



A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

ARTIGO ORIGINAL

BRANDARIZ, Fernando¹, PRAZAK, Mauricio²

BRANDARIZ, Fernando. PRAZAK, Mauricio. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada.** Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 07, Ed. 12, Vol. 02, pp. 184-210. Dezembro de 2022. ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/parceria-publico-privada>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/parceria-publico-privada

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade analisar os contratos de parceria público-privada e a arbitragem como uma forma de solução de conflitos. Por meio de estudos doutrinários e jurisprudencial analisar a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de parceria público-privada. Uma das grandes novidades trazidas pela Lei 11.709/04, que regula a contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública foi a previsão no art. 11, III do emprego da arbitragem como um dos mecanismos privados de resolução de disputas para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato. A arbitragem, regulamentada pela Lei 9.307/96 e alterações, tem em seu artigo 1º, §1º a autorização para a administração pública direta ou indireta utiliza-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. O tema torna-se controvertido uma vez que os bens da administração pública são indisponíveis e retira do Estado a jurisdição para dirimir o conflito transferindo para um instituto privado. Primeiro será analisado o instituto da parceria público-privada, no segundo momento analisaremos a arbitragem e ao final o estudo da jurisprudência sobre o tema.

Palavras-chave: Arbitragem, Parceria público-privada, Compatibilidade, Administração Pública, Direitos Disponíveis.



1. INTRODUÇÃO

Até 2004 a única forma de concessão de serviços públicos era a prevista na Lei 8.987/95, a chamada de “Lei Geral de Concessões”. Com quase 10 anos, a lei se mostrou não interessante para a iniciativa privada, tendo como consequência o comprometimento das políticas públicas (BRASIL, 1995a).

Em 2004 foi editada a Lei 11.709/04 que instituiu normas gerais de licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aplica-se também, os órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativos, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (BRASIL, 2004a).

A lei estabelece contrato administrativo entre os dois entes, público – privado, na Administração Pública, especialmente em obras dos setores da economia nacional como gás e petróleo, energia elétrica, ferrovias e telecomunicações.

Como uma forma de trazer vantagens ao particular e incentivar o parceiro privado a investir nos setores públicos, foi previsto expressamente no artigo 11, inciso III da lei 11.709/04 a possibilidade da cláusula contratual prevendo a arbitragem regulada na Lei 9.307/96 (BRASIL, 2004; BRASIL, 1996).

Embora a arbitragem seja autorizada nos contratos regidos pela Lei 11.709/04, discute-se a sua aplicação sem ofender os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública e ainda, se o patrimônio público é disponível para uma eventual transação.

Ressaltamos que a Lei 9.307/96 sofreu alterações em 2015 pela Lei 13.129 a qual incluiu os parágrafos §1º e 2º no artigo 1º, autorizado o uso da arbitragem pela Administração Pública (BRASIL, 1996; BRASIL, 2015).



A Lei 11.709/04 autoriza o uso da arbitragem nos contratos de licitação e nos de parceria público-privada e a Lei 9.307/96 regulamenta a arbitragem. O debate fica mesmo tendo leis específicas sobre o tema, se o interesse público é ou não disponível. (BRASIL, 2004a; BRASIL, 1996).

O presente trabalho tem a finalidade de estudar a utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública nos contratos de parceria público-privada em acordo com os princípios e valores presentes na Constituição Federal.

O trabalho foi dividido em três capítulos, o primeiro apresenta as parcerias públicas privadas criadas pela Lei 11.709/04 a qual também prevê a possibilidade do emprego da arbitragem como forma de solução de conflitos (BRASIL, 2004a).

No segundo capítulo o foco será a arbitragem na Lei das parcerias público-privadas. Essa lei foi a primeira a admitir expressamente no âmbito das concessões administrativas a utilização da arbitragem e outros meios de resolução de controvérsias.

Por fim, o terceiro e último capítulo traz as análises da doutrina brasileira sobre a possibilidade do uso da arbitragem nos contratos de parcerias público-privada e a sua compatibilidade com o interesse público e os princípios da administração pública colacionando jurisprudência brasileira sobre o tema.

Para limitar o trabalho, a legislação aqui tratada será apenas a federal, embora não se ignore a existência de legislações estaduais sobre o mesmo tema.

2. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADA

As parcerias público-privadas foram inspiradas da *Private Finance Incentive – 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 a saúde. Ainda, o responsável por remunerar tais serviços é o próprio Poder Público e não quem se utiliza desse serviço, como ocorre nas concessões normais.

Souza Jr (2005, p. 122) esclarece que a atratividade das parcerias não se limita a países como o Brasil, que experimentam problemas associados ao endividamento e des controle fiscal, ou que se classificam como países “emergentes” e “em desenvolvimento” e reclamam empreendimentos de infraestrutura extremamente custosos e de longa maturação”. Pois países, como o Reino Unido, a Alemanha, Portugal e Canadá, também viram nas PPPs uma boa oportunidade de reduzir as necessidades de desembolso do setor público em investimentos de interesse estatal, aliando a tais projetos a gestão mais eficiente do setor privado, e possibilitando o redirecionamento dos recursos públicos para a implementação políticas sociais indelegáveis como saúde, educação e segurança pública [2]

Em 30 de dezembro de 2004, foi publicada a Lei federal 11.079/04 por meio do Projeto de Lei n.º 2.546/03, tendo como uma das justificativas a necessidade de viabilização de uma nova modalidade de contrato administrativo com compartilhamento de riscos e ganhos (BRASIL, 2004a; BRASIL, 2003a).

