

**XXIV CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM
HELDER CÂMARA**

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

MARCOS LEITE GARCIA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

CARLOS VICTOR MUZZI FILHO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

E175

Esfera pública, legitimidade e controle [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/
UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara;

coordenadores: Marcos Leite Garcia, Heron José de Santana Gordilho, Carlos Victor Muzzi
Filho – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-107-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E POLÍTICA: da vulnerabilidade à sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Esfera pública. 3.
Legitimidade. 4. Controle. I. Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/Dom
Helder Câmara (25. : 2015 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34



XXIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI - UFMG/FUMEC /DOM HELDER CÂMARA

ESFERA PÚBLICA, LEGITIMIDADE E CONTROLE

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O grupo de trabalho Esfera Pública, Legitimidade e Controle tem como norte as questões relacionadas com a legitimidade e o controle da atuação estatal, tendo em vista não apenas as exigências de ordem formal, próprias do Direito Administrativo do Estado Liberal, mas, especialmente, as exigências relacionadas com o (melhor) conteúdo da ação estatal.

Assim, além de abordar temas relacionados com modelos mais contemporâneos de ação do Poder Público (parcerias público-privadas, concessões especiais, parcerias voluntárias e orçamento participativo, especialmente), os trabalhos enfocam o modo de atuação estatal, não mais embasado no modelo unilateral (ato administrativo), mas em mecanismos que enfatizam a bilateralidade e o consenso entre Administração Pública e administrado.

Dáí o exame de questões relacionadas com a segurança jurídica, a convalidação de atos administrativos, a arbitragem, os acordos de leniência e outros mecanismos extrajudiciais para resolução de eventuais litígios, bem ainda com a manifestação de interesse em relação aos procedimentos licitatórios.

Todos esses temas consideram, precipuamente, a legitimidade da atuação estatal, não apenas como a procura por uma maior eficiência técnica e econômica, mas igualmente como forma de preservação e fomento da participação dos administrados, a quem se dirige, em última instância, o próprio agir estatal.

Os trabalhos apresentados, por outro lado, não perdem de vista a preocupação com o controle da atuação estatal. Contudo, não se tem como ponto central dessa preocupação a legalidade meramente formal, que em muitos casos se revela como legalidade estéril (ou legalidade pela legalidade). Em realidade, eles se voltam para o controle do conteúdo e da qualidade da ação estatal, perpassando sobre variados temas, como a definição de coeficientes de resultados nos contratos de parceria público-privada, a boa governança e o controle de gastos públicos, controle jurisdicional da atuação administrativa (contraditório tridimensional, princípio da juridicidade, prescrição intercorrente, princípio da proporcionalidade) e atuação de órgãos administrativos de controle do sistema financeiro nacional.

Noutra toada, o grupo de trabalho ainda contou com estudos de conteúdo mais teórico, que investigam os fundamentos jus-filosóficos da atuação estatal contemporânea, fazendo a conexão com lições vindas da Filosofia e da Política, com apoio em variados marcos teóricos.

Ao leitor, então, fica o convite para a atenta leitura dos trabalhos, cujo amplo espectro teórico e prático oferece um interessante panorama das preocupações mais atuais sobre a legitimidade e o controle da esfera pública estatal.

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho

Prof. Dr. Carlos Victor Muzzi Filho

O INTERESSE PÚBLICO E A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

EL INTERÉS PÚBLICO Y LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS POR MEDIO DEL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DE SOCIEDAD PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

Tamírames de Almeida Damásio Soares

Resumo

Este estudo tem como escopo examinar a arbitragem, especificamente no que diz respeito a sua compatibilidade para dirimir controvérsias oriundas de contratos de parceria público-privada, conduzida nos termos da Lei nº 9.307/1996, recentemente alterada pela Lei nº 13.129 de maio de 2015. O tema foi explorado a partir do estudo do conceito de interesse público primário, desenvolvido por Renato Alessi. Após, realizou-se aprofundado exame sobre o cabimento do instituto da arbitragem nos contratos administrativos e, finalmente, foi analisada a utilização do aludido método à contratação na modalidade de parceria público-privada. A partir da análise e refutação das principais teses que negam a admissão da arbitragem nos litígios em que o Poder Público configura como parte, foi possível confirmar as hipóteses iniciais de que a arbitragem é eficiente meio de solução de controvérsias surgidas da relação contratual envolvendo a Administração Pública e que o referido método alinha-se perfeitamente ao atual modelo de governança administrativa, propiciando, em última análise, que o Poder Público atinja os interesses públicos primários. Quanto à metodologia utilizada no desenvolvimento do trabalho, além da revisão bibliográfica e legislativa sobre o tema, realizou-se estudo empírico da adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada, por meio do exame de 10 instrumentos contratuais celebrados em âmbito estadual e federal. A investigação envolveu especialmente o conteúdo da cláusula compromissória arbitral prevista nos instrumentos analisados. O estudo das decisões dos tribunais pátrios restou parcialmente prejudicado diante da insuficiência de decisões judiciais, impedindo a consolidação de uma análise consistente sobre o assunto. Ao final do trabalho, concluiu-se que a adoção do mecanismo da arbitragem pela Administração Pública nas controvérsias oriundas de contratos de PPP amolda-se perfeitamente ao ordenamento brasileiro e que o mencionado método constitui importante instrumento para a concretização do interesse público primário, respeitadas as devidas peculiaridades inerentes ao Regime Jurídico Administrativo.

Palavras-chave: Interesse público, Arbitragem, Resolução de controvérsias, Parceria público-privada, Contratos administrativos

Abstract/Resumen/Résumé

Este estudio tiene como centro examinar el arbitraje, específicamente en lo que respecta a su

compatibilidad para dirimir litigios oriundos de contratos de sociedad público-privada, en los términos de la Ley número 9.307/1996, recientemente modificada por la Ley nº. 13.129 de mayo de 2015. El tema fue explotado a partir del estudio del concepto de interés público primario, desarrollado por Renato Alessi. Posteriormente se realizó un examen sobre la viabilidad del instituto de arbitraje en los contratos administrativos y, finalmente, se adecuó la utilización del aludido método a la contratación en la modalidad de sociedad público-privada. A partir de este análisis la refutación de las principales tesis que niegan la admisión de arbitraje en los litigios en que el poder público forma parte, fue posible confirmar las hipótesis iniciales de que el arbitraje es un eficiente medio de dirimir conflictos surgidos de la relación contractual envolviendo la Administración Pública y que el referido método de solución de controversias se alinea perfectamente al actual modelo de gobierno administrativo, propiciando en última instancia, que el poder público alcance los intereses públicos primarios. Cuánto la metodología utilizada en el desarrollo de la trabajo, servirse de la revisión bibliográfica y legislativa sobre el tema, así como se llevó a cabo el estudio empírico de los procedimientos de arbitraje en los contratos de asociación público-privada, mediante el examen de 10 arreglos contractuales concertadas a nivel estatal y federal. Por fin, se realizó un estudio comportamental de la Administración Pública y de los Tribunales delante de la adopción de arbitraje en los contratos de sociedad público-privada, por medio del exámen de 10 (diez) instrumentos contractuales celebrados por las Administraciones Públicas, estatales y federales. La investigación envuelve especialmente los términos de la cláusula compromissória arbitral y las críticas pertinentes al asunto. El exámen comportamental de los Tribunales quedó parcialmente perjudicado, delante de la insuficiencia de decisiones judiciales, impidiendo la consolidación de una análisis. Al final de la obra, se concluyó que la adopción del mecanismo de arbitraje por las Administraciones Públicas en los litigios derivados de se ajusta perfectamente a los contratos legales de Brasil y que el método mencionado es una herramienta importante para lograr el estado de interés público primario, respetado peculiaridades apropiadas inherentes al Derecho público.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Interes público, Arbitraje, Resolución de controversias, Parceria público-privada, Contratos administrativos

1 INTRODUÇÃO

Em virtude do anacrônico sistema judicial, marcado pela morosidade e inefetividade, supõe-se que haverá crescimento do número de interessados que recorrerão à arbitragem para a solução de problemas.

Isto porque o referido método de solução de controvérsias apresenta-se como via célere e eficiente ao deslinde de litígios, especialmente os complexos. As principais características desse mecanismo conferem aos litigantes a possibilidade de obter decisão mais técnica, prestando às partes mais tranquilidade e confiança no instrumento. A autonomia da vontade, princípio basilar e fundamental da via arbitral, demonstra ser fator também essencial à organização da sociedade, da economia contemporânea e do atual modelo de governança administrativa, constituindo elemento hábil a gerar resultados sólidos e adequados a partir de procedimentos que prestigiam a consensualidade.

Dessa forma, diante da necessidade de reforma do Estado, manifestada pela crise do Poder Judiciário e, no âmbito da Administração Pública, maculada pela ineficiência da gestão em diversos setores, destacando-se os problemas relacionados à deficiência de infraestrutura e prestação de serviços públicos, sobrevieram às estratégias de execução indireta de atividades públicas, realizadas por delegação ou privatizações. Nesse contexto, a aplicação de mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias passa a receber mais destaque e, a partir de então, eles passam a integrar o modelo de governança administrativa, visando mais eficiência na condução de negócios pelo Poder Público.

