

CONTRATO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP) COM CLÁUSULA ARBITRAL

JOSÉ ANTONIO REMEDIO¹

ALESSANDRO JACOMINI²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2. ARBITRAGEM: SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS. 3. CLÁUSULA ARBITRAL. 4. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP): CARACTERÍSTICAS E ASPECTOS DO INTERESSE PRIVADO NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO. 5. A ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O objetivo deste artigo é analisar o uso da arbitragem nos contratos celebrados com a Administração Pública, em especial em relação à Parceria Público-Privada. O método utilizado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. A crise econômica que assola o país, a falta de infraestrutura e a insuficiência de capital estatal contribuem para a ausência ou oferecimento inadequado de diversos direitos constitucionais ao indivíduo e à população, como saúde, educação, transporte coletivo e moradia. A Parceria Público-Privada surge como instrumento que possibilita a recuperação do desenvolvimento econômico e social do país. Contudo, a Parceria Público-Privada não se faz segura aos investidores privados nacionais ou estrangeiros, em vista da crise que assola o país, em particular o Poder Judiciário, em face da

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação do Centro Universitário de Araras Dr. “Edmundo Ulson” (UNAR). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado. jaremedio@yahoo.com.br

² Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). alessandro.jacomini@unasp.edu.br

morosidade e ineficácia de suas decisões. A arbitragem, como método de solução de conflitos, surge como alternativa à prestação jurisdicional exercida pelo Poder Judiciário, principalmente em face de sua celeridade, especialização e imparcialidade, contribuindo assim para a segurança jurídica. Em conclusão, tem-se que a arbitragem é um instrumento efetivo para dirimir os litígios envolvendo os contratos celebrados pela Administração Pública, em particular a Parceria Público-Privada.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Cláusula Arbitral. Parceria Público-Privada. Processo coletivo. Processo Individual.

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP (PPP) CONTRACTS WITH ARBITRAL CLAUSE

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the use of arbitration in contracts with the public administration, especially in relation to the public-private partnership. The method used is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. The economic crisis that afflicts the country, lack of infrastructure and insufficient state money contribute to the absence or inadequate offer of various constitutional rights to the individual and the population, such as health, education, public transportation and housing. The public-private partnership emerges as an instrument that enables the recovery of the country's economic and social development. However, the public-private partnership is not safe for domestic or foreign private investors, as a crisis afflicts the country, especially the judiciary, with its slow and ineffective decisions. Arbitration, as a method of conflict resolution, appears as an alternative to the judicial performance of the judiciary, mainly because of its speed, specialization and impartiality, thus contributing to legal certainty. In conclusion, arbitration is an effective instrument to resolve disputes involving contracts with the public administration, in particular the public-private partnership.

KEYWORDS: Arbitration. Arbitration clause. Public-Private Partnership. Collective process. Individual process.

INTRODUÇÃO

A partir do momento em que o Estado passou a atuar em todos os setores da vida social, a discussão sobre seu crescimento desordenado, o

intervencionismo exacerbado e a ineficiência da prestação dos serviços públicos contradiz as expectativas de sucesso do modelo estatal paternalista. A reforma estatal faz-se necessária diante da crise nos mais diversos setores públicos, como a saúde, educação, assistência social, justiça, saneamento, infraestrutura e economia.

Entretanto, a má-gestão, a escassez dos recursos públicos e a morosidade e ineficiência do poder Judiciário, entre outros fatores, inviabilizam o atendimento pelo Estado do adequado exercício da atividade administrativa, em especial em relação à prestação de serviços públicos úteis ou essenciais para o indivíduo e a coletividade.

Com o aumento da população e a complexidade das relações sociais, um dos efeitos gerados pelo constante e desregrado crescimento estatal foi o surgimento de um Estado saturado. Os órgãos estatais foram atingidos pela crise, seja pela falta de investimento, seja pelo fato da Administração estar muitas vezes comprometida com interesses políticos não relacionados com o interesse público ou coletivo. Instaurado o colapso de tal modelo, o Estado passou a buscar alternativas que preencham tais lacunas e que superem as dificuldades, especialmente para atender à ampla prestação de serviços públicos.

Nesse contexto, o acesso à justiça, enquanto princípio e direito fundamental, tem sido objeto de incessante busca pelos indivíduos, população, entidades públicas e privadas e poderes constituídos.

Dentre os poderes estatais, o Poder Judiciário demonstra não possuir plena capacidade para a manutenção da ordem pública em geral. Isso em razão do moroso sistema jurisdicional, que às vezes leva anos, senão décadas, para julgar um único litígio, prejudicando tanto o ente público quanto o privado. Por outro lado, também deve ser levada em conta a discricionariedade judicial e a efetivação dos direitos fundamentais, dois dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito. Ainda, as decisões jurisdicionais devem situar-se o mais próximo do justo e da razão à solução da lide.

Certamente, incorre no interesse da sociedade dirimir os problemas da forma mais célere e eficiente possível. Revela-se um custo-benefício maior a solução imediata do impasse existente entre as partes, ao invés de se aguardar por anos a fio uma decisão da Justiça Estatal.

Dessa maneira, torna-se imperativo que o Estado reduza seu tamanho, passando a atuar principalmente como agente normativo, regulador e fiscalizador dos serviços públicos, ou seja, não mais exercendo o papel centralizador e de tomador de todas as decisões. Com este intuito, ajustes entre os setores público e privado se fazem necessários, constituindo uma estrutura imprescindível à promoção do desenvolvimento econômico e social, o que pode ser feito por meio de uma parceria sustentável com o ente privado, responsável em regra pelo investimento econômico. As parcerias servem tanto para constituir como para manter tais estruturas, na medida em que tornam o ente privado um verdadeiro parceiro da Administração Pública.

Os entraves referentes aos atrativos para que o ente privado venha a firmar parceria com a Administração Pública são muito grandes. Entretanto, um ambiente econômico robusto, onde há um crescimento constante, sem grande interferência política, com taxa de juros baixa, com certeza é algo que atrai o interesse dos investidores. Quanto aos investidores, é também subjetivo o motivo que os leva a buscar a celebração de um contrato com o governo estatal, pois não há como definir, com toda certeza, todos os fatores que os conduzirão a firmar tal parceria. Ainda resta destacar outros fatores importantes, principalmente as próprias características de um contrato de parceria. Aqui, o interesse se traduz também em formas de garantias, caso contrário, a essência dos contratos de Parceria Público-Privado é em vão, podendo-se inclusive verificar eventual má-fé embutida em tal desejo contratual.

Logo, objetivando proteger a confiança e a estabilidade desejáveis em um contrato de longo prazo, um dos fatores preponderantes é a segurança jurídica de uma PPP, atuando no sentido de conferir certeza ao setor privado. No transcorrer do contrato, os termos acordados não poderão ser tempestuosamente alterados e, muito menos, impossibilitados de seu alcance, o que fornece certa estabilidade contratual ao parceiro privado.

