



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**ASPECTOS JURÍDICOS DA CONVENÇÃO DE
ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
(APLICABILIDADE ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS)**

por

MAURÍCIO PEREIRA VASCONCELOS

ORIENTADOR: LAURO DA GAMA E SOUZA JR.

2007.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

ASPECTOS JURÍDICOS DA CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (APLICABILIDADE ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS)

por

MAURÍCIO PEREIRA VASCONCELOS

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientador: LAURO DA GAMA E
SOUZA JR.

*Aos meus pais, por toda a
dedicação, amor e carinho com
que me criaram.*

Agradecimentos

Agradeço aos meus amigos de faculdade, que tão bem me acolheram em minha chegada ao Rio de Janeiro.

Agradeço aos meus amigos de trabalho por terem contribuído para minha formação profissional e compartilhado de tantos momentos de alegria e tristeza.

A minha namorada, por todo o seu amor e compreensão nesses quase dois anos de convívio. Sua alegria e força de vontade me incentivam a ir em frente.

Aos meus queridos irmãos. A nossa amizade transcende as barreiras da distância.

Aos meus pais, agradeço por todos os conselhos e orientações que sempre me deram. Esta conquista também é de vocês.

Ao meu orientador, por sua paciência e boa vontade durante o desenvolvimento deste trabalho.

Lista de Abreviações

AgIn	Agravo de Instrumento
AgRg:	Agravo Regimental
CF:	Constituição Federal
CPC:	Código de Processo Civil
Lei de Arbitragem:	Lei nº 9.307 de 1996
Lei de PPP:	Lei nº 11.079 de 2004
Min:	Ministro
MS:	Mandado de Segurança
PPP:	Parceria Público-Privada
RESP:	Recurso Especial
STF:	Superior Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ:	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Resumo

Este trabalho se propõe a analisar o uso do instituto da arbitragem nas relações jurídicas decorrentes da celebração de contratos administrativos entre a Administração Pública e investidores privados, tendo por foco, em um primeiro momento, a situação legislativa, visão da doutrina e jurisprudência sobre a problemática em torno da capacidade jurídica da Administração Pública para se submeter à arbitragem, dentro dos principais diplomas legais e das figuras contratuais administrativas pertinentes (Capítulo II).

Em seguida, a proposta é de se analisar a questão relativa à disponibilidade e conseqüente arbitrabilidade dos direitos e bens envolvidos em contratos administrativos, fazendo-se também uma análise das questões e distinções trazidas pela legislação, doutrina e jurisprudência, especialmente acerca da questão dos interesses públicos e das mudanças conceituais propostas pela doutrina que defende uma visão constitucional do direito administrativo (Capítulo III).

Por fim, far-se-á um estudo mais detalhado a respeito das características e especificidades das modalidades especiais de concessão que constituem o gênero denominado Parceria Público-Privada, assim como dos contornos e efeitos do uso da arbitragem na relação jurídica existente entre a Administração Pública e seu parceiro privado, que é vista, em último caso, como um terreno propenso e adequado para o amplo desenvolvimento do instituto (Capítulo IV).

Palavras-Chave: Administração Pública – Arbitragem – Interesse Público – Contratos Administrativos – Eficiência – Legalidade – Parcerias Público-Privadas – Proporcionalidade – Sistemática Constitucional

Sumário

CAPÍTULO I – INTRODUÇÃO	8
1.1 O Instituto da Arbitragem no Direito Brasileiro e um Breve Histórico de sua Utilização pela Administração Pública	8
1.2 Panorama da Constitucionalidade do Instituto da Arbitragem	13
 CAPÍTULO II – CAPACIDADE JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA SUBMETER-SE À ARBITRAGEM	13
2.1 O Conceito de Arbitrabilidade Subjetiva e sua Relação com o Princípio da Legalidade Administrativa	13
2.2 Contratos Administrativos na Lei 8.666/93	15
2.3 Contratos de Concessão de Serviços Públicos	18
2.4 Sociedades de Economia Mista	22
2.5 Parcerias Público-Privadas	30
2.6 A Proposta da Doutrina para a Flexibilização do Princípio da Legalidade Administrativa	31
 CAPÍTULO III – ARBITRABILIDADE OBJETIVA E SUA RELAÇÃO COM O USO DA ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	37
3.1 O Conceito de Arbitrabilidade Objetiva	37
3.2 Interesses Públicos Primários e Secundários	39
3.3 Proposta da Doutrina para uma Releitura do Conceito de Interesse Público à Luz da Constituição Federal	45
 CAPÍTULO IV – ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS ...	49
4.1 Parcerias Público-Privadas: Modalidades Especiais do Gênero Concessão	49

4.2	Sujeitos, Objeto e Principais Características das Parcerias Público-Privadas	51
4.3	As Parcerias Público-Privadas e o Império da Consensualidade: Um Terreno Próprio para a Arbitragem	55
4.4	Contornos do Instituto da Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas	58
CAPÍTULO V – CONCLUSÃO		63
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		68

Capítulo I – Introdução

1.1 O Instituto da Arbitragem no Direito Brasileiro e um Breve Histórico de sua Utilização pela Administração Pública

Com enfoque na resolução de disputas particulares, pode-se conceituar a arbitragem como um método litigioso e privado de resolução de conflitos acerca de bens e direitos disponíveis, que se diferencia da mediação e da conciliação em razão da submissão das partes à decisão final (dotada de força executiva) de um ou mais árbitros, que foram previamente imbuídos de competência para o julgamento de uma determinada disputa ou disputas oriundas de um contrato que essas partes tenham celebrado¹.

