

ARBITRAGEM NO DIREITO PÚBLICO: ANÁLISE DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Arbitration in Public Law: an analysis on public private partnership

Júlia Rizzatti Tedesco

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada.

Yuri Restano Machado

Professor de Direito Administrativo na Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador do Banco Central.

Resumo

Visa o trabalho, por meio de uma avaliação doutrinária, jurisprudencial e histórico-legislativa, analisar a compatibilidade do emprego da arbitragem nos contratos de parceria público-privada no ordenamento jurídico pátrio. Primeiramente, os institutos serão analisados de forma separada, a fim de que a compreensão migre para o cerne do estudo: o emprego de um método extrajudicial de resolução de conflitos – arbitragem- em contratos envolvendo a Administração Pública. Nesta senda, a implantação do Novo Código de Processo Civil e as inserções introduzidas na Lei de Arbitragem atinentes a sua utilização pelo Poder Público vêm ganhando notoriedade nos meios acadêmicos, ensejando o presente estudo. Isso porque o tema torna-se controvertido, uma vez que lança mão de um método privado de resolução consensual para dirimir conflitos entre o Poder Público e o ente particular, retirando-se da jurisdição estatal o poder decisório.

Palavras-chave: Arbitragem. Parceria Público-Privada. Método Extrajudicial. Direito Público. Resolução de Conflitos.

Abstract

This work aims at analysing the compatibility of employing arbitration in public private partnership contracts in the Brazilian juridical order by means of a doctrinal, case-law and historic-legislative evaluation. Firstly, the institutions are going to be analysed separately, so that understanding be the focus of this study: the employment of an extrajudicial method of conflict resolution - arbitration - in contracts involving Public Administration. In this regard, the implementation of the New Civil Procedure Code and the inserts introduced by the Arbitration Law pertaining to its utilization by the Public Authority have been gaining notoriety in academia, giving rise to the present study. That is because the topic is controversial once it applies a private method of consensual resolution to reduce conflicts between the Public Authority and the private entity, pulling out the decision-making responsibility from the state jurisdiction.

Keywords: Arbitration. Public Private Partnership. Extrajudicial Method. Public Law. Conflict Resolution.

Sumário

1. Introdução; 2. As Parcerias Público-Privadas; 3. A Arbitragem; 4. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas; 4.1 As Correntes Acerca do Tema; 4.2 O Princípio da Legalidade; 4.3. O Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado; 4.4 O Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos Patrimoniais; 4.5 O Princípio da Eficiência; 5. Conclusão; 6. Notas; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Consabido é que o Poder Judiciário vem, há diversos anos, passando por uma crise em suas atividades decorrentes da massa de ações e demandas litigiosas. A morosidade e a pouca efetividade no julgamento de processos tornam-se cada vez mais notórias, ensejando a criação de meios extrajudiciais para a solução de litígios. Dentre eles, destaca-se a arbitragem, instituída no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.307/96, que vem proporcionando a rápida e eficaz solução dos conflitos de interesses, especialmente àqueles relacionados a direitos patrimoniais disponíveis.

Paralelamente, ante a necessidade de melhoramentos na infraestrutura e nos serviços públicos do país, conjugada com a notória falta de recursos para realização de investimentos necessários, foi aprovada pelo Congresso Nacional a Lei nº 11.079/04, que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. Frente à crise jurisdicional e como forma de incentivar o parceiro privado a investir nos setores públicos, oferecendo vantagens ao ente particular que o atraiam e demonstrem minimizar os riscos da execução contratual, foi previsto expressamente a possibilidade da cláusula contratual prevendo o emprego da arbitragem no artigo 11, inciso III, da Lei nº 11.079/04.

Contudo, embora haja previsão legal para tanto, há uma série de apontamentos que são colocados à tona quando abordado o assunto, tornando o tema controverso. Dentre eles, questiona-se até que pontos e fundamentos a aplicação da arbitragem é possível sem ofender os preceitos de ordem constitucional que norteiam a Administração Pública. E, ainda, podendo a arbitragem ser utilizada somente por pessoas capazes de contratar para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis – artigo 1º da Lei 9.307/96 - questiona-se se o patrimônio público é um direito disponível passível de transação.

Visando suprir essas lacunas que vêm sido encontradas e, muitas vezes, levadas ao judiciário para solução, aprovou-se recentemente a Lei nº 13.129/15, responsável por diversas modificações na Lei de Arbitragem, especialmente no que toca às questões em que a Administração Pública participa. Nesta mesma conjuntura, a remodelação do Código de Processo Civil, com a Lei 13.105/15, legitimou a utilização dos meios extrajudiciais de solução de conflitos.

Assim, em que pese a atualização constante da legislação e a tendência de aceitação do meio arbitral em casos envolvendo a administração pública, especialmente em contratos de parceria-público privadas, ainda existem controvérsias a serem solvidas, ante ao conflito aparente entre as normas envolvidas na lide.

Em face de tais problemáticas desenvolveu-se o presente trabalho que tem como tema atinente a aplicabilidade do instituto da arbitragem pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada, em consonância com os princípios e valores presentes na Constituição Federal, leis esparsas e no próprio ordenamento jurídico brasileiro frente à Reforma do Aparelhamento Administrativo.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As parcerias público-privadas foram inspiradas na *Private Finance Initiative – PFI*, modelo inglês que instituiu uma forma especial de concessão, onde além do emprego habitual do serviço concessivo, aqueles usufruídos mediante taxas, nesse sistema também há a participação da iniciativa privada para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos, tais como ensino e saúde. O responsável por remunerar tais serviços é o próprio Poder Público e não quem se utiliza desse serviço, como ocorre nas concessões¹ normais. (OLIVEIRA, 2009, p. 918).

Diante das grandes mudanças econômicas ocorridas nas décadas de oitenta e noventa, principalmente com a implementação do Plano Real, as desestatizações, as privatizações e ante a necessidade de melhoramento, conjugada com a notória falta de recursos públicos para a realização dos investimentos essenciais, o modelo inglês mostrou-se uma grande alternativa ao Estado brasileiro para a resolução dos impasses.