Nesse contexto, surge a possibilidade de se utilizar da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública, especialmente em relação às Parcerias Público-Privadas, por saber que esta modalidade contratual atrai investimentos privados de vulto econômico expressivo, tanto do investidor nacional como do internacional. A arbitragem, como meio extrajudicial alternativo de solução de conflitos, identifica-se como um dos instrumentos que contribuem para a celebração das Parcerias Público-Privadas, sendo importante para ambas as partes pactuantes na solução de um possível litígio relacionado ao contrato.

Estruturalmente, a pesquisa analisa inicialmente a arbitragem, com ênfase em seu surgimento e características. Em seguida, trata da cláusula arbitral. Na sequência, aborda a Parceria Público-Privada, com destaques às suas características e ao interesse do ente privado pela celebração da PPP. Por fim, enfoca o uso da arbitragem pela Administração Pública, em especial no tocante à Parceria Público-Privada.

O método adotado é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência.

Tem-se, como hipótese, que a arbitragem pode ser aplicada aos contratos celebrados pela Administração Pública, em particular em relação à Parceria Público-Privada (PPP), e que sua utilização constitui efetivo instrumento que contribui para o acesso à justiça e à segurança jurídica no país, seja em face da celeridade das decisões que são proferidas sob sua égide, seja no tocante às garantias dadas especialmente aos entes privados que investem seus recursos financeiros no país.

2. ARBITRAGEM: SURGIMENTO E CARACTERÍSTICAS

Na lição de Sérgio Mourão Corrêa Lima, a arbitragem, usada desde os primórdios da civilização, é um dos métodos de solução de conflitos mais antigos da história. Foi muito utilizada pelos hebreus e pelos gregos na Idade Antiga. Possivelmente tenha sido um dos primeiros métodos utilizados para solucionar

controvérsias sem o uso da força e o emprego da violência. Na Idade Média a aplicabilidade da arbitragem está diretamente ligada ao Direito Comercial Internacional, o *Ius Mercatorum*, sendo um instituto jurisdicional autônomo dotado de características próprias. É provável que a arbitragem tenha constituído um precedente na formação dos atuais órgãos jurisdicionais.³

No Brasil, a arbitragem está presente desde os tempos da colonização portuguesa. A Constituição Imperial de 1824 prevê a utilização do instituto no artigo 160.⁴ O Código Comercial Brasileiro de 1850 institui a arbitragem compulsória para as diferenças entre sócios de sociedades comerciais e locações, dentre outros. O Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850, distinguiu a arbitragem necessária da arbitragem facultativa, sendo que a necessária foi revogada pela Lei nº 1.350, de 1866, tendo restado apenas a facultativa. Ocorre que, segundo Giordani Flenik, a consolidação do Sistema Judiciário como monopólio do Estado, a prática arbitral perdeu espaço, sendo sua utilização mitigada à época das codificações.⁵

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 faz referência expressa ao instituto no artigo 114, §§ 1º e 2º,⁶ autorizando a solução de controvérsias surgidas de dissídios coletivos do trabalho por meio da arbitragem.

Com o passar dos anos e diante da incapacidade do Poder Judiciário em atender à grande demanda de processos, a arbitragem, que por décadas pairou no campo do esquecimento, acabou ressuscitando. Por outro lado, destacando-se e ganhando espaço no cenário internacional, levou o legislador brasileiro a

³ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

⁴ Cf. Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824:

“Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

⁵ FLENIK, Giordani. **Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais**. Florianópolis: Insular, 2009.

⁶ Cf. Constituição Federal de 1988:

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:”

(...)

“§ 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.”

(...)

“§ 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito.”

editar a Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem), parcialmente revogada pela Lei nº 13.129/15.

A arbitragem pode ser utilizada tanto em relação aos direitos individuais como coletivos.

Embora inexista uniformidade de pensamento a respeito, de acordo com Ana Luiza Nery, a tutela coletiva ou o processo coletivo, principalmente os regimes da legitimidade, da competência e da coisa julgada, são aplicáveis à arbitragem, uma vez que inexistem óbices à sua utilização. Ainda conforme a autora, o princípio da autonomia privada possibilita afirmar que não há dúvidas de que a arbitragem coletiva é admitida caso esteja expressamente prevista na convenção de arbitragem. Por fim, conclui a autora pela possibilidade de que direitos difusos e coletivos, no que se referem a seus aspectos patrimoniais, estão sujeitos a decisão pela via da arbitragem.⁷

A arbitragem constitui um meio alternativo de solução de controvérsias, cujo objetivo é obter uma solução determinada por uma ou mais pessoas com poderes advindos de convenção privada. Nela não ocorre a intervenção estatal, mas a decisão proferida tem a mesma eficácia da sentença judicial.

De se observar, porém, que a arbitragem não se confunde com a mediação e a conciliação, uma vez que as últimas têm por objetivo a autocomposição das partes.

Conforme referência de Antônio Pereira Gaio Júnior, a natureza jurídica da arbitragem é tema de grandes polêmicas na doutrina, havendo quatro correntes de pensamento a respeito do instituto arbitral. A primeira, predominante, atribui-lhe natureza contratual, já que possui caráter privatista e finca raízes na autonomia da vontade. A segunda acredita ser a arbitragem de natureza jurisdicional, uma vez que atinge a finalidade da jurisdição. A terceira corrente é mista, declarando que, no início, a arbitragem é de natureza contratual, vindo a se tornar jurisdicional no momento da prolação da sentença. Por fim, a quarta corrente mostra que a arbitragem funciona como um

⁷ NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

equivalente jurisdicional, já que realiza todas as funções basilares da jurisdição estatal.⁸

Atualmente, o avanço e a estrutura do instituto têm ocasionado certa diferenciação no que diz respeito à jurisdição. Num primeiro momento, a arbitragem reveste-se da forma contratual, na qual as partes optam, consensualmente, pela via arbitral para solucionar seus litígios. Num segundo momento, implica num contrato, mas firmado entre as partes e o árbitro. Por predominar o princípio da autonomia da vontade em meio a um modelo de processo judicial, diz tratar-se de um mecanismo jurisdicional atípico, certo de que da obrigatoriedade das decisões extrai-se a jurisdicionalidade.

