeitando-se os requisitos estabelecidos pelo §1º do art. 13), ou, adotar a regra de algum órgão ou entidade arbitral.

Joel Dias Figueira Junior, observa que, dentre os árbitros, seria importante que ao menos um possuísse conhecimento jurídico, a fim de zelar pela higidez do procedimento, quanto à sua legalidade:

[...] caso as partes resolverem não optar pela indicação de uma entidade arbitral que se encarregaria da nomeação dos árbitros dentre aqueles integrantes de seu corpo de julgadores, mas pela escolha comum de seu árbitro ou árbitros, é de bom alvitre que pelo menos um dentre eles seja detentor de sólida formação jurídica.⁹⁰

A validade da sentença arbitral está vinculada ao cumprimento das formalidades previstas na Lei 9.307/96, daí a importância da presença de ao menos um árbitro detentor de conhecimento jurídico, a fim de zelar pela legalidade dos atos praticados durante julgamento, evitando-se futuros questionamentos sobre a higidez do procedimento arbitral.

Embora a especialidade do árbitro não seja requisito essencial para a abertura do procedimento arbitral, entende-se que se trata de medida importante para que haja uma maior eficácia no julgamento do conflito.

A experiência técnica do árbitro, referente à matéria colocada em discussão, permite que a sentença arbitral possua maior grau de precisão. Determinados temas demandam alto grau de especialização, sendo importante, para que se tenha uma decisão técnica, que o julgador possua conhecimento profundo sobre a matéria que

⁹⁰ Op. cit., p. 197.

envolve a demanda, o que garante maior eficácia da decisão e, conseqüente, segurança quanto ao resultado.

O alto grau de especialização dificilmente é encontrada entre os juízes estatais, até porque seria humanamente impossível que uma única pessoa tivesse domínio sobre todas as matérias e suas particularidades.⁹¹ Ponto este que torna a arbitragem, um instrumento apto a produzir decisões com maior tecnicidade e, portanto, mais segura.

Paulo Osternack Amaral ⁹² pondera que “[...] o recurso à via arbitral, portanto, é especialmente vocacionado para solucionar questões que envolvam elevada complexidade técnica, na medida em que permite um exame mais detido e especializado para cada caso [...]”, o que, devido à complexidade de determinadas matérias permite que o juiz da causa (árbitro), através de análise dos dados colhidos na instrução, possa trazer argumentos técnicos que justifiquem de forma convincente a decisão proferida.

O resultado da arbitragem, após uma análise detida da matéria, por alguém que possui conhecimento técnico específico, torna a sentença “mais confiável” ao ponto de viabilizar o convencimento das partes acerca da justiça da decisão, pondo fim ao conflito estabelecido.

Outro aspecto vantajoso da arbitragem encontra-se na neutralidade do árbitro. A doutrina, de um modo geral, define a neutralidade como sendo a garantia da imparcialidade e independência do julgador. A esse respeito, Carlos Alberto de Salles ressalta que “[...] a neutralidade é, exatamente, garantia da imparcialidade e independência na decisão e da condução do processo”.⁹³

O árbitro, ou os árbitros, escolhido(s) não será(ão) representante(s) ou advogado(s) da parte que o(s) escolheu(ram). Após sua nomeação deverá (ão) se despir de toda e qualquer parcialidade, agindo sempre no interesse de obter a

⁹¹ Ao tratar da especialidade dos árbitros, AMARAL, afirma se tratar de uma matéria relevante, pois, permite que as decisões sejam mais adequadas, *in verbis*: “A segunda vantagem diz respeito à tecnicidade dos julgamentos. Como tendência é que sejam escolhidos árbitros com conhecimento especializado na matéria objeto do litígio, nada mais natural do que esperar uma decisão tecnicamente mais adequada, mais precisa do que a que seria prolatada no Judiciário”, e continua, “De todo o modo, essa especialização do julgador não é a regra no Judiciário. E mesmo que o juiz possua conhecimento técnico acerca da matéria envolvida no litígio (por exemplo, engenharia), ainda assim as partes teriam em tese o direito de solicitar a designação de um perito para realizar o trabalho técnico” (op. cit. p. 38-39).

⁹² Op. cit., p. 39.

⁹³ Arbitragem em Contratos Administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 277.

melhor decisão técnica, sem buscar, junto àqueles que o nomeou, instruções acerca de como deve proceder.⁹⁴

Na Lei de Arbitragem brasileira, há previsão expressa quanto à imparcialidade do árbitro, indo além, ao prever que ele deverá agir com independência (sem influência das partes que o indicaram), competência, diligência e discrição.

Irineu Strenger ao tratar sobre a imparcialidade e independência do árbitro, aponta a dificuldade em se definir com rigor essas qualidades:

Não é, porém fácil definir rigorosamente as qualidades de independência e imparcialidade do árbitro. A independência surge como uma situação de direito e de fato, que pode ser apreciada objetivamente, ao passo que a imparcialidade seria uma disposição de espírito, um estado psicológico, por natureza subjetivo. A imparcialidade é, evidentemente, a qualidade essencial do julgador, mas, como sua prova direta é raramente possível, é oportuno exigir, ao menos, a independência do árbitro, mais fácil de estabelecer e que lhe assegura pelo menos, em princípio, sua liberdade de julgamento.⁹⁵

Embora o autor ressalte a dificuldade de se reconhecer, no caso concreto, a existência ou não da imparcialidade do árbitro, tal aspecto é de relevante importância para que a decisão proferida seja reconhecida e aceita pelas partes.

A imparcialidade pode ser aferida através da postura do árbitro, na condução do procedimento arbitral, no tratamento dado às partes (que deverá ser isonômico)⁹⁶, no tratamento pessoal diferenciado, no grau de tecnicidade da sua decisão (sem apontamentos de natureza pessoal, apenas técnica), dentre outros aspectos.

Segundo Steiner E Vagts *apud* Walter Brasil Mujalli, ao falar sobre a importância da arbitragem nos contratos internacionais, destaca que a neutralidade serve como meio de atenuar riscos quanto a eventual ativismo do julgador em favor da parte nacional:

⁹⁴ Paulo Osternak Amaral, nesse sentido, afirma que “[...] a parte jamais deve esperar que o árbitro comporte-se como seu representante perante o tribunal arbitral. A sua função não é defender os interesses da partes que o indicou. Efetivamente, a única expectativa que a parte pode ter em relação ao árbitro que nomeou relaciona-se à condução da arbitragem com competência, imparcialidade e independência, e que ele honrará a sua indicação por meio de um exame dedicado e minucioso dos documentos e argumentos de cada uma das partes, assegurando, assim, um julgamento justo e adequado ao caso concreto (op. cit., p. 37-38).

⁹⁵ STRENGER, Irineu. Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem. São Paulo: Ed. LTr, 1998, p. 101-102.

⁹⁶ Como exemplo, pode-se citar a colocação de barreiras na produção de provas requeridas por uma das partes, sem justificativa plausível.

Em uma transação internacional a questão da neutralidade do árbitro pode tornar-se fundamental. Pode ocorrer que nenhuma das partes deseje submeter-se aos riscos de litigar no local onde se situa a parte adversária, utilizando procedimentos não familiares e perante juízes pertencentes ao sistema social, econômico e político da outra parte.⁹⁷

Esses aspectos são importantes para que, o procedimento arbitral, mantenha o grau de segurança, especialidade e confiabilidade que dele se espera, permitindo que, as partes, aceitem e cumpram espontaneamente a decisão proferida, pondo fim ao conflito.

2.2.2 Eficiência, celeridade e flexibilidade procedimental

Outro fator que privilegia o uso da arbitragem é a celeridade e a eficiência que cerca o procedimento. São fatores que contribuem para que as partes, em litígio, optem pela jurisdição privada (Juízo Arbitral), ao invés da jurisdição estatal (Poder Judiciário).

A prestação da tutela jurisdicional no âmbito da arbitragem é, em regra, mais célere.⁹⁸ As partes, ao firmarem o compromisso arbitral, poderão instituir um procedimento próprio, mais conciso, com prazos pré-determinados para cada etapa, fixando, inclusive, prazo máximo para a elaboração da sentença arbitral (art. 23 da L.A).

Esse prazo engloba todas as fases do procedimento, desde a sua instrução até a definitiva apresentação da sentença pelo árbitro. Ainda que as partes não fixem prazo específico para a conclusão da arbitragem, a L.A. prevê que a sentença

⁹⁷ MUJALLI, Walter Brasil. A Nova Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 23.09.1996). São Paulo: LED, 1997, p. 69, *apud* STEINER E VAGTS. *Transnational Legal Problems. Mineola: The Foundation Press*, 1976, p. 824. A esse respeito Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos ressaltam que: "Ademais, o próprio caráter neutral da figura do árbitro, que é designado, livremente, pelas partes, garantindo a imparcialidade e maior justiça nas decisões, como nas contendas internacionais, que envolvem assuntos de comércio, entre partes e nacionalidades diferentes" (Lei da Arbitragem Comentada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 12).

⁹⁸ Diz em regra, pois, dependendo da complexidade do caso apresentado ao juízo arbitral o procedimento poderá ser bem demorado, conforme relata Selma M. Ferreira Lemes que alerta ser "possível ter uma arbitragem processada de oito meses a um ano e meio. Evidentemente, há procedimentos muito complexas que podem levar mais tempo. Isso ocorre no Brasil como no exterior. Nos procedimentos da CCI há processos que duraram oito, dez anos, mas são questões extremamente complexas. Chega a morrer árbitro. Mas a regra é um ano em questões complexas, um ano e meio. Mais do que três anos não é comum. Dependerá da matéria tratada" (Equidade e Celeridade 'Advogado deve abandonar Processo Civil na arbitragem'. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>> Acesso em: 26/05/2014).

arbitral deverá ser entregue em no máximo seis meses a contar da instituição da arbitragem ou, conforme o caso, da substituição do árbitro, o que segundo a *máxima da experiência*, trata-se de prazo menor do que o adotado no âmbito do Poder Judiciário.⁹⁹

Caso queiram, poderão optar pelo procedimento de entidade arbitral legalmente constituída, ficando adstritas, se porventura não acordarem de modo diverso, quanto aos prazos estabelecidos nas normas da instituição arbitral.

A fim de dinamizar o procedimento, o art. 32, inc. VII da L.A, prevê que a sentença arbitral será nula, se proferida fora do prazo estipulado pelas partes. Essa regra visa evitar que o árbitro provoque demora injustificada na resolução da controvérsia, mais uma vez privilegiando a celeridade do procedimento.

A regra do art. 23 da LA se alinha ao princípio da celeridade processual (previsto no art. 5º, inc. LXXVIII da CF), pois se trata de finalidade precípua da arbitragem, a prestação de uma tutela jurisdicional célere (com um tempo razoável de duração), tornando-o mais atrativo, pois haverá previsibilidade do tempo de resolução do conflito, diversamente do que ocorre com o procedimento jurisdicional estatal.

Tais procedimentos, segundo Paulo Furtado e Uadi Lammêgo Bulos, permitem que o conflito tenha uma solução mais célere, o que “[...] poderá evitar desgastes pela demora na solução dos litígios, o que muitas vezes provoca desestímulo para aqueles que pretendem obter uma resposta do Judiciário”.

Os autores prosseguem afirmando que “[...] ao falar que o juízo arbitral contribui para a celeridade não estamos dizendo que ele seja o remédio para todos os males da justiça. O instituto não tem varinha de condão para extirpar a unanimidade dos problemas do Poder Judiciário”.¹⁰⁰

Quanto à flexibilidade do procedimento arbitral, contrapondo-se à adoção obrigatória pelo Judiciário de procedimentos padronizados pelos Códigos de Processo, a Lei de Arbitragem, privilegiando mais uma vez a autonomia da vontade, permitiu que as partes estabelecessem o procedimento a ser observado no juízo

⁹⁹ Nada impede que o prazo seja prorrogado por acordo mútuo das partes.

¹⁰⁰ Lei da Arbitragem Comentada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 12.

arbitral, podendo criar um procedimento próprio ou indicar o adotado por algum órgão ou entidade arbitral (art. 21 da L.A).¹⁰¹

A flexibilidade na construção do procedimento permite que as partes incluam, excluam ou modifiquem as regras procedimentais estabelecidas no Código de Processo Civil, podendo adotar, no todo ou em parte, as normas procedimentais das instituições ou entidades arbitrais, a fim de agilizar e tornar mais seguro o procedimento arbitral, segundo critérios definidos pelos próprios litigantes.

No entanto, há certos limites, que deverão ser respeitados pelas partes, e que se encontram elencados no §2º do art. 21 da LA, que prevê que deverão ser observados, no procedimento arbitral, os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.¹⁰²

Trata-se de garantias mínimas dadas às partes e ao próprio árbitro para que possam, de um lado, influenciar na decisão a ser proferida pelo juiz arbitral (através de argumentos e produção de provas), e do outro lado, garantir a atuação do árbitro com autonomia e isenção.

Carlos Alberto Carmona entende que, embora as partes possam optar pelo procedimento a ser adotado pelo árbitro, o rito por elas criado deverá respeitar as regras contidas na Lei n. 9.307/96:

[...] a vontade das partes (e, subsidiariamente, dos árbitros) quando a especificação de regras procedimentais encontra limitação na natureza e finalidade da arbitragem, bem como na própria Lei. Assim, não podem as partes estabelecer, por exemplo, que a sentença arbitral tenha forma diversa daquela prevista no art. 26 ou que possa ser a decisão impugnada além do prazo previsto no art. 33.¹⁰³

A flexibilidade na criação do procedimento arbitral permite que, a depender da matéria a ser apreciada pelo árbitro e da rapidez que as partes desejam imprimir

¹⁰¹ “Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 06/08/2014.

¹⁰² A esse respeito Carlos Alberto Carmona aponta que: “as partes podem adotar o procedimento que bem entenderem desde que respeitem os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu convencimento racional” (A Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96. 2ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, p. 42).

¹⁰³ Ibidem, p. 43.

à resolução do conflito, se possa criar procedimentos mais sintéticos, capazes de atender às expectativas das partes, sem que haja prejuízo à qualidade da decisão proferida pelo árbitro. Por outro lado, caso a matéria exija maiores digressões probatórias, poderão ampliar o procedimento, permitindo, desta forma, que o árbitro seja munido de elementos suficientes para proferir decisão adequada.

2.2.3 Liberdade na escolha das normas aplicáveis ao contrato e o julgamento por equidade

O art. 2º da LA estabelece que a arbitragem poderá ser de “direito ou de equidade”, a critério das partes. O mesmo dispositivo prevê, em seu §1º, ser faculdade das partes a escolha das regras de direito que serão aplicadas no processo arbitral, exceto quando essa escolha possa violar os bons costumes e a ordem pública.

Permite-se convencionar que a arbitragem se desenvolva com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (§2º).

Segundo José Cretella Neto, seria possível extrair do §1º do art. 2º da LA que, às partes, possuem liberdade de escolher as normas materiais e processuais vigentes em outro país ¹⁰⁴, ao invés de invocarem as normas brasileiras. A esse respeito, afirma que:

[...] o §1º do presente artigo faculta às partes escolherem “[...] livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem. Isso significa que estas podem indicar que preferem as regras de Direito Comercial alemão, por exemplo, e não as de direito brasileiro [...]”.¹⁰⁵

Trata-se de regra que privilegia a autonomia da vontade, permitindo às partes decidir livremente sobre o direito material que deverá ser utilizado pelo árbitro na solução da controvérsia. Tal fato lhes permite que, dentre o emaranhado de leis

¹⁰⁴ Visto que a lei não faz qualquer ressalva a esse respeito, restringindo-se a dizer “direito e equidade”.

¹⁰⁵ CRETELLA NETTO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, p. 42.

vigentes no Brasil, empreguem-se as que melhor se adequem ao conflito submetido ao juízo arbitral.

Por outro lado, quando o conflito tenha como matéria relação contratual envolvendo relações negociais privadas, poderão as partes autorizar o juízo arbitral a usar a equidade como critério de julgamento (critério que não poderá ser adotado quando a arbitragem envolver contratos públicos, tema que será abordado com maior profundidade no próximo capítulo). Nesse caso, o árbitro ou os árbitros poderão abrir mão do ordenamento jurídico (afastando-se das normas de direito) quando a controvérsia assim exigir.