No entanto, a utilização da arbitragem para resolução de litígios no âmbito dos contratos administrativos tem sido objeto de muita polêmica no Direito brasileiro, principalmente no que se refere ao argumento da indisponibilidade do interesse público e do princípio da legalidade, este último recentemente mitigado com a edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.

O desafio desta pesquisa compreende a investigação e desconstrução dos óbices invocados para negar a admissibilidade de o Estado submeter-se à arbitragem, a discussão das vantagens e como tem sido e deve ser realizada a adoção do referido método de solução de controvérsias pela Administração Pública diante da indisponibilidade do interesse público primário.

Portanto, pretende-se, por meio do presente estudo, discorrer de forma minuciosa sobre os pressupostos de arbitrabilidade e, por fim, estudar os contratos celebrados pela própria Administração e as decisões dos Tribunais sobre o tema. O conceito de arbitrabilidade

guarda relação direta com o objeto que pode ser submetido ao procedimento arbitral. Desse modo, os pressupostos funcionam como indicativos dos limites e requisitos a serem respeitados para validação e eficientemente ser instituída a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias no contrato administrativo.

Ressalte-se que não constitui objetivo deste estudo dissertar especificamente sobre as definições, características e teorias desenvolvidas sobre os contratos administrativos, mas sim analisá-los nos contornos necessários à abordagem da adoção da arbitragem, visando demonstrar as hipóteses apresentadas.

Nesse sentido, pretende-se avaliar o instituto da arbitragem considerando-se os princípios constitucionais da Administração Pública, expressos no art. 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, sob o enfoque da indisponibilidade do interesse público primário, desenvolvido por Renato Alessi.

O interesse público primário é sintetizado pelos fins que cabem ao Estado concretizar, externados pela promoção e proteção dos direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito ao acesso à justiça e à segurança. Por tal motivo, esses interesses merecem desfrutar de supremacia em relação aos secundários, que refletem os interesses internos da Administração Pública, generalizados pelos interesses do Erário Público.

Nesse sentido, observa-se que os interesses públicos primários, por se traduzirem em direitos indisponíveis, não poderão ser submetidos à arbitragem. Todavia, no tocante aos interesses secundários, identificados nos contratos como as matérias que se relacionam ao seu conteúdo econômico-financeiro, não há dúvidas quanto à possibilidade de se submeterem à via arbitral, uma vez que estão inseridos no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis. Portanto, torna-se indissociável a premissa de que a adoção da arbitragem para solucionar as controvérsias advindas de contratos administrativos não fere o princípio do interesse público, principalmente quando a referida hipótese é analisada considerando-se outros aspectos, também relacionados à concretização dos interesses públicos primários, como o direito fundamental à boa administração.

Nesse contexto, propõe-se a alteração paradigmática do modelo atual de solução de controvérsias com a Administração Pública que substitua a obrigatoriedade da adoção do sistema judicial por uma que leve em conta a celeridade e a efetividade na solução de problemas, realizada a partir de método de resolução de controvérsias, sem prejuízo da aplicação dos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

2 O INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO COMO CONCEITO JURÍDICO NORMATIVO-BASILAR DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Apesar de o interesse público não estar previsto expressamente no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental da Administração Pública, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência como um dos princípios norteadores da atividade administrativa. Não obstante, o interesse público primário encontra sua validade nos direitos fundamentais e, por conseguinte, possui suas raízes explicitadas na Constituição brasileira, conforme será mais bem exposto a seguir.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 legitima os direitos fundamentais, que são, por sua vez, manifestados por vasta gama de princípios e regras – algumas vezes, por ambos, concomitantemente –. A proteção dos direitos fundamentais exige a organização do Estado e o desenvolvimento de múltiplas atividades, entre as quais está incluída a atividade administrativa.

A atividade administrativa, a organização da estrutura administrativa e a relação estabelecida entre a Administração Pública e os particulares se submetem a um arranjo sistematizado de princípios e regras, denominado regime jurídico administrativo¹.

Assim, por interpretação lógica, observa-se que o mencionado regime jurídico administrativo possui fundamento na Constituição Federal, mais especificadamente, nos direitos fundamentais.

Marçal Justen Filho ressalta que:

O núcleo do Direito Administrativo não reside no interesse público, mas na promoção dos direitos fundamentais indisponíveis. Quando se invoca um interesse público somente se pode ter em vista a realização de direitos fundamentais, cuja titularidade é atribuída ao Estado precisamente pela inviabilidade de sua concretização se fossem atribuídos à titularidade dos particulares, para realização segundo o regime de direito privado. (JUSTEN FILHO, 2013, p.153).

Esta orientação está plenamente alinhada à concepção prevalente no Direito Constitucional, que admite que todo o ordenamento jurídico deve ter o seu contorno delimitado conforme os direitos fundamentais, isto é, nenhuma posição jurídica - comando,

¹ O principal conceito de regime jurídico administrativo foi apresentado pelo doutrinador francês Jean Rivero, para quem “[...] as normas do direito administrativo diferenciam-se das normas de direito privado enquanto conferem aos órgãos públicos poderes que não existiam nas relações entre particulares: é o conjunto das prerrogativas do poder público”. “[...] Caracterizam-se (pois), em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõe à sua liberdade de ação mais estritas do que aquelas a que estão submetidos os particulares”. (RIVERO, 1981. p. 42).

proibição ou alternativa - pode ser interpretada isoladamente, sem se considerar a persecução dos direitos fundamentais.

Seguindo essa linha de raciocínio, verifica-se que o interesse público primário, decorrente dos direitos fundamentais, apresenta função norteadora da produção de normas e do desenvolvimento das atividades administrativas concretas.

Ademais, com o estabelecimento da Nova Ordem Constitucional de 1988, toda a atuação do Estado passou a sujeitar-se à concretização dos objetivos de proteção à dignidade da pessoa humana e de respeito aos direitos fundamentais. Assim, ao Estado é imputado o dever de garantir o seu pleno exercício e gozo.

Daniel Sarmiento, associando o tema à importância do reconhecimento doutrinário da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, esclarece que:

[...] a dimensão objetiva prende-se à visão de que os direitos fundamentais cristalizam os valores mais essenciais de uma comunidade política, que deve se irradiar por todo o seu ordenamento e atuar não só como limites, mas também como impulso e diretriz para atuação dos Poderes Públicos. Sob esta ótica, tem-se que os direitos fundamentais protegem os bens jurídicos mais valiosos, e o dever do Estado não é só o de abster-se de ofendê-los, mas também o de promovê-los e salvaguardá-los das ameaças e ofensas provenientes de terceiros e para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, a garantia destes direitos torna-se também um autêntico interesse público. (SARMENTO, 2000, p. 171-216).

Desta maneira, o Estado tem a obrigação de definir meios para que os objetivos da República (art. 3º, CF/1998) sejam implementados e realizados no cotidiano dos seus cidadãos².

Renato Alessi, como discorre Carlos Vinícios Alves Ribeiro, foi responsável pela distinção crucial realizada entre o interesse público e sua supremacia, revelada pelo interesse público primário e secundário (DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 101-119).

Segundo Renato Alessi, o interesse público primário traduz-se no principal interesse coletivo e, por isso, seu objeto merece a proteção direta da Administração Pública. Enquanto o interesse secundário nada mais é que o interesse da Administração como uma entidade jurídica de Direito, este último refletido, em sentido amplo, no interesse patrimonial do sujeito, representado pela complexa relação entre o ativo e o passivo de determinada pessoa jurídica (ALESSI, 1949, p. 122-123).

² Neste sentido também se posicionou o Supremo Tribunal Federal: “A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados” (BRASIL, 2008).

Renato Alessi, a fim de esclarecer melhor a distinção entre o interesse público primário e secundário, sugere uma situação hipotética, em que a Administração Pública, na perseguição do interesse secundário, poderia contratar servidores e funcionários pela menor remuneração possível e, concomitantemente, aumentar ao máximo a sua arrecadação, por meio da elevação de cobrança de impostos. No entanto, o interesse secundário, por estar, nessa hipótese, em colisão ao interesse público primário, restaria fatalmente limitado. O interesse público primário, ao contrário do interesse secundário, impõe que a Administração propicie as melhores condições aos cidadãos, a fim de que o seu desempenho seja eficaz e que os partícipes não restem sobrecarregados pela cobrança de impostos (ALESSI, 1949, p.124).

Luís Roberto Barroso, seguindo as linhas de estudo de Alessi, também confirma a existência e distinção entre interesse público primário e secundário no Estado Contemporâneo, ao afirmar que:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabem a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica [...]. Em ampla medida, pode ser identificado como interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (BARROSO, 2009, p. 71).