Essa conjuntura ensejou a adoção das parcerias público-privadas no ordenamento jurídico, tornando-se oportuna tanto para o Estado, que precisava crescer e investir, contudo não possuía verba suficiente para isso, quanto para a iniciativa privada, que experimentava uma de suas maiores ascensões. Assim, estados e municípios passaram a elaborar suas próprias legislações sobre o assunto e, em 30 de dezembro de 2004, aprovou-se a Lei nº 11.079, diploma este que instituiu as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública. (ARAGÃO, 2009, p. 321).

Sobre o conceito de parceria público-privada², o autor para José Eduardo de Alvarenga assim se manifesta:

Por definição, na parceria público-privada (PPP), compete ao parceiro privado levantar recursos necessários aos investimentos iniciais no projeto, como a construção de infraestrutura exigida para a prestação dos serviços contratados e as despesas pré-operacionais em geral. Ao Estado, cabe pagar pelos referidos serviços conforme o desempenho do parceiro privado ao longo da vigência do contrato de PPP, que no Brasil pode chegar a 35 anos (o mínimo possível é 5 anos). (ALVARENGA, 2005).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro já entende que:

Para englobar as duas modalidades em um conceito único, pode-se dizer que a parceria público-privada é o 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. (DI PIETRO, 2011, p. 146).

Analisando os conceitos trazidos acima, percebe-se que foram extraídos por seus respectivos autores da definição eleita pelo legislador para classificar as parcerias público-privadas. Portanto, a Lei nº 11.079/04 é o guia normativo deste instituto, que se iniciou com o Projeto de Lei nº 2.546/03. Dentre as justificativas acostadas à mensagem que acompanhou o Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional refere-se que:

Tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo Poder Público ante a falta de disponibilidade de

recursos financeiros e aproveitamento da eficiência de gestão do setor privado. No caso do Brasil, representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado. (CONGRESSO NACIONAL, 2003).

A Lei das Parcerias Público-Privadas é resultado de uma busca por um instrumento jurídico-contratual que, mitigando os riscos do investidor, flexibilize o *iusimperii* da Administração Pública como parte no contrato, prevendo vantagens ao particular, como, dentre outras, a prestação de garantias pelo Poder Público, o maior equilíbrio entre as partes na negociação do contrato, bem como a solução de conflitos por meios alternativos de solução de controvérsia. (OLIVEIRA, 2012, p. 28).

Além da necessidade de realização de obras de infraestrutura, para as quais o governo não possuía recursos suficientes, a nova lei visou se adequar à Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, delegando à iniciativa privada grande parte das funções administrativas. (DI PIETRO, 2011, p. 146).

As parcerias público-privadas encaixam-se nessa nova fase de contratualização administrativa em que privilegia-se sobremaneira a cultura do diálogo entre o parceiro público e o privado, (ii) confere-se maior atenção às negociações preliminares ao ajuste (que devem ser transparentes), (iii) abrem-se espaços para trocas e concessões mútuas entre os parceiros, visando um balanceamento dos interesses envolvidos, (iv) diminui-se a imposição lateral de cláusulas por parte da Administração, com o proporcional aumento da interação entre os parceiros para o delineamento e fixação das cláusulas que integrarão o contrato e (v) institui-se uma maior interdependência entre as prestações correspondentes ao parceiro público e ao parceiro privado, inclusive com a atribuição de garantias a esse último, tidas como não usuais nos contratos tradicionais firmados pela Administração. (OLIVEIRA, 2005, p.5).

Em consonância com a tendência de aproximar o ente particular do Poder Público através de instrumentos mais paritários e trazendo este ponto como foco do trabalho, a Lei nº 11.079/04 inovou ao prever, no artigo 11, inciso III, o emprego de mecanismos alternativos de resolução de disputas, dentre elas a arbitragem, *in verbis*:

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, 19e 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.

Sobre esse assunto, pode-se dizer que a inclusão de meios extrajudiciais para solução de litígios tornou a utilização da parceria público-privada extremamente atrativa para ambas as partes, especialmente tendo em vista que a arbitragem tem se mostrado um instrumento eficaz para realizar a rápida solução dos conflitos, dando maior celeridade à execução das obras necessárias.

A Lei nº 11.079/04, entretanto, não prevê a cláusula arbitral como necessária no contrato: a Administração Pública poderá incluir no edital previsão a respeito, ou não. A predefinição da via arbitral pode servir para incentivar propostas no processo licitatório, fun-

cionando como fator positivo na avaliação de riscos feita pelos potenciais interessados na contratação. (TALAMINI, 2005, p. 351). “Entretanto, se a arbitragem não for prevista no edital (e consequentemente também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral”, refere Eduardo Talamini. (TALAMINI, 2005, p. 351).

Assim, embora relativamente nova, a Lei das Parcerias Público-Privadas destacou-se ao aceitar o emprego da arbitragem para resolução de conflitos, surtindo efeitos tanto em leis posteriores como em leis anteriores, que sofreram modificações por conta disso, como é de ver-se: originariamente, o Decreto-Lei nº 2.300/86, que precedeu a lei geral sobre licitações e contratos administrativos – Lei nº 8.666/93-, continha disposição expressa do emprego da arbitragem quando da celebração de contratos em que a União Federal ou suas autarquias domiciliadas no estrangeiro figurassem como parte.

Da análise constata-se que não se trata propriamente de um novo instituto, mas sim um conjunto de regras e institutos já conhecidos que, uma vez conjugados e acrescidos, originam um novo regime de atuação conjunta entre o Estado e os agentes privados, assumindo crescente importância no rol de meios de solução de litígios. (TALAMINI, 2005, P. 334).

À vista disso, a expressa referência legal à arbitragem encaixa-se totalmente no contexto dos novos rumos do contratualismo administrativo brasileiro, que preceitua a maior paridade nas relações contratuais e a busca de soluções mais rápidas e adequadas aos litígios.