Em regra, a equidade serve como instrumento de colmatação de lacunas da lei, nos termos do art. 4º da LINDB (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – Decreto-lei 4.657/42 com redação dada pela Lei 12.376/2010). No entanto, segundo doutrina contemporânea de Pablo Stolze e Flávio Tartuce, a equidade também pode ser considerada fonte informal ou indireta do direito, podendo ser conceituada “[...] como sendo o uso do bom-senso, a justiça do caso particular, mediante a adaptação razoável da lei ao caso concreto”.¹⁰⁶

Ao ser autorizado a julgar por equidade, o árbitro não estará obrigado a afastar o direito positivo, negando sua aplicação. Pode optar pela incidência da norma de direito caso seja justa para a solução do conflito. A equidade permite que o árbitro, ao analisar a norma jurídica aplicável ao caso, atento à possibilidade de incorrer em injustiça na solução do caso concreto, possa optar pelo bom-senso e/ou justiça, a fim de que o conflito seja resolvido de forma adequada e de acordo com as expectativas das partes.

A esse respeito, leciona Carlos Alberto Carmona as seguintes considerações:

Pelo que se viu, pode o árbitro, autorizado a julgar por equidade, decidir em sentido contrário àquele indicado pela lei posta, o que não quer dizer que deva ele necessariamente julgar afastando o direito positivo. Em outros termos, se a aplicação da norma levar a uma solução justa do conflito, o árbitro a aplicará, sem que isto possa ensejar qualquer vício no julgamento. Ao conceder poderes para julgar por equidade, não podem as partes esperar que obrigatoriamente o árbitro afaste o direito positivo, o que configura mera faculdade [...].¹⁰⁷

¹⁰⁶ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil (*edição digital*). 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014, p. 39.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 77.

Importante ressaltar que o árbitro, ao ser autorizado a utilizar-se da equidade, não poderá fazê-lo de forma arbitrária, devendo, antes de tudo, atentar-se para os valores, anseios e as expectativas dos sujeitos envolvidos no compromisso arbitral, “afinal ele atua por livre escolha, pelo comum acordo das partes, através de uma autorização delas para apreciar interesses e fatos que lhes dizem respeito”.¹⁰⁸

2.2.4 Confidencialidade (cláusula de sigilo)

A confidencialidade é outro aspecto positivo da arbitragem, por possibilitar que às partes incluam no contrato a “cláusula de sigilo”, restringindo de forma consensual a publicidade do procedimento arbitral. Tem como fundamento a proteção dos interesses discutidos pelas partes (segredos industriais, dados sobre a saúde econômica da empresa, documentos que demonstrem estratégias de investimentos, entre tantos outros).

Atualmente, a arbitragem tem sido utilizada em maior escala no âmbito comercial privado, em que a divulgação de conflitos envolvendo as partes (notadamente com a ampliação do acesso a informação trazida pelas redes sociais) poderão causar-lhe perdas econômicas bem como ter sua imagem afetada perante seus clientes, fornecedores, credores, etc.¹⁰⁹

Não há regra expressa na Lei de Arbitragem acerca da confidencialidade no procedimento arbitral. Trata-se de liberalidade das partes face o princípio da autonomia da vontade. No entanto, no âmbito dos contratos administrativos, a confidencialidade sofre mitigação em razão do princípio da publicidade previsto no *caput* do art. 37 da CF.¹¹⁰

¹⁰⁸ FURTADO; e BULOS, op. cit., p. 31. José Cretella Neto adota um posicionamento mais conservador acerca do emprego da equidade pelo árbitro, afirmando: “o que o legislador quis dizer é que o árbitro poderá valer-se da equidade para interpretar o Direito do modo que considerar mais justo, mas jamais poderá fazê-lo opondo o julgamento a certas normas jurídicas e tampouco contra alguns princípios gerais do direito. O árbitro, assim, escolhe uma dentre as diversas hipóteses normativas, ajustando os fatos a uma regra de juízo” (op. cit., p. 41). Creio que o posicionamento que melhor se adéqua a regra do art. 2º da L.A é aquele onde o árbitro poderá ser autorizado a utilizar tanto do direito quanto da equidade, cabendo a ele, no caso concreto, delimitar o que será mais benéfico às partes envolvidas. Se diversa fosse à vontade do legislador, teria feito constar no referido artigo que a arbitragem seria de direito, utilizando-se o árbitro da equidade como instrumento de interpretação, o que não se pode colher do texto normativo.

¹⁰⁹ A esse respeito, Carlos Alberto de Salles ressalta que, a inexistência do sigilo poderia trazer prejuízos ainda maiores, pois em um processo público qualquer pessoa terá acesso aos dados e informações instrumentalizadas no processo (op. cit., p. 283).

¹¹⁰ A confidencialidade nos contratos públicos será abordada, de forma mais ampla, no último capítulo.

Como se verá no próximo capítulo, quando a arbitragem envolver contratos públicos, a confidencialidade será relativizada, restringindo-se apenas aos documentos que digam respeito a assuntos internos da empresa que contratar com a Administração Pública.

2.2.5 Desnecessidade de homologação judicial, limitação recursal e caráter definitivo da sentença arbitral (coisa julgada)

Com o advento da Lei 9.307/96, tornou-se desnecessária a homologação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário (art. 18)¹¹¹ como condição de sua validade, vedando, ainda, a interposição de recursos perante a Justiça Comum¹¹², o que lhe conferiu maior segurança jurídica.

Para que a decisão seja considerada válida, basta que o árbitro tenha julgado dentro dos limites estabelecidos pela Lei de Arbitragem, observando, segundo ressalta Tânia Lobo Muniz, aspectos como:

[...] prazos e litígios apresentado; ética, lisura e seriedade; uso da equidade e o respeito aos bons costumes e à ordem pública, pois não pode decidir acerca de direitos indisponíveis ou ferir a soberania nacional, devendo respeitar os princípios constitucionais processuais [...].¹¹³

A desnecessidade de homologação judicial se aplica apenas quanto às sentenças arbitrais proferidas no território brasileiro, sendo imperativa a homologação das sentenças arbitrais estrangeiras perante o Superior Tribunal de Justiça - STJ, conforme prevê o art. 35 da L.A, para que produzam efeitos jurídicos internamente.¹¹⁴

¹¹¹ “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (grifo nosso).

¹¹² Nada impede que as partes (fulcradas na autonomia da vontade) convençam no compromisso arbitral instrumentos recursais no âmbito da arbitragem. Ressalta-se haver previsão expressa no art. 30 da L.A de recuso semelhante aos “embargos de declaração”, onde o juízo arbitral irá decidir acerca de eventual erro material, obscuridade, dúvida ou contradição da sentença proferida.

¹¹³ Op. cit., p. 137.

¹¹⁴ A esse respeito decidiu o STJ no acórdão proferido no SEC 6.335/EX *in verbis*: “HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA CONTESTADA. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (CF. Art. 105, I, "i"; LEI 9.307/96, Art. 35). PEDIDO ADEQUADAMENTE INSTRUÍDO. DEFERIMENTO. I - A sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem a prévia homologação pelo e. Superior Tribunal de Justiça ou por seu Presidente (Resolução n.º 9/STJ, art. 4º). II - A atuação jurisdicional do e. STJ no processo de homologação de sentença arbitral estrangeira encontra balizas nos artigos 38 e 39 da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96). Se não houver

A desnecessidade de homologação das sentenças arbitrais proferidas no âmbito interno lhe deu maior autonomia. A ausência de recursos a serem impetrados perante a justiça estatal tornou o procedimento mais célere, tornando-o mais atrativo.

No entanto, há exceção a essa regra. O art. 24 da lei nº 9.099/95 prevê que, o laudo arbitral, elaborado pelo Árbitro no âmbito dos Juizados Especiais, deverá ser homologado pelo juiz de direito.¹¹⁵

Carlos Alberto de Salles afirma que, em razão da autonomia da vontade das partes, seria possível adotar no procedimento arbitral a recorribilidade da decisão:

Considerando a base convencional da arbitragem e a essencialidade do valor da autonomia privada, nada impede às partes dispor de forma contrária à previsão legal, estabelecendo, se assim o quiserem, verdadeiros recursos no âmbito da arbitragem. Nesse sentido, cabe destacar a característica de *default rules* das normas procedimentais previstas na legislação estatal sobre a arbitragem.¹¹⁶

O autor defende, no entanto, que a instituição da instância arbitral recursal não deve atentar contra o principal valor da sentença arbitral, que é a sua definitividade, sob pena de haver tornar o procedimento moroso e, por consequência, afetar a sua serventia.¹¹⁷

Tânia Lobo Muniz defende que a irrecorribilidade da decisão arbitral, conforme dita o art. 18 da LA, não impede que haja recurso no âmbito do procedimento da arbitragem, mas impede que as partes recorram dessa decisão perante o Poder Judiciário. A esse respeito, pondera que:

transgressão aos bons costumes, à soberania nacional e à ordem pública, não se discute a relação de direito material subjacente à sentença arbitral. [...]. (SEC 6.335/EX, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/03/2012, DJe 12/04/2012)” (grifo nosso). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 28/03/2014.

No projeto de Lei 406/2013 consta a alteração do art. 35 da L.A para substituir o Supremo Tribunal Federal pelo Superior Tribunal de Justiça como o tribunal competente para homologar sentença arbitral estrangeira, adequando-se a norma a regra prevista no art. 105, I, i da CF (cf. alteração trazida pela EC 45/2004).

¹¹⁵ AZEVEDO, André Gomma (org.). Trabalho conjunto dos membros do GT Arbitragem. Glossário: Métodos De Resolução De Disputas – RDS, *in* Revista “Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação”. Brasília: UNB, Vol. 3, 2004, p. 302. Importante frisar que, embora se trate do instituto da arbitragem aplicada no âmbito do judiciário, não incidirão as regras da Lei 9.307/96 e sim as específicas previstas na Lei dos Juizados Especiais.

¹¹⁶ Op. cit., p. 56.

¹¹⁷ Ibidem, p. 57.

[...] o preceito do art. 18 não obsta à possibilidade de recursos internos para o próprio juízo arbitral, veda-o ao Judiciário, com exceção dos casos de nulidade da sentença previstos no art. 32, que possibilitam a rescisão da sentença através de ação de nulidade ou arguição de nulidade em embargos do devedor [...].¹¹⁸

Conquanto, em regra, a legislação brasileira adote a irrecorribilidade da sentença arbitral (permitindo apenas correções de erro material e de esclarecimento de obscuridade, dúvida, contradição ou omissão – art. 30 da LA), sem dúvida, as partes poderão livremente dispor de modo diverso.

Isto porque, além da adoção, pelo legislador, da autonomia da vontade no âmbito da arbitragem (princípio norteador do instituto), em uma leitura atenta dos art. 2º e 21 da LA, pode-se extrair que a lei concedeu às partes a liberdade de estabelecerem as regras do procedimento, inclusive possibilitando-lhes a escolha da legislação a ser aplicada na resolução do conflito, regra esta que permite a criação de mecanismos de controle da decisão arbitral, mediante a interposição de recursos, a serem julgados por instância arbitral superior, previamente criada para esse fim.

2.3 Princípios norteadores do processo em geral e específicos do procedimento arbitral brasileiro (lei 9.307/96)

O procedimento arbitral, assim como no processo judicial, possui princípios norteadores que deverão ser obrigatoriamente observados pelas partes e pelo juízo arbitral sob pena de nulidade do procedimento.

A função precípua desses princípios é dar orientação segura para a interpretação e aplicação da arbitragem. Os princípios incidentes no procedimento arbitral são em parte os mesmos adotados no processo estatal, destacando-se, dentre eles, o princípio do devido processo legal, o princípio do contraditório, o princípio do livre convencimento e da persuasão racional, o princípio da imparcialidade, além de outros específicos do procedimento arbitral: o princípio da autonomia da vontade e princípio da autonomia da cláusula arbitral.

O princípio do devido processo legal está insculpido em nosso ordenamento jurídico no art. 5º, inc. LIV da CF (“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”). Esse princípio impede que decisões proferidas

¹¹⁸ Op. cit., p. 83.

sem a existência de um processo prévio, cujo procedimento e suas consequências possuam previsão expressa em lei, venha atingir a esfera patrimonial ou pessoal de qualquer sujeito.¹¹⁹

Para Humberto Theodoro Júnior, o devido processo legal remeteria a ideia de um processo justo, onde se busca alcançar concretamente o melhor resultado:

[...] a fim de adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material [...] não se exaurindo na mera [...] observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII) a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, inc. IX).¹²⁰

É imperativo dizer que, dentre os princípios constitucionais, o do devido processo legal, segundo defende Alexandre Freitas Câmara, é a razão de existir de todos os demais princípios, sendo, sem dúvidas, o mais importante:

[...] todos os outros princípios constitucionais do Direito Processual, como os da isonomia e do contraditório – para citar apenas dois -, são corolários do devido processo legal e estariam presentes no sistema positivo ainda que não tivessem sido incluídos expressamente no texto constitucional.¹²¹

Humberto Theodoro Júnior defende que o devido processo legal estará presente, no plano procedimental, caso sejam observadas no mínimo seis garantias básicas:

[...] a) o direito de acesso à Justiça; b) o direito de defesa; c) o contraditório e a paridade de armas (processuais) entre as partes; d) a independência e a imparcialidade do juiz; e) a obrigatoriedade da motivação dos provimentos judiciais decisórios; e, e) a garantia de uma duração razoável, que proporcione uma tempestiva tutela jurisdicional.¹²²

¹¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; e, TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil. 13 ed. São Paulo: RT, 2013, p. 69-70.

¹²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento – vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 27.

¹²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 33.

¹²² Op. cit., p. 30.

Por isso, a decisão proferida pelo juiz togado ou pelo árbitro deverá, necessariamente, decorrer de um processo que tenha regras anteriormente previstas em lei (ou, no caso da arbitragem, que as partes tenham previamente acordado acerca do procedimento a ser adotado) e que respeitem os direitos e garantias individuais aplicáveis ao processo (art. 5º da CF).

No Brasil, a Lei 9.307/96 trouxe em seu Capítulo V, nos artigos 19 a 22, as regras aplicáveis, de um modo geral, ao procedimento da arbitragem, permitindo às partes escolher o procedimento a ser adotado, desde que observadas as garantias processuais constitucionais previstas no art. 5º da CF.

Cabe destacar ainda que, o procedimento arbitral, deverá observar o Princípio do Contraditório previsto no art. 5º, inc. LV da CF (“os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”).

Segundo o texto constitucional, para que o processo seja devido, deverá ser dada oportunidade à parte contrária de ser ouvida em juízo (arbitral ou estatal), sobre a demanda movida contra ela, possibilitando-lhe rechaçar os argumentos e provas apresentadas pela parte contrária, garantindo-lhe a produção das provas necessárias à sua defesa.¹²³

Acredita-se, que o principal objetivo do contraditório seja o de estabelecer um tratamento igualitário entre as partes, permitindo que ambas possam influir na formação da convicção do julgador. A decisão judicial ou arbitral não pode representar uma surpresa para os litigantes, não se admitindo que, o juiz ou árbitro, decida acerca de questões não debatidas anteriormente pelas partes.¹²⁴

De igual forma deve se comportar o juízo arbitral, dando às partes a possibilidade de se manifestarem sobre pronunciamentos e provas produzidas pela parte *ex-adversa*, oferecendo suas razões.

¹²³Segundo Luiz Rodrigues Wambier “[...] esse princípio, guindado à condição de garantia constitucional, significa que é preciso dar ao réu possibilidade de saber da existência de pedido, em juízo, contra si, dar ciência dos atos processuais subsequentes, às partes (autor e réu), aos terceiros e aos assistentes, e garantir a possível reação contra decisões, sempre que desfavoráveis” (Op. cit., p. 70).

¹²⁴Como exemplo, pode-se citar a possibilidade do juiz reconhecer de ofício a prescrição. Embora tenha autorização legal para de plano reconhecer a prescrição, a princípio deverá intimar às partes para que se manifestem acerca da sua ocorrência, pois, em que pese tenha a prescrição a seu favor, o devedor poderá adimplir voluntariamente a dívida. Do contrário, entende-se, haverá violação do contraditório, sendo nula a decisão proferida.