Outra justificativa do Projeto de Lei 2.546/2003 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 (BRASIL, 2003a)

No mesmo íterim, ressalta Oliveira (2012):

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. 29).

Foram implantadas no nosso ordenamento jurídico como forma de viabilizar investimentos nas áreas de infraestrutura com a justificativa da necessidade para o crescimento do país.

As parcerias público- privadas se distingue das outras modalidades de concessão e contratos administrativos, essencialmente por três principais aspectos: a) contraprestação em dinheiro do parceiro privado é garantida e assumida pelo Estado; b) contrato de longa duração, média superior a 20 (vinte) anos; c) a remuneração é vinculada diretamente ao desempenho na prestação do serviço público.

Em sentido amplo, constituem os múltiplos vínculos entre público e privado em que o ente público transfere, de forma consensual a responsabilidade ao particular para realizar as atividades de interesse público

Os vínculos entre público e privado surgiram antes da Lei que instituiu a parceria público- privada. Podemos destacar a Lei de Concessões, Lei federal n.º 8.987/95, leis que organizaram o regime jurídico do terceiro setor, Lei federal n.º 9.637/98, e sobre Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público na Lei federal n.º 9.790/99. (BRASIL, 1995a; BRASIL, 1998; BRASIL, 1999).

Podemos dizer que quando da edição da Lei federal n.º 11.079/2004 o nosso ordenamento jurídico já tinha experiência nos contratos firmados entre o Poder Público e Privado, embora sejam parcerias diferentes a intenção de mútua colaboração é igual.

Sobre o conceito de parceria público-privada, Marinela (2005) destaca:



O acordo firmado entre a Administração Pública e a pessoa do setor privado com o objetivo de implantação ou gestão de serviços públicos, com eventual execução de obras ou fornecimentos de bens, mediante financiamento do contratado, contraprestação pecuniária do Poder Público e compartilhamento dos riscos e dos ganhos entre os pactuantes (MARINELA, 2005).

Di Pietro (2011) 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 objetivo (a) a execução do 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 indiretamente, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro privado (DI PIETRO, 2011, p. 146).

As grandes mudanças no cenário político e econômico no Brasil nas últimas décadas ensejaram a criação de novas técnicas para suprir as carências econômicas e sociais da sociedade. Além dessas necessidades, a lei visou se adequar à Reforma do Aparelhamento Administrativo do Estado, transferindo à iniciativa privada parte das funções administrativas. O artigo 4º e incisos da Lei federal n.º 11.079/2004 elencam as diretrizes que norteiam a contratação por parceria público-privada e que devem ser observados o atendimento da eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade; o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos ente privados incumbidos da sua execução; a indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; a transparência dos procedimentos e das decisões, a repartição objetiva de riscos entre as partes, e a sustentabilidade financeira e as vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (BRASIL, 2004a). Os contratos disciplinados pelas Leis Federais n.º 8.666/93, que institui normas



para licitações e contratos da Administração Pública, e n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, as denominadas cláusulas exorbitantes não estariam presentes em grande quantidade dos contratos de parceria público-privada. O que se pretende com as parcerias é a negociação das cláusulas contratuais visando sempre atingir o equilíbrio dos efeitos dos contratos. (BRASIL, 1993a; BRASIL, 1995a).

Para Oliveira (2005):

Como todo e qualquer contrato, privado ou público, o parceiro público e o parceiro privado nos contratos de parcerias público-privada, desejam obter benefícios da relação. Todavia, tais objetivos possuem pontos divergente e de convergência. As negociações ocorrem para possibilitar um equilíbrio de interesses, com vistas a alcançar os compromissos mais justos e eficazes possíveis dentre as perspectivas de ganhos, custos a serem arcados e dos riscos a serem corridos (OLIVEIRA, 2005, p. 5).

Dessa forma, nos contratos de parceria público privada o parceiro público e o privado ocuparão simultaneamente a posição de credor e devedor, cujos direitos e obrigações submetem-se a um regime de dependência recíproca em que a obrigação de um corresponde ao direito do outro, e vice-versa. É cabível, portanto, nos contratos de parceria público privada defender que existe uma grande correlação entre os direitos e as obrigações do parceiro público e do parceiro privado (OLIVEIRA, 2005).

O fundamento constitucional para as concessões de serviço público está expresso no artigo 175 da Carta Magna [3] dispositivo que confere ao Poder Público a possibilidade de prestar diretamente os serviços públicos ou de transferir para o particular a sua execução por meio de concessão ou permissão. A concessão é a transferência da execução dos serviços públicos, os quais são de titularidade do Poder Público, a particulares que executam mediante contraprestação pecuniária (BRASIL, 1988).



Na realidade, as parcerias públicas privadas se enquadram em formas especiais de concessão de serviços públicos, as quais são definidas em lei como concessão administrativa e como concessão patrocinada [4] (BRASIL, 2004a).

Na tendência de aproximar o ente particular do Poder Público através de instrumentos organizados, a Lei 11.079/04 foi a pioneira ao prever no art. 11, III, [5] o emprego de mecanismos alternativos de resolução de conflitos, incluindo a arbitragem (BRASIL, 2004a).

A lei 11.079/04 não prevê como obrigatória a cláusula contratual da arbitragem no contrato, ficando a cargo da Administração Pública incluir ou não no edital a sua previsão. Entendemos que a previsão da cláusula contratual da arbitragem pode ser um incentivo para que o parceiro privado apresente propostas no processo licitatório (BRASIL, 2004a).

A previsão de solução de controvérsia por arbitragem é uma das disposições mais flexíveis que existem na lei. A lei viabiliza a celebração de contratos complexos e impulsiona e flexibilização e desburocratização da atuação administrativa.