Para o citado autor, esta distinção foi acolhida pelo direito brasileiro, pois:

[...] É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se presta, à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes. (BARROSO, 2009, p. 71).

Portanto, em última análise, realizam-se os interesses públicos quando a Administração promove a concretização de reais benefícios para os seus partícipes, pelo menos em um patamar mínimo para que não ocorra estabilidade, tampouco o retrocesso dos direitos conquistados. Realizados os referidos interesses públicos, considerar-se-ão simultaneamente alcançados os objetivos fundamentais da República.

Em uma excelente análise comparativa entre a atual Constituição Federal e os textos constitucionais anteriores, a título de ilustração, vale trazer à colação o estudo que o autor

José Afonso da Silva realizou acerca da importância da concretização real de benefícios produzidos pela Administração no tocante ao princípio do desenvolvimento nacional:

Nas Constituições anteriores ligava-se à ordem econômica, o que dava uma visão estreita do desenvolvimento como desenvolvimento econômico. Como um dos objetos fundamentais da República, alarga-se seu sentido para desenvolvimento nacional em todas as dimensões. Entretanto, deve-se atentar que as relações contextuais mostram que o desenvolvimento econômico e social, sujeito a planos nacionais e regionais (art. 21, IX), está na base do desenvolvimento nacional, objeto do art. 3º, II. (SILVA, 2006, p.46).

A análise realizada pelo referido autor indica, na concepção adotada neste trabalho, que o interesse público perseguido nesse novo contexto constitucional não é um mero crescimento econômico, sem justiça social, uma vez que, faltando esta, o desenvolvimento é incompleto ou ineficaz (SILVA, 2006, p.47).

Em prosseguimento à análise, constata-se que o desenvolvimento meramente quantitativo não atinge o interesse público imposto pela Constituição Federal de 1988, pois o crescimento econômico com ausência de participação popular no resultado e de melhoria da qualidade de vida dos cidadãos não alcança a correta interpretação de desenvolvimento.

Pela noção de desenvolvimento, colhe-se a conceituação indicada pela Organização das Nações Unidas (ONU), segundo a qual:

O desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2000).

Enfim, tal como sugerido por Marçal Justen Filho e por todo o exposto, conclui-se que a regularidade jurídica da atuação estatal depende da busca inafastável do interesse público primário que, por sua vez, depende diretamente da compatibilidade e realização dos direitos fundamentais (JUSTEN FILHO, 2008, p. 80). A compatibilidade do interesse público com os direitos fundamentais torna-se o critério de juridicidade e de legitimidade da atividade administrativa.

Realizadas essas reflexões iniciais, resta assentar que a utilização da arbitragem como método de resolução de litígio de contratos celebrados pela Administração Pública será analisada, no presente estudo, sob o prisma do interesse público primário, devendo, este último, estar em consonância com todo o ordenamento jurídico.

3 ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Panorama geral da arbitragem

A arbitragem representa meio alternativo - vez que é técnica processual alternativa à judicial - e facultativo - vez que a sua adoção prescinde da eleição do referido meio pelas partes - de solução de controvérsias, por meio do qual as partes, na fruição da autonomia da vontade, investem um ou mais particulares (árbitros) de poderes para resolver controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Observa-se, ademais, que a decisão proferida pelos árbitros se assemelha à judicial (AMARAL, 2008, p.22-23), de modo que se recobre da garantia constitucional da coisa julgada material, prevista no art. 5º, XXXVI, da CF/1988, e, se condenatória, será admitida como título executivo judicial, conforme inteligência dos arts. 31 da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e 475-N, IV, do CPC, este último dispositivo transcrito para o art. 515, VII da Lei nº 13.105/2015 (novo Código de Processo Civil). No conceito elucidativo de Cândido Rangel Dinamarco:

Juízo arbitral é o processo realizado pelo árbitro, pessoa de escolha das partes, e não pelo juiz, agente da jurisdição estatal; o vocábulo está nessa locução em seu sentido etimológico de processo e, conseqüentemente, juízo arbitral é o mesmo que processo arbitral. O processo arbitral constitui um meio alternativo de solução de conflitos, sendo realizado com o mesmo escopo de pacificação que comanda o exercício da jurisdição pelos juízes do Poder Judiciário [...]. (DINAMARCO, 2009, p. 71).

As mencionadas características, associadas à previsão legal de que o árbitro é juiz de fato e de direito, munido de amplos poderes instrutórios (art. 22 da Lei nº 9.307/1996), e que a sua decisão não está sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário (art. 18 da Lei nº 9.307/1996), revelam o caráter jurisdicional de que se reveste o processo arbitral (CARMONA, 2009, p.273).

Ressalte-se que o caráter jurisdicional da arbitragem é reconhecido por grande parte da doutrina³ e que mesmo os autores defensores de entendimentos contrários admitem a

³ Confira-se: ALVIM, José Eduardo Carreira. **Comentários à Lei de Arbitragem**: Lei 9.307, de 23.09.1996. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.31; COSTA, Nilton César Antunes da. **Poderes do árbitro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.86; JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009, p.539; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e parceria público-privada. *In*: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.356.

existência de elementos coincidentes ou semelhantes entre os processos arbitral e estatal⁴. Este fato torna sem sentido o debate realizado acerca da natureza jurídica da arbitragem (AMARAL, 2008, p.23).

Assim, eleita a arbitragem como meio de solução de controvérsias entre as partes, a intervenção do Poder Judiciário resta consensualmente afastada, vez que este último fica obstado de decidir quanto ao mérito da controvérsia. Sobre o assunto, vale trazer a oportuna observação feita por Marcelo José Magalhães Bonicio, para quem:

Não é necessário dizer que a total falta de controle jurisdicional, por si só, tornaria temerário o uso da arbitragem e contribuiria para a falência deste sistema. Por outro lado, na mesma medida, eventual excesso no controle judicial das decisões do árbitro também teria este defeito. Trata-se, mais uma vez, da necessidade de observância de um certo equilíbrio na análise deste tema. (BONICIO, 2006, p.175-176).

Deve-se atentar, ainda, para o fato de que o acordo realizado entre as partes, em eleger a arbitragem como meio de solução de controvérsias, não impede de forma plena a atuação do Poder Judiciário, até porque, se assim o fosse, contrastaria a previsão constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/1988). Em suma, as partes tão somente optarão pelo meio extrajudicial de solução de controvérsias quando a matéria objeto do litígio se referir a direito patrimonial disponível. A melhor ilustração do tema é que a própria Lei de Arbitragem prevê, no seu art. 33, as hipóteses em que a sentença arbitral poderá ser anulada pelo Poder Judiciário, ou seja, será passível de controle judicial.

Por fim, deve-se esclarecer que a convenção de arbitragem, entendida como gênero que abrange as espécies cláusula compromissória e compromisso arbitral, conforme disposição do art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996, poderá ser administrada por instituição especializada (arbitragem institucional) ou poderá se desenvolver de maneira avulsa (arbitragem *ad hoc*), o que importa dizer, sem que a controvérsia seja submetida a uma câmara de arbitragem regularmente constituída.

⁴ Nesse sentido confere-se: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 4. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.34-36; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**: Lei nº. 9.037/96. 4. ed. rev. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.15.

3.2 A arbitragem e o Poder Público: requisitos necessários à adoção da arbitragem nos contratos administrativos

O principal regime jurídico da arbitragem no Estado brasileiro é composto pela Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), recentemente alterada Lei nº 13.129/2015 e pela Lei nº 10.406/2002 (Código Civil). Os referidos regramentos determinaram três pressupostos fundamentais à instituição da arbitragem pelas partes, sendo um de ordem subjetiva (capacidade para contratar) e dois de ordem objetiva (direitos patrimoniais e indisponíveis). A denominada arbitrabilidade subjetiva diz respeito ao sujeito, mais especificamente à capacidade da pessoa (física ou jurídica) em contratar. Portanto, consiste na identificação de quem assumirá o papel jurídico de parte no procedimento arbitral. Já a arbitrabilidade objetiva versa sobre as matérias que poderão ser subordinadas à via arbitral. Tais pressupostos são aplicáveis a qualquer pessoa que deseja submeter o seu litígio a um árbitro.

Dessa forma, o exame dos pressupostos de ordem subjetiva e objetiva, considerando-se o Estado como uma das partes litigantes, e ainda os contratos administrativos celebrados pela Administração como a matéria submetida ao procedimento arbitral, serão cruciais para afirmar o cabimento da arbitragem como meio de solução de controvérsias do Poder Público.

3.2.1 Arbitrabilidade subjetiva: a capacidade do Estado de contratar e se submeter ao procedimento arbitral

Esse requisito deverá ser analisado sob duas perspectivas: a primeira é relativa à capacidade genérica do Estado de contratar; e a segunda refere-se à capacidade específica do Estado para dispor dos direitos patrimoniais que são objeto do litígio.