O princípio do livre convencimento e da persuasão racional do julgador está ligado a dois aspectos fundamentais, quais sejam a valoração das provas e a racionalização dos argumentos trazidos pelas partes no processo.

Tânia Lobo Muniz, ao se referir ao princípio em destaque, ensina que:

[...] o princípio da persuasão racional do julgador refere-se à liberdade de apreciação e avaliação das provas existentes nos autos para decidir a causa. [...] ao árbitro é dado o poder de formar livremente sua decisão, contudo, na formação de sua convicção, deve se ater e ficar condicionado às questões nas quais se funda a controvérsia, à apreciação dos fatos apresentados e às provas colhidas no processo, bem como aos argumentos expendidos e a outros que julgar oportunos, podendo sopesá-los com regras jurídicas, lógicas e máximas da experiência, e na sua motivação deverá expor todo seu raciocínio na formação do convencimento.¹²⁵

Esse princípio está intimamente ligado ao Princípio da Motivação das Decisões Judiciais, inserido no art. 93, inc. IX da CF (“[...] todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”), tornando imprescindível que toda decisão judicial ou arbitral seja devidamente fundamentada, ou seja, “[...] justificada e explicada, pela autoridade judiciária [arbitral] que a proferiu, a fim de que sejam inteligíveis as suas razões de decidir e se possibilite a transparência da atividade judiciária e seu respectivo controle”.¹²⁶

O princípio da autonomia da vontade é o alicerce do sistema arbitral. A ampla liberdade de contratar conferida pelo princípio permite que as partes optem pela arbitragem como método de resolução dos litígios decorrentes da relação negocial.¹²⁷

Em relação ao Princípio da Autonomia da Cláusula Arbitral, o legislador adotou a independência da cláusula arbitral, o que permite que um contrato tenha suas cláusulas revisadas, exceto a que se refere à cláusula arbitral, que mantém sua higidez, independentemente de haver nulidade do contrato que a originou. Cássio Telles Ferreira Netto ressalta que “[...] o objetivo de tal princípio é resguardar a

¹²⁵ Op. cit., p. 77-78.

¹²⁶ Luiz Rodrigues Wambier, op. cit., p. 71.

¹²⁷ No capítulo seguinte, o princípio da autonomia da vontade será abordado com maior profundidade.

cláusula compromissória, para que, em virtude dela, possa julgar-se a validade, ou não, do contrato arbitrável”.¹²⁸

A autonomia da cláusula arbitral permite que o juízo arbitral aprecie a validade do contrato originário, reconhecendo ou não eventual nulidade de cláusula ou cláusulas nele constante. Dessa forma, ainda que haja nulidade integral do contrato originário, o Judiciário não será competente para julgar eventual demanda proposta pelas partes, cabendo ao árbitro exclusivamente fazê-lo.¹²⁹

A Cláusula Arbitral é manifesta renúncia das partes à submissão de eventual litígio contratual à Jurisdição Estatal, gerando a derrogação da competência estatal para julgar demandas que tenha como objeto a análise da validade e interpretação das cláusulas do contrato, restringindo a sua atuação aos casos expressamente autorizados pela Lei da Arbitragem em seu art. 33.

A esse respeito decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo (24ª Câmara de Direito Privado), na Apelação 1.080.707-9 (Voto 3082) de relatoria do Desembargador Roberto Mac Craken, julgado em 03.07.2008, *in verbis*:

Verifica-se, *in casu*, o respeito à autonomia da vontade da autora, ora apelante, no que diz respeito apenas aos seus direitos patrimoniais disponíveis, os quais podem ser ou não exercidos livremente pelo seu titular, sendo que foi a própria autora, ora apelante, que optou por se submeter à Jurisdição Privada, derogando ou renunciando a competência jurisdicional do Estado a uma Instituição arbitral instituída na mencionada cláusula arbitral.¹³⁰

O Superior Tribunal de Justiça vem adotando idêntico posicionamento, sob o argumento de as partes devem se submeter à cláusula arbitral livremente pactuada, o que ratifica a prevalência da cláusula arbitral em razão de sua autonomia em face do contrato celebrado pelas partes, *in verbis*:

¹²⁸ FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 24.

¹²⁹ Conforme orientam os arts. 32 e 33 da LA, estando presente alguma das hipóteses de nulidade da sentença arbitral, poderão as partes se socorrer perante o Judiciário para que seja declarada judicialmente a sua nulidade. Trata-se de exceção a regra.

¹³⁰ A esse respeito Luiz Antônio Scavone Júnior afirma que: “Nos termos do artigo 8º da Lei 9.307/1996, ‘a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória’. Sendo assim, de acordo com o parágrafo único do mesmo disposto legal, ‘cabará ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória’. A cláusula arbitral ou compromissória não é acessória do contrato. Portanto, como é autônoma, a nulidade do contrato não implica em nulidade da cláusula arbitral.” (Manual de Arbitragem (*edição digital*). 5ª edição. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014, p. 97-98).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. PREMATURO. REABERTURA DE PRAZO RECURSAL. RATIFICAÇÃO. PARTE SEM PODERES PARA A PRÁTICA DESSE ATO PROCESSUAL. ADITAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO CIVIL. ARBITRAGEM. PRETENSÃO DE INVALIDAÇÃO DO COMPROMISSO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA DO TEMA.

1. [...]. 4.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão. 5.- Recurso especiais improvidos. (REsp 1355831/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 22/04/2013).¹³¹

Essa espécie de "cláusula de barreira" busca promover o princípio da segurança jurídica, pois seria inadmissível e conflitante a existência de duas instâncias, igualmente competentes, para decidir uma mesma questão.

2.4 Requisitos da arbitragem

A expressão "arbitrabilidade", institucionalizada na doutrina jurídica que tem se dedicado ao estudo da matéria, significa "a possibilidade de um litígio ser submetido à arbitragem voluntária, à 'qualidade' que se aplica a uma matéria, a uma questão ou a um litígio que pode ser submetido ao poder jurisdicional dos árbitros"¹³², levando-se em conta não só a natureza do objeto do litígio, mas também a qualidade das partes.

No que se refere à arbitragem envolvendo o Estado, deve-se analisar a arbitrabilidade objetiva e a subjetiva, pois, em algumas situações, além da questão da incapacidade do Estado comprometer-se, a matéria poderá ser de império, o que pode afetar a soberania estatal.

Esta última questão é a que guarda maior relevância no que toca à arbitragem interna, onde é preciso indagar se apenas os litígios decorrentes das

¹³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 30/04/2014.

¹³² OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de litígios com entes públicos. Coimbra: Ed. Almedina, 2007, p. 9-10.

relações de natureza privada é que poderão ser submetidos à arbitragem, ou, se os litígios decorrentes das relações negociais de Direito Público poderão ser igualmente resolvidos pelo sistema arbitral.

A teor do que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/96,¹³³ são requisitos essenciais para submissão do litígio ao juízo arbitral: a existência de partes capazes para contratar (arbitrabilidade subjetiva) e que o objeto do litígio se trate de direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva).

De um modo geral, o art. 1º da LA dispõe que, serão capazes para se submeter ao juízo arbitral quem possua capacidade para contratar, ou seja, que detenha a capacidade civil plena (capacidade de direito e capacidade de exercício). José Maria Rossani Garcez destaca que haverá uma “[...] inarbitrabilidade subjetiva quando, por exemplo, o agente não for capaz, o que implica na capacidade de exercício e na de direito, ou, por falta de autorização legal [...]”.¹³⁴

Terão, portanto, capacidade para contratar aqueles que detenham capacidade jurídica civil plena, nos termos do art. 1º do Código Civil (“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”).¹³⁵ Carlos Alberto Carmona, afirma que a capacidade dos contratantes é “[...] condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem (...), sem o que não pode ser firmada a convenção de arbitragem”.¹³⁶

Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica poderão se submeter à arbitragem, desde que tenham sua capacidade plena estabelecida. Pode-se dizer, em razão disso, que as pessoas jurídicas de direito público, por possuírem capacidade jurídica, poderão pactuar a convenção de arbitragem.

Carlos Alberto de Salles ressalta que “a arbitrabilidade subjetiva não apresenta maiores dificuldades no tocante a contratos administrativos. Não se podendo por em dúvida a capacidade contratual da Administração Pública”. Por possuir capacidade jurídica para contratar, poderá a Administração Pública celebrar

¹³³Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹³⁴ Op. cit., p. 46.

¹³⁵ “O art. 1º do novo Código entrosa o conceito de capacidade com o de personalidade, ao declarar que toda “pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos. Todavia, embora se interpenetrem, tais atributos não se confundem, uma vez que a capacidade pode sofrer limitação. “Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa” (Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil esquematizado (*edição digital*). 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 1, p. 110).

¹³⁶ Op. cit., p. 55.

contratos que possuem cláusula arbitral, no entanto, quanto à matéria que será submetida a arbitragem, algumas digressões mais detalhadas, merecem ser realizadas.

Em relação as matérias que poderão ser submetidas à arbitragem (arbitrabilidade objetiva), a L.A define em seu ar. 1º que, poderão ser submetidos ao juízo arbitral apenas aquelas referente a “direitos patrimoniais disponíveis”, sem fazer referência a qualquer exceção.

Assim como se deu em Portugal, o Brasil adotou a disponibilidade e a patrimonialidade do direito em litígio como requisito para sua submissão ao juízo arbitral.¹³⁷ Os direitos patrimoniais podem ser exemplificados através das relações jurídicas de direito obrigacional decorrentes de contratos, atos ilícitos e declarações universais de vontade.

Por seu turno, os direitos não patrimoniais são aqueles ligados a questões de estado, de direito pessoal, de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial, conforme prevê o art. 852 do CC.

Além de patrimonial, o direito a ser submetido à arbitragem deverá ser disponível. A disponibilidade a que se refere o art. 1º da LA diz respeito à possibilidade de ser livremente transacionado ou alienado pelos contratantes. Luiz Antonio Scavone Junior cita como exemplos de direitos que não podem ser transacionados ou alienados, o direito ao próprio corpo, à liberdade, à igualdade e o direito à vida. Por outro lado, poderão sê-los os bens móveis e imóveis, indenização decorrente de ato ilícito, dentre outros.¹³⁸

Segundo Tânia Lobo Muniz, os direitos patrimoniais disponíveis seriam:

[...] aqueles suscetíveis de livre disposição pelas partes através de negócio jurídico, até porque os interesses tutelados são predominantemente individuais. A expressão da lei alcança todo e qualquer direito disponível, incluindo os intangíveis ou imateriais, relativos ao direito comercial, como o direito ao ‘nome’, ‘fundo de comércio’, ‘marcas e patentes’ etc. Os indisponíveis, que correspondem aos vedados de serem vendidos, doados, cedidos, negociados, não poderão, portanto, ser objeto de questão a ser resolvida via arbitral.¹³⁹

¹³⁷ Paulo Osternak Amaral, op. cit., p. 55.

¹³⁸ Op. cit., p. 22.

¹³⁹ Op. cit., p. 119-120. Rozane da Rocha Cachapuz ressalta que “[...] a expressão ‘direito patrimonial disponível proporciona uma gama de possibilidades aos contratantes, principalmente no que se refere àqueles que atuam na área mercantil e internacional, alcançando todos os direitos ou bens que compõem o patrimônio das partes, os quais eles têm a possibilidade de dispor livremente, de acordo

A disponibilidade do bem foi considerada de suma importância para o legislador brasileiro a ponto de prever no art. 25 da LA que, em havendo controvérsias acerca de direitos indisponíveis, o árbitro ou tribunal arbitral remeterá as partes ao Juízo Estatal para que lá possam resolvê-las, e, somente após o trânsito em julgado da decisão judicial, a arbitragem terá seu regular prosseguimento.

No que toca à Administração Pública, a disponibilidade da matéria a ser submetida à arbitragem alcança maior complexidade quando confrontada com alguns princípios incidentes sobre os atos e negócios celebrados pelo Poder Público.

Nas relações contratuais firmadas pelo Poder Público, há presença marcante de dois princípios: Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público. Trata-se de princípios norteadores da Administração Pública e do Direito Público como um todo e que deverão ser observados nas relações negociais em que figurar o Estado como parte.

Por esse motivo, a fim de vislumbrar quais matérias são aptas a serem submetidas à arbitragem, bem como os limites do seu uso pelo Estado, serão analisados no próximo (e último) capítulo, de forma minudenciada, os princípios incidentes sobre a Administração Pública e as formas de compatibilização desses princípios com o sistema da arbitragem.

com suas vontades. E somente tais bens poderão ser objeto da Arbitragem; ou seja: o conflito de interesses a ser solucionado por essa via deverá versar, obrigatoriamente, sobre direitos disponíveis” (Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96. São Paulo: ed. LED, 2000, p. 58).

3 COMPATIBILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM AO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO

Diante do reconhecimento doutrinário e jurisprudencial sobre a aplicabilidade da arbitragem aos contratos administrativos, algumas ressalvas e adaptações devem ser realizadas, a fim de que se possa adequar as regras procedimentais previstas na Lei 9.307/96 ao regime jurídico de direito público.

A Administração Pública, conforme determina o art. 37, *caput* da CF possui regras principiológicas que deverão ser obrigatoriamente observadas pelo Poder Público. Dentre essas regras, serão abordados nesse capítulo, o Princípio da Legalidade, Princípio da Publicidade e Princípio da Eficiência, além dos Princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, que, embora não estejam previstos expressamente no texto constitucional, são tratados pela doutrina como princípios estruturantes do Direito Administrativo e, por isso, intrínsecos à Administração Pública.

Ao final, serão feitas algumas proposições de adequações a serem observadas no procedimento arbitral (previsto na LA), para que a arbitragem possa ser empregada nos contratos de concessão de serviços públicos e parceria público-privada.

3.1 A arbitragem e os princípios da supremacia do interesse público e da Indisponibilidade do interesse público: uma conciliação possível.

A supremacia e a indisponibilidade do interesse público são o tema central das discussões doutrinárias e jurisprudências acerca do cabimento da arbitragem nos contratos administrativos.

Com o intuito de analisar a possibilidade de aplicação da arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos celebrados pelo Poder Público, faz-se necessária uma abordagem inicial acerca de dois princípios basilares do Direito Público que permeiam todas as relações jurídicas onde o Estado figure como parte. Aludem-se aos princípios da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público.

O art. 1º da Lei 9.307/95 esclarece que somente litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis podem ser abarcados pelo procedimento arbitral, ou seja,

aqueles direitos ou interesses que, em razão de sua natureza, poderão ser objeto de acordo ou renúncia pelo seu titular.

A Supremacia do interesse público é um pressuposto que alicerça todas as matérias do direito público, partindo de uma relação vertical do Poder Público para com os cidadãos, diversamente do que ocorre com o direito privado, onde os interesses particulares são analisados sob uma perspectiva horizontalizada.

Segundo Irene Patrícia Nohara¹⁴⁰, as relações do Estado são exorbitantes do direito comum, pois visam ao interesse geral. Conforme expõe a autora, a doutrina francesa “dedicou-se ao estudo do tema e empregou os vocábulos “*pouissance*” ou “*pouvoir*”, ou seja, potestade ou poder, para explicitar as prerrogativas de que a Administração Pública usufrui”.

O Poder Público, como defensor dos interesses públicos, recebe do ordenamento jurídico poderes especiais que não se estendem aos particulares. A concessão de tais poderes projeta a Administração Pública a uma posição de superioridade diante do particular (os interesses do grupo prevalecem sobre os dos indivíduos que o compõem). Essa é uma condição para a própria subsistência do grupo social. Em termos práticos, cria uma desigualdade jurídica entre a Administração Pública e os administrados.

José dos Santos Carvalho Filho afirma que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público”. Segue o autor expondo que “não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo”.¹⁴¹

Por óbvio, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, deve prevalecer o interesse público.¹⁴²

¹⁴⁰ Reflexões Críticas acerca da Tentativa de Desconstrução do Sentido da Supremacia do Interesse Público no Direito Administrativo. *In*: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo/DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 130.

¹⁴¹ Op. cit., p. 56.