Salles (2011) diz sobre o tema:

A propósito da colocação e entendimento da arbitragem no contexto da discussão da Reforma do Estado, afirma-se que ela se coloca tanto como consequência, quanto como um dos elementos propiciadores de algumas das estratégias de reforma. Nesse sentido, a arbitragem seria, a um só tempo, resultado e condição para poder-se realizar com sucesso determinados tipos de negócios estatais, muito especialmente aqueles cuja concretização depende da criação, para o particular, de uma dinâmica de incentivos, apta a tonar atrativo o negócio com o Estado (SALLES, 2011, p. 62).

Cabe ressaltar que muito embora a Lei n.º 11.079/04 trouxe preceitos modernos e do direito privado, o contrato de parceria pública-privado continua tendo a



natureza pública, devendo ser precedido de licitação e sujeito aos controles da Administração.

Neste capítulo mostramos os principais aspectos do contrato de parceria público-privada descrito na Lei n.º 11.079/04 e a possibilidade de inserção da cláusula contratual nesses contratos conforme autoriza o artigo 11, inciso III. (BRASIL, 2004a).

3. ARBITRAGEM

Como alternativa ao colapso Poder Judiciário em resolver de forma rápida e eficiente as demandas que lhe são enviadas, a arbitragem surge como um mecanismo de solução de conflitos, pelo qual é transferida a um terceiro, não investido do Poder Judiciário e na vontade externada pelas partes envolvidas, a atribuição de decidir, de forma definitiva a controvérsia.

No Brasil está regulada pela Lei n. 9307/96 encontrando previsões nos artigos 516, inciso III do Código de Processo Civil, Decreto n. 4.311 de 23 de julho de 2002 que promulgou a Convenção de Nova Iorque de 1958 no ordenamento jurídico brasileiro, Decreto 4.719 de 04 de junho de 2003, o qual promulgou o Acordo sobre arbitragem internacional no Mercosul, artigo 21 ao 27 da Lei n. 9.099/95 e inciso III, art. 11 da Lei 11.079/04 (BRASIL, 1996; BRASIL, 2002a; BRASIL, 2003b; BRASIL, 1995b; BRASIL, 2004a). Carmona (2009), define a arbitragem como:

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, 2009, p. 31).

Alvim (2000) conceitua 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 convencionada 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)

Detendo ao mesmo tempo natureza jurisdicional e contratual, a arbitragem traz a vantagem da negociabilidade e da segurança jurídica. Ao lado de outros mecanismos alternativos, mediação e conciliação, a arbitragem vem crescendo por serem reconhecidos os benefícios e vantagens que o instituto pode trazer as partes.

Em linhas gerais, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem por meio de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral[6], conforme determina o artigo 3º da Lei.

Oliveira (2005), conceitua cláusula compromissória:

Compreendida como a convenção pactuada em cláusula contratual, em que as partes "comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato" (OLIVEIRA, 2005, p. 256).

O artigo 853[7] do Código Civil admite que seja ajustada contratualmente a cláusula compromissória com o intuito de resolver litígios mediante o juízo arbitral na forma da lei da arbitragem, art. 3º [8] (BRASIL, 2002).

3.1 HISTÓRICO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Antes da edição da Lei n.º 9.307/96, alguns dispositivos constitucionais e infralegais, também trataram desse mecanismo extrajudicial de solução de controvérsia (BRASIL, 1996).



Na constituição de 1824, no artigo 160, possibilitou o emprego da arbitragem “*nas cíveis, e nas penas civilmente intentadas*”, sendo, ainda, admitida a execução da “sentença arbitral” sem recursos, se assim convencionassem as partes.

Os textos constitucionais que se seguiram deixaram de prever expressamente a arbitragem e, em sentido contrário, garantiam como direitos fundamentais a inafastabilidade do Poder Judiciário (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988). A falta de previsão foi interpretada com um repúdio à arbitragem (BRASIL, 1988).

Historicamente o uso de arbitragem foi usado nas relações de comércio, visando resolver conflitos entre os comerciantes, conforme disposição legal de arbitramento obrigatório no Código Comercial de 1850, editado na vigência da Constituição de 1824, por conter caráter compulsório, foi revogada pela Lei n.º 1.350 de 1866 por ser inconstitucional a obrigatoriedade da jurisdição arbitral [9] (BRASIL, 1850; BRASIL, 1824; BRASIL, 1866).

O antigo Código Civil, Lei n. 3.071/16 revogado pela Lei 10.406/02, a arbitragem era disciplina no artigo 1037, “as pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais” (BRASIL, 1916; BRASIL, 2002b).

O Código de Processo Civil de 1939, Decreto Lei n.º 1.608/39, previu o Juízo Arbitral nos artigos 1.031 a 1.046, mais precisamente no artigo 1.031, “não podem ser árbitros: I. os incapazes; II. os analfabetos; III. os estrangeiros” (BRASIL, 1939).

Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, Lei n.º 5.869/73 não ocorreram alterações substanciais, conforme análise dos artigos 1.072 a 1.102, precisamente no artigo 1.072, “as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou



extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.” (BRASIL, 1973).

Por fim, atualmente a arbitragem obedece às regras da Lei n.º 9.307/96 (BRASIL, 1996).

3.2 CONSTITUCIONALIDADE DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Com a edição da Lei n.º 9.307/96 o Supremo Tribunal Federal foi provocado a analisar a sua constitucionalidade em face do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer ameaça ou lesão ao direito. (BRASIL, 1996).