A arbitrabilidade subjetiva está prevista nos arts. 1º da Lei nº 9.307/1996 e 851 do Código Civil, os quais dispõem que os sujeitos devem ser capazes de contratar e dispor dos direitos patrimoniais que pretendem submeter ao procedimento arbitral.

A capacidade subjetiva é originalmente disciplinada pelo Código Civil. Nesse entendimento, pode-se concluir que a capacidade subjetiva prevista no mencionado código inclui entre o conceito de “pessoas”, as pessoas físicas, as pessoas jurídicas de Direito Privado e as pessoas jurídicas de Direito Público interno.

No tocante à capacidade das pessoas jurídicas de Direito Público interno para contratar, não restam dúvidas. Para a persecução dos seus objetivos, o Estado celebra uma

multiplicidade de contratos e firma compromissos mediante acordos celebrados com outros entes estatais e com particulares.

Ademais, a capacidade de contratar é, em regra, decorrente da própria personalidade jurídica. Nesse sentido, para que houvesse debate a respeito desse aspecto, deveria existir, no ordenamento jurídico, regra que dispusesse sobre a exclusão das pessoas jurídicas de Direito Público interno (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias e associações públicas), da capacidade subjetiva, o que não existe no cenário legislativo atual.

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, restou ultrapassada tal discussão. O art. 1º, §1º, do mencionado diploma legal, previu expressamente que “[...] a Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 2015).

Portanto, ultrapassada a primeira perspectiva de análise da arbitrabilidade subjetiva, passa-se ao exame da segunda perspectiva, que causa certa controvérsia na doutrina. A capacidade específica da pessoa jurídica de direito público é tratada no âmbito da competência. Assim, para que a entidade pública possa firmar cláusula e compromissos arbitrais de forma válida, é primordial que possua competência para tanto, bem como que aja nos contornos e limites da mesma.

A competência de atuação do Poder Público é prevista em lei, ou seja, o instrumento legal deve prever o conjunto de deveres e obrigações que cabem àquela pessoa jurídica de Direito Público. Ressalte-se que, além do conjunto de atribuições conferidas em lei, a Administração ainda possui a sua competência delimitada pela finalidade e, conseqüentemente, pelos interesses públicos primários, que devem ser perseguidos.

Desse modo, deduz-se que os contornos da competência dificilmente poderão ser apurados em exatidão no plano abstrato, mas tão somente no caso concreto para verificar, inclusive, qual agente público será competente para participar do procedimento arbitral.

Em relação ao tema ora abordado, não se vislumbram sérias dificuldades quanto à aferição de competência da Administração Pública para se submeter à arbitragem. Tratar-se-á de pacto de convenção arbitral (cláusula ou compromisso) no qual a Administração e o particular acordarão que, havendo controvérsias entre as partes, o problema decorrente do contrato administrativo ou da relação contratual será solucionado por meio do procedimento arbitral.

Assim, eventual arguição de incompetência da Administração para dispor sobre os direitos envolvidos na controvérsia a ser dirimida por meio do procedimento arbitral deverá ser abordada sob os dois aspectos expostos adiante.

O primeiro aspecto relaciona-se ao fato de que eventual incompetência da Administração para celebrar contratos que visem à realização de determinados objetos provavelmente alcançaria a cláusula arbitral, por vício. Tal incompetência resultará na anulação do negócio jurídico, motivo que impedirá a subsistência do pacto de convenção arbitral. Explica-se: concluindo-se pela incompetência da Administração para celebrar contratos com aquele objeto, verificar-se-á, em regra, que ela também não detinha poderes para submeter o litígio oriundo do contrato administrativo à arbitragem. Por isso, eventual incapacidade para litigar no procedimento arbitral teria seu fundamento na incompetência para contratar o objeto do contrato administrativo.

Tal entendimento não parece destoar do raciocínio de Marçal Justen Filho, que considera possível a pactuação de cláusula compromissória nos contratos administrativos, uma vez que a indisponibilidade dos interesses tutelados pelo Estado não é traduzida pela indisponibilidade dos direitos titularizados pela Administração. Para o renomado autor, defender a inviabilidade de a Administração se submeter à arbitragem corresponderia a admitir que ela não poderia celebrar contratos administrativos e, igualmente, não seria dotada de autonomia suficiente para produzir manifestações de disposição sobre bens e direitos (JUSTEN FILHO, 2009, p.539).

Diogo de Figueiredo Neto também se manifesta nesse mesmo sentido. Nas palavras do autor:

Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indispensável. [...] A competência para negociar e contratar a respeito de interesses patrimoniais disponíveis de administração pública implica na correlata competência para pactuar preventivamente a solução de controvérsias por meio de arbitramento. (MOREIRA NETO, 1997, p. 88-89).

O segundo aspecto da (in)competência da celebração do pacto de convenção arbitral pela Administração Pública relaciona-se diretamente ao sujeito que possui autorização legal para fazê-lo. De acordo com o art. 1º, §2º, da Lei nº 13.129/2015, “a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações” (BRASIL, 2015). Pela disposição legal retro citada, o pacto de convenção arbitral somente poderá ser firmado pela autoridade ou órgão administrativo que for autorizado por lei a realizar acordos e transações. Portanto, o

pacto de convenção arbitral poderá ser celebrado por pessoa diversa daquela competente para celebrar o contrato administrativo.

Nesse diapasão, após realizada detida análise acerca das duas perspectivas extraídas do pressuposto arbitrabilidade subjetiva, conclui-se que o Estado é parte integrante do conceito de “pessoa”, descrito no Código Civil e está autorizado a se submeter à arbitragem, nos termos do art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015, bem como que a sua capacidade de contratar encontra-se evidenciada em lei e na finalidade da própria pessoa jurídica de Direito Público. Ademais, restou claro que a competência do Estado para pactuar a resolução de litígio por meio de arbitramento se relaciona de maneira direta à capacidade do ente estatal de contratar.

Assim sendo, nos casos em que a Administração Pública entender, depois de realizado preciso exame acerca do custo-benefício, que a pactuação da arbitragem como meio de resolução de controvérsias do contrato administrativo será mais vantajoso para o Poder Público, o aspecto subjetivo não gerará maiores problemas.

3.2.2 Arbitrabilidade objetiva: elementos preponderantes à admissibilidade da arbitragem como meio de resolução de controvérsias derivadas de contratos administrativos

Os contornos objetivos para o cabimento da arbitragem fundam-se na condição inarredável de que a controvérsia submetida ao procedimento arbitral se refira a “direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015). O Código Civil, em diretrizes mais elucidativas, prevê, no art. 852, que “[...] é vedado compromisso para solução de questões de Estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” (BRASIL, 2002).

Ana Parestrelo de Oliveira informa que em Portugal a arbitrabilidade objetiva é o fator mais sensível no estudo do cabimento da arbitragem envolvendo o Estado (OLIVEIRA, 2007, p.33-39). No Brasil, a realidade não é muito diferente. A discussão doutrinária e jurisprudencial relaciona-se principalmente à disponibilidade dos direitos que possuem caráter patrimonial.

O conceito de disponibilidade associa-se à ideia daquilo que uma pessoa (no caso em estudo, mais especificamente, uma pessoa jurídica de Direito Público) pode realizar de maneira autônoma, ou seja, independentemente de autorização prévia ou ordem jurisdicional que a conduza a tanto. A esse respeito, Carlos Alberto Carmona afirma que “um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja

norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência” (CARMONA, 2009, p.56).

A disponibilidade patrimonial, prevista nos arts. 1º da Lei nº 9.307/1996 e 852 do Código Civil, pode ser analisada sob duas perspectivas: a primeira refere-se a renunciar ao direito de obter a prestação jurisdicional do Poder Judiciário, enquanto a segunda é relacionada à (in)admissibilidade da disposição do direito material objeto da controvérsia. Nesta última perspectiva, trata-se de conteúdo associado diretamente ao princípio da indisponibilidade do interesse público e da legalidade administrativa.

No tocante à primeira perspectiva, deve-se ressaltar que o acordo realizado entre as partes, o qual consiste na resolução de controvérsia por meio diverso daquele que importa na submissão do conflito ao Poder Judiciário, não induz à renúncia ao direito de obter a prestação judicial. As resoluções extrajudiciais de dissídios são perfeitamente aceitáveis no âmbito do Direito e não representam qualquer ilegalidade. Essa realidade não se altera quando uma das partes é ente público. A Administração Pública possui liberdade para solucionar determinadas questões, entre elas as que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, internamente, o que significa dizer, no próprio âmbito administrativo, sem recorrer ao provimento jurisdicional estatal.

Ainda assim, mesmo que a controvérsia tenha sido resolvida por meio da arbitragem, a Administração Pública tem a obrigação de agir diligentemente, tal como deve se portar no procedimento judicial, inclusive fiscalizando os atos praticados no procedimento arbitral, a fim de que, havendo qualquer ilegalidade, a mesma seja imediatamente arguida e, se necessário, seja demandado o Poder Judiciário para realizar o controle da legalidade, tal como descrito no art. 5º, XXXV, da CF/1988 c/c art. 32, VIII e art. 33, ambos da Lei nº 9.307/1996. A Lei nº 13.129/2015, conferindo nova redação ao art. 33 da Lei nº 9.307/1996, também disciplina a arguição de ilegalidade da decisão arbitral, que deverá ser requerida perante o Poder Judiciário.