¹⁴² Carlos Alberto Salles expõe que “No tocante ao interesse público, a dita indisponibilidade não representa mais que a vinculação das ações administrativas aos interesses maiores dos Estados, significando a obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares. Não se trata, propriamente, de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse. O agente público quando, em desvio de finalidade, deixa de atender ao interesse público, não está propriamente ‘dispondo’ daquele, mas violando a norma pela qual o interesse público deveria prevalecer” (op. cit., p. 293).

Portanto, a única finalidade que o poder público pode perseguir quando atua é a preservação dos interesses coletivos. Nunca atua em nome próprio, mas sempre representando a sociedade.

A Administração Pública, por ser a defensora dos direitos coletivos, se encontra em uma situação de superioridade em relação aos interesses particulares. Isto quer dizer que a Administração pública tem privilégios que não se estendem aos particulares.¹⁴³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, no campo da Administração, esses privilégios encarnam os benefícios que o ordenamento jurídico confere ao Poder Público, a fim de assegurar a proteção aos interesses públicos, criando instrumentos a fim de permitir que os seus órgãos possam desempenhar sua missão de defesa dos interesses da coletividade.¹⁴⁴

No entanto, esse entendimento não é uníssono na doutrina. Para Gustavo Binenbojm

haveria uma inconsistência teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular diante de uma sistemática constitucional cidadã, comprometida com a proteção e a promoção dos direitos individuais de maneira ponderada e compatível com a realização das necessidades e aspirações da coletividade como um todo.¹⁴⁵

Explica que o direito administrativo não deve mais ser explicado a partir de um postulado de supremacia, mas de proporcionalidade. Propõe que sejam percorridas “etapas de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas”.¹⁴⁶

¹⁴³ São exemplos de prerrogativas do Poder Público: as diversas formas de intervenção na propriedade privada, como a desapropriação, requisição administrativa, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, poder de polícia administrativa, presunção de legitimidade dos atos administrativos, dentre tantos outros previstos na CF e em normas infraconstitucionais.

¹⁴⁴ Op. cit., p. 70.

¹⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, p. 9. In: Mundo Jurídico. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228> Acesso em: 01/08/2014.

¹⁴⁶ Ibidem.

Odete Medauar ¹⁴⁷ ressalta que o princípio da supremacia do interesse público (o qual chama de princípio de preponderância do interesse público sobre o interesse particular), serve como base de vários outros institutos do direito administrativo. No entanto, assevera que esse princípio vem tendo sua aplicação atenuada em razão da ideia de ponderação (razoabilidade e proporcionalidade) dos interesses presentes numa determinada circunstâncias a fim de se evitar sacrifícios desnecessários de interesses.

Para a autora seria imperioso que se realizasse uma busca da compatibilidade ou conciliação de interesses, para minimizar sacrifícios desnecessários de interesses. O “princípio da proporcionalidade também matiza o sentido absoluto do preceito, pois implica, entre outras decorrências, a busca da providência mais gravosa, na obtenção de um resultado”. ¹⁴⁸

Para a doutrina contemporânea, a supremacia do interesse público não possuiria natureza inflexível, podendo ser amoldado de acordo com as circunstância que a ele são submetidas, mas com o enfoque contínuo de buscar a todo tempo a preservação dos interesses coletivos.

O interesse público, segundo Marçal Justen Filho não se confunde com o interesse do Estado, com o aparato administrativo ou do agente público, de modo semelhante ao que ocorre com qualquer sujeito privado. ¹⁴⁹ Para o autor, o Estado somente estaria legitimado a ser sujeito de interesses públicos “assim entendidos como aqueles direta e imediatamente relacionados com os direitos fundamentais”, sendo que as vantagens ou prerrogativas a ele atribuídas não poderiam sequer ser considerado interesse público, mas meras “conveniências circunstanciais, alheias ao direito”. ¹⁵⁰

No direito italiano, Renato Alessi¹⁵¹ baseado na doutrina de Carnelutti e Piccard, estabeleceu uma distinção importante para o conceito de interesse público.

¹⁴⁷ *Apud* Maria Adelaide de Campos França. Supremacia do Interesse Público *versus* Supremacia dos Direitos Individuais, p. 166. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011, p. 128.

¹⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 7ª ed. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2011, p. 121.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 120.

¹⁵¹ Renato Alessi *apud* Edson Gabardo e Daniel Wunder Hachem. O suposto caráter autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo/DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). São Paulo: Atlas, 2010, p. 40-41.

Ao abordar sobre o exercício da função administrativa, sob a ótica da posição jurídica do Poder Público, o autor sugere a existência de duas peculiaridades que deveriam ser observadas.

A primeira reside no fato de que compete à Administração Pública, em caráter de exclusividade, fazer prevalecer coativamente a sua vontade em detrimento dos sujeitos privados. No entanto, essa atividade sofre limitações, podendo a Administração fazer preponderar o interesse público sobre o interesse individual (privado), apenas quando “se trate de interesse cuja prevalência já esteja em abstrato previamente disposta em um ato legislativo primário, cuja aplicação concreta pressuponha um futuro ato administrativo concreto”.¹⁵²

O interesse coletivo somente encontrará guarida em face do interesse privado quando tiver por fundamento regra expressa no direito objetivo. Há um limite estabelecido pelo próprio ordenamento jurídico, conforme aponta Alessi. Ante a possibilidade do administrador público esquivar-se desse limite, atentando contra a finalidade precípua da Administração, que é a satisfação do interesse público, o autor traz uma segunda peculiaridade sobre o exercício da função administrativa: a fragmentação do interesse público em interesse público primário (*interesse collettivo primario*) e interesse público secundário (*interessi secundari*).¹⁵³

Renato Alessi distingue interesse público primário do interesse público secundário, anotando a existência de uma relação de dependência entre eles, onde o interesse secundário somente será satisfeito caso coincida com o interesse primário/coletivo:

Estes interesses públicos, coletivos, de que a administração deve garantir a satisfação, não são, note-se, apenas o interesse da administração entendida como uma entidade jurídica autônoma, mas também aquele que tem sido chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto que o

¹⁵² Renato Alessi *apud* Edson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, op. cit., p. 40.

¹⁵³ Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 98-99), adota a divisão de interesse público enumerada por Renato Alessi, ressaltando que “são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes disse (Capítulo I, ns. 43 a 47), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e o interesse secundário. Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. [...] Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais”.

interesse da entidade administrativa é simplesmente um dos interesses *secundários* existentes na comunidade, e que pode ser satisfeito apenas no caso de coincidência — e limites de tal coincidência — com o interesse público primário [...].¹⁵⁴

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁵⁵ acentua que:

[...] os próprios interesses públicos também se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a que parte da diferenciação entre interesses públicos primários, que dizem respeito à sociedade, e os interesses públicos secundários, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral à qual se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos secundários só são legítimos quando forem instrumentais para o atingimento dos primários.

O interesse público primário, portanto, é aquele que a Administração Pública deve perseguir no desempenho da função administrativa, uma vez que abarca interesses da coletividade como um todo. É formado pelo “complexo de interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, expressão unitária de uma multiplicidade de interesses coincidentes”.¹⁵⁶

Por sua vez, o interesse público secundário é aquele que diz respeito a interesses da Administração Pública, enquanto aparato organizativo. Celso Antônio Bandeira de Mello define o interesse secundário como sendo “aquele que atina tão só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa, mas que só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário”.¹⁵⁷

Com base na divisão do interesse público em interesse público primário (enquanto complexo de direitos individuais prevalecentes em uma determinada

¹⁵⁴ Renato Alessi *apud* Beatriz Lancia Noronha de Oliveira, op. cit., p. 83.

¹⁵⁵ Op. cit., p. 53.

¹⁵⁶ Edson Gabardo e Daniel Wunder Hachem, op. cit., p. 41. Não há dúvidas de que o interesse público, por definição, engloba os interesses de cada cidadão que integram o Estado, sendo que a união desses interesses, individualmente considerados, refletem no plano jurídico, o interesse a ser perseguido pelo Estado. Pode-se citar, o interesse a educação, a saúde e a moradia, como interesses que foram alçados a qualidade de direitos garantidos expressamente no texto constitucional, por serem direitos que decorrem, num primeiro, da vontade-interesse individualmente considerado, mas que quando somados ao de outros cidadãos, formam o interesse coletivo, que é o interesse público em sua essência.

¹⁵⁷ Op. cit., p. 99. Hely Lopes Meirelles para distinguir o interesse primário do interesse secundário cita, como exemplo, o aluguel de uma casa para a instalação de um centro de saúde. O interesse público primário está na implantação daquela unidade de saúde, “consistindo a locação um interesse público secundário, ou derivado do primeiro [primário], já que não existiria sem aquele” (Op. cit., p. 251).

sociedade) e interesse público secundário (interesse da Administração enquanto aparato organizativo), tornou-se possível a discussão sobre a existência de interesses públicos disponíveis.

Para essa doutrina, os interesses públicos disponíveis são os interesses públicos secundários, ou seja, aqueles de natureza econômica e financeira próprios da Administração Pública enquanto órgão executor da função administrativa.¹⁵⁸

O interesse público secundário possui natureza instrumental, destinando-se à concretização do interesse primário (atividade-fim do Estado). Por não interferirem no interesse público primário (este indisponível pela sua própria natureza), não haverá prejuízo da coletividade em admitir os interesses secundários como disponíveis.

Para Alexandre Santos de Aragão¹⁵⁹, tanto o interesse público primário como o secundário seriam, em princípio, indisponíveis. Para o autor “basta observar que o Estado não pode dispor dos seus bens dominicais e dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa, por força inclusive da Lei n. 8.666/93 (art. 17, I) e do CTN (art. 171)”. O interesse público, primário ou secundário, só passa a ser disponível, segundo Aragão, e, por conseguinte, passível de ter uma questão a ele relacionada sujeita à arbitragem, se houver autorização legislativa¹⁶⁰, já que, nesse caso, o titular do interesse público tutelado – a coletividade, através dos seus representantes – outorga poderes extraordinários à mera administração de bens e interesses alheios, que, como toda administração, não pressupõe a possibilidade de disposição.

Não se pode desconsiderar, entretanto, os inúmeros interesses que a Administração pública, no seu dia a dia negocia com os particulares via processo de licitação ou de contratação direta ao com eles celebrar contratos, temas em relação

¹⁵⁸ Beatriz Lancia Noronha de Oliveira, op. cit., p. 84. Alexandre Santos de Aragão ressalta que “Alguns entendem, valendo-se da clássica classificação de Renato Alessi, que a arbitragem só seria cabível sobre interesses públicos secundários (de natureza apenas patrimonial ou financeira do Estado – ex.: maior arrecadação ou menor preço em uma licitação), não sobre interesses públicos primários (atividades-fim de realização das necessidades coletivas – ex.: o funcionamento de uma escola pública), já que apenas aqueles seriam disponíveis” (op. cit., p. 109).

¹⁵⁹ Op. cit., p. 111.

¹⁶⁰ Diogo de Figueiredo Moreira Neto assevera que “nas relações tipicamente públicas, de subordinação de interesses, o quadro se inverte: cabe à lei captar e identificar um determinado interesse geral para defini-lo e guindá-lo a interesse público e, com isso, priorizar, em certas condições, o seu atendimento prioritário, mesmo com o sacrifício total ou parcial de outros interesses” (op. cit., p. 152).

aos quais o ordenamento jurídico já admite, por sua própria natureza, a negociação ou a pluralidade de escolhas administrativas e, portanto, a arbitrabilidade.

Diante disso, colhe-se que o uso da arbitragem, no âmbito dos contratos de concessão e de parceria público-privada, por envolverem interesses meramente patrimoniais (interesses secundários), seria plenamente cabível, em razão da sua disponibilidade. Aliado a isso, por possuir um procedimento simplificado e adequado, a arbitragem poderá atender melhor à finalidade a que se destina, alcançando, em última análise, o interesse público coletivo (ou primário).

Em suma, independente da decisão a ser tomada pela Administração Pública, é necessário sempre que prime resguardar as necessidades sociais, os benefícios coletivos e o interesse geral a ser protegido, pois a atividade pública é sempre pautada no interesse público (primário), o qual é indisponível.

A Administração Pública para atingir o interesse público coletivo ou primário, conforme já mencionado, terá de estabelecer relações jurídicas (contratuais) a fim de que possa prestar direta ou indiretamente serviços, realizar obras, adquirir ou alienar bens, em parceria com a iniciativa privada ou com os demais entes administrativos.

Quando o Poder Público celebrar esses contratos, deverá observar se seu objeto se trata de bem disponível ou indisponível. Se disponível, poderá estabelecer a relação jurídica, inclusive inserindo a arbitragem¹⁶¹ como meio alternativo de resolução de controvérsia, conforme o legislador fez prever no art. 1º da Lei de Arbitragem.

3.2 A Arbitragem e o Princípio da Legalidade

Determina o art. 37, *caput* da Constituição Federal que a Administração Pública Direta e Indireta obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁶². Não se trata de norma de natureza

¹⁶¹ Acredita-se ser possível a conciliação entre os interesses primários e secundários em relação aos contratos em que ocorra a delegação dos serviços públicos a iniciativa privada. De um lado há o interesse público primário que é o direito de ter o serviço público disponibilizado, e do outro lado, diante da impossibilidade do Poder Público prestá-lo, há o interesse público secundário em transmitir a terceiros, mediante delegação, a prestação desses serviços.

¹⁶² A Lei 9.784/99, ao regulamentar o processo administrativo, previu em seu art. 2º que a Administração Pública deverá observar os princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Essa regra também se aplica nas contratações realizadas pelo Poder

facultativa. O administrador público deverá obrigatoriamente observar cada uma dos princípios previstos no texto constitucional.¹⁶³

O Princípio da Legalidade ocupa um papel importante na estruturação do direito administrativo, pois limita e rege a atuação do administrador público. No âmbito das relações privadas, o princípio autoriza ao particular a prática de qualquer ato que não seja expressamente proibido pela lei (art. 5, inc. II da CF): “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Quando aplicado à administração pública, o princípio limita a atuação do administrador, autorizando-o a praticar apenas àqueles atos ou atividades expressamente previstos e autorizados pela lei.¹⁶⁴ O espaço de liberdade de atuação do administrador é bem restrita.

Há na doutrina entendimentos diversos acerca da necessidade de haver autorização legal específica para que a arbitragem seja empregada nos contratos administrativos. A primeira corrente, da qual fazem parte Luís Roberto Barroso e Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁶⁵ defendem que, em razão do princípio da estrita legalidade, a administração pública somente poderia aderir à arbitragem caso houvesse lei específica autorizando.

Adotando essa linha de pensamento, o TCU em recente decisão (Acórdão 2145/2013)¹⁶⁶ manteve seu entendimento de que o juízo arbitral é apenas cabível

Público, visto que a licitação é uma modalidade de processo administrativo. Aliado a isso, o art. 3º da Lei 8.666/93, de igual forma tornou obrigatória a observância, nas licitações públicas, dos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e de outros correlatos.

¹⁶³ Dirley da Cunha Júnior entende que em decorrência da indisponibilidade do interesse público, a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade absoluta com a lei. O Princípio da Legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica (Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2008, p. 860-861).

¹⁶⁴ Pedro Lenza ao tratar sobre o princípio da legalidade afirma que o “[...] particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade da pessoa humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado. Por sua vez, a Administração só poderá fazer o que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men* [...]” (Direito constitucional esquematizado (edição digital). 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1610)

¹⁶⁵ Luís Roberto Barroso *apud* Paulo Osternack Amaral, op. cit. p. 60.

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

no âmbito dos contratos administrativos quando lei especifica o autorize, não suprimindo a Lei 9.307/96 a necessária autorização legal para que possa ser adotada a arbitragem nos contratos celebrados pelo Poder Público.

A segunda corrente (majoritária) adota entendimento em sentido contrário. Para Hely Lopes Meirelles, Gustavo Justino de Oliveira e Selma Lemes (dentre outros), o art. 1º da Lei 9.307/96, ao prever que pessoas capazes de contratar utilizem a arbitragem como meio de dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, também abrangeria as pessoas jurídicas de direito público, sendo desnecessária previsão específica para sua aplicação no âmbito da administração pública.¹⁶⁷

Carlos Aberto Salles compreende que a sua aplicação é plenamente viável, desde que haja na sua adaptação as premissas de direito público.¹⁶⁸

Embora no Brasil não exista uma “norma geral” específica autorizando e regulamentando o uso da arbitragem nos contratos administrativos, o legislador vem pontualmente autorizando o uso desse instituto em alguns contratos administrativos específicos, a exemplo dos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/95 com alterações trazidas pela Lei 11.196/2005) e de Parceria Público-Privada (art. 11, inc. III da Lei 11.079/2004). Nesses contratos, houve previsão expressa do uso da arbitragem e das regras procedimentais dispostas na Lei 9.307/96, tornando-se inócua qualquer discussão acerca da sua legalidade ou ilegalidade.¹⁶⁹

de modo geral sobre a arbitragem, não supre a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados”. (grifo nosso)

29. Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, permitiu, somente em determinadas hipóteses, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002).