Na lição de Ricardo de Carvalho Aprigliano, o fundamento da arbitragem é a autonomia da vontade das partes, enquanto a atividade jurisdicional estatal típica tem como pressuposto exatamente o inverso, uma vez que a jurisdição é inafastável.⁹

Para Carlos Alberto Carmona, dentre outros princípios que dão sustentação à arbitragem, o processo arbitral possui como um dos principais fundamentos o princípio da autonomia da vontade das partes. Este se faz expressivo desde a convenção arbitral e a delegação da atividade jurisdicional a particulares, até a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial. Sua essência constitui-se da liberdade de querer solucionar o conflito existente. Resta claro, portanto, tratar-se de típica eleição deste mecanismo de solução de conflitos de interesses, de modo que ninguém poderá ser compelido a instituir ou aceitar o juízo arbitral senão por sua livre e desembaraçada vontade.¹⁰

A liberdade pode ser enfocada por diversos ângulos. Segundo Joaquim Eduardo Pereira e Lauro Ishikawa, a partir de uma investigação genealógica, a análise da liberdade, “pode evidenciar o imbricamento entre direito e política, o que pode abrir possibilidades novas de se encarar o tema na atualidade, de

⁸ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

⁹ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 243.

¹⁰ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

modo que não se fique preso em suas incongruências e aporias que parecem intransponíveis”.¹¹

A liberdade das partes é o elemento nuclear da arbitragem, estando presente em três momentos essenciais de sua estrutura: primeiro, na liberdade de escolher a arbitragem como forma de solução do conflito; segundo, na liberdade de escolher o árbitro; e, terceiro, na liberdade de escolher o conteúdo a ser julgado e o procedimento a ser observado pelo árbitro. A liberdade é a regra, tendo as partes ampla autonomia para escolher a forma, o tempo e até mesmo a lei material ou processual que regulará a arbitragem. Nada obsta que a solução seja proferida com base em regras corporativas, de caráter nacional ou internacional.

Em distinguibilidade com o Sistema Judiciário, vislumbra-se a liberdade individual como pilar da estrutura arbitral. No Sistema Judiciário, tudo está previamente regulamentado em texto de lei, enquanto na arbitragem a integralidade do procedimento regula-se de acordo com o querer das partes no exercício de sua liberdade. Todavia, embora a autonomia da vontade das partes reine absoluta no mundo da arbitragem, a própria Lei de Arbitragem estabelece alguns limites à liberdade a elas outorgada. Assim, as regras eleitas obrigatoriamente deverão repousar sobre a égide da ordem pública e dos bons costumes, neles compreendidos a dignidade da pessoa humana e o decoro social.

A instituição da arbitragem como método de solução de conflitos foi objeto de um processo gradual. A ideia de que a jurisdição é um monopólio do Estado é um entendimento tradicional e está inserido na sociedade. Com isso, o Estado substitui as partes na responsabilidade de solucionar o conflito existente, e aplica, por meio do processo judicial, o direito material vigente. Diferentemente, a arbitragem traduz uma das características fundamentais do Estado Democrático de Direito, ou seja, a liberdade de contratar. Tanto é assim que, na arbitragem de direito, é dada às partes a escolha das normas jurídicas a serem aplicadas pelo árbitro. Portanto, a instituição da arbitragem resulta da convenção

¹¹ PEREIRA, Joaquim Eduardo; ISHIKAWA, Lauro. Uma (re)consideração essencial sobre a liberdade. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 283, jul./dez. 2016.

arbitral, na qual as partes elegem o instituto como instrumento para a solução de sua controvérsia.

A arbitragem decorre da simples manifestação de vontade das partes pela solução arbitral, isto é, através de uma convenção arbitral, inicialmente entre as partes, e em seguida entre as partes e o árbitro. Tal convenção pode ser firmada através de uma cláusula arbitral inserida no contrato que dá origem a um negócio jurídico ou através de um compromisso arbitral a respeito de um conflito já existente naquele negócio. A primeira se diferencia por possuir um caráter genérico, sem saber quando nem qual parte da relação contratual incidirá na utilização da arbitragem. A segunda não está prevista em contrato, mas, com a lide formada, ambas as partes decidem, em comum acordo, pela utilização da arbitragem como forma de solucionar seu conflito. Logo, a principal diferença é temporal, pois na primeira espécie a arbitragem já estará definida desde a consolidação do contrato, e na segunda modalidade será convencionada para determinado conflito específico já existente.

O compromisso arbitral tem força vinculativa e pressupõe a renúncia das partes à jurisdição estatal, obrigando-as a se submeterem à decisão do árbitro eleito por acordo bilateral entre elas. Além disso, pode ser estabelecido independentemente da preexistência da cláusula arbitral e a qualquer tempo, mesmo no curso de processo judicial.

São duas as modalidades de compromisso arbitral: o judicial, firmado durante o processo judicial, e o extrajudicial, celebrado por instrumento particular ou público. Os artigos 10 e 11 da Lei nº 9.307/96¹² tratam das condições formais

¹² Cf. Lei nº 9.307/96:

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

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convenționarem as partes;

que irão conferir validade ao compromisso arbitral. São requisitos obrigatórios, e sem eles a arbitragem encontrará obstáculos ao seu prosseguimento. Entre outros, compreendem tais requisitos: a qualificação completa das partes, a designação da matéria que será objeto da arbitragem para que se possa verificar a disponibilidade e a forma escrita. O requisito da forma escrita pode ser satisfeito até mesmo por simples troca de mensagens entre as partes, desde que se evidencie, com clareza e exatidão, a vontade de se recorrer à arbitragem para solucionar conflito havido entre elas.

O compromisso arbitral deve ser claro e obrigatoriamente deverá conter a qualificação das partes, a qualificação dos árbitros ou a identificação da instituição à qual as partes delegaram a indicação dos árbitros, a matéria objeto da arbitragem e, por último, o lugar em que deverá ser proferida a sentença, isso sem prejuízo da inclusão de alguns requisitos facultativos, conforme dispõe o artigo 11 da Lei de Arbitragem. A celebração do compromisso arbitral deve observar tais elementos essenciais, sendo que sua falta resultará na nulidade do compromisso. Contudo, deverá ser decretada a nulidade somente nos casos de total impossibilidade de depreender-se e delimitar-se razoavelmente a vontade dos compromitentes. Dessa forma, conforme Carlos Alberto Carmona, “não deverá o intérprete prender-se a minúcias irrelevantes para tentar extrair do dispositivo legal motivos de nulidade do pacto”.¹³

O princípio do *pacta sunt servanda*, originário do direito contratual, obriga a parte que, contratando com alguém, optou pela resolução de conflitos através do juízo arbitral. Deste modo, não poderá haver desistência das partes nem anulação do contrato por simples desacertos em sua celebração. Nesse contexto, deve-se buscar superar o formalismo exacerbado herdado dos tempos medievais, pois implicações desnecessárias acabam servindo, na maioria das vezes, como impasse à instituição do compromisso arbitral. Alinhada aos mais

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 198.

modernos textos legais e a Tratados Internacionais, a Lei nº 9.307/96 trouxe importante alteração no tocante à necessidade do compromisso arbitral. Assim, mesmo com a cláusula arbitral, o compromisso arbitral, embora importante, não é imprescindível para a instituição da arbitragem.