De qualquer forma, mister salientar que, embora a Lei nº 11.079/04 tenha englobado diversos preceitos modernos e do direito privado e tenha trazido diversas inovações, o contrato de parceria público-privada continua sendo de natureza pública, devendo ser precedido de licitação e estando sujeito aos controles da Administração.

3. A ARBITRAGEM

Historicamente verifica-se o uso da arbitragem principalmente nas relações de comércio, visando solver conflitos entre os comerciantes, tal como a previsão legal de arbitramento obrigatório no Código Comercial de 1850 que, por conter caráter compulsório, fora revogada.

Atualmente, o regramento atual do instituto é trazido pela Lei nº 9.307/96, diploma este que alterou profundamente a arbitragem no Brasil, conferindo, segundo Francisco José Cahali rapidez, eficiência e eficácia ao método. (CAHALI, 2011, p. 79).

A análise do autor sobre a lei é no sentido de que:

A Lei 9.307, de 23/09/1996, sistematizou a arbitragem no Brasil ao transitar entre o direito material e o direito processual relativos ao instituto. Com sete capítulos e 44 artigos, normatiza as relações jurídicas possíveis de se submeter à arbitragem, especifica regras gerais de procedimento, trata, dentre outros, dos requisitos, forma, conteúdo e efeitos da convenção de sentença, das atribuições e atuação do árbitro, das causas de invalidação da sentença, e homologação de sentença estrangeira. (CAHALI, 2011, p. 78).

O doutrinador conclui que a Lei da Arbitragem concretizou a “liberdade das partes em buscar a tutela para seus conflitos fora da jurisdição estatal, rompendo com o monopólio do

Estado para dirimir controvérsias ao admitir “jurisdição privada” com total independência e eficácia.” (CAHALI, 2011, p. 79).

Já hodiernamente, a arbitragem tornou-se o meio pelo qual o Estado, em vez de interferir diretamente nos conflitos de interesses, solucionando-os com a força da sua autoridade, permite que uma terceira pessoa o faça, seguindo determinado procedimento e mediante uma decisão com autoridade idêntica à de uma sentença judicial. (MORAIS, 2012).

Assim, a arbitragem é:

Meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seu poder de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. (CARMONA, 2004, p. 51).

José Eduardo Carreira Alvim, por sua vez, conceitua arbitragem como:

A instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicadas ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionalizada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o “julgamento” de um litígio por “sentença”. (ALVIM, 2000, p. 14).

Verifica-se, que com a adoção desse meio, os titulares de interesses em conflito, por ato voluntário, nomeiam um terceiro para solucionar a lide. Além disso, uma das características que se destaca nesse instituto é a capacidade de permitir a composição da lide, o que o exercício da função jurisdicional raramente é capaz de alcançar quando o mesmo caso é levado ao judiciário. (CÂMARA, 2009, p. 8).

Na arbitragem, o acesso à Justiça pode ser, inclusive, mais efetivo. Calcada em pressupostos de celeridade, flexibilidade, tecnicidade e informalidade, esta poderá ser uma forma mais adequada de atingir o mesmo fim buscado ao socorrer-se ao Poder Judiciário, qual seja, a concretização da justiça. Isso porque, a depender da matéria e da natureza do contrato, bem como dos resultados que com ele se pretende alcançar, é possível que a jurisdição estatal não ofereça a resposta adequada à demanda. É esse juízo de adequação que se justifica, a opção da Administração Pública pela arbitragem. (OLIVEIRA, 2012, P.59).

Em 27 de maio de 2015 o então vice-presidente da República, no exercício do cargo de presidente, Michel Temer, sancionou com alguns vetos – referente ao uso da arbitragem nos contratos de adesão, relação de consumo e em questões trabalhistas- a Lei nº 13.129/15 que reformulou a Lei de Arbitragem em alguns pontos e entrou em vigor em 26/07/2015. Dentre as principais inovações que importam a esse artigo, a lei amplia o campo de atuação da arbitragem passando a aderir ao artigo 1o, §1o a utilização do instituto pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, assim dispondo:

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

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

Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

A partir destas inclusões no artigo 1º da Lei nº 9.307/96, também foi necessária a inserção do §3º do artigo 2º, o qual dispõe que nos procedimentos arbitrais que envolvam a Administração Pública, a arbitragem será sempre com base nas regras de direito e respeitará o princípio da publicidade, tendo em vista que a Administração Pública já está sujeita a este princípio, bem como ao princípio da legalidade. (CANTÃO, 2015). Desse modo, excluiu-se a arbitragem por equidade quando da participação do ente público na relação, uma vez que, de acordo com o artigo 37 da Constituição Federal, a Administração Pública deve obediência ao princípio da legalidade.

Para o professor Gustavo Justino de Oliveira, as alterações aprovadas na lei são oportunas à situação atual do país, especialmente tendo em vista a vasta quantidade de projetos de infraestrutura e investimento estrangeiro. Também cita a previsão de cláusula arbitral em contratos da Administração Pública se coloca como garantia à proteção dos interesses do investidor, principalmente o estrangeiro, na medida em que inviabiliza ou a menos evita que se profiram decisões tendentes a privilegiar as partes locais. (OLIVEIRA, 2014).

No cenário internacional, as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/15 foram aclaradas como uma adequação àquilo que estava sendo aceito pelas cortes nacionais, como é o caso do uso da arbitragem nos contratos que versam sobre direitos disponíveis em que a Administração Pública figura como parte, uma vez que embora ainda não houvesse previsão legal, o Supremo Tribunal Federal já havia analisado e permitindo seu uso. Os internacionalistas destacam, ainda, que apesar dos vetos apresentados serem sobre matérias significativas e que provavelmente ainda entrarão em discussão posterior, ter regulamentado outros aspectos concederá ainda mais força ao uso do instituto no país. (TOMIMATSU, 2015).