30. Ou seja, como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de específica disposição legal [...]. Disponível em: < <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>>. Acesso em: 06/08/2014.

¹⁶⁷ Hely Lopes Meirelles. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 250. Nesse sentido o voto proferido pelo então Ministro do STJ Luiz Fux (hoje Ministro do STF) proferida no MS 11308/DF.

¹⁶⁸ Op. cit., p. 239.

¹⁶⁹ Importante frisar que em setores específicos como no Transporte Aquaviário e Terrestre (Lei 9.478/97), Transporte de Gás Natural (Lei 11.909/2009), Sistema Portuário (Leis 8.630/93 e 10.438/2002), Sistema de Telecomunicações (Lei 9.472/97), dentre outras citadas no item 1 do capítulo II, há regra expressa que prevê a inclusão da arbitragem como regra de solução de controvérsias contratuais.

3.3 Autonomia da vontade da Administração Pública e o respeito à estrita legalidade

O art. 1º da lei 9.307/96 prevê que as pessoas capazes de contratar poderão utilizar-se da arbitragem como meio de solução de controvérsias oriundas do negócio firmado. O legislador primou em manter a prevalência da autonomia da vontade, reconhecendo-se às partes, dentro dos limites fixados por lei, o poder de auto-regulamentação dos seus interesses, permitindo-lhes, p. ex., a escolha do órgão que irá resolver eventuais conflitos que possam surgir durante a relação contratual (juízo arbitral ou estatal).

No âmbito das relações negociais privadas, a arbitragem tem-se mostrado uma boa alternativa para por fim a controvérsias contratuais. Isto porque, a resolução pacífica desses conflitos permite que a relação negocial dê continuidade, mantendo a harmonia entre as partes, tornando possível a celebração de novos negócios.

Cabe, portanto, às partes (e exclusivamente a elas), optar ou não pelo procedimento arbitral, bem como estabelecer as regras de direito que serão utilizadas no procedimento de arbitragem, podendo ainda, segundo o art. 2ª da LA, ser realizado o julgamento com base nos princípios gerais de direito, usos e costumes e normas internacionais de comércio.

Para Paulo Osternack Amaral “[...] a autonomia da vontade é princípio pilar que sustenta todo o bem engendrado sistema arbitral”¹⁷⁰, é a força motriz da relação contratual, ela quem permite que as partes tenham total liberdade de estabelecer as cláusulas que integram o contrato, bem como a forma de resolver eventuais conflitos que possam surgir em decorrência dessa relação contratual.

Carlos Roberto Gonçalves, ao tecer comentários sobre o princípio da autonomia da vontade, assegura que esse princípio:

[...] se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Tem

¹⁷⁰ Op. cit., p. 52.

as partes a faculdade de celebrar ou não os contratos, sem qualquer interferência do Estado.¹⁷¹

Na Arbitragem, a interferência estatal é limitada às hipóteses previstas na Lei 9.307/96¹⁷², prevalecendo, em regra, as normas de direito material e o procedimento escolhido no compromisso arbitral.

No âmbito das relações negociais, a liberdade de contratar sofre restrições pela lei, pela moral e pela ordem pública.¹⁷³ A Lei de Arbitragem impôs limites à autonomia da vontade quando em seu art. 1º restringiu o seu alcance quanto ao objeto, abrangendo apenas os direitos patrimoniais disponíveis (vendando os direitos patrimoniais indisponíveis, a exemplo dos direitos da personalidade, estado da pessoa, etc.) e quanto aos sujeitos, apenas os que possuam capacidade para contratar.¹⁷⁴

Segundo Paulo Osternack Amaral¹⁷⁵, a autonomia da vontade encontra limites que irradiam do princípio constitucional do devido processo legal, não permitindo que as partes venham entabular, p. ex., na cláusula ou compromisso arbitral, regra impeditiva de submissão da decisão arbitral ao Poder Judiciário quando haja descumprimento das regras previstas na Lei 9.307/96.

Esses limites podem estar presentes em leis, que atuam para garantir o cumprimento do princípio da autonomia da vontade. Tânia Lobo Muniz ressalta que “[...] nem todos os atos jurídicos de cunho obrigacional podem se utilizar da autonomia. Àqueles cujas regras predominantes têm caráter imperativo não caberá a liberdade às partes [...]”¹⁷⁶, como ocorre nos contratos de seguro e contratos bancários.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3, p. 41.

¹⁷² As hipóteses de interferência do Judiciário no âmbito da arbitragem estão previstas na Lei 9.307/96, nos seguintes artigos: art. 6º, Parágrafo único (recusa da parte em firmar o compromisso arbitral), art. 7º (resistência quanto a instituição da arbitragem), art. 11, parágrafo único (fixação dos honorários dos árbitros caso não previstos no compromisso arbitral), art. 13, §2º (divergência na nomeação do terceiro árbitro); art. 20, §2º (arguição de suspeição e impedimento), art. 22, §2º (condução de testemunhas), art. 25 (objeto da arbitragem se tratar de direito indisponível), art. 33 (nulidade da sentença arbitral nas hipóteses do art. 32) e art. 37 (homologação de sentença arbitral estrangeira),

¹⁷³ GAGLIANO, Pablo Stolze; e, Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*, tomo I, teoria geral. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. IV, p. 72.

¹⁷⁴ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

¹⁷⁵ Op. cit., p. 52-53.

¹⁷⁶ Op. cit., p. 68-69. E continua a autora: “A lei busca, impondo tais limitações, garantir o equilíbrio às partes, fazendo com que o aspecto conjuntural da contratação possa ser suprido” (p. 69).

Além disso, há limitações quanto à instituição da arbitragem no âmbito das relações de consumo (art. 51, inc. VII da Lei 8.078/90) e de trabalho¹⁷⁷.

A autonomia da vontade embora limitada por normas de ordem pública, quando se tratar de cláusula arbitral, ainda que haja ilegalidade na contratação, caberá ao árbitro decidir sobre essa ilegalidade, e não mais ao Judiciário.¹⁷⁸ Isto porque, a Cláusula Arbitral restringe o alcance da tutela jurisdicional estatal, no caso concreto, atribuindo a tutela jurisdicional privada à autonomia para decidir, de forma ampla, sobre as questões decorrentes da relação negocial.

A 3ª Turma do STJ em decisão recente ressaltou que a arguição de nulidade da cláusula arbitral deve ser submetida obrigatoriamente ao próprio árbitro, antes da judicialização do conflito, conforme determina o art. 8º, §único da Lei 9.307/96, sendo que tal entendimento é aplicado, indistintamente, à cláusula compromissória instituída em acordo judicial devidamente homologado e à firmada em contrato (REsp n. 1.302.900/MG).¹⁷⁹

Desde que observadas às regras arbitrais previstas no ordenamento jurídico, não se poderá atenuar ou excluir a tutela privada devido à prevalência, *in casu*, da autonomia da vontade. Ex.: caso uma das partes contratantes deseje a revisão de cláusula do contrato que considere ilegal, deverá o conflito ser levado ao juízo arbitral para que decida se há ou não ilegalidade da cláusula, afastando-se a competência do Poder Judiciário para apreciar a demanda, em razão do pacto firmado pelas partes.

¹⁷⁷ Art. 114 da Constituição Federal; arts. 3º e 7º da Lei nº 7.383/89 (Lei de Greve) e art. 4º da Lei nº 10.101/2000 (participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa).

¹⁷⁸ Art. 8º da Lei 9.307/96 – “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. A esse respeito já se manifestou o STJ em acórdão lavrado pelo Ministro Sidnei Beneti no REsp 1302900/MG, *in verbis*: “DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. ACORDO OPTANDO PELA ARBITRAGEM HOMOLOGADO EM JUÍZO. PRETENSÃO ANULATÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INADMISSIBILIDADE DA JUDICIALIZAÇÃO PREMATURA. 1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo. 2.- [...]3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.4.- [...]. (Terceira Turma, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012) e no REsp. 1278852/MG. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 05/05/2014.

¹⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 28/03/2014.

Embora o legislador tenha mantido a prevalência da autonomia da vontade no âmbito contratual privado, esse mesmo entendimento não pode ser aplicado imponderadamente nas relações contratuais que envolvam a Administração Pública.

A vontade do administrador encontra limites no interesse público e na lei (princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público e princípio da legalidade), não podendo dispor livremente da coisa pública.

Para que a arbitragem seja utilizada nas relações negociais firmadas pelo Poder Público, deverão ser observados os requisitos previamente estabelecidos pela lei e a finalidade do atendimento do interesse público.¹⁸⁰

Por isso, para que o administrador empregue a arbitragem, além de esta estar expressamente prevista em lei, deverá apontar de forma clara e objetiva a finalidade que pretende alcançar com o seu uso (princípio da motivação dos atos administrativos), sob pena de nulidade.

Entende-se que a arbitragem agrega importantes vantagens, dentre elas: a celeridade na resolução de conflitos e a segurança das decisões proferidas pelo árbitro, em razão de sua especialidade. Esses benefícios são importantes para a resolução de litígios, oriundos dos contratos firmados pela administração pública, especialmente àqueles que envolvam a prestação de serviços públicos que, em razão da sua essencialidade, não pode correr o risco de ser descontinuado, o que torna a arbitragem, um instrumento adequado para esse fim.

3.4 A patrimonialidade como requisito da arbitragem

O art. 1º da Lei 9.307/95 ao tratar dos requisitos objetivos e subjetivos da arbitragem, dispôs que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Quanto ao aspecto subjetivo, a lei indica que apenas as pessoas capazes (capacidade civil) de contratar poderão instituir contratualmente a arbitragem. No aspecto objetivo, a lei se refere ao objeto da arbitragem, indicando como passíveis de serem submetidos ao procedimento arbitral apenas os direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁸⁰ É o que determina o art. 5º da Lei 8.987/95 (“O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo”) e art. 10, Inciso I, “a” da lei 11.079/2004 (“a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada”).

Em relação à disponibilidade do direito, o tema foi abordado no tópico anterior, não merecendo aqui maiores digressões a seu respeito. No entanto, é importante tecer algumas considerações acerca da patrimonialidade a que se refere o art. 1º.

O patrimônio pode ser compreendido, num aspecto amplo, como um conjunto de relações jurídicas apreciáveis economicamente. Segundo Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias trata-se da “[...] totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel) ou incorpóreos [...]”.¹⁸¹ Patrimônio engloba tanto os direitos reais quanto os direitos pessoais (obrigacionais).¹⁸² Por envolver bens apreciáveis monetariamente, não poderão estar compreendidos entre eles os direitos da personalidade, o direito de família, direito a vida, etc.

Para que seja aplicada a arbitragem no âmbito das contratações envolvendo a Administração Pública, os direitos e bens envolvidos deverão revestir de caráter econômico (patrimonialidade) e serem disponíveis.

No que diz respeito aos bens públicos, apenas os dominiais ou dominicais integram o patrimônio disponível do Estado (art. 99, III do CC). Os de uso especial e os de uso comum integram o seu patrimônio indisponível, podendo ser alienados através de autorização do Poder Legislativo (art. 110 do CC), mediante a desafetação.

Entende-se, portanto, que poderão ser objeto dos contratos administrativos apenas os bens e os direitos que integrem o patrimônio disponível da Administração Pública.

3.5 Princípio da Publicidade e a Cláusula de Sigilo

A confidencialidade no âmbito da arbitragem trata de matéria de grande importância. Embora não tenha previsão expressa na lei de arbitragem (Lei 9.307/96), inexistente óbice legal para que as partes incluam no compromisso arbitral uma “cláusula de sigilo”, privilegiando-se a autonomia da vontade quanto a esse

¹⁸¹ Curso de Direito Civil (Parte Geral). 12ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2014, vol. 1, p. 461.

¹⁸² Segundo Carlos Alberto Carmona, a título de exemplo, não haveria impedimento para que o Banco Central submetesse a arbitragem questões envolvendo prestação de serviços na área da computação ou que a Casa da Moeda submetesse a arbitragem causa que envolvesse fornecimento de metal para cunhagem de moedas, etc (op. cit., p. 46). São situações que envolvem direitos e interesses patrimoniais economicamente monetarizáveis e disponíveis.

aspecto. Nos regulamentos das instituições arbitrais mais respeitadas no Brasil, há previsão da confidencialidade, o que demonstra uma tendência a ser seguida.¹⁸³

Conforme abordado no capítulo anterior (item 2.2.4) a “clausula de sigilo” impõe uma restrição consensual de publicidade do procedimento arbitral e tem como finalidade impedir que terceiros estranhos a relação negocial tenham acesso a documentos, estratégias de investimentos, saúde econômica das partes envolvidas (dentre outros motivos), preservando-se, assim, a intimidade dos litigantes.

Em relação aos contratos administrativos, essa possibilidade se torna inviabilizada devido à vedação de sigilo dos atos administrativos, imposto pelo princípio da publicidade previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Carlos Alberto de Salles afirma que a mesma lógica empregada nas relações negociais privadas não pode ser empregada nas relações desta natureza mantidas com o Poder Público. O autor afirma que “a publicidade dos atos da Administração Pública é um dos princípios centrais da atividade contemporânea. Ela é a propulsora da *transparência* dos atos da administração e fator indispensável para se garantir a *responsividade* dos agentes públicos”.¹⁸⁴

A garantia da publicidade, dos atos envolvendo a arbitragem no âmbito dos contratos públicos, ganhou tamanha importância ao ponto do legislador prever no art. 4º, inc. V da Lei 11.079/2004 a “transparência dos procedimentos e das decisões” como diretrizes a serem seguidas na contratação da parceria público-privada. No art. 3º da Lei 8.987/95, a fiscalização das concessões e permissões será realizada pelo ente delegante com a cooperação dos usuários, o que pressupõe a participação de terceiros estranhos à relação contratual na fiscalização da prestação dos serviços delegados.

O princípio da publicidade não se restringe ao âmbito da administração direta, devendo ser respeitado pelos demais entes administrativos que compõe a

¹⁸³ Carlos Alberto de Salles cita os regulamentos da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, seção 9, itens 9.8 e 9.9 da Câmara do Instituto Brasileiro de Estudos do Direito da Energia, art. 79 da Câmara Fundação Getúlio Vargas de Conciliação e Arbitragem, art. 61, Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo – CIESP, item 17.4, Centro de Arbitragem da Câmara Americana de Comércio de São Paulo, item XXV. 1 (Op. cit., p. 283).

¹⁸⁴ Op. cit., p. 283-284. Em estudo realizado sobre a legislação dos Estados Unidos acerca do uso da arbitragem em contratos administrativos o autor aponta que: “Nos Estados Unidos, o *Freedom of Information Act – FOIA* estabeleceu uma série de medidas para garantir a publicidade e a acessibilidade de dados da Administração Pública. Em especial, estabeleceu a obrigatoriedade de publicidade de toda decisão proferida no âmbito do Poder Público, bem como sua motivação. [...] o próprio FOIA admite, entre outras hipóteses, o afastamento da regra geral de publicidade quando lei o determine”. (p. 164-165).

estrutura da Administração Pública, como é o caso das entidades paraestatais (empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).¹⁸⁵

A doutrina tem adotado um posicionamento moderado a respeito da aplicação da confidencialidade no âmbito dos contratos administrativos, entendendo pela possibilidade de flexibilização do princípio a depender do objeto do contrato.