3. CLÁUSULA ARBITRAL

A convenção arbitral se apresenta, a um só tempo, como ato de características materiais e processuais que se completam mutuamente. Em especial, a cláusula arbitral, também chamada cláusula compromissória, é um dispositivo contratual em que as partes preveem a resolução de eventuais disputas, surgidas em determinado negócio jurídico, por meio da arbitragem. A cláusula arbitral é a manifestação antecedente da vontade das partes e versa sobre o surgimento de futuros litígios. É firmada dentro de um contrato, com o qual não se confunde, significando que a eficácia ou a extinção de um deles não implica a eficácia ou extinção do outro.

Antes da Lei Federal nº 9.307/96, a cláusula arbitral, por si só, não obrigava as partes a se submeterem à arbitragem. Não se cogitava, no ordenamento jurídico brasileiro, a realização da arbitragem fundada apenas em cláusula arbitral. Pelo fato de o Código Civil de 1916 e o Código de Processo Civil de 1973 não tratarem do assunto, a cláusula arbitral era simplesmente ignorada. Mas, com a Lei nº 9.307/96, isso passou a acontecer, além do poder de afastar a competência do juiz togado com fundamento apenas em cláusula arbitral. Agora, a cláusula arbitral tem efeito pleno de obrigação assumida entre as partes, obrigação de se submeterem à arbitragem. Com base no artigo 4º da Lei nº 9.307/96,¹⁴ pode-se concluir que a cláusula arbitral, enquanto contrato, é:

¹⁴ Cf. Lei n. 9.307/96:

“Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

a) fato jurídico, uma vez que está afeto ao direito; b) ato jurídico, já que se enquadra entre fatos jurídicos voluntários; c) negócio jurídico, porque a declaração de vontade oriunda desta pode gerar obrigações entre as partes; d) e contrato, uma vez que resulta de atos negociais fundados na vontade dos agentes que acordam no sentido de criar um direito de ação na via arbitral.

Assim, o conjunto de atos que compõe o processo arbitral pode ser previsto na elaboração da cláusula arbitral. Para a cláusula que prevê desde a instituição da arbitragem até a fase do cumprimento da sentença, dá-se o nome de cláusula arbitral cheia ou completa. Nome contrário é dado àquela que possui apenas os requisitos mínimos para a instituição da arbitragem, a saber, cláusula arbitral vazia. Mesmo assim, a cláusula arbitral vazia ou incompleta consiste em ato jurídico existente, válido e eficaz, capaz de impor às partes a obrigação. Entretanto, faltam-lhe os requisitos de constituição e desenvolvimento do processo arbitral, o que pode ser sanado com o compromisso arbitral.

Estas condições são indispensáveis para o desenvolvimento válido e regular da arbitragem. Um problema que causa dificuldades à instituição do compromisso arbitral é a insuficiência ou ineficiência da cláusula arbitral. Quando mal redigida, a cláusula arbitral pode causar dúvidas no momento da instituição da arbitragem e até da celebração posterior do compromisso arbitral, necessitando muitas vezes de intervenção do Judiciário para o ato. Com a vigência da Lei Federal nº 9.307/96, passou-se ao emprego de maiores cuidados quando da redação da cláusula arbitral, pois caracteriza-se uma relação de dependência entre a cláusula arbitral e a instauração do processo de arbitragem.

Outro ponto importante relativo à cláusula arbitral é a sua completa autonomia em relação ao contrato em que estiver inserida. A nulidade do contrato não implica na nulidade da cláusula, conforme entendimento do artigo 8º da Lei da Arbitragem.¹⁵ Neste sentido, cabe ao árbitro decidir, de ofício ou a

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”.

¹⁵ Cf. Lei nº 9.307/96:

“Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

requerimento das partes, questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e até mesmo sobre a validade do contrato que contenha a cláusula arbitral. No tocante à transferência do contrato, vale ressaltar que, dada a autonomia e a independência da cláusula arbitral, esta não acompanha o contrato em caso de transferência, salvo o direito do terceiro em aceitar livremente a cláusula. Do contrário, seria a cláusula imposta ao terceiro, o que contraria os preceitos da Lei nº 9.307/96. Enfim, a cláusula compromissória não é acessório do contrato, uma vez que é autônoma e, sendo assim, qualquer alegação sobre suposta nulidade do contrato ou da cláusula arbitral deverá ser submetida à análise do árbitro.

A cláusula arbitral, uma vez convencionada, faz com que o árbitro seja o juiz de fato e de direito da causa, de forma que a decisão por ele proferida não ficará sujeita a recurso ou homologação judicial, nos termos do artigo 18 da Lei nº 9.307/96.¹⁶ Ou seja, conforme referência de José Antonio Remedio, o árbitro equivale ao juiz no processo judicial, tendo os mesmos poderes do juiz togado e não sofrendo restrições no tocante à sua competência, conforme, inclusive, entendimento do Superior Tribunal de Justiça, expressado quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 11.308-DF.¹⁷

Ainda, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça expressado quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 11.308-DF, antes referido, o juízo arbitral não retira a garantia constitucional do juiz natural, mas, ao contrário, possibilita sua realização, pois somente é admissível por mútua concessão entre as partes.¹⁸

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”.

¹⁶ Cf. Lei nº 9.307/96:

“Art. 18. 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”.

¹⁷ REMEDIO, José Antonio. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 301.

¹⁸ Conforme se constata do teor da ementa do julgamento do Mandado de Segurança n. 11.308-DF: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...)

4. PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP): CARACTERÍSTICAS E ASPECTOS DO INTERESSE PRIVADO NA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

A Parceria Público-Privada, consoante Jacintho Arruda Câmara, surge como um instrumento de cooperação entre a Administração Pública e o setor privado, diante da necessidade de uma reforma do Estado, consubstanciada na crise do Estado intervencionista e que se agrava de maneira a comprometer o investimento de recursos públicos. A Constituição Federal Brasileira não foi a única a tentar contornar os imbróglios causados pelo Estado Leviatã, sendo que no ano de 1992 a Grã-Bretanha foi a pioneira em instituir jurídica e relevantemente as Parcerias Público-Privadas.¹⁹

Esse novo padrão de relacionamento entre Estado e particular teve origem na *Private Finance Initiative (PFI)*, instituto cujo objetivo foi estimular, mediante injeção de capital, a participação do ente privado nas prestações de serviços públicos. Consequentemente, deu-se oportunidade ao ente público para diminuir seus investimentos próprios, criando um círculo de responsabilidades para o bem do Estado e usando a PPP para cumprir os objetivos estatais, sem visar interesses oportunistas. Assim, o Estado transferiu para o ente privado, via parceria, tanto os riscos quanto os benefícios do empreendimento. No final da década de 1990 ocorreram alterações na *PFI*, dentre elas, buscou-se equilibrar

16.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

(...)

(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308-DF. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: **DJe**, 19 maio 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>. Acesso em 2 nov. 2017).