A legislação também veio a calhar com as principais premissas trazidas pelo Novo Código de Processo Civil, que estimula os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, prevendo expressamente o emprego da arbitragem, ao estabelecer que “ Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

O artigo 8º do Código também traz expressamente o Princípio da Eficiência das decisões, o que vai de encontro a previsão de solução arbitral. Ambas inserem-se nestes novos ramos do direito pátrio como um todo, e não somente no ramo do Direito Público. A regra reitera o princípio constitucional da inafastabilidade do direito e confere à sentença arbitral a mesma eficácia da sentença judicial. Em outras palavras, não é mais necessário que se recorra ao Poder Judiciário para que se obtenha uma decisão sentencial válida e eficaz.

Assim, mais uma vez os institutos encontram-se em sintonia pela busca da celeridade, efetividade e eficiência. No entanto, para que haja validade da sentença arbitral nas controvérsias envolvendo contratos de parceria público-privadas necessário que se observem algumas especificidades, como é o caso da arbitrabilidade.

Denomina-se arbitrabilidade o pressuposto fundamental para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, conforme previsto no artigo 1º, nos seguintes termos:

“as pessoas com capacidade para contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (CAHALI, 2011, p. 91).

Tal condição enquadra a arbitrabilidade como objetiva – referente ao objeto sobre o qual litigiam as partes-, ou subjetiva – pertinente à capacidade contratual das partes. Nesse, identifica-se quem poderá figurar como parte em um processo arbitral com base na capacidade dos requerentes de firmarem um contrato, estando tal condição genericamente estabelecida pelo artigo 1º do Código Civil³. Não há nenhuma regra que exclua as pessoas jurídicas de direito público desse conceito, sendo facultada, por conseguinte, a participação do Poder Público, dado que este é capaz de contratar tendo em vista sua capacidade ficta de pessoa jurídica.

Eros Grau ainda enfatiza que: “sempre que puder contratar o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem.” (GRAU, 2002, P.58). Diante desse conceito se introduz a condição objetiva da arbitrabilidade, que diz respeito às matérias que poderão ser submetidas à apreciação dos árbitros: aquelas que envolvem os direitos patrimoniais disponíveis.

“Os direitos patrimoniais são aqueles passíveis de valoração pecuniária ou dos quais é possível extrair-se utilidade econômica.” (KLEIN, 2007). Tais direitos consistem no conjunto de bens, direitos e obrigações, excluindo-se, por exemplo, direitos como os de personalidade, direitos familiares e políticos. Nesse viés, “o direito patrimonial é disponível quando puder ser alienado ou cedido pelo seu titular (que deve ser pessoa capaz), sem qualquer ressalva”, preleciona Leonardo de Faria Beraldo. (BERALDO, 2014, p.12).

É na seara da arbitrabilidade objetiva – da submissão ao árbitro apenas de matérias concernentes a direitos patrimoniais disponíveis – que surgem as discussões sobre a possibilidade de o Poder Público submeter as questões em que é litigante à arbitragem, visto que a discussão reside na premissa de que as matérias envolvendo os contratos administrativos não seriam arbitráveis em razão da indisponibilidade do interesse público. (OLIVEIRA, 2012, p. 93).

4. A ARBITRAGEM E AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1 AS CORRENTES ACERCA DO TEMA

Consoante já salientado, o Direito Administrativo brasileiro vem passando por substanciais mudanças estruturais e legais acompanhando a evolução do constitucionalismo face às novas realidades e exigências da sociedade. Segundo Norberto Bobbio, “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e garante, mais do que a de detentor do poder de império.” (BOBBIO, 1987, p. 26). Disso, infere-se que a Administração Pública também passa a ser mediadora, buscando a consensualidade nas relações em que é participante.

Tanto o contrato de parceria público-privada como a arbitragem se encontram no contexto das novas diretrizes da Administração Pública paritária. Contudo, mesmo havendo previsão legal para tanto, há uma série de apontamentos que são colocados à tona da

inclusão de cláusula arbitral nos contratos administrativos, em especial nas parcerias público-privadas, tornando o tema controverso.

Embora seja corrente minoritária e praticamente superada, alguns doutrinadores e Tribunais do país entendiam que a inclusão de cláusula arbitral nos contratos administrativos afronta os princípios maiores da Administração Pública – o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público. Nesse mesmo viés, aqueles que defendem o não uso da arbitragem também sustentam que os direitos que envolvem o Poder Público são indisponíveis, não se enquadrando, portanto, no quesito da arbitrabilidade objetiva prevista no artigo 1º da Lei de Arbitragem. (MASTROBUONO, 2014, p. 333).

Ao expor sobre as parcerias público-privadas, Celso Antônio Bandeira de Mello afirmou não ser aceitável que particulares e árbitros “possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis.” (MELLO, 2015).

Da consulta do Ministério das Minas e Energia sobre a utilização de arbitragem em contratos de fornecimento de materiais e de mão de obra da Companhia Hidro Elétrica do São Francisco formulada ao Tribunal de Contas da União, tem-se o primeiro posicionamento da Corte sobre o assunto. Em decisão nº 286/93 o TCU manifestou-se contrário à utilização da arbitragem pelo Poder Público, sobre o argumento de que:

[...] o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros). (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 1993).

Deve-se ressaltar, no entanto, que à época da decisão não havia sequer lei que regulasse o uso da arbitragem no país, tampouco as demais leis associadas à Reforma do Estado, bem como esteve vigente até fevereiro de 2016 o Código de Processo Civil de 1973, que não previa tão abertamente a utilização de meios extrajudiciais de resolução de conflitos.

No que concerne ao posicionamento jurisprudencial dessa Corte, mister salientar ainda que embora as decisões sejam predominantemente contrárias ao uso da arbitragem, por vezes, o Tribunal admite como válida a inserção da cláusula arbitral. Tal entendimento tem sido utilizado principalmente quando há previsão legal para a utilização da arbitragem, como no caso das parcerias público-privadas.