Notadamente, na arbitragem, o compromisso das partes se relaciona ao acatamento da sentença arbitral regular, proferida pelo árbitro após o regular desenvolvimento do procedimento. Dessa forma, a ocorrência de vício jurídico verificada no curso do processo arbitral libera as partes, inclusive aquela prejudicada, do compromisso de não recorrer ao Poder Judiciário. Primeiro, porque o procedimento arbitral, nesse caso, estaria eivado de vícios, importando, inclusive, na inconstitucionalidade ou ilegalidade do procedimento e da decisão proferida pelo árbitro; segundo, porque a convenção da arbitragem não tem o poder de alcançar os atos e as decisões irregulares, o que significa dizer que as partes jamais

poderiam convencionar o acatamento de decisão que contraria disposições constitucionais, infralegais, contratuais ou, ainda, os próprios termos do compromisso arbitral.

Ademais, imperioso atentar-se ao fato de que o compromisso arbitral vincula tão somente as partes contratantes, não alcançando terceiros, que, considerando-se prejudicados, poderão recorrer ao Poder Judiciário para a defesa de seus direitos e interesses.

Em se tratando de contratos administrativos, ainda que estiverem presentes os interesses públicos secundários, o correto é que não se poderá negar o conhecimento ou impedir a propositura de eventual Ação Popular ou Ação Civil Pública, conforme o caso, se cabíveis.

Por fim, resta destacar que no caso de se reputar correto o entendimento de que a convenção prévia da arbitragem como meio de solução de controvérsias automaticamente implica em renúncia ao direito de obter a prestação judicial, a consequência necessária seria reputar inconstitucional a utilização da arbitragem por qualquer pessoa (independentemente de ser física, jurídica de Direito Privado ou pessoa jurídica de Direito Público), uma vez que a Constituição Federal de 1988 institui como um dos direitos fundamentais a inafastabilidade do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF/1988)⁵.

Desse modo, superada a primeira perspectiva do exame da arbitrabilidade objetiva, passa-se ao exame da segunda perspectiva, que é a principal responsável pela discussão dos estudiosos do Direito no âmbito da adoção da arbitragem pelo Poder Público. No presente item, o estudo se propõe a investigar a admissibilidade de a Administração Pública pactuar a resolução de controvérsias derivadas dos contratos administrativos por meio da arbitragem.

Inicialmente, deseja-se esclarecer que, de modo algum, adotar a arbitragem como meio de resolução de conflitos importa em renúncia ao direito objeto da controvérsia. Muito antes pelo contrário, vez que o próprio litígio implica pretensão resistida entre as partes ou um conflito de interesses propriamente ditos. Não obstante, deve-se ter em mente que o Direito no qual se funda a controvérsia pode ou não ser reconhecido ao Poder Público pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, caso o provimento judicial seja improcedente para o pedido da pessoa jurídica de Direito Público e a sentença transitar em julgado, à Administração Pública caberá tão somente o cumprimento da decisão, independentemente da expressão de sua concordância. Tal circunstância, inclusive, poderá ocorrer tanto no âmbito judicial quanto no arbitral. O fato é que pactuar de maneira prévia que a resolução das controvérsias originadas

⁵ Sobre o assunto, cita-se o consagrado entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de admitir a constitucionalidade da arbitragem. (BRASIL, 2004a).

de determinada relação contratual ou do próprio contrato administrativo será realizada por meio de arbitramento não significa que o Poder Público tenha declinado indevidamente de direito que lhe incumbia proteger.

Deve-se atentar, ainda, para a realidade de que a arbitragem obedece a procedimento previamente definido, cujas regras, ainda que escolhidas pelas partes, deverão necessariamente obedecer aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório, ampla defesa e motivação das decisões.

Sobre o tema, o ensinamento de Adilson Dallari é suficientemente objetivo ao afirmar que:

[...] ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. (DALLARI, 1996, p.8-9).

Por conseguinte, torna-se inafastável a conclusão de que a pura escolha da arbitragem como meio de solução de controvérsias não obriga à abdicação de direitos.

3.3 O entendimento do Tribunal de Contas da União: cabimento restrito do uso da arbitragem no âmbito da Administração Pública

O entendimento do Tribunal de Contas da União (TCU) é no sentido de que a Administração Pública apenas poderá instituir a resolução de litígios por meio da arbitragem nos contratos administrativos se houver lei específica que a permita (BRASIL, 2006a)

Na concepção do Tribunal, apenas a Lei nº 9.307/1996, por dispor de forma geral sobre a arbitragem, não supre a autorização legal específica, necessária para ser adotado o juízo arbitral nos contratos administrativos.

Na ocasião, o TCU fundamentou a suposta necessidade de autorização legal específica, derivada da visão alicerçada na indisponibilidade dos interesses públicos e no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Dessa forma, observa-se que a discussão centrou-se nesses argumentos, sem que houvesse verdadeiro aprofundamento na matéria.

Entretanto, no tocante à utilização da arbitragem nos conflitos oriundos de parceria público-privada, o TCU, em julgamento ao Projeto de Instrução Normativa em que se discutia o controle e a fiscalização dos procedimentos de licitação, contratação e execução contratual

de parcerias público-privadas por esse Tribunal, expressamente aludiu o seu cabimento (BRASIL, 2007a)⁶.

Não obstante, no Acórdão nº 2.573/2012, que diz respeito ao contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA, o Tribunal de Contas da União decidiu que apenas poderão ser submetidas à arbitragem as cláusulas regulamentares do contrato de concessão, ou seja, aquelas cláusulas cujos objetos apenas poderão ser disciplinados, estabelecidos e alterados pela Administração Pública, sem qualquer anuência do concessionário. No mesmo julgado, o TCU decidiu que as questões de natureza econômico-financeiras do contrato de concessão não podem ser dirimidas pela vi arbitral, por se encontrarem inseridas na esfera de direitos patrimoniais indisponíveis (BRASIL, 2012). Tal entendimento, todavia, parece contraditório diante de todos os argumentos expostos neste trabalho. As cláusulas regulamentares que versam, por exemplo, sobre a qualidade e características do serviço ou, ainda, das relações firmadas entre a concessionária de serviço público e o usuário, justamente diante do conteúdo dos seus objetos, devem ser irrenunciáveis. O Poder Público, nesse caso, atua como garantidor dos direitos do usuário. Já as cláusulas em que os objetos disponham sobre questões econômico-financeiras, não há dúvidas de que se encontram enquadradas no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis.

Ressalte-se que o entendimento firmado pelo Tribunal de Contas da União é anterior à alteração da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015. Portanto, nos julgados supracitados, o TCU, além de não aprofundar no tema principal da admissibilidade da arbitragem nos contratos administrativos, que está diretamente associado ao conteúdo e a indisponibilidade dos interesses públicos primários, o Egrégio Tribunal ainda não teve a oportunidade de pronunciar-se sobre a adoção da arbitragem nos contratos administrativos sob a égide da nova redação do art. 1º, §1º, da Lei nº 13.129/2015.

Diante da realidade exposta, o entendimento defendido neste trabalho é que não se pode reputar consolidada a orientação do Tribunal de Contas da União relacionada à admissibilidade contida da arbitragem nos conflitos derivados de contratos administrativos, principalmente em razão da constante evolução da matéria, da recente alteração legislativa da arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015 e da jurisprudência dos Tribunais superiores, que têm adotado posicionamento antagônico ao do TCU nesse aspecto.

⁶ O julgamento do TCU, Plenário, acórdão nº. 1330/2007 deu origem à Instrução Normativa nº. 52, de 04.07.2007, que 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.

4 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS POR MEIO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA (PPP)

4.1 Generalidades e aspectos centrais da parceria público-privada

Em 30.12.2004 foi promulgada a Lei nº 11.079, que se incumbia de instituir, em caráter nacional, as normas gerais para licitação e contratação na modalidade de parcerias público-privadas, seguindo as respectivas leis estaduais de Minas Gerais (Lei nº 14.868/2003) e de São Paulo (Lei nº 11.688/2004), que anteciparam a legislação federal sobre a matéria.

Nas justificativas que acompanharam o Projeto da Lei nº 11.079/2004, encaminhado ao Congresso Nacional, o Presidente da República afirmou que a parceria público-privada “[...] representa uma alternativa indispensável para o crescimento econômico, em face das enormes carências sociais e econômicas do país, a serem supridas mediante a colaboração positiva do setor público e privado” (BRASIL, 2004c).

Fundamentou-se a necessidade da implementação da referida modalidade sob a justificativa de que “[...] as parcerias público-privadas permitem um amplo leque de investimentos, suprimindo demandas desde as áreas de segurança pública, saneamento básico até as de infraestrutura viária ou elétrica” (BRASIL, 2004c).