Pelo artigo 7º [10] da lei, temos que na existência de cláusula compromissória, opondo-se uma das partes quanto à instituição do compromisso arbitral, poderá a outra recorrer do Poder Judiciário, a fim de obrigá-la a lavratura do compromisso arbitral.

A lei também trouxe importantes alterações no Código de Processo Civil, Lei n.º 5.869/73, vigente à época na ação judicial. Determinava o artigo 267, VII, da lei que a convenção de arbitragem configurava causa de arquivamento do processo, de modo que, ajuizada a ação que verse sobre matéria sobre a qual se instituiu a cláusula arbitral, deverá o juiz extingui-la sem analisar o mérito (BRASIL, 1973).

Ainda, nos termos do artigo 33 da Lei de Arbitragem, o Poder Judiciário somente poderá rever o conteúdo da decisão caso ela seja eivada de nulidade.

Pela inovação no que se refere a obrigatoriedade do uso da arbitragem se existir cláusula compromissória, começou a se questionar se a legislação estaria violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto na Constituição Federal.



Essas alterações que implicam restrição à parte que tenha anuído a uma cláusula arbitral, foram objeto de fortes críticas, ao fundamento de que tais disposições não poderiam impedir o cidadão do acesso ao Poder Judiciário.

Essa discussão está superada tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se assentou pela constitucionalidade da Lei de Arbitragem [11] Segundo a Corte, uma vez acordado o juízo arbitral, com a manifestação de vontade das partes, não se vislumbra afronta ao acesso à Justiça, uma vez que o direito de ação é disponível por seu próprio titular, de forma que, se a parte anuiu anteriormente à cláusula arbitral, e não houve nenhum vício de consentimento que pudesse invalidar o ato, o poder conferido ao juiz para substituir sua vontade é legítimo e constitucional. (BRASIL, 2001).

Realmente não existe o impedimento ao Poder Judiciário, mas uma prévia adesão do exercício da liberdade contratual, viabilizando, a quem assim quiser ou contratar, a adoção de uma via especial para as partes em eventual litígio.

Ao de adotar uma cláusula compromissória não se pressupõe renúncia à jurisdição de forma que a adoção é uma mera opção, não caracterizando violação ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Mais um argumento sobre a inafastabilidade do Poder Judiciário é de que a arbitragem representa uma forma de efetivar o princípio constitucional da duração razoável do processo.

A constitucionalidade do emprego da arbitragem consolidou quando da Emenda Constitucional n.º 45/2004, que, ao acrescentar a duração razoável do processo (art.5º, LXXVIII [12]) ao rol das garantias constitucionais, afasta, antigos argumentos contrários ao emprego, entre ele a suposta violação ao artigo 5º XXXV [13] (BRASIL, 2004b).



Os principais argumentos dos votos vencedores foram: a) a cláusula compromissória deve ser vista no plano da validade do negócio jurídico. Agentes capazes, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, será válida a cláusula; b) aplica-se o princípio da disponibilidade ao caso concreto, uma vez que à arbitragem somente são submetidos conflitos que versem sobre direitos disponíveis, c) caso surja, realmente, violação à lei, e ocorra lesão ou ameaça a direito, então pode o judiciário intervir e invalidar a sentença arbitral, nos termos dos artigos 32 e 33 da LA.

Na arbitragem o acesso à uma decisão pode ser mais efetivo, célere, flexível e informal, verdadeiros mecanismos para se atingir o mesmo fim buscado ao impulsionar-se ao Poder Judiciário.

Dessa forma, a depender da matéria e da natureza do contrato, é perfeitamente possível que a jurisdição estatal não ofereça a jurisdição adequada para a demanda.

Ressaltamos que a via do Poder Judiciário não fica proibida ou inviabilizada, pois a arbitragem pressupõe direitos disponíveis e o árbitro não têm poderes do Estado já que pode empregar a força para a execução de seus julgados, ficando a cargo do Poder Judiciário. Quanto aos direitos disponíveis, a via de resolução continua sendo a judicial.

Nada impede que a parte eventualmente lesada reclame judicialmente caso tenha ocorrido alguma nulidade no curso do processo arbitral. Dessa forma, não estão imunes da apreciação do Poder Judiciário as questões que envolvam violação de matéria de ordem pública ou vício praticado do curso do procedimento.

Nos dizeres de Dallari (1995):

A ocorrência de vício jurídico no curso do processo de arbitragem libera a parte prejudicada do compromisso de não recorrer ao judiciário, exatamente porque nenhuma das



partes jamais se comprometeu a acatar decisão tomada de forma irregular, contrariando disposições legais ou contratuais, ou, ainda, especialmente, os próprios termos do compromisso arbitral (DALLARI, 1995, p. 67).

A decisão proferida pelo Juiz togado ou pelo árbitro deverá obrigatoriamente decorrer de um processo que tenha regras anteriormente previstas em lei, ou no caso da arbitragem, que as partes tenham previamente acordado acerca do procedimento a ser adotado e que respeitem os direitos e garantias individuais aplicáveis ao processo.

Portanto, o procedimento arbitral deverá obrigatoriamente observar o Princípio do Contraditório, artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal: “os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

Também deverá observar o princípio do livre convencimento do julgador, que está ligado aos aspectos da valoração das provas e racionalização dos argumentos trazidos ao processo, artigo 93, inciso IX da Constituição Federal: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade...”

O princípio da autonomia da vontade permite que as partes optem pela arbitragem como método de resolução de conflitos. Por esse princípio o legislador adotou a independência da cláusula arbitral.