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara, embora não pactuantes da corrente minoritária, no artigo “O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos”, também elencam os seguintes argumentos supostamente contrários ao uso da arbitragem por entidades estatais: (i) a adoção do mecanismo de arbitragem seria uma espécie de transação a respeito do cumprimento da lei, porque ao aderir tal instituto a Administração estaria abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei, sendo tal comportamento contrário ao princípio da legalidade estrita; (ii) “há objeções específicas que atingem a arbitragem que tome por objeto um determinado tema, como, por exemplo, a prestação de serviços públicos”, onde não está envolvida a disponibilidade de direito; (iii) a aplicação da arbitragem afastaria do judiciário a apreciação de matérias que por ele deveriam ser tratadas, bem

como a aplicação de diversos instrumentos processuais, como a ação civil pública (instrumento à disposição do Ministério Público para a defesa de interesses difusos e coletivos). (SUNFELD, 2008, p. 118-119).

No que tange ao primeiro argumento alusivo à transação opção pela via arbitral não significa a abdicação, transferência ou transação [...] Tampouco representa que a Administração estará abrindo mão de posição jurídica ou dispondo do interesse público. Trata-se apenas da submissão a uma via diversa do Poder Judiciário de um litígio que ostente as características da patrimonialidade e disponibilidade.⁴ (OSTERNACK, 2012, p. 57).

Nesse sentido, vale reportar-se às conceituações estabelecidas sobre a arbitragem, como sendo um meio extrajudicial da solução de litígios, que possui força de título executivo, e, ainda, a referência de que eventuais irregularidades tornarão a sentença arbitral nula, tal como preceituam os artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.⁵ No subtópico seguinte apresenta-se um dos princípios vetores da Administração Pública, o princípio da legalidade, juntamente à análise da objeção citada.

4.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

No item (i) também se aborda o aspecto da legalidade, que é expressamente previsto na Magna Carta no artigo 37 e considerado um dos princípios básicos da Administração Pública. A melhor definição é a da ideia que, “na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre de lei.” (DI PIETRO, 2011, p. 62). Assim, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autorize expressamente, não podendo decidir fazer ou não, simplesmente, porque a lei se omitiu. (SCHNEIDER, 2010, p. 30).

No caso das parcerias público-privadas, enquadrados em contratos administrativos de concessão que visam a promoção de um serviço público, o uso da arbitragem não agride ao princípio da legalidade, pois, conforme exposto no presente trabalho, a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória no contrato está expressa no texto da Lei nº 11.079/04, não se fazendo necessário, por conseguinte, maior debate sobre o tema.

Tal discussão, contudo, era encontrada nas outras modalidades de contratos administrativos, que com as recentíssimas inserções na Lei de Arbitragem dada pela Lei nº 13.129/15, possibilitando o uso do instituto pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, assim como já estava sendo aceito pelas principais Cortes do país, tal discussão mostra-se infundada, uma vez que ambas as modalidades passaram a possuir respaldo legal expresso.

Tampouco merece acolhido o segundo argumento (ii)⁶ que alude à prestação de serviços em alguns casos. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 612.439/RS, firmou posicionamento no sentido de que:

Quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem art. 1º da Lei nº 9.307/96 estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. (SUPERIOR TRIBUNAL

DE JUSTIÇA, 2005).

O contrato de parceria público-privada, que tem por sua natureza a prestação de serviços públicos e a Lei nº 8.987/95, que regula a concessão e permissão de serviços públicos, dispõem expressamente que o contrato celebrado sob a égide de tais diplomas pode socorrer-se do instituto da arbitragem, visto que tal instituto está expressamente previsto em ambas as legislações. Portanto, também não há de se falar em óbice ao uso da arbitragem na prestação de serviços públicos, uma vez que há disposição legal para tanto. (COPOLA, 2015, p. 262).

Por fim, vale gizar que os contratos de parcerias público-privada e a sua legalidade estão ainda sujeitos ao controle interno e externo da Administração Pública, sendo responsável por tal atuação tanto o Tribunal de Contas, quanto o Ministério Público, que atua como fiscal da lei. Portanto, tal argumento final também se contrapõe à objeção (iii)⁷ elencada como contrária ao uso da arbitragem.

Um grande precedente histórico favorável à arbitragem, referido como *leading case*, foi o “Caso Lage”, decidido em 1973. O julgamento consistiu na submissão da União à arbitragem em suas relações privadas, sendo reconhecida como válida pelo Supremo Tribunal Federal o juízo arbitral, até mesmo nas causas envolvendo a Fazenda Pública. Embora o objeto central do *leading case* não abrangesse o contrato administrativo, o ilustríssimo autor Carlos Alberto Carmona avalia que a histórica decisão tomada pelo Poder Judiciário de submeter a União a juízo arbitral assentou-se em dois pontos: primeiro, na “tradição, eis que a arbitragem sempre teria sido admitida em nosso ordenamento mesmo nas causas que envolvem a Fazenda;” depois, “na autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se este agisse como Poder Público,” hipótese em que não haveria margem para a disponibilidade do direito. (CARMONA, 2004, p.45).

O Superior Tribunal de Justiça – STJ -, também se manifestou sobre o assunto utilizando-se, inclusive, dos argumentos empregados pelo próprio Supremo Tribunal Federal. No entanto, no Mandado de Segurança nº 11.308 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008), fundado no artigo “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, de autoria do Ministro Eros Grau (GRAU, 2002, P. 398-399), que o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento favorável ao uso da arbitragem nos contratos administrativos, desde que preenchidos adequadamente os requisitos legais necessários.

Com relação aos julgados acima analisados, faz-se a ressalva de que, embora o objeto do presente trabalho diga respeito à arbitragem especificamente nos contratos de parceria público-privada, é de se ver que muitas das decisões trouxeram a análise no âmbito dos contratos administrativos em geral. Isso porque o tema das parcerias público-privada no ordenamento jurídico é relativamente novo, posto que a lei que regula tal figura contratual é de 2011.

Assim, é de ver-se que as objeções atinentes a utilização da arbitragem pelo poder público vem sendo combatidas e legalizadas, a fim de que seja viável a utilização do método na resolução dos conflitos envolvendo a administração pública. Todavia, ainda pendem de

análise pormenorizada algumas objeções, tais quais as que seguem analisadas.