Carlos Alberto Carmona expressa que, embora o princípio da publicidade permita que haja um controle externo dos atos administrativo praticados pela Administração Pública, poderá haver restrições quanto ao acesso de determinados documentos e debates travados pelas partes, limitando à consulta eterna apenas de atos e documentos essenciais ao procedimento arbitral.¹⁸⁶

Marcio Pestana, ao se manifestar acerca da confidencialidade nos contratos públicos, adotou posição mitigadora do princípio da publicidade, argumentando que:

[...] a confidencialidade das matérias levadas a julgamento deverá sofrer, no mínimo, algum tempero. Naquilo que for possível conservar-se sobre sigilo no procedimento arbitral, v.g., aspectos técnicos de equipamentos sensíveis à Administração Pública, procederem poderão ser tomados neste sentido, devendo, entretanto, dar-se publicidade do decisório e do seu teor, sob pena de infringência ao princípio da publicidade e transparência que, explícita e implicitamente, se alojam no art. 37, “caput”, da CF.¹⁸⁷

Contrário a esse entendimento, Carlo Alberto de Salles defende ser fundamental para garantir o controle desejado pela Constituição Federal ao instituir o Princípio da Publicidade que “[...] é fundamental à convenção arbitral administrativa – garantir a ampla publicidade da sentença arbitral e dos documentos produzidos durante o procedimento arbitral”. Segue afirmando que a divulgação da documentação apresentada pelas partes e formada durante o processo arbitral

¹⁸⁵ José dos Santos Carvalho Filho, op. cit., p. 49.

¹⁸⁶ Arbitragem e Processo, op.cit., p. 51-52.

¹⁸⁷ Administração pública e a arbitragem. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+Abitragem>> Acesso em: 22/05/2014, p. 8. Para Eduardo Talamini, de igual forma “[...] é possível que a arbitragem envolvendo o ente público submeta-se a um regime de publicidade restrita. Isso dependerá dos fatores envolvidos no litígio (questões de segurança, intimidade pessoal, propriedade intelectual etc.). As mesmas razões que justificariam a restrição da publicidade no processo judicial (CF, art. 5º, LX) autorizam-na no processo arbitral”. (Idioma e local da arbitragem sobre PPP. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9546,91041-Idioma+e+local+da+arbitragem+sobre+PPP>> Acesso em: 22/05/2014, p. 3-4).

permite que os interessados possam confrontá-los com a sentença proferida, o que lhe garante estabilidade e legitimidade.¹⁸⁸

Embora haja divergência doutrinária quanto à aplicação do princípio da publicidade na arbitragem envolvendo contratos públicos, entende-se que a orientação que melhor se adéqua é a da possibilidade de mitigação regrada do princípio. Essa mitigação regrada é compreendida sob o viés de que a lei e somente a lei poderá dispor do acesso às informação atinentes a Administração Pública. Não se trata de qualquer lei, mas de lei específica nos termos do inc. II do §3º do art. 37 da CF.

Seguindo essa tônica, o legislador editou a Lei de Acesso à Informação (Lei Federal n. 12.527/2011), regulamentando o acesso à informação no âmbito do Poder Público. O art. 3º, inc. I prevê a “observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção”, ou seja, em um primeiro momento deve privilegiar-se a publicidade, conquanto a lei permita que, em caráter de exceção, a publicidade possa ser mitigada.

O acesso à informação referente a registros ou documentos produzidos ou acumulados por órgãos ou entidades públicas foi regulamentado pelo art. 7º, incisos II e III da referida lei, prevendo que o acesso à informação nela tratada abarca aquelas contidas em registros ou documentos pertencentes a órgãos ou entidades públicas e de informações produzidas ou custodiadas por pessoas físicas ou entidade privada decorrente de qualquer vínculo com órgãos ou entidades públicas.

Embora a norma não se aplique diretamente às empresas privadas com finalidade lucrativa, a teor do que dispõe o art. 2º, a Administração Pública não poderá se esquivar de obedecê-la, sob pena de ofensa ao Princípio da Estrita Legalidade, o que poderá ensejar responsabilidade administrativa, conforme previsto no art. 32 da lei.

Por esse motivo, quando o procedimento arbitral envolver contratos administrativos, deverá obrigatoriamente observar a norma regulamentadora do acesso à informação, que garante livre acesso aos dados e documentos produzidos pela Administração Pública ou por quem com ela se relacione, sob pena de ofensa direta ao princípio da publicidade.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Op. cit., p. 284-285.

¹⁸⁹ Ponto fim a essa discussão, o Senado Federal ao apresentar o projeto de lei 406/2013 que altera a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96), além de prever expressamente a possibilidade de uso da

Entende-se, portanto, que o acesso aos documentos que digam respeito a assuntos internos da empresa contratante (comerciais e estratégicos) e que não se relacionem diretamente com o negócio celebrado com a Administração Pública, deverá permanecer restrito às partes que integraram a relação contratual, garantindo-se, desta forma, a manutenção da adequada privacidade.

3.6 Adequações procedimentais necessárias para o emprego da arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e parceria público-privada.

A Lei 9.307/95 serve como base jurídica para a formação da convenção arbitral e para o desenvolvimento do procedimento arbitral, inclusive na arbitragem envolvendo a Administração Pública conforme prevê o art. 23-A da Lei 8.987/95 e o art. 11, inc. III da Lei 11.079/2004.

Porém, em alguns aspectos, a lei geral da arbitragem deverá ser adequada ao regime jurídico de direito público, aplicável às relações jurídicas que envolvam o Estado, como nas hipóteses do julgamento por equidade, quanto ao local da arbitragem, do idioma usado no procedimento arbitral, a escolha dos árbitros ou da instituição arbitral que processará o litígio e quanto às despesas com o procedimento.

Aliado a isso, a incidência da arbitragem nos contratos administrativos deverão observar regras que lhes são peculiares (e.g., previsão no edital de licitação e a impossibilidade de apreciação do mérito administrativo), situações estas que serão abordadas adiante.

3.6.1 Previsão expressa no edital de Licitação

No campo doutrinário, persiste o debate acerca da necessidade ou não de previsão da arbitragem no instrumento convocatório (edital de licitação). Paulo Osternak Amaral defende que a inserção da arbitragem no edital de convocação

arbitragem nos contratos administrativos, tornou obrigatória a observância do princípio da publicidade: “Art. 2º, §3º As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade”.

seria desnecessária, ante a inexistência de dispositivo legal exigindo sua obrigatoriedade:

Contudo, a admissibilidade de a Administração se submeter à arbitragem não exige prévia estipulação no edital de licitação. Não se vislumbra nenhuma regra que exija que o edital contenha tal previsão. Ao contrário, a Lei de Arbitragem (lei geral acerca do assunto) impõe apenas o preenchimento dos três requisitos para a admissão da arbitragem: capacidade civil para contratar e que os litígios versem sobre direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º). Além disso, o fato de a Administração eleger a arbitragem para resolver eventuais litígios não implica diretamente uma situação de vantagem a quem quer que seja. Não há respaldo jurídico para definir a arbitragem como uma vantagem em relação ao Poder Judiciário.¹⁹⁰

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o caso COMPAGÁS x Consórcio Carioca Passarelli (REsp. 904.813/PR)¹⁹¹, reconheceu a legalidade do uso da arbitragem nos contratos públicos e, ao mesmo tempo, apontou inexistir invalidade do compromisso arbitral firmado sem previsão expressa no edital de licitação. Essa decisão reforça a tese daqueles que defendem a desnecessidade de previsão expressa da arbitragem no edital convocatório.

Em sentido contrário, Carlos Alberto de Salles ressalta que a previsão da arbitragem no edital convocatório permite que o particular adira de forma consciente aos mecanismos de resolução de conflitos, visto que o contrato administrativo, por se revestir de caráter de adesão, obrigará as partes aos direitos e obrigações nele previstos. A esse respeito, o autor expõe que:

¹⁹⁰ Op. cit., p. 77-78.

¹⁹¹ PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

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

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

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

4. [...].

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

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

[...] (REsp 904.813/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/10/2011, DJe 28/02/2012). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23/05/2014.

Justifica-se medida dessa ordem pelo fato de a contratação administrativa possuir um caráter de contrato de adesão em relação ao particular. A administração, prévia e unilateralmente, define as obrigações que deverão constar do contrato, inserindo-as no edital e/ou minuta contratual. Ao particular cabe escolher participar ou não do procedimento licitatório, acatando as condições contratuais estabelecidas pela Administração.¹⁹²

No entanto, especificamente em relação aos Contratos de Concessão de Serviços Públicos e de Parceria Público-Privada, por determinação legal, deverão os editais de concorrência expressamente prever a arbitragem como instrumento de resolução de conflitos.¹⁹³ Explica-se.

Em uma leitura atenta e conjugada dos arts. 18, inc. XIV e 23-A da Lei 8.987/95 (Lei das Concessões), colhe-se que o uso da arbitragem, nos casos em que envolva a concessão de serviços públicos, está condicionada à sua previsão expressa no contrato a ser celebrado com o vencedor do certame (art. 23-A). Já o art. 18, inc. XIV, ao regular o edital de licitação, determina que a minuta do contrato deverá integrar o respectivo instrumento convocatório. Se a opção pelo uso da arbitragem deve obrigatoriamente estar previsto no contrato, e a minuta desse contrato deverá integrar o edital de licitação, é de se concluir que o uso da arbitragem está condicionada à sua previsão expressa no edital do certame.

Em relação aos contratos de parceria público-privada, o art. 11, inc. III da Lei 11.079/2004 prevê que o instrumento convocatório conterá minuta do contrato e indicará expressamente as normas legais e o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputa, inclusive da arbitragem.¹⁹⁴

Embora parte da doutrina e jurisprudência aponte pela desnecessidade da previsão da arbitragem no edital de licitação, entende-se que, em face do Princípio da Estrita Legalidade, caso o administrador opte pelo emprego da arbitragem, deverá expressamente prevê-la no instrumento convocatório.

¹⁹² Op. cit., p. 270.

¹⁹³ Carlos Alberto de Salles ressalta que “[...] o fato de, na lei de Parcerias Público-privadas (lei 11.079/2004), o permissivo para arbitragem constar dos requisitos do instrumento convocatório, enquanto na Lei 8.987/95 aparece entre as cláusulas que deverão constar do contrato. Essa diferença tópica, todavia, ao permite concluir pela diversidade de regimes jurídicos acerca da arbitragem nessas duas leis”, op. cit., p. 270.

¹⁹⁴ No Estado de Minas Gerais a Lei Estadual n 19.477/2011 prevê em seu art. 11 que “No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de árbitros e peritos e outros custos administrativos. Parágrafo único. As despesas a que se refere o *caput* deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral”. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&a no=2011>> Acesso em: 06/08/2014.

Primeiro, porque há determinação legal expressa nesse sentido; e, segundo, pelo fato de possibilitar que todos os interessados possam avaliar as condições do contrato (seus aspectos técnicos, financeiros, etc.), sendo que a arbitragem é hoje um grande atrativo aos investidores, devido à segurança e agilidade que o procedimento traz na resolução de litígios que possam surgir no decorrer da relação contratual (o que traz reflexos econômicos no contrato).

3.6.2 Início do procedimento arbitral

O marco legal do início do procedimento arbitral é a escolha e aceitação do(s) árbitro(s). Determina o art. 19 da Lei 9.307/96 que “considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. Não basta a mera indicação contratual da arbitragem como meio de resolução de conflitos para que se garanta automaticamente o início do procedimento.

Nos termos do que foi discutido no capítulo anterior (item 2.2.1), a indicação do(s) árbitro(s) pelas partes deverá observar as regras previstas nos §§2º e 3º do art. 13 da LA. Deverão indicar um ou mais árbitros e, inexistindo acordo quanto à nomeação, deverão submeter a escolha ao Judiciário. No contrato em que foi celebrada a arbitragem, poderá ser instituído um procedimento de escolha dos árbitros, evitando-se, assim, que haja postergação da instauração do processo arbitral. Essa é a regra geral aplicável aos contratos privados.

Em relação aos contratos administrativos, Carlos Alberto de Salles faz uma breve ressalva:

[...] para se evitar incertezas desnecessárias no processo licitatório e em eventual instituição da arbitragem, deve-se, também evitar cláusulas vazias. Aliás, nos termos do que foi discutido no item anterior, as definições quanto à forma de instituição do processo arbitral devem constar do próprio instrumento convocatório. Nada impede a Administração, inclusive, de indicar uma instituição arbitral e seu respectivo regulamento para esse fim.¹⁹⁵

A escolha do(s) árbitro(s) torna-se ponto central para a concretização da arbitragem. Por isso, a existência de regras claras e pré-determinadas no contrato

¹⁹⁵ Op. cit., p. 276.

pode evitar que haja delongas na instauração do processo de arbitragem. O art. 13, §3º, *in fine*, autoriza a escolha de regra de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, o que poderia facilitar eventual impasse surgido na escolha do(s) árbitro(s).

3.6.3 A escolha do (s) árbitro (s) e o procedimento a ser adotado no processo de arbitragem

As leis que regem os Contratos de Concessão de Serviços Públicos (art. 23-A da Lei 8.987/95) e Parceria Público-Privada (art. 11, inc. III da Lei 11.079/2004) não instituíram uma regra especial para a escolha do(s) árbitro(s) que procederá(ão) à arbitragem, apenas fazendo referência à adoção das regras previstas na Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem).

Conforme prevê o art. 13 da LA, caberá às partes indicar um ou mais árbitros para comporem o procedimento arbitral. A arbitragem poderá ser *ad hoc*¹⁹⁶ quando as partes elegerem um ou mais árbitros e ditarem as regras do procedimento. Por outro lado, será institucional quando os árbitros e o procedimento escolhido integrarem um órgão técnico criado para esse fim (art. 13, §3º).

Observa-se que o legislador concedeu ao administrador público certo grau de discricionariedade na escolha do árbitro e do procedimento a ser adotado, inexistindo vedação legal para que ele opte ou pela arbitragem *ad hoc* ou pela institucional, conforme previsto no art. 13 da L.A.¹⁹⁷ Essa liberdade de escolha do árbitro pela Administração, todavia, deixa em aberto à autoridade responsável uma

¹⁹⁶ Selma Lemes explica que “na arbitragem *ad hoc* as partes, para o caso específico e particular, fixam as regras de procedimento que desejam ver aplicadas pelo árbitro ou tribunal arbitral. A arbitragem é administrada pelas próprias partes e o árbitro não dispõe de assistências especial de um organismo externo. [...]. A arbitragem institucional é aquela em que os serviços de administração são confiados a um órgão técnico criado para esse fim, e que com profissionalismo e lisura gerenciam o procedimento arbitral” (LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem Institucional e AD HOC. *in*: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; e, CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 313 e 323).

¹⁹⁷ A esse respeito Paulo Osternack Amaral ressalta que “não há regra que impeça o Poder Público de escolher [...] uma determinada câmara de arbitragem, com regulamento próprio e rol permanente de árbitros [...]” ou “[...] uma arbitragem *ad hoc* para a resolução de controvérsias relacionadas com o contrato”. De fato, inexistente lei vedando a escolha. Porém, importante observar que o que permite o administrador exercer discricionariedade na escolha dos árbitros e do procedimento arbitral não é a ausência de lei (pois do contrário estar-se-ia ofendendo o princípio da estrita legalidade), mas a existência de regra expressa na lei das concessões e PPP que autorizam o uso do procedimento de escolha dos árbitros previsto na Lei 9.307/96 (art. 13).

grande margem de discricionariedade, abrindo espaço para eventuais fraudes e desvios.

Por isso Carlos Alberto de Salles sugere quando a arbitragem envolver o Poder Público, que se deva obrigatoriamente proceder à escolha de uma pluralidade de árbitros (painel arbitral) ou de uma instituição de renome “não apenas para facilitar o consenso, como também, para proporcionar uma adequada participação do particular contratado nessa escolha”.¹⁹⁸

A escolha de um painel arbitral composto por uma pluralidade de árbitros (*ad hoc* ou pertencentes a uma instituição arbitral) seria medida mais adequada por conferir à decisão maior grau de neutralidade, evitando-se que uma escolha mal conduzida pela autoridade administrativa reverta-se em prejuízo para a Administração Pública.

Embora não se trate de objeto deste trabalho, a Lei Estadual n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado mineiro seja parte. Em seu art. 4º, o legislador estadual optou pela instituição da arbitragem exclusivamente por meio de órgão arbitral institucional, fixando no art. 5º os requisitos essenciais para o exercício da função:

- I - ser brasileiro, maior e capaz;
- II - deter conhecimento técnico compatível com a natureza do contrato;
- III - não ter, com as partes nem com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizem os casos de impedimento ou suspeição de Juízes, conforme previsto no Código de Processo Civil;
- IV - ser membro de câmara arbitral inscrita no Cadastro Geral de Fornecedores de Serviços do Estado.