Em 26 de maio de 2015 o então vice-presidente da República no exercício 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 n.º 13.129/15 que atualizou a Lei de Arbitragem em alguns pontos e entrou em vigor em 26/07/2015 (BRASIL, 2015).



Dentre as inovações que importam a esse artigo, foi a ampliação da Lei de Arbitragem incluindo o §1º no artigo 1º a faculdade da utilização do instituto pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Também foi incluído o §3º no artigo 2º que 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 da legalidade.

3.3 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Está inserido no artigo 37 da Constituição Federal o princípio da publicidade que exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

Portanto, a regra é a publicidade, ocorrendo sigilo quando for necessário resguardar o interesse público, como a segurança do Estado, da sociedade e a intimidade dos envolvidos (Art. 5º, XXXIII [14] e X [15] da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Uma das vantagens, embora não esteja expresso da lei, é que pode ser inserida em cláusula expressa a confidencialidade. Devendo ser respeitada caso haja determinação.

Se o Estado é partícipe na relação contratual, a confidencialidade não deve prosperar, devendo respeitar às diretrizes do Direito Administrativo da qual vigora o princípio da publicidade previsto constitucionalmente no artigo 37 da Constituição Federal e §3, art. 2º [16] da lei da arbitragem (BRASIL, 1996).



Mesmo assim é possível que a arbitragem, tendo a Administração Pública como partícipe, submeta-se ao regime da publicidade restrita em razão dos fatores envolvidos no litígio (Art. 5º, LX [17], da Constituição Federal) (BRASIL, 1988).

Cabe ao legislador delimitar quais os atos do procedimento arbitral se submetem à exigência de maneira a não prejudicar o procedimento.

4. JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA DA ARBITRAGEM NO PODER PÚBLICO

No estudo dos capítulos anteriores sobre os contratos de parcerias público-privadas e o instituto da arbitragem nesses contratos, apresenta-se neste capítulo as interpretações da matéria pelo Tribunal de Contas da União, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

4.1 O POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

O Tribunal de Contas da União é órgão da Administração Pública federal, não judicial, de fiscalização externa da atividade administrativa federal. Tem competência constitucional para julgar todos os administradores e responsáveis pelo patrimônio federal da Administração Direta e Indireta.

O órgão cuida por zelar pelo bom funcionamento do aparato administrativo federal, emitindo pareceres e decisões as quais devem curvar-se às unidades administrativas.

A primeira manifestação do Tribunal de Contas da União quanto à aplicação da arbitragem em contratos administrativos deu-se por ocasião da Decisão 286/1993 em uma resposta a uma consulta do Ministério das Minas e Energia quanto ao uso do instrumento para solucionar pendências relacionadas com os preços estabelecidos nos contratos celebrados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco – CHESF- e seus fornecedores de materiais e mão de obra.



8. Decisão: O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso n 2

167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para

respondê-lo 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 vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva

proposta vencedora, entre outros);

8.2. determinar o envio de cópia, à autoridade consulente, dos

pareceres emitidos nos autos, bem como do Relatório, Voto e desta

Decisão; e

8.3. determinar a remessa destes autos à IRCE/PE para juntada e

exame em conjunto com as contas da Entidade relativas aos exercícios

de 1990 e 1991 (BRASIL, 1993b).

O parecer foi pela impossibilidade da utilização da arbitragem, sendo que na oportunidade se manifestou pela exigência de lei específica com a autorização para o emprego da arbitragem em contratos administrativos.



A Lei de Arbitragem somente entrou em vigor em 1996 e a previsão expressa de sua aplicação nos contratos administrativos veio de 2004, com a edição da Lei federal das Parcerias Público – Privadas n.º 11.196/05, estendidas às concessões administrativas em geral (BRASIL, 1996; BRASIL, 2005a).

Ainda antes da edição da Lei federal n.º 11.196/05, o Tribunal de Contas da União no acórdão 188/95 analisou a validade da previsão da arbitragem no edital de licitação da Ponte Rio-Niterói. Esse foi o primeiro julgamento em que o Tribunal de Contas da União admitiu a cláusula compromissória, tendo o julgamento a base legal da lei 8.987/95, artigo 23, XV[18] (BRASIL, 2005a; BRASIL, 1995c; BRASIL, 1995a).

O representante no Ministério Público opinou no seguinte sentido:

Antes de se prosseguir a análise, cumpre tecer comentários sobre fato novo, que foi a publicação da Lei n 2 8.987/95. Conforme, com razão, alega o representante do Consórcio ANDRADE GUTIERREZ/CAMARGO CORRÊA, na peça recursal, às fls. 469/472, e já ressaltado no parecer deste Ministério Público, às fls. 478, essa lei é de direito público e, por isso, tem eficácia imediata sobre os fatos em curso. Por conseguinte, incide sobre o contrato a que visa a licitação em apreço. Nesse sentido, tanto a política tarifária (cláusula 127 do Edital) quanto a forma de resolução de conflitos (cláusulas 204 e 208 do Edital), relativas à concessão, devem subsumir—se à nova lei, ou melhor, ao que dispõem o capítulo IV e o art. 23, inciso XV, da Lei n 2 8.987/95, respectivamente. Ademais, sobre a questão do juízo arbitral, em face da aludida Lei, o MP/TCU, de modo exaustivo, manifestou—se no parecer às fls. 478/480. Por todo o exposto, retifica parcialmente este representante do Ministério Público o seu entendimento anteriormente firmado no parecer de fls. 478/480, e manifesta—se, desta feita, com a devida vênia por discordar do entendimento firmado pela zelosa SECEX, pelo acolhimento integral dos pedidos de reconsideração constantes dos autos e, em consequência, por que este Tribunal de Contas reforme a Decisão n2 763/94—Plenário e considere legal a celebração do presente contrato de concessão para exploração da Ponte Presidente Costa e Silva (Ponte Rio—Niterói)." (BRASIL, 1995c).