4.3 O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO

É costumeiro afirmar que o Direito Administrativo se fundamenta nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público. (JUSTEN, 2005, p.35). Afirma Marçal Justen Filho. A história brasileira evidencia que tais princípios têm sido invocados, com frequência, para justificar atos incompatíveis com a ordem constitucional democrática.

Como já visto, a disponibilidade é um dos critérios da arbitrabilidade objetiva estabelecido pela Lei de Arbitragem; para afastar esse instrumento de solução de controvérsia envolvendo o Poder Público, utiliza-se o argumento de que o interesse público é indisponível, não podendo, portanto, se submeter à via arbitral.

A corrente majoritária, no entanto, defende a utilização do uso da arbitragem nos contratos administrativos, especialmente nos que tratam sobre parceria público-privada, conforme os motivos que abaixo serão expostos.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é um dos principais pilares do Direito Administrativo tradicional, embora sequer haja previsão constitucional expressa. Tal princípio legitima o interesse do Estado, da coletividade, devendo prevalecer em detrimento do particular.

A supremacia do interesse público se caracteriza pela relação de preponderância ou superioridade do interesse público sobre o particular, pois, o fim do Estado, gestor do interesse público, é a satisfação do bem estar comum como expressão do interesse geral da coletividade. (DI PIETRO, 2014, p. 507). Entretanto, as correntes mais modernas do Direito Administrativo já admitem e buscam maior paridade nas relações contratuais entre o ente público e o ente privado, admitindo a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade.

Paralelo a essa reforma, com a efetivação dos direitos fundamentais trazida pela Constituição Federal de 1988, tanto o princípio da supremacia, como o da indisponibilidade do interesse público vêm passando por adequações e adquirindo novos entendimentos, não sendo conceitos absolutos e imutáveis. (DI PIETRO, 2014, p. 509).

Acerca da interferência do Estado no interesse público, a doutrina administrativista brasileira adota a corrente italiana acerca do tema, que subdividiu o interesse público em primário e secundário. Tal classificação também se faz necessária para demonstrar em que eixos a arbitragem pode incidir nos contratos administrativos, em especial no de parceria público-privada.

Entende-se por interesse público primário aquele em que o Estado atua como garantidor de atividades-fim, satisfazendo os interesses e necessidades da sociedade, tais como saúde, educação e bem estar. Esses interesses não são passíveis de transigência pelo Poder Público, sendo supremos e indisponíveis. Nesses casos não se admite o uso da arbitragem para dirimir os conflitos, sendo somente possível a utilização das vias judiciais.

(SANTOS, 2012, p. 151-152).

Alexandre Mazza aduz que só existe a supremacia do interesse público primário sobre o interesse privado. “O interesse patrimonial do Estado como pessoa jurídica, conhecido como interesse público secundário não tem supremacia sobre o interesse particular.” (MAZZA, 2011, p. 72). Portanto, ao se falar em interesse público, está se tratando diretamente do interesse público primário, uma vez que esses são os direitos indisponíveis do Estado.

É, contudo, na seara dos interesses públicos secundários que se insere o conceito de interesse público disponível. Nesse segmento, o Poder Público atua na qualidade de órgão executor, no desempenho das funções de administração e gestão, buscando um objeto social.

Inserem-se na corrente secundária os direitos patrimoniais disponíveis, os quais se tratam no artigo 1º da Lei de Arbitragem. Trata-se de direitos de origem econômica ou financeira, que surgem para a satisfação dos direitos primários, sendo transigíveis e negociáveis.

Os atos de disposição patrimoniais são possíveis, portanto, quando o interesse secundário estiver em jogo, já que ele não representa esfera de atuação no âmbito das atividades fim, mas no ato de gestão do administrador público. (OLIVEIRA, 2012, p.84).

Explanada a questão sobre supremacia do interesse definiu-se que esse somente possui incidência sobre o interesse público primário. Em se tratando a arbitragem de conflitos patrimoniais disponíveis, situados sobre a égide dos interesses públicos secundários, tal princípio administrativo não incide no caso concreto, não configurando, portanto, óbice às questões levantadas.

4.4 O PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E A DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS PATRIMONIAIS

Outro supraprincípio da Administração Pública é da indisponibilidade do interesse público, que se define por “não poder ser objeto de disposição, devendo o Poder Público velar pela sua proteção e promoção.” (SCHNEIDER, 2010, p. 29).

De início, retoma-se que a principal dúvida que se põe acerca do cabimento da arbitragem envolvendo a Administração Pública vincula-se à exigência de disponibilidade dos direitos envolvidos no conflito e a referência de que é indisponível o interesse público, não podendo, portanto, ser submetido à arbitragem.

Sobre o assunto, Eros Grau refere que “a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.” O autor ainda salienta que “indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração.” (GRAU, 2002, p. 56).

Carlos Alberto Carmona também sintetiza a solução do impasse referindo não se pode “confundir disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público.” Explica o processualista, que os administrativistas fazem uma dicotomia entre o interesse público e o interesse da Administração Pública ou da Fazenda Pública. No ponto, o interesse público está na correta aplicação da lei, de modo

que, muitas vezes, para atender o interesse público, é preciso julgar contra a Administração. Assim, supondo-se que a Administração busca sempre a concretização da justiça, em havendo dissenso em contratos de que participe, a controvérsia deve ser resolvida pela via mais rápida, mais técnica e menos onerosa, de maneira a melhor atender o interesse público. Nesse ponto, a arbitragem é totalmente cabível. (CARMONA, 2004, p. 45).

Quanto à patrimonialidade a que alude o artigo 1º da Lei de Arbitragem, ainda, Paulo Osternack Amaral adverte que “não há uma correlação necessária entre disponibilidade e patrimonialidade do bem.” Dessa forma, “não serão todos os bens patrimoniais do Estado que darão ensejo a direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, de serem submetidos à arbitragem” Para que sejam passíveis de arbitramento “é indispensável lei específica que promova a sua desvinculação à satisfação de uma necessidade coletiva” lembra o autor. Com isso, “tais bens serão passíveis de serem alienados, na medida em que passarão a integrar a esfera de disponibilidade da Administração”. (AMARAL, 2012, p. 72).