Nessa lei, foram fixados requisitos objetivos para escolha dos árbitros que integrarão o juízo arbitral, evitando-se escolhas eminentemente subjetivas, o que poderia resultar na escolha de árbitros que deponham exclusivamente a favor do interesse da parte que o elegeu, o que ensejaria na quebra da sua imparcialidade.

Quanto ao procedimento a ser adotado, embora inexista vedação legal para que as partes o escolha livremente, quando envolver o Poder Público, entende-se por bem que no contrato ou na lei que autorizou a sua celebração seja especificado as regras a serem adotadas. De preferência, sejam indicadas as regras que

¹⁹⁸ Ibidem.

integrem o procedimento de alguma entidade arbitral, pois possibilita às partes, de antemão, conhecerem as regras a que serão submetidas, em homenagem aos princípios da legalidade e da publicidade.

3.6.4 Contratação e despesas com o processo arbitral

A Administração Pública, na celebração de seus contratos, deverá observar a regra contida no art. 37, inc. XXI da CF, que torna obrigatória a realização de prévia licitação pública como requisito para a sua validade.

Tem como objetivo selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais assegurando de antemão a preservação do interesse público.

Carlos Henrique Soares (*et all*) ressalta que “[...] a Administração Pública, dentro dos ditames da legalidade, não pode contratar serviços de maneira livre e arbitrária, ressalvados os casos que propiciam, de maneira expressa, as possibilidades de dispensa e inexigibilidade da licitação, como nas proposições dos arts. 24 e 25 da Lei de Licitação (Lei n. 8.666/93)”.¹⁹⁹

A arbitragem trata-se de um serviço que, quando prestado à Administração Pública, deverá obrigatoriamente observar as regras previstas na Lei de Licitações (art. 1º).

Os serviços englobam todas as atividades destinadas a “obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais”, nos termos do art. 6.º, II, da Lei 8.666/1993.²⁰⁰

A arbitragem deve ser classificada como um trabalho técnico-profissional devido ao grau de especialização exigida para o exercício do *múnus* atribuído ao árbitro. Embora não haja menção expressa na lei acerca da arbitragem como modalidade de serviço especializado, considerando que o art. 13 da referida lei estabelece rol meramente exemplificativo, inexistente impedimento para que o administrador lhe atribua essa qualidade desde que devidamente justificado.²⁰¹

¹⁹⁹ De(s) necessidade de processo licitatória para escolha da câmara arbitral. *In*: Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 47, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1578/1685>> Acesso em: 29/05/2014.

²⁰⁰ Rafael Carvalho Rezende de Oliveira, op. cit., p. 31.

²⁰¹ “O serviço da Câmara Arbitral pode ser entendido como especializado devido a toda *expertise* e experiência que possui em conduzir os procedimentos arbitrais. Trata-se, portanto, de um serviço

Por se tratar de serviço técnico especializado, poderá o administrador invocar a inexigibilidade de licitação prevista no art. 25, inc. II da Lei 8.666/93:²⁰²

Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.

Para justificar essa espécie de contratação direta, além da notória especialização do(s) árbitro(s), exige-se a natureza singular do serviço (não podendo ser algo ordinário, usual ou corriqueiro).

Quanto ao valor a ser pago a título de remuneração dos árbitros, entende-se que a Administração Pública deverá se pautar em critérios objetivos, fixados em regras administrativas previamente estabelecidas ou pela adoção de tabela remuneratória utilizada pelas instituições arbitrais, a fim de evitar questionamentos futuros. Poderão, no entanto, acordar na cláusula compromissória que a empresa privada arque com o pagamento das custas do procedimento e dos honorários dos árbitros.

No Contrato de Parceria Público-Privado firmado entre o Estado de Minas Gerais e a empresa Minas Cidadão Centrais de Atendimento (Contrato n. 9001375/2011), cujo objeto foi à implantação e manutenção do Projeto denominado “UAI” (Unidade de Atendimento Integrado), foi estipulado que a concessionária arcaria com os custos da arbitragem até o proferimento da sentença arbitral, *in verbis*:

particularizado e diferenciado devido ao fato de as Câmaras possuírem regulamentos próprios, criando singularidades caracterizadoras e um serviço técnico altamente estruturado. Ademais, são elas instituições que só conseguem se manter no mercado se os serviços ofertados forem prestados com alta qualidade e confiabilidade, pois, como é sabido, em geral, a arbitragem está vinculada a altos valores contratuais”. (SOARES, Carlos Henrique, op. cit., p. 47).

²⁰² A esse respeito, Carlos Alberto de Salles afirma que: “[...] é caso de inexigibilidade de licitação, por mostrar-se inteiramente inviável a competição para definição de quem será o árbitro indicado. Nesse sentido, ‘o elenco de causas de inexigibilidade contido na Lei tem cunho meramente exemplificativo’, porque a caracterização da inexigibilidade, na verdade, se faz pela inviabilidade de competição, como se verifica em relação à indicação de árbitro” (op. cit., p. 279). Rafael Carvalho afirma que nas hipóteses em que for inviável a competição, os serviços técnicos de natureza singular, prestados por profissionais ou empresas de notória especialização, poderão ser contratados diretamente pelo Poder Público, mediante inexigibilidade de licitação, salvo na hipótese de serviços de publicidade e divulgação (art. 25, II, da Lei 8.666/1993), op. cit., p. 34.

Cláusula 29.4. As PARTES, neste ato, acordam que a CONCESSIONÁRIA arcará com os custos do procedimento de contratação da Câmara e de todo o procedimento arbitral até o proferimento da sentença arbitral, independentemente da PARTE que solicitar o início da arbitragem.²⁰³

Embora inexista lei e regramento administrativo prevendo o ônus do pagamento da arbitragem pela empresa concessionária, entende-se que nos contratos de concessão de serviços públicos e PPP, as partes poderão transigir nesse sentido. Frisa-se que, inexistindo qualquer prejuízo para o Poder Público, não haverá que se falar em ilegalidade dessa cláusula.

A Administração Pública terá, em razão disso, duas opções: I) dividir o custo com a concessionária, podendo arguir a inexigibilidade de licitação; ou, II) atribuir a concessionária o dever arcar com os custos do procedimento, desde que devidamente pactuado no contrato administrativo.

3.6.5 Escolha do local da arbitragem e idioma a ser utilizado

A lei das PPP (art. 11, inc. III) e das Concessões de Serviços Públicos (art. 23-A) preveem expressamente que o procedimento arbitral ocorra em território brasileiro e seja realizado no idioma português. Quanto a esse aspecto, as partes (entidade privada e Poder Público) não poderão transigir.

Eduardo Talamini critica a regra, afirmando inexistir razões para se desconfiar da credibilidade das instituições internacionais de arbitragem, por serem entidades sérias e reconhecidas internacionalmente, além de possuírem árbitros com alto grau de especialidade técnica:

²⁰³ MINAS GERAIS. Portal de Gestão de Conteúdo do Programa de Parceria Público-Privado do Estado de Minas Gerais. Contrato do Projeto UAI. Disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-uai>> Acesso em: 29/05/2014.

[...] não há razões para duvidar da idoneidade no desenvolvimento e solução de processos desenvolvidos fora do território nacional e que tenham por objeto questões de interesse público. Basta considerar os episódios de arbitragem internacional e de disputas perante órgãos contenciosos internacionais a que já se submeteu o Estado brasileiro. Em simpósio multidisciplinar sobre as parcerias público-privadas realizado em São Paulo em 02.12.2004, Bernard Mencier, formulando crítica similar, citou o exemplo da arbitragem desenvolvida na Suíça e que acolheu pretensão do Brasil em disputa com a França acerca das fronteiras com a Guiana Francesa. Podem ser também mencionados os diversos processos perante a OMC de que o Brasil recentemente tomou parte: saiu-se vitorioso em alguns, derrotado em outros – mas não pairam dúvidas sobre a seriedade dos julgamentos ali emitidos.²⁰⁴

Ao que tudo indica, o legislador optou pela realização da arbitragem no Brasil visando facilitar a execução da sentença arbitral. Sendo proferida no Brasil e havendo o seu descumprimento por qualquer das partes, bastará que a parte lesada promova sua execução perante a justiça estatal.

No entanto, caso a sentença seja proferida no exterior, a sua execução ficará condicionada à homologação da sentença estrangeira perante o STJ. Somente após o trânsito em julgado da decisão homologatória, o credor poderá pleitear a sua execução.

Trata-se de procedimento moroso que poderá resultar na ineficiência do uso da arbitragem como instrumento de resolução de conflitos. Nesse sentido se posiciona Carlos Alberto de Salles:

Na verdade, o legislador brasileiro emprestou relevância, isto sim, ao local onde deve ser proferida a sentença. É esse fator determinante de a decisão ser considerada nacional ou estrangeira, sendo essa última qualificação da sentença o que determina a necessidade de sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça. De fato, não se justificava impor a arbitragem uma característica – a aderência ao território – própria da jurisdição estatal. Nada impede a arbitragem se desenvolver sem limites territoriais determinados, sendo de todo razoável permitir-se ao árbitro circular em um espaço real ou virtual ilimitado, visando a proporcionar uma maior efetividade do processo a seu encargo.²⁰⁵

Por fim, a obrigatoriedade do uso da língua portuguesa no procedimento arbitral permite maior publicidade e transparência do ato. Torna acessível o

²⁰⁴ Idioma e local da arbitragem sobre PPP. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9546,91041-Idioma+e+local+da+arbitragem+sobre+PPP>> Acesso em: 26/05/2014. José Cretella Netto considera essa regra inútil, pois a credibilidade da arbitragem independe da nacionalidade dos árbitros ou da instituição arbitral (Op. Cit., p.)

²⁰⁵ Op. cit., p. 251.

conteúdo do processo às partes e a terceiros que detenham interesse na lide, permitindo um maior controle (interno e externo) do procedimento e de seu resultado.

3.6.6 Vedação de julgamento por equidade

O art. 2º da Lei 9.307/95 oferece às partes a possibilidade de optarem pelo julgamento de direito ou de equidade. A arbitragem por equidade pode ser qualificada como renúncia das partes a aplicação do direito positivo na solução do litígio²⁰⁶. Não se trata de uma renúncia nos termos da legislação civil, onde a parte unilateralmente opta pela renúncia do direito, mas de uma renúncia bilateral (própria do instituto da arbitragem), onde às partes, por *esponte própria*, decidem afastar o uso da lei como critério de julgamento do mérito do conflito, atribuindo ao árbitro o “poder” de dizer o direito, *in concreto*, solvendo o conflito com bom senso e justiça.

O uso da equidade abre a possibilidade para a resolução de conflitos onde os envolvidos não se sintam satisfeitos com os possíveis resultados a serem alcançados com os parâmetros normativos vigentes e incidentes no caso específico.

Nos litígios que envolva interesse privado, o uso da arbitragem por equidade é amplamente aceita, por outro lado, quando em voga interesses públicos o emprego da equidade, como critério de julgamento, encontra restrição no princípio da legalidade previsto no *caput* do art. 37, da CF.²⁰⁷

A decisão por equidade tem como fundamento a livre vontade das partes (autonomia da vontade). No entanto, a autonomia do administrador público é limitada pela lei, sendo que a sua atuação se encontra vinculada às regras de direito (princípio da estrita legalidade). Permitir a decisão por equidade significaria uma

²⁰⁶ Nesse sentido Eric Loquim afirma que [...] a arbitragem por equidade pode ser qualificada como uma renúncia das partes a eventuais direitos oriundos da aplicação da lei ao litígio. Como parte da doutrina firma que o compromisso arbitral constitui uma renúncia à utilização do Judiciário, a arbitragem por equidade também pode ser entendida como uma renúncia ao direito de ser julgado conforme o direito positivo (L’amiable Composition em Droit Comparé et International. Paris: Librairies Techniques, 1980, p. 37-39 *apud* VALLE, Martim Della. Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional (tese de doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102009-154326/pt-br.php>> Acesso em: 29/09/2014, p. 57).

²⁰⁷ “Na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Aqui não se aplica a autonomia das vontades das relações entre particulares. Em suma, esse princípio, explicitamente previsto no *caput* do art. 37 da CF/88, implica que a atuação administrativa esteja em compasso com a lei e autorizada por ela” (Dirley da Cunha Júnior, op. cit., p. 861).

“autorização para deixar de lado as normas de direito posto e julgar segundo o que parece justo no caso concreto” ²⁰⁸, o que não seria possível devido a expressa vedação constitucional.

Em se tratando de contratos administrativos, não se pode vislumbrar a possibilidade da solução dos conflitos pelo critério da equidade. Trata-se de uma simples faculdade que pode ou não existir nas arbitragens envolvendo exclusivamente particulares, mas que não se coaduna com a observância pela Administração Pública do princípio da legalidade.

Portanto, a arbitragem nos contratos administrativos deverá ser exclusivamente de direito, posto que as ações estatais devem ser orientadas segundo as normas positivadas no ordenamento jurídico.

²⁰⁸ CARMONA, op. cit., p. 65.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No atual contexto, pós-reforma dos modelos de Administração Pública ocorrida a partir da década de 30, observa-se uma nova postura do Estado em relação aos serviços públicos e contratos administrativos. O Estado, diante das experiências passadas, percebeu que não seria possível, unilateralmente, fornecer, de forma eficiente, todas as atividades a ele atribuídas (com a implantação do Estado Social), sendo necessária a participação da iniciativa privada em colaboração com o Estado para a execução compartilhada de serviços públicos e a viabilização de projetos de infraestrutura.

A fim de facilitar a cooperação entre o setor público e o particular, o legislador criou dois importantes instrumentos de contratação, com o objetivo de atrair investimentos da iniciativa privada. Inicialmente foi criado, através da Lei 8.987/95, o contrato de concessão e permissão de serviços públicos, e, quase uma década depois, instituiu-se o contrato de parceria público-privada (Lei 11.709/2004).

Com a criação dessas novas espécies contratuais, deu-se início a uma nova fase do contratualismo administrativo, flexibilizando-se a relação verticalizada até então mantida pelo Estado com os seus contratantes, cedendo lugar a negociações mais igualitárias, onde o investidor privado, percebendo a necessidade de ampliação da oferta de serviços pelo Estado, passou a exigir maior segurança jurídica e econômica aos investimentos que viesse a concretizar.

A parceria público-privada e a concessão de serviços públicos são instrumentos negociais que, por sua natureza, possuem em maior ou menor grau, mecanismos de cooperação e colaboração que permitem o investimento em projetos de alto custo e complexidade, sem que o investidor corra o risco de ter o capital investido revertido em proveito único do Estado.

Dentre as inovações trazidas pelas Leis 8.987/1995 e 11.709/2004, o legislador acolheu os modelos consensuais de resolução de conflitos. Dentre esses mecanismos consensuais, a arbitragem, instrumento eficaz e célere de resolução de litígios (até então usado no âmbito das relações privadas), aportou-se como um instrumento apto a garantir a rapidez e a segurança na dissipação de divergências que surgissem durante a consecução da relação negocial.

A Lei 11.709/2004 (lei da parceria público-privada) foi a norma pioneira a admitir o uso da arbitragem no âmbito das relações negociais envolvendo a

Administração Pública. Logo após, seguindo essa nova tendência, o legislador alterou a Lei 8.987/95 (lei das concessões) através da Lei 11.196/2005, para incluir a arbitragem como mecanismo resolução de conflitos nos contratos de concessão.

Além de atrair investidores e oferecer estímulos à iniciativa privada para aderir aos contratos administrativos, a permissibilidade desse instrumento de resolução de litígios tem como vantagem permitir soluções tecnicamente mais adequadas (em razão da especialização dos árbitros) e célere, considerando-se que os árbitros ou institutos arbitrais, atuam em número reduzido de procedimentos, o que lhes permite que suas decisões sejam proferidas em tempo mais razoável, diversamente do que ocorre na justiça estatal.