Entendeu o Ministério Público que com a edição da Lei federal n.º 8987/95 ficou superada a falta de previsão legal, já que a citada lei previu o foro e o modo amigável de solução de conflitos (BRASIL, 1995a).

Em 2007 com a edição da Instrução Normativa 52/2007 a qual dispõe sobre o controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parcerias Público-Privadas (PPP), a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União, exige que o órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora mantenha arquivo atualizado dos documentos relacionados aos processos de Parceria Público-Privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de cinco anos, entre eles, o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato (BRASIL, 2007a; BRASIL, 1996).

Portando, resta claro que ao editar a Instrução Normativa, mais especificamente o inciso III do art. 10 [19], o Tribunal de Contas da União acaba por reconhecer sua a legalidade do uso da arbitragem na solução de conflitos em contratos de Parceria Público-Privada.

De início o Tribunal de Contas da União nega a vigência aos compromissos arbitrais nos editais e contratos firmados por falta de previsão legal. Após alterações legislativas, reconhece a possibilidade da arbitragem editando a Instrução Normativa 52/2007 (BRASIL, 2007a).



4.2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ficou demonstrado no sentido de ser cabível a arbitragem no contrato administrativo, passa-se a uma breve análise dos casos práticos nas principais Cortes do país.

No atual momento, vem prevalecendo o entendimento de ser possível juridicamente a utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não encontram numerosos julgados que tratem do tema arbitragem envolvendo o Poder Público.

Um precedente histórico referido como o *leading case*, foi o “Caso Lage”, decidido em 14 de novembro de 1973, no Agravo de Instrumento n.º 52.181, pelo Tribunal Pleno.

O julgamento consistia na submissão da União à arbitragem em suas relações privadas, sendo reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal o juízo arbitral, até mesmo nas causas envolvendo a Fazenda Pública. Aponta a ementa, a “legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedentes do Supremo Tribunal Federal”. Na oportunidade o Supremo também entendeu válida a sentença arbitral que tem por característica a irrecorribilidade.

Ainda, segundo a decisão recorrida do extinto Tribunal Federal de Recursos, transcrita no acórdão, entendimento contrário seria “restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa *sui juris*, pode prevenir litígios pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como poder público, por insuscetível de transação”



Embora o objeto central do *leading case* não tenha por objeto um contrato administrativo, traz importantes considerações acerca da admissão da arbitragem pelo Estado, nivelando-o à arbitragem efetuada no âmbito do Direito Privado, desde que na relação o ente público não esteja revestido dos poderes de *ius imperii*.

Carmona (2004) comenta a decisão histórica tomada pelo Poder Judiciário de submeter a União a juízo arbitral: a) tradição, eis que a arbitragem sempre teria sido admitida em nosso ordenamento mesmo nas causas que envolvem a Fazenda; b) autonomia contratual do Estado, que só poderia ser negada se esta agisse como Poder Público, hipótese em que não haveria margem para a disponibilidade do direito.

Especificamente à arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas não foram localizados pronunciamentos da Corte.

O Superior Tribunal Federal – STJ, também já se manifestou sobre o tema arbitragem nos contratos administrativos, de maneira favorável, utilizando-se dos argumentos empregados pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

Pela ementa do Recurso Especial n.º 904.813 (BRASIL, 2012) de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que “não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo Poder Público, notadamente pelas sociedades de economia mistas, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitações e contratos”.

Sobre os editais, conclui a Terceira Turma, ainda que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.”

Na oportunidade também se decidiu por remeter a causa ao Tribunal arbitral uma vez que o compromisso foi firmado por ato voluntário de ambas as partes e que a



atitude posterior da concessionária buscando a impugnação desta cláusula “beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere”.

No Agravo Regimental no Mandado de Segurança n.º 2005/0212763-0 (BRASIL, 2005b) cujo relator foi Ministro Luiz Fux, o Tribunal reconheceu a validade da cláusula compromissória, principalmente por se tratar de sociedade de economia mista.

O Ministro Relator traz grandes ensinamentos que esclarecem e merecem destaque pois não se limita ao caso concreto:

[...] Defende ainda, o ilustre Ministro Eros Grau, que "embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tornam como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação v.g), essa relação não deixa de ser contratual," expressando, por conseguinte, meros atos de gestão, enquanto praticados pela Administração-contratante.

É dizer, que a clássica diferença doutrinária entre contratos administrativos e privados não pode ser considerada como realidade radicalmente oposta, ou seja: todo e qualquer contrato pode refletir elementos de direito administrativo e de direito privado.

Assim sendo, com o advento da Lei 9.307/96 permitiu-se a celebração de cláusulas contratuais em sede de contratos administrativos estipulando cláusula compromissória, exigindo-se, como requisito, a presença de direitos disponíveis.

Sob a égide dessa premissa, a sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

Todavia, não se deve confundir os conceitos de indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais.



A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado “interesse público secundário”, consoante as lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e do já citado Ministro Eros Roberto Grau.

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração.

[...]

Nestes termos, resta afirmar que a arbitragem se presta a dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o que não significa dizer disponibilidade do interesse público, pois não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.

Assim, tratar de direitos disponíveis, ou seja, de direitos patrimoniais, significa valer-se da possibilidade de transferi-los a terceiros, porquanto alienáveis.

Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

[...]

In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem (BRASIL, 2005b).