Eros Grau enfatiza que a Administração pratica atos da mais variada ordem, podendo dispor de determinados direitos patrimoniais para realização do interesse público. (GRAU, 2002).

Em entendimento mais atual, ao analisar os conceitos de interesse público e indisponibilidade, Carlos Alberto de Salles, preleciona que o segundo conceito representa apenas a “vinculação das ações administrativas aos interesses maiores do Estado, significando obrigatoriedade desses prevalecerem sobre aqueles dos agentes públicos e dos particulares.” Para o autor tal “tema não se trata de uma questão de indisponibilidade, mas de compulsoriedade e inafastabilidade do vínculo de interesse.” (SALLES, 2011, p. 293).

Dessa forma, resta demonstrado que o procedimento da arbitragem não implica em disposição de direitos e interesses. Ao contrário, o uso da arbitragem é recomendável aos agentes da Administração, posto que privilegia o interesse público, através da rápida solução do litígio, abrangendo-se, por vezes, um nível de tecnicidade maior no julgamento da questão.

Assim, embora a princípio os conceitos se confundam, constata-se que após melhor análise, não constituem óbice a tal uso, pois preenchem os requisitos da arbitrabilidade objetiva sem afrontar os supraprincípios do Direito Administrativo.

4.5 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Muito possivelmente esse princípio constitucional seja o que mais se adequa ao estudo de caso, posto que é conhecido como “um dos pilares da Reforma Administrativa que procurou implementar o modelo de Administração Pública gerencial.” (MAZZA, 2011, p. 95). São valores encarecidos pelo próprio princípio da eficiência: a economicidade, a redução de desperdício, a qualidade, a rapidez, a produtividade e o rendimento funcional.

Nas palavras de Beatriz Lancia Noronha de Oliveira:

O princípio da eficiência determina que a ação pública se oriente para o efetivo cumprimento das missões do Estado, as quais devem ser atingidas por meio de instrumentos que garantam a presteza, agilidade e economicidade da ação pública, com o máximo aproveitamento dos recursos disponíveis. (OLIVEIRA,

2012, P. 72-73).

As características atribuídas ao princípio são as mesmas elencadas por Carlos Alberto Salles como aspectos positivos instituídos pela arbitragem. Para o autor, fazem parte das vantagens da arbitragem: “a celeridade, a confidencialidade, a especialização no tema a se decidir, a economia dos recursos, o menor grau de enfrentamento entre as partes, a flexibilidade, a maior participação das partes e a maior proximidade delas com o árbitro”. (SALLES, 2011, p. 29).

Nesse mesmo entendimento, Leonardo de Faria Beraldo reputa ser salutar o uso da arbitragem nos conflitos nos quais o Estado seja parte, de modo a se prestigiar o princípio da eficiência da Administração Pública, desde que o objeto do litígio seja disponível. (BERALDO, 2014, p. 108).

E, consoante já salientado, este princípio também foi homenageado no Novo Código de Processo Civil, restando expressamente previsto no artigo 8º:

Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

A ressalva a ser feita sobre a arbitragem, no entanto, é que por vezes a escolha tende a ter custo monetário mais elevado do que o procedimento judicial. Assim, o princípio da economicidade – previsto no artigo 70 da Constituição – deve ser considerado quando da escolha arbitral, não se sobrepondo, entretanto, aos demais valores elencados.

Ao combinar os conceitos de arbitragem e do princípio da eficiência, portanto, é de se ver que ambos possuem vários pontos congruentes, que também vão ao encontro dos demais preceitos da Reforma Administrativa e ao novo Direito Administrativo em que se encontra inserido o contrato de parceria público-privada.

Da aplicação de todos os princípios e regramentos expostos, justifica-se a submissão do Poder Público à arbitragem e a sua finalidade maior, que ao se chegar a uma sentença arbitral válida para poder ser cumprida, efetivam-se as medidas decididas. Com o cumprimento da sentença arbitral, portanto, conclui-se o ciclo da arbitragem e tem-se por encerrado o procedimento de resolução do conflito.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Administrativo vem se deparando, nas últimas décadas, com importantes transformações no modo de agir do Estado, decorrentes das mudanças sofridas no cenário econômico e político global, chegando à intitulada Reforma do Aparelhamento do Estado. Nesse contexto, estão inseridas as novas diretrizes do contratualismo administrativo, que priorizam a paridade entre os contratantes e valorizam a participação de entes privados e públicos para a realização dos implementos necessários pelo Estado na sociedade.

A Lei das Parcerias Público-Privadas foi nesse contexto criada, homenageando a agilidade e efetividade dos mecanismos destinados a equacionar eventuais controvérsias surgidas na execução dos contratos, sob pena de comprometer a segurança do empreendedor privado, ante a perspectiva de um processo judicial de muitos anos de duração.

A recente alteração na Lei de Arbitragem vislumbrou clarear alguns aspectos controversos sobre a arbitragem nos contratos administrativos, dado que passou a prever legalmente a submissão desses contratos à via arbitral e estipulou que serão regrados à luz do princípio da publicidade.

Igualmente, as inovações trazidas pelo Novo Código de Processo Civil prestigiam e autorizam a realização de jurisdição por meios extrajudiciais, estando neste contexto inserida a via arbitral.

Sobre o assunto, da análise aprofundada para dirimir a controvérsia do trabalho, restou demonstrado que a utilização do meio extrajudicial para solucionar conflitos de natureza patrimonial disponível não afronta os supraprincípios do Direito Administrativo, quais sejam, o da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público.