No atual cenário mundial, dinâmico e globalizado, é intolerável que as relações negociais privadas ou públicas se tornem refém da falta de especialização técnica dos juízes estatais e do burocrático e lento procedimento judicial. A arbitragem, nesse contexto, permite que uma solução para os conflitos seja dada em tempo razoável e por árbitros que detenham conhecimento técnico e específico do objeto da demanda, permitindo um resultado mais seguro e eficaz, pondo fim à crise instalada na relação contratual, permitindo que as partes possam preservar e dar andamento ao negócio.

A orientação doutrinária e jurisprudencial vem se firmando no sentido da viabilidade do uso da arbitragem nos contratos públicos. Embora haja certa relutância por parte do Tribunal de Contas da União, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal se posicionaram pela possibilidade do emprego da arbitragem nos contratos públicos, sendo mais evidente e certo, o seu cabimento quando a lei expressamente o autorizar, como ocorre no caso dos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A, da Lei 8.987/95) e parceria público-privada (art. 11, da Lei 11.079/2004).

Não há que falar ainda em ofensa aos Princípios da Supremacia do Interesse Público e da Indisponibilidade do Interesse Público, que orientam o Direito Público, pois o uso da arbitragem não implica na inobservância de tais princípios. Conforme já mencionado, a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário permite enxergar a existência de interesses públicos disponíveis, visto que os interesses secundários, por sua natureza instrumental, permite que a Administração Pública disponha de bens e interesses quando tenha como foco alcançar os interesses públicos coletivos (primários), que são indisponíveis.

Embora haja aceitação do uso da arbitragem nos contratos de concessão e de parceria público-privada, existem adaptações procedimentais que deverão ser observadas a fim de garantir a coexistência pacífica do instituto com as normas de Direito Público (regras de observância obrigatória nos atos e negócios celebrados pela Administração Pública).

É o que se observa em relação ao princípio da legalidade que, além de impedir o uso da equidade como critério de julgamento, exige a prévia autorização legal para o uso da arbitragem.

Necessário, ainda, que haja expressa previsão no edital de licitação. Essa medida visa permitir que os futuros contratantes tenham acesso prévio a todas as cláusulas que integrarão o contrato administrativo, dando-lhes a oportunidade de aferir a viabilidade do negócio. Atualmente a arbitragem é vista pela iniciativa privada como uma vantagem, no que se refere a segurança jurídica do negócio, servindo como um atrativo para os investidores. Por isso, não é aceitável que, apenas após a licitação, seja inserida cláusula no contrato que possibilite o uso da arbitragem como instrumento de resolução de controvérsias surgidas na execução do contrato.

Outro aspecto que deve ser observado, é a impossibilidade da instituição de cláusula de sigilo diante da observância obrigatória do princípio da publicidade pela Administração Pública. A doutrina tem adotado um posicionamento moderado a respeito da aplicação da confidencialidade no âmbito dos contratos administrativos, sendo possível a sua adoção pela Administração Pública apenas em relação aos documentos que digam respeito a assuntos internos da empresa contratante (comerciais e estratégicos). Todos os demais atos e documentos que integrem o procedimento deverão estar disponíveis para consulta de qualquer interessado.

A Lei 9.307/96 prevê que as partes poderão optar pelo idioma e local onde se desenvolverá a arbitragem (art. 11, inc. I). Tratam-se de regras que poderão ser aplicadas nas relações contratuais em que as partes sejam pessoas privadas. Quando a Administração Pública contratar com a iniciativa privada, dispõe o art. 23-A da Lei das Concessões e art. 11, inc. III da Lei da PPP, que deverá utilizada a língua portuguesa, vedando-se a adoção de qualquer outra. Os mesmo dispositivos legais determinam que a arbitragem será realizada no Brasil, o que afasta por completo a submissão da controvérsia a Tribunais Arbitrais estrangeiros que não possuam filial no território nacional.

Essas restrições não inviabilizaram o uso da arbitragem nos contratos de concessão e de PPP, servindo apenas como forma de compatibilização dos mecanismos procedimentais inerentes à arbitragem, com às regras de Direito Público. O uso da arbitragem, ao que se pode ver, vai ao encontro do que se espera da Administração Pública moderna: gestão eficiente dos serviços públicos, desprendida dos procedimentos administrativos burocráticos que emperram a sua efetiva disponibilização.

REFERENCIAS

ALVIM, J. E. Carreira (*atualizado por Luciana Gontijo Carreira Alvim Cabral*). Comentários à Lei de Arbitragem. 2ª ed. 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2009.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Ed. Forum, 2012, 233p.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 240, p. 105-145, abr./jun. 2005.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo (*e-book*). 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2013.

AZEVEDO, André Gomma (org.). Trabalho conjunto dos membros do GT Arbitragem. Glossário: Métodos De Resolução De Disputas – RDS, in Revista “Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação”. Brasília: UNB, Vol. 3, 2004.

BARBADO, Michelle Tono. *O plano diretor da reforma do aparelho do estado e as organizações sociais*. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro. O Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: Editor Fórum, 2003.

BEZERRA JÚNIOR, Wilson Fernandes. Arbitragem Comercial no Direito de Integração. São Paulo: ed. Aduaneiras, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, p. 9. In: *Mundo Jurídico*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228> Acesso em: 01/08/2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei 1.350 de 14 de setembro de 1866. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-1350-14-setembro-1866-554052-publicacaooriginal-72489-pl.html>> Acesso em: 14/01/2014.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei de 20 de outubro de 1823. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40852-20-outubro-1823-574277-norma-pl.html> Acesso em: 14/01/2014.

BRASIL. Câmara Federal. Projeto de Lei do qual originou a Lei 11.079/2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=61B1F4D413F55E8387037DDEA2899360.proposicoesWeb1?codteor=182910&filename=PL+2546/2003> Acesso em: 16/05/2014.

BRASIL. Planalto. Constituição de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso em: 14/02/2014.

BRASIL. Planalto. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 06/08/2014.

BRASIL. Planalto. Decreto 737 de 25 de novembro de 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm> Acesso em: 06/08/2014.

BRASIL. Planalto. Decreto-lei 2.300 de 21 de novembro de 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm> Acesso em: 06/08/2014.

BRASIL. Planalto. Lei 9.307/96. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm> Acesso em: 06/08/2014.

BRASIL. Senado Federal. PLS – Projeto de Lei do Senado nº. 406 de 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114641> Acesso em: 06.02.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.266.290/PE. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 2ª T, j. 12/11/2013, DJe 16/12/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 06/08/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.278.852/MG. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, 4ª T, j. 21/05/2013, DJe 19/06/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 05/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.302.900/MG. Rel. Ministro Sidnei Benetti, 3ª T, j. 09/10/2012, DJe 16/10/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 28/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 1.355.831/SP. Rel. Ministro Sidnei Benetti, 3ª T, j. 19/03/2013, DJe 22/04/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 30/04/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T, j. 20/10/2011, DJe 28/02/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 23/05/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada 6.335/EX. Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, j. 21/03/2012, DJe 12/04/2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>> Acesso em: 28/03/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 591.874/MS. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 26/08/2009, DJe 18/12/2009, repercussão geral. Disponível em: <

<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 06/08/2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 2145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>> Acesso em: 06/08/2014.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: alguns aspectos do processo e do procedimento na Lei nº 9.307/96. São Paulo: ed. LED, 2000.

CARMONA, Carlos Alberto. A Arbitragem no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993, 166p.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2009, 571p.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2014.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. Os novos caminhos do direito administrativo no contesto evolutivo do Estado de Direito. In: O Novo Direito Administrativo Brasileiro. O Estado, as Agências e o Terceiro Setor. Org. Cláudia Fernanda de Oliveira Pereira. Belo Horizonte: ed. Fórum, 2003.

CASELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem – a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: Ed. LTr, 1996, 389p.

CASELLA, Paulo Borba; e, SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). *Mediação de Conflitos. Novo Paradigma de Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009, 365p.

CORRÊA, Antonio. Arbitragem no Direito Brasileiro (Teoria e Prática). Rio de Janeiro: Forense, 1998.

COSTA, Nilton César Antunes da. Efeitos Processuais da Convenção de Arbitragem. Campinas: Servanda Editora, 2006, 256p.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de Direito Administrativo. Princípios do Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972, Vol. X.

CRETELLA NETTO, José. Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, 397p.

CRETELLA NETTO, José. *Curso de Arbitragem: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 533p.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Parcerias na Administração Pública. 4ª ed. São Paulo: ed. Atlas, 2002.

DOLINGER, Jacob; e, TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado (Parte Especial). Arbitragem Comercial Internacional. ed. Renovar, 2003, 1078p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; e, ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil (Parte Geral). 12ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2014, vol. 1

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2012, 1305p.

FERNANDES, Marcus Vinicius Tenório da Costa. *Anulação da Sentença Arbitral*. In: *Coleção Atlas de Processo Civil*, coordenação Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Ed. Atlas, 2007, 110p.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles. *Contratos Administrativos e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 119p.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Arbitragem: Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional. São Paulo: LTR, 1999.

FIUZA, Cesar. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais, p. 166. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (org.). Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

FURTADO, Paulo. *Juízo Arbitral*. 2ª Ed. Salvador: Ed. Nova Alvorada Edições Ltda., 1995, 143p.

FURTADO, Paulo; e, BULOS, Uadi Lammêgo. Lei da Arbitragem Comentada: breves comentários à lei n. 9.307 de 23.09.1996. São Paulo: Saraiva, 1997.

GARBO, Edson Gabardo; e, HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da Supremacia do Interesse Público e das Origens do Direito Administrativo: uma Crítica da Crítica. In: Supremacia do interesse público e outros temas relevantes de direito administrativo/DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; e, RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). São Paulo: Atlas, 2010.

GARCEZ, José Maria Rossani (coord.). A Arbitragem na Era da Globalização. Coletânea de Artigos de Autores Brasileiros e Estrangeiros. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitragem Nacional e Internacional. Progressos recentes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, 399p.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v. 3.

JÚNIOR, Joel Dias Figueira. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Ed. RT, 1999, 323p.

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

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem Institucional e AD HOC. in: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; e, CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LEMES, Selma M. Ferreira. Equidade e Celeridade 'Advogado deve abandonar Processo Civil na arbitragem'. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-12/entrevista-selma-lemes-advogada-professora-especialista-arbitragem>> Acesso em: 26/05/2014.

LEMES, Selma M. Ferreira. Números mostram maior aceitação da arbitragem no Brasil. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-10/selma-lemes-numeros-mostram-maior-aceitacao-arbitragem-brasil?imprimir=1>> Acesso em: 07/08/2014.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado (*edição digital*). 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MARCONI, Marina de Andrade; e, LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos de Metodologia Científica. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação estatal e interesses públicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; e, CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos Fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 15ª ed. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 37ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 30ª São Paulo: ed. Malheiros, 2013.

MINAS GERAIS. Assembleia de Minas. Lei Estadual n 19.477/2011. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=19477&comp=&ano=2011>> Acesso em: 06/08/2014.

MINAS GERAIS. Portal de Gestão de Conteúdo do Programa de Parceria Público-Privado do Estado de Minas Gerais. Contrato do Projeto UAI. Disponível em <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-uai>> Acesso em: 29/05/2014.

MINAS GERAIS. Portal de gestão de conteúdo do programa parceria público-privada. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos>> Acesso em: 17/05/2014.

MINAS GERAIS. Portal de gestão de conteúdo do programa parceria público-privada. Contrato de Concessão do Estádio do Mineirão. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-mineirao>> Acesso em: 19/05/2014.

MINAS GERAIS. Portal de gestão de conteúdo do programa parceria público-privada. Contrato de Concessão do Complexo Penal. Disponível em: <<http://www.ppp.mg.gov.br/sobre/projetos-de-ppp-concluidos/ppp-complexo-penal>> Acesso em: 19/05/2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: ed. Forum, 1997, jul./set., p.84.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. Parte Introdutória – Parte Geral – Parte Especial (*e-book*). 16ª ed. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014, p. 535.

MUJALLI, Walter Brasil. A Nova Lei de Arbitragem (Lei 9.307 de 23.09.1996). São Paulo: LED, 1997.

MUNIZ, Tânia Lobo. *Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96*. 1ª Ed. (6ª tiragem). Curitiba: Ed. Juruá, 2006, 196p.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de litígios com entes públicos. Coimbra: Ed. Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada (Dissertação de Mestrado). São Paulo: USP, 2012, p. 21. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25062013-090852/pt-br.php>> Acesso em: 27/12/2103.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; e, DI SALVO, Sílvia Helena Johansom. A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e a indireta. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2013/12/A-REFORMA-DA-LEI-DE-ARBITRAGEM_2013-12-11.pdf> Acesso em: 07/05/2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos – Teoria e Prática*. 3ª ed. São Paulo: ed. Método, 2014.

PEDROSO, João; e, CRUZ, Cristina. Arbitragem Institucional: Um Novo Modelo de Administração de Justiça — O Caso dos Conflitos de Consumo. Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra, outubro de 2000, p. 157-158. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/ARBITRAGEMINSTITUCIONAL.pdf> Acesso em 05/05/2014.

PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. In: *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996, p. 4. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.AdmPublicaBurocraticaAGerencial.pdf>> Acesso em: 05/05/2014.

PEREIRA, Carlos Luiz Bresser. Democracia, Estado Social e Reforma Gerencial. Intervenção no VI Fórum da Reforma do Estado. Rio de Janeiro, 1.10.2007, p. 3-4. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/papers/2008/07.17.DemocraciaEstadoSocialEReformaGerencial.28.2.08.pdf>> Acesso em: 05/05/2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. É o Estado capaz de se autorreformular?. In: *Desigualdade & Diversidade – Dossiê Especial*, segundo semestre de 2011, p. 16. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/2011/11.36.Estado_capaz_autoreformar.pdf> Acesso em: 09/05/2014.

PESTANA, Márcio. Administração pública e a arbitragem. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+Arbitragem>> Acesso em: 22/05/2014.

PESTANA, Márcio. *Direito Administrativo Brasileiro*. 3ª ed. Rio de Janeiro: ed. Elsevier, 2012.

PINTO, Luiz Roberto Nogueira. *Arbitragem: A Alternativa Premente para Descongestionar o Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. Arte & Ciência, 2002, 178p.

ROCHA, José de Albuquerque. *Lei de Arbitragem. Uma Avaliação Crítica*. São Paulo: Ed. Atlas, 2008, 134p.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no Mercosul*. Porto Alegre: ed. Livraria do Advogado, 1997.

ROSENVALD, Nelson; e, FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil (Parte Geral)*. 12ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2014, vol. 1.

SALGUEIRO, Ângela dos Anjos Aguiar e outros. *Ordenações Filipinas On-Line*. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/?inp=ARBITRO&qop=*&outp=>> Acesso em: 14/01/2014.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 331p.

SANTOS, Paulo de Tarso. *Arbitragem e Poder Judiciário*. São Paulo: Ed. LTr, 2001, 167p.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e Arbitragem Internacional Comercial. Aspectos gerais e algumas possibilidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Manual de Arbitragem (edição digital)*. 5ª edição. Rio de Janeiro: ed. Forense, 2014.

SOARES, Carlos Henrique; LIMA, Daniela Silva; e, TOLEDO, Luciana Aguiar S. Furtado de. De(s) necessidade de processo licitatória para escolha da câmara arbitral. *In: Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 44-49, set./dez. 2012. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1578/1685>> Acesso em: 29/05/2014.*

STRENGER, Irineu. *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: ed. LTR, 1996 .

STRENGER, Irineu. *Comentários à Lei Brasileira de Arbitragem*. São Paulo: Ed. LTr, 1998, 273p.

TALAMINI, Eduardo. Idioma e local da arbitragem sobre PPP. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI9546,91041-Idioma+e+local+da+arbitragem+sobre+PPP>> Acesso em: 22/05/2014.

TARTUCE, Flavio. *Manual de Direito Civil (edição digital)*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, 2133p.

VALENÇA FILHO, Clávio de Melo; LEE, João Bosco. *Estudos de Arbitragem*. Curitiba: Juruá, 2009. 460p.

VALLE, Martim Della. *Da Decisão por Equidade na Arbitragem Comercial Internacional (tese de doutorado)*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-06102009-154326/pt-br.php>> Acesso em: 29/09/2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; e, TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. 13 ed. São Paulo: RT, 2013.