Verifica-se que, essencialmente, a Lei das PPPs inovou ao criar dois novos contratos. Sob o primeiro aspecto, percebe-se que a Lei nº 11.079/2004 criou condições jurídicas para que a iniciativa privada se comprometesse a realizar investimentos necessários à implantação e desenvolvimento de infraestrutura pública, que não se aplicam somente aos serviços fornecidos aos usuários (*uti singuli*), como previsto na Lei nº 8.987/1995, mas ainda aos serviços prestados para a própria Administração. Nesta última situação, em que os serviços não são prestados ao usuário, mas sim ao Poder Público - vale exemplificar, serviços prestados a penitenciárias, fóruns judiciais, centros de atendimento ao cidadão, entre outros -, a primeira característica que emerge é a impossibilidade de a remuneração do parceiro privado ser realizada por meio da cobrança da tarifa do usuário.

Por conseguinte, a remuneração nessa espécie de contratação de parceria público-privada deverá ser realizada diretamente por pagamentos do Estado. É o nascimento da concessão administrativa, prevista no art. 2º, §2º da Lei de PPP.

No segundo aspecto, a Lei nº 11.079/2004 aperfeiçoou o regime das concessões remuneradas, prevendo a possibilidade de se conciliar a tarifa cobrada dos usuários do serviço ao adicional de tarifa pago pela Administração Pública. Nesse ponto, deve-se esclarecer que

essa forma de remuneração já era prevista na Lei de Concessões Comuns. No entanto, a Lei de PPP inovou ao possibilitar a instituição de subsídios, com o intuito de complementar o sistema remuneratório da concessionária, conforme disposição do Parágrafo único, do art. 11, da Lei nº 11.079/2004.

Desta forma, concedendo ainda mais segurança ao parceiro privado contra eventual inadimplemento estatal, a Lei de PPP prevê a utilização de robusto sistema de garantias (art. 8º da Lei nº 11.079/2004) e nomeou de concessão patrocinada as concessões que tivessem pagamentos complementares do setor público realizados por meio de contraprestação da Administração Pública (art. 2º, §1º da Lei de PPP).

Atente-se para o fato de que, como o objeto da parceria pressupõe regularmente investimentos altos do parceiro privado (art. 2º, §4º da Lei nº 11.079/2004), pretendeu-se, por um lado, com base na Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), impedir que o administrador público aja com imprudência, comprometendo os recursos públicos futuros (art. 4ª, IV; c/c arts. 10, 22 e 28 da Lei de PPP) e, de outro, propiciar esfera mais atrativa para o investimento privado, impondo ao Poder Público a obrigação de oferecer garantias para os compromissos pecuniários que viesse a assumir (art. 8º da Lei nº 11.079/2004). Assim, a iniciativa privada, diante da garantia do retorno do capital investido somada à margem de lucro projetada, possui significativa motivação para pretender celebrar contratação na modalidade de parceria junto ao Poder Público.

4.2 A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas

As parcerias público-privadas têm características complexas: são elaboradas redes de relacionamentos que conectam atores estatais e privados, entre eles financiadores, garantidores, usuários, entre outros; o modo como se operacionalizam, os investimentos de alta monta, diversas especificidades, somente identificáveis no caso concreto, as modalidades de contratação - concessão administrativa e patrocinada. Com base nessas características e por se destinarem precipuamente a suprir o *déficit* relacionado à infraestrutura e, ainda, por serem disciplinadas por uma legislação considerada recente, certamente o desenvolvimento das PPPs suscitará dúvidas e criará situações de conflitos de interesses entre as partes contratantes (SUNDFELD, 2005, p.606). Justamente por isso, devem contar com os métodos mais eficientes e especializados no tocante à resolução de controvérsias.

A arbitragem, por sua vez, apresenta-se como meio legal e eficiente de solução de conflitos oriundos dos contratos de PPP. A submissão de determinado litígio decorrente da

relação ou do instrumento contratual ao Poder Judiciário poderá significar oneração da Administração Pública, que além de ter que arcar com o custo da espera do provimento jurisdicional, estará sujeita a obter decisão não técnica, ou seja, proferida por um julgador não especializado. Considerando-se tratar de empreendimentos de alto impacto na comunidade, o prolongamento do litígio no tempo, sem obter uma viável solução, poderá influenciar negativamente o mercado, os consumidores e a sociedade, além de poder inviabilizar econômica e financeiramente a atividade.

Dessa forma, o administrador deve considerar e examinar fielmente a possibilidade de adotar a arbitragem como método de solução de controvérsias nos contratos de PPPs, haja vista que a eleição da via arbitral poderá alcançar vantagens econômicas e sociais. Ademais, como fruto de sua racional escolha, a adoção da arbitragem contribuirá para gerar mais confiança no mercado e atrair os investidores internacionais.

Nesse diapasão, o entendimento defendido neste trabalho é no sentido de que a Administração Pública deve ser conduzida a eleger formas mais dinâmicas de solução de controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Mostra-se completamente regular a submissão de litígios, por exemplo, relativos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, à arbitragem.

A arbitragem, atualmente, alinha-se aos moldes constitucionais e da boa Administração, de forma que, em última análise, propicia a conciliação entre o atendimento ao interesse público e à governança administrativa, motivo pelo qual deve ser sempre analisada como uma das primeiras opções de solução de controvérsias quando o objeto do litígio versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

4.2.1 O interesse público primário e a governança pública nas parcerias público-privadas: sinal verde à utilização da arbitragem

O interesse público primário, entendido como a principal razão de ser do Estado e sintetizado nos fins que cabe a ele promover, como a persecução e concretização dos direitos fundamentais, inclusive no tocante ao direito fundamental à boa administração, deverá se aliar à governança pública, também chamada de governança administrativa, para nortear a Administração Pública.

A governança administrativa apresenta um modelo de gestão pública reativo àquele burocrático e formal que tradicionalmente permeia a Administração Pública, com preocupação reduzida quanto à legitimidade das ações públicas e a eficiência na satisfação de

finalidades públicas. A crise de governabilidade vivenciada pelas instituições burocráticas entre a década de 1980 e 1990 fez surgir um novo modelo de gestão do Estado, alinhado à eficiência da máquina pública e na colaboração público-privada (CHEVALLIER, 2005, p.11 e ss.).

Apesar de a governança pública ter como princípios fundamentais a eficiência e a colaboração público-privada, também visa à prestação de serviços públicos e, principalmente, o efetivo atendimento das finalidades públicas, ou seja, a persecução dos interesses públicos primários, por meio da colaboração entre os setores público e privado, ainda que realizada indiretamente, por meio de delegatários. O modelo de governança administrativa indica que os resultados devem ser obtidos da melhor maneira possível, considerando-se a tecnologia mais adequada disponível e a reserva orçamentária pública, sem abandonar a implantação das políticas públicas concernentes.

A interdependência verificada entre o setor público e o privado designa o permanente envolvimento dos particulares na atuação administrativa, independentemente de este último atuar como colaborador no desempenho das funções públicas ou como fiscalizador dos atos administrativos, que, constitucionalmente devem ser pautados sob a observância do princípio da transparência ou da publicidade. Conclui-se, portanto, que o modelo de governança administrativa impõe que o Poder Público busque, sempre que se mostrar adequada, a participação dos cidadãos nas tomadas de decisões administrativas. Ainda nesse modelo, demonstra-se a Administração Pública como um ente que visa ao arbitramento de interesses (MARQUES NETO, 2002, p.127 e ss.), ou seja, a Administração objetivará conformar uma decisão administrativa eficiente e que se coadune com os interesses e necessidades dos cidadãos. Por esse motivo, afirma-se que a governança administrativa é um dos fundamentos da Administração consensual (PALMA, 2010, p.106-116).

Nesse sentido, constata-se que o interesse público primário e a governança administrativa impõem que o administrador atenda às necessidades da sociedade e que adote, no caso concreto, as melhores soluções possíveis, observando-se a eficiência, a economicidade e a consensualidade.

Portanto, o entendimento defendido nesta pesquisa é no sentido de que a utilização da arbitragem pela Administração Pública, nos litígios decorrentes da contratação na modalidade de parceria público-privada, está em perfeita harmonia com o interesse público primário e o atual modelo de governança administrativa.

5 A ADOÇÃO DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA

5.1 Estudo de contratos de parceria público-privada que preveem o uso da arbitragem

No presente item objetiva-se examinar o total de 10 contratos de parceria público-privadas, celebrados entre a Administração Pública federal (dois contratos), o Estado de Minas Gerais (quatro contratos), São Paulo (dois contratos), Rio de Janeiro (um contrato), Bahia (um contrato) e seus respectivos parceiros privados. Todos os contratos analisados aludem à possibilidade de instituição da via arbitral para dirimir litígios.