Para a solução desse caso levou-se em consideração o artigo 173 da Constituição Federal, no que se refere ao regime jurídico privado aplicável às empresas estatais.

E o Ministro Relator, para legitimar a arbitragem pelo Poder Público, cita o artigo 23 de Lei federal n.º 8.987/95:

12. [...] que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais (BRASIL, 2005b).

No Recurso Especial n. 606.345-RS que teve o Ministro Relator João Otávio de Noronha, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça conheceu e proveu o recurso para extinguir o processo sem exame do mérito, reforçando a existência da cláusula arbitral e afastando a jurisdição estatal. Também reconheceu a validade da arbitragem em contratos administrativos:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS.

1. Cláusula compromissória é o ato por meio do qual as partes contratantes formalizam seu desejo de submeter à arbitragem eventuais divergências ou litígios passíveis de ocorrer ao longo da execução da avença. Efetuado o ajuste, que só pode ocorrer em hipóteses envolvendo direitos disponíveis, ficam os contratantes vinculados à solução extrajudicial da pendência.
2. A eleição da cláusula compromissória é causa de extinção do processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VII, do Código de Processo Civil.
3. São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF, art. 173, § 1º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste.
4. Recurso especial parcialmente provido (BRASIL, 2007b).



Observa-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é favorável ao emprego da arbitragem nos contratos administrativos, influenciando, por consequência, no desenvolvimento da arbitragem no Brasil. A interpretação relatada das suas decisões pode ser ampliada para os contratos de parcerias público-privadas.

Fazemos a ressalva de que os casos analisados digam respeito a arbitragem especificamente aos contratos administrativos em geral, o objeto do trabalho é sobre especificamente arbitragem nos contratos de parceria público-privada.

Especificamente à arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas não foram localizados pronunciamentos da Corte.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Trabalho que agora se encerra teve o propósito de estudar o uso da arbitragem nos contratos de parceria público-privadas, examinando os eventuais óbices jurídicos.

As formas de associação com o particular, antes da edição da Lei federal n.º 11.709/04, eram uma relação imperativa e autoritária da Administração Pública. Tal procedimento foi aos poucos dando lugar para contratações mais igualitárias, posto que a Administração Pública percebeu a necessidade da colaboração, dos recursos e da expertise do particular

O Estado percebendo que não poderia fornecer de forma eficiente as atividades a ele atribuídas, optou pela participação colaborativa da iniciativa privada para a execução dos serviços compartilhados.

Foi editada então, a Lei federal n.º 11.709/04 que regulamente as parcerias público-privadas para atrair investidores a investirem nos setores públicos com segurança.



As parcerias público-privadas possuem um grau elevado de cooperação e colaboração permitindo investimentos em projetos de alto custo e complexidade, sem que o investidor corra riscos de ter o capital investido revertido em proveito do Estado.

Os altos custos envolvidos e a complexidade do empreendimento exigem grandes investimentos do particular e pressupõe uma relação de confiança e mútuo suporte para a execução do contrato.

Entre as inovações trazidas pelo legislador na lei de parcerias, ele aplicou a arbitragem como método de resolução consensual de controvérsias, garantindo celeridade e segurança na solução de possíveis divergências que podem surgir durante a execução do contrato.

A previsão dessa modalidade de resolução de conflitos, além de atrair investidores e oferecer estímulos para aderir ao contrato de parceria público privada, tem a vantagem de permitir a melhor qualidade das soluções adotadas, pois podem ser proferidas por alguém que tenha conhecimento específico sobre o tema em um prazo menor do que a via judicial.

Devemos ter em mente que o cenário econômico atual é incompatível com a falta de especialização técnica dos magistrados, não esquecendo da burocracia e lentidão dos processos judiciais.

A jurisprudência e a doutrina têm ido no sentido da compatibilização do uso da arbitragem nos contratos públicos. Ressaltamos que os contratos de parceria público-privada são contratos administrativos, justificando a jurisprudência colada.

Além da jurisprudência ser favorável à adoção das arbitragem nos contratos públicos, não podemos esquecer a existência expressa da autorização do uso da arbitragem na Lei federal n.º 13.129/2015. Portanto, existe uma autorização para o emprego da arbitragem pela Administração Pública.



Analizamos também que o princípio da publicidade não afronta a via arbitral. Esse princípio, além de ter previsão constitucional, passou a ter regulamentação expressa através das recentes atualizações na Lei de Arbitragem dada pela Lei n.º 13.129/15.

Tudo isso vem confirmar de quem também em matéria administrativa, em especial aos contratos de parcerias público privadas é possível a utilização da arbitragem como meio de pacificação de litígios.

Portanto, é possível dizer que o compromisso arbitral não afronta os princípios constitucionais, sendo que com as atualizações introduzidas na Lei de Arbitragem, quando a jurisprudência e doutrinadores aceitam a utilização da arbitragem nas parcerias público-privadas.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **Lei Nº 1.350, de 14 de setembro de 1866**. EMENTA: Deroga o Juízo Arbitral necessario estabelecido pelo art. 20, titulo unico do Codigo Commercial, 1866. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/leis1866a/pdf13.pdf#page=2>>

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.546/2003**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada, no âmbito da administração pública, 2003a. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=182910&filename=Tramitacao-PL+2546/2003> Acesso em: 17 jun. 2022

BRASIL. **Decreto Nº 4.719, DE 4 de junho de 2003**. Promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Presidência da República, 2003b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4719.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.719%2C%20DE%204,que%20lhe%20confere%20o%20art%20>