Igualmente, da análise jurisprudencial nota-se que majoritário é o entendimento no sentido de ser cabível a adoção da arbitragem para a resolução de conflitos, desde que preenchidos os requisitos legais. Estes são os posicionamentos defendidos pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre o princípio caracterizador e símbolo das novas diretrizes administrativas: o da eficiência, extrai-se que esse está totalmente relacionado ao contexto das parcerias público-privadas e da arbitragem, com os novos rumos administrativos e em estrita consonância com os novos preceitos insculpidos no Código de Processo Civil.

Dessa forma, sob a micro e microanálise dos institutos, foi possível vislumbrar que a pactuação de compromisso arbitral não afronta os princípios administrativos, sendo notório que tanto o legislador brasileiro, através das próprias mudanças introduzidas na Lei de Arbitragem, quanto os doutrinadores e a jurisprudência pátria, aceitam majoritariamente o emprego de tal instituto nas parcerias público-privadas.

6. NOTAS

1. As parcerias público-privadas, apesar de oriundas do contrato de concessão, apresentam características diferenciadas, principalmente no que toca à remuneração, podendo haver contraprestação total do parceiro público – concessão administrativa – ou parcial – concessão patrocinada. Além disso, diferentemente do que ocorre na concessão comum, nessa modalidade de parceria há a repartição objetiva dos riscos. Nesse sentido, o próprio artigo segundo da Lei das Parcerias Público-Privadas estabelece que essa nova forma de parceria é um contrato administrativo de concessão, podendo esse ser de modalidade patrocinada ou administrativa.

2. Para a doutrina, as parcerias público-privadas podem ser definidas em sentido amplo e estrito. Contudo, ao presente estudo somente importa a definição em seu sentido estrito, especialmente tendo em vista que a legislação vigente adota essa espécie apenas.

3. Também chamada de cláusula arbitral, trata-se de convenção escrita através da qual as partes estabelecem previamente no contrato que se comprometem a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato. Nesse sentido, o Código Civil Brasileiro também admite em seu artigo 853 que seja ajustada contratualmente a cláusula compromissória, para solver divergências mediante o juízo arbitral, na forma da lei especial, ou seja, no caso em tela, na forma da Lei de Arbitragem e na Lei das Parcerias Público-Privadas, que vem expressamente delegado no artigo 11, III, da segunda lei citada.

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

5. Art. 1o Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

6. (i) a adoção do mecanismo de arbitragem seria uma espécie de transação a respeito do cumprimento da lei, porque ao aderir tal instituto a Administração estaria abrindo mão de parte de seus direitos ou da obediência à lei, sendo tal comportamento contrário ao princípio da legalidade estrita;

7. Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei. Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, José Eduardo. Parceria público-privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, mai./jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/redae-2-maio-2005-jose%20alvarenga.pdf>.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Tratado Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos. As parcerias público-privadas – PPP no Direito Positivo Brasileiro. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**. São Paulo, ano XIX, n. 4, p. 321, abr. 2009.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Curso de arbitragem nos termos Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Atlas, 2014

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 612.439/RS**, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Dj. 25/10/2005.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; **Mandado de Segurança nº 11.308/DF**, Terceira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09/04/2008, DJe 19/05/2008.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; **Recurso Especial nº 904.813/PR**, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20/10/2011, DJe 28/02/2012.

BRASIL, Tribunal de Contas da União; **Decisão nº 286/93**, Plenário, Rel. Min. Homero Santos, Dj. 15/06/1993.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.546/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003. Acesso em: 31 ago. 2015.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem Lei nº 9.307/96**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CANTÃO, Fábio. **Alterações na Lei de Arbitragem – Lei nº. 13.129/2015**. Disponível em: <http://fcmlaw.com.br/alteracoes-na-lei-de-arbitragem-lei-n-13-1292015/>. Acesso em: 16 set. 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

COPOLA, Gina. A arbitragem nos contratos administrativos. **Boletim de Licitações e Contratos (BLC)**, São Paulo, NDJ, n. 3, p. 259-266, mar. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARTINS, Wallace Paiva. **Tratado de direito administrativo - Teoria geral e princípios do direito administrativo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, V.1.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo, v.3, n.2 p.49-59, jul/dez 2002.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista da Escola Paulista da Magistratura**.

GRAU, Eros. Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**. São Paulo, Revista dos Tribunais. V.5, p. 398-399, out/dez 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KLEIN, Aline Lícia. A arbitragem nas concessões de serviço público. *In*: PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KUKIELA, Marina. A confidencialidade em arbitragens envolvendo o Estado. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, v. 2, n. 12, p. 119–127, set., 2014.

MASTROBUONO, Cristina Margarete Wagner; FRAGATA, Mariângela Sarrubbo (Org.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: CEPGE/SP, 2014.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **As Parcerias Público-Privadas**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16.MI20266.71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs+A>.

MORAIS, José Luiz Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à Jurisdição. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2012. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p 93.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônico de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 2, maio/jul. 2005, p.5. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO-JUSTINO.pdf>.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem Público-Privada no Brasil: a especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 44, jan/mar. 2015, p. 3.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Novos rumos da mediação e arbitragem na Administração Pública brasileira**. p. 2. Disponível em: <http://www.justinodeoliveira.com.br/wp-content/uploads/2014/08/Media%C3%A7%C3%A3o-e-Arbitragem-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-P%C3%BAblica-Ago.2014.pdf>.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. As parcerias público-privadas – PPPs na lei nº 11.079/04: pontos polêmicos. **BDA – Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 8, p. 918, ago. 2009.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SANTOS, Luciano Alves Rodrigues, CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Arbitragem na Administração Pública**. Scientia Iuris, Londrina, v.16, n.1, jul. 2012.

SCHNEIDER, Yuri. **Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, São Paulo: Atlas, v.248, 2008

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOMIMATSU, Camila; ALVES, Mariana Cattel. **The Recent Amendments to the Brazilian Arbitration Act – One Step Back, Two Steps Forward?** Disponível em: <http://kluwarbitrationblog.com/blog/2015/06/30/the-recent-amendments-to-the-brazilian-arbitration-act-one-step-back-two-steps-forward/>.

Recebido em: 20/11/2018

Aceito em: 05/12/2018