Realizou-se a escolha dos aludidos contratos pela verificação da disponibilidade das avenças nos portais de transparência dos Estados e da União Federal, bem como pela diversidade de objetos das concessões. Deu-se preferência aos contratos cujos objetos fossem diferentes e que a contratação tivesse ocorrido mais recentemente.

Os contratos destacados para análise foram: Contrato de concessão administrativa para viabilizar a manutenção da infraestrutura da Rede Nacional de Televisão Pública Digital Terrestre – RNTPD; contrato de concessão administrativa destinada à construção, operação e manutenção do Colégio Militar de Manaus; contrato de concessão patrocinada para a exploração da rodovia MG-050; contrato de concessão administrativa para a construção e gestão de complexo penal na Região Metropolitana de Belo Horizonte; contrato de concessão administrativa para a implantação, operação, manutenção e gestão de Unidades de Atendimento Integrado (UAI); contrato de concessão administrativa para operação e manutenção, precedida de obras de reforma, renovação e adequação do complexo do Mineirão; contrato de concessão patrocinada da Linha 6 - laranja de metrô de São Paulo; contrato de concessão patrocinada para a prestação dos serviços públicos de operação e manutenção de trecho da Rodovia SP-009; concessão administrativa para operação e manutenção do Estádio Mário Filho (Maracanã) e do Ginásio Gilberto Cardoso (Maracanzinho); concessão administrativa para reconstrução e operação do Estádio Octávio Mangabeira (“Estádio da Fonte Nova”).

Nesse sentido, realizar-se-á um breve resumo das características dos contratos analisados, destacando-se a adoção de mecanismos privados para dirimir controvérsias – especialmente a arbitragem –, a forma (como se previu) a instituição da via arbitral.

Dentre as características gerais dos contratos, pode-se afirmar que todos os instrumentos ora examinados foram devidamente precedidos de licitação, sendo algumas delas realizadas na modalidade de licitação internacional.

No tocante aos objetos dos contratos celebrados, as parcerias público-privadas analisadas preveem a execução de obra e gestão de atividade, incluindo, em algumas delas, o fornecimento de mão de obra, atribuindo ao parceiro privado, portanto, uma diversidade de tarefas, tal como exigido no art. 2º, §4º, III da Lei de Parcerias Público-Privadas.

Nas avenças selecionadas para exame, observa-se que todas as parcerias obedecem rigorosamente às exigências legais relacionadas ao valor mínimo e ao prazo de duração do contrato de PPP, conforme disposto no art. 2º, §4º, I e II da Lei nº 11.079/2004.

Em relação à adoção de mecanismos amigáveis de solução de conflitos, vislumbra-se que os instrumentos contratuais previram, em geral, a possibilidade de utilização de três mecanismos. A maioria das avenças estabelece que as partes contratantes poderão solucionar as controvérsias de maneira amigável, que se dará por meio de notificação e sugestão para deslinde do conflito. O segundo mecanismo previsto nos contratos pressupõe a instituição de comissão ou junta técnica para solucionar eventuais divergências técnicas acerca da execução do objeto contratual que surgirem. Finalmente, o terceiro e último método previsto para resolução dos dissídios surgidos entre as partes é a arbitragem.

A arbitragem foi instituída em todos os contratos examinados por meio da cláusula compromissória⁷, na maior parte das avenças na modalidade de cláusula cheia, ou seja, contemplando os principais elementos pertinentes instituição da via arbitral, dentre os quais destacam-se: número de árbitros; forma de eleição do presidente do tribunal arbitral; a utilização de instituição arbitral (câmara); o regulamento de arbitragem; a divisão entre as partes das incumbências relativas à estruturação do tribunal arbitral e ao estabelecimento de suas regras de procedimento; o adiantamento das despesas da arbitragem e dos honorários dos árbitros; a sucumbência; o local da arbitragem (território brasileiro); língua(s) (portuguesa e outra, caso seja necessário); disposição sobre adoção de medidas de urgência; a vedação à confidencialidade.

⁷ Apesar de a discussão doutrinária existente relacionada à alusão de o contrato administrativo possuir a natureza de contrato de adesão, em nenhuma das avenças analisadas a cláusula arbitral recebeu destaque gráfico (negrito), tal como exigido no art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/1996.

Verifica-se que os Estados e a Administração Pública Federal adotaram a arbitragem institucional, desenvolvida por Câmara arbitral regularmente constituída e composta por três árbitros, restando excluída, portanto, a possibilidade de utilização da arbitragem *ad hoc*⁸. Tal característica pode atribuir mais segurança às partes no desenvolvimento do procedimento arbitral, uma vez que a adoção de arbitragem institucional pressupõe um bom desenvolvimento do processo, em geral com a atuação de profissionais treinados, propiciando fluidez e assegurando a regularidade nos procedimentos.

Em geral, optou-se por utilizar o regulamento da Câmara designada pelas partes para desenvolver o procedimento arbitral. Neste ponto, vale ressaltar que se realizou a opção correta, haja vista não ser recomendável a utilização de regras de determinada câmara ou órgão para aplicação em procedimento arbitral a ser desenvolvido por outra (MARTINS, 2008, p. 236).

Apesar de a maioria das avenças analisadas ter disposto, na cláusula arbitral, sobre os elementos principais à instituição da arbitragem, muitos contratos deixaram de prever sobre aspectos também importantes, como sobre o adiantamento de despesas e sobre a adoção de medidas de urgência. Muitos dos instrumentos quedaram-se igualmente omissos no tocante à sucumbência e pagamento de honorários de árbitros e peritos eventualmente contratados. Diante de tal constatação, deve-se alertar que “dependerá da excelência da cláusula a instauração da arbitragem sem o auxílio do Poder Judiciário” (CARMONA, 2009, p.125). Portanto, a Administração Pública deve se atentar especialmente para a redação da cláusula compromissória, evitando-se que a ausência de previsão sobre os elementos acima referidos propiciem ou até mesmo obriguem as partes a recorrer ao Poder Judiciário com o fim de resolver os pontos omissos.

Por fim, considera-se que os contratos de parcerias público-privadas examinados abordaram os principais elementos pertinentes à adoção da arbitragem como método de solução de controvérsias.

5.2 A jurisprudência dos Tribunais

Inicialmente, deseja-se delimitar o objeto de estudo do presente item. Pretende-se investigar e analisar a jurisprudência dos tribunais nos julgados em que as partes optaram por

⁸ Arbitragem *ad hoc* é aquela em que não há administração formal do procedimento por uma instituição ou Câmara arbitral. A arbitragem é conduzida pelas partes que fixam, para o caso específico e particular, as regras a serem aplicadas pelo árbitro ou Tribunal arbitral. Assim, a controvérsia será desenvolvida de maneira avulsa. (MARTINS; LEMES, 1999, p. 313).

recorrer ao Poder Judiciário, mesmo diante da existência de cláusula compromissória de arbitragem celebrada no contrato de modalidade de parceria público-privada.

Portanto, objetiva-se investigar, neste item, se o Poder Judiciário, diante da previsão contratual da adoção da arbitragem como meio alternativo de solução de litígios, declara-se incompetente para julgar a causa interposta.

Em extensa consulta ao sistema de jurisprudências dos Tribunais brasileiros, encontrou-se tão somente um processo que atenda ao objetivo da pesquisa. Trata-se de medida cautelar inominada⁹ interposta pela concessionária da Rodovia MG-050 S/A em face do Estado de Minas Gerais, visando, em sede de liminar, à suspensão de exigibilidade de multas impostas pela Secretaria de Estado de Transportes e Obras Públicas (SETOP) ao parceiro privado, por suposto descumprimento de obrigações contratuais.

De acordo com a concessionária, o Estado de Minas Gerais assumiu, no âmbito do contrato de parceria público-privada, encargos indispensáveis à realização das intervenções obrigatórias, inclusive a remoção de interferências na faixa de domínio e a disponibilização das verbas necessárias à desapropriação das áreas destinadas às obras previstas.

Apesar de o item 8 do Anexo VI do Edital ter definido verba específica para a realização das desapropriações necessárias, a concessionária alega que, na prática, os valores previstos no instrumento editalício são insuficientes. Diante dessa constatação, a parceira privada solicitou o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, inicialmente estimado em R\$ 19.000.000,00 (dezenove milhões de reais).

O Estado de Minas Gerais teria aceito a solicitação de reequilíbrio econômico, mas até o momento da propositura da medida cautelar não teria disponibilizado a mencionada quantia à concessionária e, ignorando a necessidade de ser restabelecido o equilíbrio do contrato, instaurou os Processos Administrativos nº R.01.10.011/2012 e R.01.10.017-A1/2012 para apurar suposto descumprimento ao cronograma.

Após o decurso dos referidos processos administrativos, a Administração concluiu pela aplicação da penalidade de multa à concessionária em valor aproximado de R\$78.100.000,00 (setenta e oito milhões e cem mil reais).