¹⁹ CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

a parceria, pois no modelo anterior o risco ficava todo com o particular. Deste modo, para promover tal equilíbrio, o Poder Público também assumiu uma parcela de responsabilidade dos riscos, alcançando tal empreendimento o custo-benefício almejado. Ao final de 2012 havia mais de 700 projetos de *PFI*, com desfecho financeiro nos mais diversos setores. A parceria de maior renome mundial foi em relação à construção da linha de trem, em parte submersa, do Canal da Mancha, conectando a Inglaterra à França.²⁰

Entre outros fatores, as carências sociais e econômicas e a insuficiência de recursos públicos para realizar os serviços e atividades necessários para a coletividade levaram o Estado brasileiro a buscar alternativas para suprir as deficiências, culminando com a implantação do modelo de contratação de Parceria Público-Privada no âmbito da Administração Pública da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Consoante José Antonio Remedio, por meio do contrato de Parceria Público-Privada, e aproveitando a eficiência de gestão do setor privado, “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”.²¹

Em âmbito nacional, a Parceria Público-Privada teve como marco inicial a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Por sua vez, com a Lei nº 9.941/97 (com as alterações promovidas pela Lei nº 12.767/12), foi criado um programa de desestatização e flexibilização do monopólio estatal, adotando a privatização em sentido estrito e constituindo a alienação de ativos ou ações de empresas estatais para o setor privado. Entretanto, a parceria em sentido estrito é menos abrangente que a parceria em sentido amplo, pois não reconhece toda parceria como privatização para reduzir o tamanho do Estado na gestão dos serviços públicos.

²⁰ HM TREASURY: **A new approach to public private partnerships**. London: The Stationary Office, 2012. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_05.pdf>. Acesso em 2 ago. 2017.

²¹ REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 516-517.

A Parceria Público-Privada, por expressa definição legal, é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa (Lei nº 11.079/04, art. 2º)²².

Legalmente, é vedada a celebração de contrato de Parceria Público-Privada nas seguintes hipóteses (Lei nº 11.079/04, artigo 2º, § 4º):²³ quando o valor for inferior a R\$20.000.000,00; quando o período de prestação do serviço for inferior a cinco anos; que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o significado da sigla PPP pode ser compreendido em dois sentidos: amplo e estrito. Em sentido amplo, a expressão Parceria Público-Privada significa qualquer conexão negocial entre a Administração Pública e o ente privado, viabilizando o que for de interesse público e diminuindo o tamanho do Estado; transfere responsabilidades públicas aos particulares, viabilizando a gestão, que deixa de ser exclusivamente estatal. Já a parceria em sentido estrito faz referência a uma espécie diferenciada de concessão. A concessão caracterizada como comum implica na responsabilidade do Estado por decisões estratégicas, incumbindo ao concessionário somente segui-las. O tipo peculiar, que caracteriza a PPP em sentido estrito, tem um compartilhamento dos riscos, ganhos, estratégias e contraprestação pecuniária alongada em anos para diminuir o gasto público inicial; subdivide-se em concessão patrocinada e concessão administrativa.²⁴

²² Cf. Lei nº 11.079/04:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

²³ Cf. Lei nº 11.079/04:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

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

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); ([Redação dada pela Lei nº 13.529, de 2017](#))

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

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

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Logo, ao se falar em âmbito nacional de Parceria Público-Privada, está-se falando de uma destas duas modalidades. Nota-se, no entanto, que o sentido amplo da parceria pode ser aplicado anterior e independentemente do surgimento da Lei nº 11.079/04. Vê-se que a Lei nº 11.079/04, chamada Lei da PPP, nada mais é do que uma nova forma de concessão pelo poder público. No tocante ao conceito da PPP, analisa José dos Santos Carvalho Filho:

Dentro dos objetivos da lei, pode o contrato de concessão especial sob o regime de parceria público-privada ser conceituado como o acordo firmado entre a administração Pública e pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimento de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento de riscos e dos ganhos entre os pactuantes.²⁵

Com isso, observa-se que a Lei da Parceria Público-Privada foi influenciada por uma congruência de pensamentos e reflexões, diante da inexistência de normas próprias na legislação brasileira. Sobre a matéria, vale lembrar a competência da União, outorgada pela Constituição Federal de 1988, para sua criação. Houve uma complementação tanto na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), vaga neste sentido, quanto na existência de uma estrutura, em âmbito federal, para estabelecer um programa que viabilizasse contratos específicos que ainda não possuíam amparo normativo. Além de reforçar a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00), a Lei nº 11.079/04 trouxe novos conceitos de concessão administrativa, ou seja, a patrocinada e a comum.

Enfim, trata-se de uma norma geral, não exaustiva, dando liberdade aos estados e municípios para editarem suas próprias leis, desde que não contrariem a norma geral editada pela União. As normas estaduais e municipais anteriores à Lei nº 11.079/04 passam a sofrer o influxo da norma geral, sendo válidas

²⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 428.

apenas aquelas que estiverem em compatibilidade com a lei de âmbito nacional, sob pena de ter sua eficácia suspensa.

A Parceria Público-Privada também tem como objeto tornar mais interessante o investimento a ser feito pelo ente privado na celebração da PPP com o ente público.

Quando se fala em atratividade de um mercado, está-se referindo à capacidade que este possui em atrair, chamar a atenção de investidores mediante suas características, sejam elas culturais, sociais, políticas, econômicas, de infraestrutura ou até mesmo de segurança jurídica. Em países cujas instituições judiciárias são ineficazes, os negócios jurídicos podem sofrer impactos limitadores, e até nem existirem. Vê-se, assim, a importância de haver um Sistema Judiciário eficiente e célere, diante do qual as empresas possam ter garantidas as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de Parceria Público-Privada.

São vários os fatores de garantia entre os entes privado e público no momento de firmarem contratos que constituem negócios jurídicos. Por primeiro fala-se do compartilhamento de riscos. Segundo José dos Santos Carvalho Filho, “o poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado no caso de eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de deficit”.²⁶ Tal compartilhamento serve tanto para o prejuízo quanto para o caso de haver lucro desproporcional ao contrato, pois, independentemente de ocorrerem por fatos imprevisíveis, caso fortuito ou força maior, o ente privado incluirá o valor do risco no seu preço final, deixando o contrato mais oneroso.

O objetivo não é afastar da parceria eventuais parceiros que não queiram assumir sozinhos os riscos do negócio, já que, sendo de longo prazo, não há como se ter certeza do que acontecerá durante sua execução. Por sua vez, para combater o lucro desproporcional, exige-se cláusula para compartilhar os ganhos decorrentes da diminuição de riscos. Como exemplo, o parceiro privado financiou determinada obra com juros altos, mas, ao longo do tempo, diminuindo

²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 432.

o risco, este pode vir a conseguir financiamento mais vantajoso, e assim terá de ser diluída esta vantagem à concedente. Enfim, apesar de serem feitas análises, estudos, projeções de como será o futuro para o projeto respectivo, este pode se tornar obsoleto ao longo do tempo, e assim, não render nem mesmo o mínimo esperado. O risco em excesso ou não conhecido afasta o investidor, pois este não irá apostar todas suas economias em um cenário incerto, uma vez que poderá perder todo seu investimento.