BRASIL. **Lei Nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências, 1993a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.666%2C%20DE%2021%20DE%20JUNHO%20DE%201993&text=Regulamenta%20o%20art.%2037%2C%20inciso,P%C3%BAblica%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>

BRASIL. **Tribunal de Contas da União.** Decisão n. 286/1993. 1993b. Disponível em: <<file:///C:/Users/User%20-%200013/Desktop/ATAS%2029-1993.pdf>>. Acesso em 18 jun. 2022

BRASIL. **Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, 1995a. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>

BRASIL. **Lei Nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências, 1995b. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 188/95.** 1995c. Rel. Paulo Affonso Martins de Oliveira. Disponível em: <file:///C:/Users/User%20-%200013/Desktop/PL%C3%81GIO/ATA_18-1995.pdf> Acesso em 18 jun. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 9.637, de 15 de maio de 1998.** Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências., 1998. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9637.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.637%2C%20DE%2015%20DE%20MAIO%20DE%201998.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20qualifica%C3%A7%C3%A3o%20de,sociais%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs>

BRASIL. **Lei Nº 9.790, de 23 de março de 1999.** Dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, institui e disciplina o Termo de Parceria, e dá outras providências, 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9790.htm>

BRASIL. **Decreto Nº 4.311, de 23 de julho de 2002.** Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm#:~:text=DECRETO>



%20N%C2%BA%204.311%2C%20DE%2023,que%20lhe%20confere%20o%20art
>

BRASIL. **Lei Nº 11.196, de 21 de novembro de 2005.** 2005a Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm>

BRASIL. **Lei Nº 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, 2015. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm>

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça; **AgRg no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 11.308 – DF. Rel. Ministro Luiz Fux.** 2005b. Disponível em:
<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7147580/inteiro-teor-12864814>>

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução normativa n.º 52/2007.** 2007a. Disponível em <<https://www.bb.com.br/docs/pub/gov/dwn/InstrucaoNormativa.pdf>> Acesso em 19.06.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça; **Recurso Especial nº 904.813/PR,** Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha. j. 17/05/2007, DJe 08/06/2007. 2007b.

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. 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Emendas Constitucionais, 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 11.709, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, 2004a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em 20 jun. 2022

BRASIL. **Emenda Constitucional Nº 45, de 30 de dezembro de 2004.** Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências, 2004b.



Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil, 2002b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm> Acesso em 20 jun. 2022

BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, 1916. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm>. Acesso em 20 jun. 2022.

BRASIL. **Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil, 1973. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em 20 jun. 2022

BRASIL. **Decreto-Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil, 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm> Acesso em 20 jun. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n.º 5.206/AgR/EP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j.12 dez.2001, 2001. p.1199.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Lex: Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824, 1824. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>

BRASIL. **Lei Nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial, 1850. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm>

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

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista de informação legislativa**. n. 128, out/dez. 1995.

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

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Salvador, JusPodivm, 2005.

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

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. A arbitragem e as parcerias públicos-privadas. **Revista Eletrônico de Direito Administrativo Econômico**, Rio de Janeiro, jul/set. 2005.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **A arbitragem e as parcerias públicos-privadas**. Revista Eletrônico de Direito Administrativo Econômico, Rio de Janeiro, jul/set. 2005, p.256.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. **Parceria Público-Privada e Direito ao Desenvolvimento**: uma Abordagem Necessária. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, p. 23.

SILVA, Jordana Mendes. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2015.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA JR. Lauro da Gama e. **Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado)**. Revista de direito Administrativo. Rio de Janeiro, v, 241, p. 121/157, jul/set. 2005.

APÊNDICES – NOTA DE RODAPÉ

2. Souza Jr (2005, p. 122) esclarece que as Parceiras são recomendadas, de um modo geral, em contextos nos quais o Estado objetiva: “a) economia de



custos; b) compartilhamento dos riscos; c) incremento na qualidade dos serviços prestados. d) incremento de receitas; e) implementação de maior eficiência; e f) ganhos econômicos da Administração Pública pela implementação de modelos de sucesso em outras regiões.

3. Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
4. Lei 11.079/04, art. 2º: Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.
5. 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.
6. 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.
7. Art. 853 C.C. Admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial.
8. Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. O Código Comercial estabelecia em vários dispositivos a hipótese de arbitragem obrigatória para solucionar diversos tipos de conflitos, dentre eles aqueles decorrentes da formação ou execução dos contratos comerciais, ou da divergência entre os sócios durante a existência da sociedade comercial ou da companhia.
11. Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.
12. No julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/Agr/EP, publicado em 30 abr.2004, acerca do pedido de homologação de sentença arbitral oriunda da Espanha, o Plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu, por maioria pela constitucionalidade



da Lei da Arbitragem, considerando que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, já que “direito de ação” não quer dizer “dever de ação judicial”.

12. Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.
13. Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.
14. Art. 5º, XXXIII- todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.
15. Art. 5º, X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.
16. Art. 2º, § 3º- A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.
17. Art. 5º, LX- a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.
18. Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.
19. Art. 10, III o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Enviado: Dezembro, 2022.

Aprovado: Dezembro, 2022.



¹ Mestrando em Direito- área de concentração: soluções alternativas de controvérsias empresariais- pela Escola Paulista de Direito (EPD). LLM (Master of Laws) pela Escola Paulista de Direito. Pós-graduado em direito empresarial pela Escola Paulista do Direito (EPD). Pós Graduado em direito processual civil pela Faculdade Metropolitana Unidas (FMU). Graduada em Direito pela Universidade Paulista (UNIP), membro da comissão de juristas do Senado Federal para estudos sobre a reforma no Código Comercial.

² Orientador.