Dessa forma, a concessionária, diante da iminente possibilidade de ter o valor arbitrado decotado do seu pagamento, instaurou a ação Cautelar Inominada perante o Poder Judiciário antes da instituição do procedimento arbitral junto à Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB). Em julgamento na primeira instância, o i. juiz monocrático

⁹ Confira-se: MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Cautelar Inominada nº 0553967-03.2014.8.13.0024**, Juiz: Carlos Donizetti Ferreira da Silva, 7ª Vara da Fazenda Pública Estadual e Autarquias, julg. em 12maio 2014a.

deferiu a medida liminar pleiteada pela Sociedade de Propósito Específico, determinando ao Estado de Minas Gerais que suspendesse a exigibilidade das multas administrativas aplicadas à autora. O Estado de Minas Gerais, inconformado com a decisão prolatada, interpôs recurso de agravo de instrumento, vislumbrando a reforma do julgado.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais se posicionou no sentido de ser perfeitamente cabível que uma das partes contratantes, na iminência de ter o seu direito ameaçado, recorra ao Poder Judiciário, pleiteando a concessão de medida de urgência.

No caso em exame, o objeto da medida liminar pretendida pela concessionária no âmbito do Poder Judiciário inevitavelmente coincidiria com o objeto da controvérsia submetida à via arbitral. Por essa razão, acertadamente, o eminente desembargador relator do Agravo de Instrumento nº 1.0024.14.055396-7/001 asseverou que “a liminar concedida no âmbito da medida cautelar será novamente submetida ao crivo do órgão arbitral, quando for devidamente instituído, podendo ratificar ou não a sua concessão, já que suas decisões são soberanas” (MINAS GERAIS, 2014).

Portanto, acredita-se que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu em conformidade com a Constituição Federal de 1988, com o instituto da arbitragem e com o contrato celebrado entre as partes.

Ressalte-se que a ausência de jurisprudência - entendida como um conjunto de decisões proferidas pelos Tribunais - nos litígios decorrentes de contratos de parceria público-privada que adotam a arbitragem como meio de resolução de controvérsias demonstra que as partes têm respeitado o instrumento contratual e recorrido à arbitragem para efetivamente dirimir os seus conflitos.

Nesse sentido, vislumbra-se, pela ausência de jurisprudência relacionada ao objeto da presente pesquisa, que a arbitragem apresenta-se como um mecanismo eficiente à resolução de conflitos derivados de contratos celebrados entre o Poder Público e o particular.

6 CONCLUSÃO

Esta pesquisa teve como objetivo discorrer sobre a adoção da arbitragem nos contratos administrativos, especialmente os celebrados na modalidade de parceria público-privada e, paralelamente, analisar os contratos celebrados pela Administração Pública e a jurisprudência dos Tribunais, diante da visão proposta.

Concluiu-se que a correta interpretação acerca da indisponibilidade do interesse público contempla tão somente os interesses públicos primários, ou seja, aqueles realizados pelo atendimento aos direitos fundamentais, que representam o principal fim do Estado. Já os interesses secundários, podem ser identificados como os interesses do Erário. Dessa forma, a concepção adotada de interesse público primário foi norteadora de todo o estudo realizado, basilar a toda investigação e exame constituído na presente pesquisa.

Dos estudos empreendidos para assentar a admissibilidade da utilização da arbitragem como método de solução de controvérsias nos contratos administrativos, destacam-se o exame realizado sobre os pressupostos de arbitrabilidade. Neste ponto, vale ressaltar a recente alteração da Lei de Arbitragem, promovida pela Lei nº 13.129/2015, que expressamente autoriza que a Administração Pública submeta-se à arbitragem para resolver controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Defendeu-se, no presente trabalho, que a arbitragem pode apresentar-se como um eficiente meio de solução de controvérsias originadas da relação contratual envolvendo a Administração Pública.

A distinção entre o interesse público primário e secundário, originalmente sugerida por Renato Alessi, mostra-se imprescindível para a definição do objeto passível de submissão à via arbitral. Nos contratos, a identificação dos interesses públicos primários e secundários recai sobre o conteúdo das cláusulas. Considera-se que as cláusulas que envolvam questões econômico-financeiras estão diretamente associadas aos interesses secundários.

Nesse sentido, sustentou-se que os interesses públicos primários, por se traduzirem em direitos indisponíveis, não poderão ser submetidos à arbitragem. Todavia, evidenciou-se que os interesses secundários estão inseridos no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis.

No âmbito das parcerias público-privadas, observou-se que a Lei das PPPs inovou ao criar dois novos contratos. A Lei nº 11.079/2004 criou condições jurídicas para que a iniciativa privada realize os investimentos necessários à implantação e desenvolvimento de infraestrutura pública, que não se aplicam somente aos serviços fornecidos aos usuários, como previsto na Lei nº 8.987/1995, mas ainda aos serviços prestados para a própria Administração.

A característica inerente à prestação de serviços citada impede que a remuneração do parceiro privado seja realizada por meio da cobrança da tarifa do usuário. Por esse motivo, a remuneração nessa espécie de contratação de parceria público-privada (concessão administrativa) deve ser realizada diretamente por pagamentos do Estado.

Não obstante, a Lei de PPP aperfeiçoou o regime das concessões remuneradas, prevendo a possibilidade de se associar a tarifa cobrada dos usuários do serviço ao adicional de tarifa pago pela Administração Pública e inovou, ao possibilitar a instituição de subsídios, com o intuito de complementar o sistema remuneratório da concessionária, conforme disposição do Parágrafo único, do art. 11, da Lei nº 11.079/2004.

Apesar de as parcerias público-privadas ainda ser uma modalidade recente de contratação e de a arbitragem ainda ser pouco utilizada nos mencionados contratos, verificou-se que ambos integram o atual modelo de governança administrativa, prestigiando a consensualidade e realizando o princípio fundamental à boa Administração Pública.

A presente pesquisa demonstrou, por meio de pesquisa empírica, que a adoção do mecanismo da arbitragem pela Administração Pública nos contratos amolda-se perfeitamente ao ordenamento brasileiro e, mais especificamente ao Direito Público. Os Tribunais superiores já se posicionaram nesse mesmo sentido. Tal conclusão também não se distancia do entendimento de parte doutrina que aborda o assunto.

Percebeu-se, pela análise dos dez instrumentos contratuais de parceria público-privada resumidos na pesquisa, que a Administração Pública do âmbito estadual e federal tem adotado, mais recente, a arbitragem como meio definitivo de solução de dissídios.

Pelo estudo das avenças analisadas na pesquisa, constatou-se que a redação da cláusula compromissória arbitral, identificada nos diversos instrumentos contratuais, merece mais atenção dos administradores, vez que a boa previsão relativa à arbitragem nos contratos de parceria público-privada é elementar ao bom e adequado desenvolvimento do procedimento arbitral.

Por fim, concluiu-se que a adoção da arbitragem nos contratos de parceria público-privada tem evitado eficientemente que as controvérsias surgidas da relação contratual sejam submetidas ao Poder Judiciário. Tal conclusão foi sustentada pelo estudo das decisões dos tribunais pátrios, que restou parcialmente prejudicado, diante da insuficiência de decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Diritto Amministrativo**. Milano: A. Giuffrè, 1949.
- AMARAL, Paulo Osternack. **A concessão de medidas urgentes em processo arbitral envolvendo o Poder Público**. Revista de Processo, São Paulo, n. 157, mar.2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BONICIO, Marcelo José Magalhães. **Proporcionalidade e processo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.
- 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 dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 27 mai. 2015.
- BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Mensagem encaminhada ao Senado com o Projeto de Lei da Câmara nº10, de 2004. **Diário do Senado Federal**, Brasília, 25 mar.2004c.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 2.649**, Rel. Min. Cármen Lúcia, j.08.05.2008, Plenário, DJE 17.10.2008.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Sentença Estrangeira nº. 5.206/EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001, **Diário de Justiça**, Brasília, p. 29, 30 abr. 2004a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União, 2ª Câmara, Acórdão nº. 537/2006, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, julg. em 14.03.2006, v.u., **Diário Oficial da União**, 17 mar.2006a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº. 1330/2007, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 04.07.2007, **Diário Oficial da União**, 06 jul.2007a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão nº. 2.573/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, julg. em 26.09.2012. **Diário Oficial da União**, 04 out. 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

CHEVALLIER, Jacques. **A governança e o direito**. Revista de Direito Público da Economia. v.12, Belo Horizonte: Fórum, out.- dez., 2005, p.11 e ss.

DALLARI, Adilson. Arbitragem na concessão de serviço público. **Revista Trimestral de Direito Público**, nº.13, São Paulo; Malheiros, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Vocabulário de processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 13. ed., São Paulo: Dialética, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. *In*: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Org.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p.127 e ss.

MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M.F; CARMONA, Carlos A. **Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 209, jul./set. 1997.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: UNICRIO, 2000.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação administrativa consensual**. Estudo de acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. Dissertação de Mestrado, São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2010, p.106-116.

RIVERO, Jean. **Directo Administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Livraria Almedina, 1981.

SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias público-privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.606.