Para José Antonio Remedio,²⁷ outro interesse que se traduz em formas de garantias decorre do artigo 8º da Lei das PPPs.²⁸ As obrigações pecuniárias firmadas pela Administração Pública no contrato de Parceria Público-Privada poderão ser garantidas por meio de: vinculação de receitas, respeitado o disposto no artigo 167, IV, da CF;²⁹ instituição ou utilização de fundos especiais contemplados em lei; contratação de seguro-garantia com seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para tanto; e outros mecanismos admitidos pela legislação.

Segundo Carlos Ari Sundfeld,³⁰ as garantias são uma segurança ao empreendedor privado no tocante ao mínimo de certeza de que seus

²⁷ REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015, p. 518.

²⁸ Cf. Lei nº 11.079/04:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no [inciso IV do art. 167 da Constituição Federal](#);

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

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

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

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

VI – outros mecanismos admitidos em lei”.

²⁹ Cf. Constituição Federal de 1988:

“Art. 167. São vedados:”

(...)

“V - a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;”

³⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 44.

investimentos serão adequadamente remunerados. Sem a garantia do recebimento da prestação pecuniária, assim como de juros, muitos interessados acabam por desistir da parceria, inclusive empresas de grande porte e multinacionais que gastam muito dinheiro em estudos de viabilidade e de projeto. Outra garantia merecedora de menção diz respeito ao Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privada (FGP), que se diferencia dos outros fundos pelo fato de ser um ente dotado de personalidade jurídica de natureza privada, composto de bens privados, alienados por seus quotistas, mas com a translação de bens públicos para o domínio privado. Assim, quando o ente público não honrar seus compromissos, sua execução se dará nos moldes privados, não sendo, portanto, inserida no regime de precatórios a execução de débitos das pessoas de Direito Público.

Ainda de acordo com Carlos Ari Sunfeld,³¹ outro fator almejado gira em torno da segurança jurídica do contrato de parceria. Com efeito, diante das peculiaridades nas formas dos contratos entre Poder Público e setor privado, há de ser considerada a paridade de forças e a flexibilização em tal relação contratual. O que se pretende é que o ente privado não seja surpreendido ou agravado pela mudança inesperada de comportamento da Administração Pública, sem o mínimo respeito às situações firmadas e consolidadas no passado, ainda que não se tenham convertido em direitos adquiridos. Diferentemente de quando o ente público utiliza seu poder para criar verdadeiros contratos de adesão, impondo sua vontade, essa nova forma de contratação se transforma em negociação, tendo os contratantes de ceder em certos momentos e equilibrar o contrato. Neste sentido, ao eleger a arbitragem com o objetivo de consagrar a segurança jurídica de tal parceria, emana o espírito do equilíbrio pretendido pelas partes contratantes, além de possibilitar inúmeros benefícios como celeridade, especialização, imparcialidade (principalmente no envolvimento de contratos públicos), inclusive podendo vir a ajudar a desafogar o sistema jurisdicional pátrio.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 39.

Importante lembrar que a arbitragem não é um método amigável de solução de conflitos. Trata-se de um meio alternativo e heterocompositivo de solução de conflitos, equiparado à jurisdição estatal.

5. A ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPPs)

A questão relativa à utilização da arbitragem pela Administração Pública relativamente aos contratos por ela celebrados nunca foi pacífica na doutrina.

Até o advento da Lei nº 13.129/15, que complementou a Lei de Arbitragem atualmente vigente (Lei nº 9.307/96), havia enorme insegurança jurídica sobre a utilização da cláusula arbitral em contratos envolvendo a Administração Pública, embora a Lei nº 9.307/96 não proibisse que a Administração fosse parte em processo arbitral, exceto quando envolvesse direitos patrimoniais indisponíveis. De um lado, negava-se o uso da arbitragem, por considerar fundamental existir uma lei autorizando o instituto em tais contratos, argumentando-se que pelo princípio da indisponibilidade do interesse público estaria repelido o uso do instituto. De outro lado, também se afirmava ser possível o uso da arbitragem pelo ente público, mesmo sem lei específica autorizativa, alegando-se que o emprego do instituto não feria o princípio da legalidade previsto da Constituição Federal de 1988, uma vez que o consentimento dos agentes públicos somente se verificava em relação a interesses econômicos e direitos disponíveis.

Apesar de ainda hoje existirem argumentos contrários à utilização da arbitragem envolvendo a Administração Pública, há motivos para se afirmar que não há necessidade de autorização legal explícita para o Poder Público utilizar o instituto, pois apoia-se no interesse da sociedade em buscar uma solução equilibrada ao problema existente entre os contratantes público e privado.

Nesta linha de pensamento, Gustavo Binenbojm assevera que “o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar, restando atendida a

legalidade quando a solução arbitral se afigura, a juízo do administrador, como aquela que se realiza, da forma mais eficiente, o dever de bem administrar”.³²

Da mesma forma, afirma Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

Eis uma das principais consequências da intensificação das relações e do estreitamento dos laços entre Estado, empresas e organizações da sociedade civil no mundo contemporâneo. O caminho da negociação – e não o percurso da imposição, para a composição de eventuais dissensos entre as partes, pressupõe o reconhecimento (ainda que relativizado pelo regime jurídico-administrativo) da autonomia das partes envolvidas.³³

Assim, em um cenário cuja tendência é a instituição da cláusula arbitral, prevendo o uso da arbitragem nos contratos da Administração Pública, por saber que esta atrai o investimento privado, tanto nacional como internacional, não há como sustentar uma relação de total subordinação entre a Administração e as entidades privadas. Ao contrário, há necessidade de realização equilibrada de parcerias, suavizando-se a vertical relação nos contratos de adesão, havendo diálogo entre as partes, com maior paridade de dispositivos entre ambas e almejando uma sensatez contratual. Isso pode ser percebido nitidamente desde a consulta pública necessária à abertura do processo de licitação para contratar uma PPP.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

O fundamento último da adoção do juízo arbitral é a obtenção da justiça mais célere e, tanto quanto a justiça clássica, imparcial. Nesse aspecto, estará a Administração observando a finalidade última da ação administrativa - o interesse público. Por isso mesmo, ainda que incipiente o uso da arbitragem pelo Poder Público, os Tribunais a têm admitido, expressa ou

³² BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 7 ago.2017.

³³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 601.

tacitamente, sob o fundamento de que não há expressa vedação para tal fim e que o objetivo se preordena ao interesse público.³⁴

Segundo Carla Amaral de Andrade Junqueira Canero, ao decidir o caso conhecido como Organização Lage em 1973, o STF admitiu o caráter contratual da arbitragem e a legitimidade do comprometimento da União, afastando qualquer dúvida sobre a possibilidade do Estado em participar de arbitragem privada no Brasil.³⁵

Na lição de Eliana Baraldi,

há muito tempo não se duvida de que a arbitragem é meio de solução de controvérsia absolutamente bem sedimentado no Brasil, de utilização difundida no cenário nacional e internacional e merecedor de larga credibilidade, inclusive assim considerado no exterior, não apenas, mas principalmente, no âmbito dos contratos com a Administração Pública.³⁶

Ainda que assim não fosse, a Lei nº 13.129/15 acabou dirimindo a controvérsia, possibilitando a utilização da cláusula arbitral em contratos envolvendo a Administração Pública.

Dessa forma, o legislador incluiu no artigo 11, III, da Lei nº 11.079/04,³⁷ a faculdade de se utilizar a arbitragem quando se tratar de direitos patrimoniais

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 100.

³⁵ CANERO, Carla Amaral de Andrade Junqueira. A possibilidade de utilização da arbitragem em contratos entre empresa e Estado. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 119.

³⁶ BARALDI, Eliana. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21.

³⁷ Cf. Lei nº 11.079/04:

“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”.

disponíveis. No mesmo sentido, o artigo 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/96,³⁸ introduzido pela Lei nº 13.129/15, dispõe que a Administração Pública Direta e Indireta poderá se utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, para os demais contratos em que uma das partes seja o ente público, a arbitragem deverá ser usada e incentivada quando o conflito possuir característica privada, como versa o artigo 62, § 3º, I, da Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93).³⁹ Quanto ao contrato de concessão, o artigo 23-A da Lei nº 8.987/95,⁴⁰ incluído pela Lei nº 11.196/05, também se refere expressamente quanto à possibilidade de se utilizar a arbitragem para solução de conflitos.

Isso ocorre por se originarem de atos de gestão, atos de direito praticados pelo Estado sem se valer de sua supremacia, trazendo-o ao patamar da outra parte. O uso da arbitragem não somente fornece segurança ao investidor interno, mas principalmente transmite ao investidor estrangeiro o quão receptivo um país tende a ser no sentido de garantir, caso haja um litígio, que este poderá se utilizar da isonomia e da celeridade para sua solução, características do instituto de arbitragem.

Vale observar que os referidos diplomas normativos não estipulam ao ente público utilizarem-se obrigatoriamente da arbitragem institucional (arbitragem desenvolvida por instituição que se dedique à atividade arbitral) ou da arbitragem avulsa (arbitragem desenvolvida por árbitro independente de uma

³⁸ Cf. Lei nº 9.307/96:

“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”.

³⁹ Cf. Lei nº 8.666/93:

“Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço”.

(...)

“§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;”

⁴⁰ Cf. Lei nº 8.987/95:

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

instituição). Na arbitragem avulsa as partes definem as regras e formas de regimento do procedimento arbitral, podendo gerar confusão quanto ao uso da arbitragem, pois apesar de ter de respeitar a legislação em vigor, esta fica a critério das partes e do árbitro, o que não parece ser a melhor alternativa em relação à esfera pública. Diante disso, há uma inclinação na utilização da arbitragem institucional, definida em cláusula arbitral, sem dúvida a mais recomendada em se tratando de contratos celebrados com a Administração Pública.

A Lei nº 13.129/15, ao dar nova redação ao artigo 2º, § 3º da Lei nº 9.307/96,⁴¹ veda apenas a utilização da arbitragem por equidade em relação à Administração Pública. Tal regulamentação se faz coerente por se transferir exclusivamente ao árbitro decisões baseadas em suas próprias convicções e no costume local. Em se tratando de Administração Pública, tal conduta deve ser evitada, pois não seria conveniente um pacto de arbitragem firmado pelo ente público, no qual poder-se-ia expressar preferência ou escolha por critérios diferentes àqueles de direito ou legais.

A Lei nº 13.129/15 também deu nova redação ao art. 2º, § 3º, da Lei nº 9.307/96,⁴² fazendo referência ao princípio da publicidade quanto aos atos da Administração Pública. É imprescindível o respeito ao princípio da publicidade, vez que a Administração não deve conter nenhum segredo perante a sociedade, salvo no que se refere aos contratos sigilosos. No entanto, o processo arbitral é sigiloso pela sua própria natureza, possuindo como uma das suas características a confidencialidade. Assim, apesar da publicidade ser um princípio constitucional que deve estar presente em todos os atos da Administração Pública, a sua compatibilização com o instituto da arbitragem gera controvérsias a respeito da exposição dos fatos. Contudo, o princípio da

⁴¹ Cf. Lei nº 9.307/96:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

(...)

“§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

⁴² Cf. Lei nº 9.307/96:

“Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.”

(...)

“§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

publicidade poderá se fazer presente ao término da arbitragem, não sendo necessário o público estar ciente de todos os passos de um processo sigiloso, mas apenas de sua solução.

Segundo Gustavo Henrique Justino de Oliveira:

A exceção residiria nos contratos denominados “sigilosos”, nos termos da Lei Federal 8.159/1991 e dos arts. 59 e 60 do Decreto 4.553/2002. Aliás, aqui poderia ser incentivada a possibilidade da utilização do juízo arbitral para a solução de litígios que envolvam esses contratos, pois em jogo estariam informações e dados cujo conhecimento irrestrito ou divulgação poderiam acarretar risco à segurança da sociedade e do Estado.⁴³

Sem isso, não há como esperar que um país seja de interesse sério aos investidores, nacionais ou estrangeiros, o que faz da arbitragem um relevante fator de atração. Mesmo tendo o Poder Público discricionariedade na utilização da arbitragem, o intuito da parceria concerne em aproximar, como o próprio nome parceria sugere, os setores público e privado, tanto interno como externo, trazendo ambos a um nível de igualdade, envolvidos em um novo tipo de contrato consensual. Desse modo, por serem parceiros, o *ius imperium* do ente estatal não poderá ser exercido plenamente, sendo necessário haver um equilíbrio entre ambos os contratantes. Com a parceria as partes estarão em nível de igualdade, não se podendo mais pensar no contrato tradicional utilizado pela Administração Pública, aquele da verticalização contratual, verdadeiro contrato de adesão.

Ao contrário, haverá uma horizontalidade, na qual a paridade entre ambos os lados irá manter no país os respectivos investimentos, o capital necessário para evolução de novos investimentos e, conseqüentemente, evolução da sociedade e do bem-estar social. Todas as diferentes perspectivas desta nova relação negocial, levadas a fio em âmbito administrativo, alteram a rigidez da verticalização das relações contratuais entre a Administração Pública e o particular, possibilitando maior equilíbrio entre as partes da parceria. As PPPs

⁴³ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 629.

configuram exemplos nítidos dessa horizontalidade contratual pela Administração, com maior disponibilidade ao diálogo.

Como afirma Gustavo Henrique Justino de Oliveira, nasce a chamada Administração Consensual, na qual há mudança na forma de contratar, que passa a ser guiada pela dialética do consenso. Essa nova forma leva à atratividade da parceria, de forma segura, por possibilitar a segurança jurídica necessária para garantir os direitos resguardados ao ente privado em caso de discordância entre os parceiros. Não se fala em vantagem do ente privado perante a Administração e vice-versa, mas sim, como dialética do consenso, fala-se em desenvolvimento na forma de contratar pelo equilíbrio entre as partes, com a arbitragem desempenhando o papel de garantir que tal equilíbrio permaneça ao longo de todo contrato.⁴⁴

A arbitragem, além de ser uma forma de acesso à justiça, torna o contrato de parceria juridicamente protegido. Ela solidifica a segurança jurídica, um dos elementos necessários a compor uma parceria, no sentido de tornar atrativo o investimento ao eventual parceiro privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo paternalista do Estado do Bem-Estar Social está em crise e tem atingido os mais diversos setores, como saúde, educação, assistência social, saneamento, infraestrutura, economia, entre outros, levando ao desgaste e descrédito do Estado. Estando saturado, um dos efeitos gerados por este constante intervencionismo estatal é o aumento das demandas sociais, necessitando o Estado buscar alternativas para atender, entre outras necessidades, à prestação de serviços essenciais ao indivíduo e à coletividade.

⁴⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 601.

A Parceria Público-Privada (PPP) vem para cumprir os objetivos de flexibilização do *ius imperium* da Administração Pública, no sentido de haver, de fato, uma parceria na qual a verticalidade é trocada pela horizontalidade da relação negocial, o que não é simples. Sua complexidade apresenta-se de diversas formas, inclusive em relação ao estudo de viabilidade e na necessária previsão de mutação do contrato celebrado com o Poder Público. Por sua vez, o prazo para execução do contrato, normalmente longo, possibilita dissolver a pressão financeira do ente público, já que esse não mais precisa disponibilizar recursos financeiros próprios imediatamente. Organizar uma PPP, observando todas essas complexidades, poderá levar meses, senão anos, até sua efetiva implementação.

Um dos principais objetivos perante a sociedade é a observação do melhor custo-benefício ao Estado. Se isso não for marcante, pode-se concluir que houve falha na implementação da parceria, mesmo que ela tenha cumprido o objetivo original de contrato consensual. Apesar disso, a criação da Lei das Parcerias Público-Privadas, por si só, é algo notável, mostrando que os governantes observaram a necessidade de ter um processo célere e robusto, focado nos elementos essenciais do interesse público, com o intuito de desenvolver rapidamente a precária infraestrutura do serviço público brasileiro.

Por sua vez, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, sugere-se que o uso da arbitragem seja sempre observado em tais contratos, mesmo que a lei estipule como facultativa sua utilização, uma vez que o instituto possibilita melhor custo-benefício ao interesse público. A crise no país, especialmente no Sistema Judiciário, está longe de ser resolvida por meios tradicionais, tendo em vista que o problema se tornou crônico e a destinação de recursos para a Justiça, sabidamente insuficiente, tem consumido boa parte do orçamento público para a sua manutenção.

A arbitragem não é figura nova no ordenamento jurídico pátrio, sendo legalmente reconhecida desde a colonização portuguesa. A previsão legal do instituto da arbitragem nos contratos de PPP funciona como uma autorização para que o Estado possa figurar como parte em uma demanda arbitral. Neste sentido, as garantias contratuais passam a ser o fator de atração ao parceiro

privado, em especial a arbitragem que torna o contrato de parceria juridicamente protegido, solidificando a desejada segurança jurídica, um dos pontos principais para a composição de uma parceria no sentido de resguardar juridicamente o investimento ao eventual parceiro privado.

Apesar da força dos argumentos em sua defesa, a via arbitral está muito longe de ser uma unanimidade no meio jurídico. A arbitragem nada mais é do que um meio alternativo ao sistema jurídico tradicional oferecido pelo Estado para dirimir conflitos. Vê-se a importância da arbitragem como elemento de atração, englobado pela segurança jurídica, essa sim um fator preponderante, e a arbitragem contribui largamente para sua implementação. A arbitragem constitui um elemento fulcral na decisão do setor privado, principalmente estrangeiro, no momento de firmar uma Parceria Público-Privada, investindo seus recursos econômico-financeiros no Estado brasileiro.

Tem-se, em conclusão, que restou confirmada a hipótese inicial, no sentido de que a arbitragem pode ser aplicada aos contratos celebrados pela Administração Pública e o ente privado, em particular no tocante à Parceria Público-Privada (PPP), e que sua utilização constitui efetivo instrumento que contribui para o acesso à justiça e à segurança jurídica no país, seja em face da celeridade das decisões que são proferidas sob sua égide, seja no tocante às garantias dadas especialmente ao ente privado que investe seus recursos econômico-financeiros no país.

REFERÊNCIAS

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Jurisdição e arbitragem no Novo Código de Processo Civil. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 233-265.

BARALDI, Eliana. Arbitragem e contratos com a Administração Pública. In: MELO, Leonardo de Campos; BENEDUZI, Renato Resende (Coords.). **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 21-57.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto

de Direito Público da Bahia, n. 2, maio/jul. 2005. Disponível em:
<<http://www.direitodoestado.com.br>> Acesso em 7 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308-DF. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: **DJe**, 19 maio 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200502127630&dt_publicacao=19/05/2008>. Acesso em 2 nov. 2017.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviço público e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias público-privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157-179.

CANERO, Carla Amaral de Andrade Junqueira. A possibilidade de utilização da arbitragem em contratos entre empresa e Estado. In: VILELA, Marcelo Dias Gonçalves (Coord.). **Métodos extrajudiciais de solução de controvérsias**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 115-119.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FLENIK, Giordani. **Arbitragem nos litígios trabalhistas individuais**. Florianópolis: Insular, 2009.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

HM TREASURY: **A new approach to public private partnerships**. London: The Stationary Office, 2012. Disponível em:
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/infrastructure_new_approach_to_public_private_parnerships_05.pdf>. Acesso em 2 ago. 2017.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NERY, Ana Luiza. **Arbitragem coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 597-645.

PEREIRA, Joaquim Eduardo; ISHIKAWA, Lauro. Uma (re)consideração essencial sobre a liberdade. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 10, n. 2, p. 282-308, jul./dez. 2016.

REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim,

2015.

_____. **Mandado de segurança individual e coletivo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 15-44.