No Brasil, a arbitragem de direito privado é prevista desde a Constituição Imperial de 1824². Já o Código Comercial de 1850 estabelecia espécie de arbitragem compulsória para matérias de locação mercantil, questões societárias e marítimas, entre outras³. Doravante, a arbitragem foi ainda regulada pelo Decreto nº 3.900, de 1867 e, posteriormente, pelo Código Civil de 1916, que regulava a matéria entre os artigos 1.037 a 1.048⁴.

¹ Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio fazem as seguintes considerações iniciais acerca da arbitragem: “A arbitragem é o meio mais utilizado de solução de litígios fora da esfera do Judiciário. Difere da mediação e da conciliação, pois nesses as pendências entre as partes não são resolvidas por terceiros, mas pela vontade comum dos litigantes, com a ajuda de um mediador ou conciliador. Na arbitragem, as partes buscam a solução através de uma decisão imposta por um terceiro que atua como árbitro”. Os autores também apontam a distinção entre a arbitragem de direito internacional privado e a de direito internacional público, essa última entendida como o tipo de arbitragem em que quem figura como parte ou árbitro é o próprio Estado. (DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 19.) A afirmação a respeito da força executiva e vinculação da decisão arbitral decorrem do disposto nos artigos 475 - N, inciso IV, do CPC e artigo 18 da Lei 9.307 de 1996 (Lei de Arbitragem).

² O artigo 164 da Constituição de 1824, assim dispunha: “Nas causas cíveis e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.”

³ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. Op. Cit. p. 20.

⁴ José Cretella Netto aponta “que o art 9 do referido decreto estipulava que uma cláusula arbitral sobre litígios somente tinha valor de promessa.” Tal norma descaracterizava o instituto. (NETTO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23)

Lembra-se que, no plano constitucional, apenas a Constituição Federal de 1934 fez qualquer tipo de referência sobre a matéria (artigo 5º, XIX, c), sendo as Constituições Federais posteriores, inclusive a vigente Constituição de 1988, silentes a respeito do tema⁵. Dessa forma, a arbitragem restava por ser inteiramente regulada pelo Código Civil de 1916 e, mais adiante, pelos Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973⁶, até o advento da atual Lei de Arbitragem, Lei nº 9.307 de 1996, com as alterações promovidas ao Código de Processo Civil de 1973.

O artigo 3º da Lei de Arbitragem estabelece um gênero denominado convenção de arbitragem, que engloba as espécies de convenção da cláusula compromissória e do compromisso arbitral. A cláusula compromissória é conceituada pela doutrina como a cláusula contratual que define os termos e condições do comprometimento das partes em submeter eventual litígio oriundo desse contrato à arbitragem⁷. O compromisso arbitral, por sua vez, é definido pelo artigo 9º da Lei de Arbitragem, como: “a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

Observa-se no compromisso arbitral a livre iniciativa das Partes em submeter à arbitragem um litígio já existente, enquanto a cláusula compromissória trata do prévio acordo de vontades das partes para a submissão à arbitragem de eventuais disputas decorrentes de um contrato que tenham celebrado. No entanto, ambas as formas de convenção de

⁵ A falta de disposição expressa na Carta Magna em relação ao instituto da arbitragem já serviu e, para alguns ainda serve, como argumento para o posicionamento doutrinário de inconstitucionalidade do mesmo face ao princípio do acesso à justiça. Ressalva-se a previsão constitucional expressa da arbitragem no artigo 114, parágrafos 1º e 2º, da Constituição Federal, que prevê a possibilidade das partes em relação trabalhista convencionarem arbitragem após a frustração de negociação coletiva (O Parágrafo 2º foi incluído pela Emenda Constitucional nº 45º).

⁶ José Cretella Netto indica que a arbitragem estava também incluída em alguns dos códigos de processo de cada Estado, até a unificação nacional da legislação processual promovida pelo CPC de 1939, que regulava a matéria nos artigos 1.031 a 1.046. (NETTO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23)

⁷ Esse é também o conceito encontrado no artigo 4º da Lei de Arbitragem, que prevê: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.”

arbitragem atribuem competência exclusiva aos árbitros para julgar, de forma definitiva, as matérias que lhes foram imputadas pelas partes⁸, salvo as hipóteses de nulidade previstas nos artigos 32 e 33 da Lei de Arbitragem.

A natureza jurídica da arbitragem sempre gerou discussões na doutrina. Selma Ferreira Lemes identifica a existência de três principais correntes doutrinárias⁹:

“A natureza jurídica da arbitragem é tema controvertido. A doutrina desenvolveu três correntes possíveis: a contratual, a jurisdicional e a híbrida. Contratual no sentido de que nasce de uma convenção firmada pelas partes e os poderes dos árbitros derivam dessa autorização. Para os que defendem a característica jurisdicional, enaltecem o resultado, que é o julgamento por um terceiro imparcial que define a controvérsia. E a natureza híbrida que, em nosso entender, melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto.”

A corrente da natureza híbrida parece ser mesmo a que melhor se encaixa com o espírito da Lei de Arbitragem. Essa parece estabelecer a arbitragem como um instituto que decorre do princípio geral de direito da autonomia das partes (concretizado através da firmação de cláusula compromissória ou compromisso arbitral), mas que recebe contornos legais que extrapolam a vontade manifestada pelas partes e dão poderes tipicamente jurisdicionais aos árbitros escolhidos.

Em relação ao histórico da submissão da Administração Pública, direta e indireta, à arbitragem privada, conquanto a doutrina aponte inúmeros precedentes envolvendo contratos de concessão com cláusula

⁸ No caso da cláusula compromissória, tendo em vista que esta é livremente pactuada pelas partes em momento anterior, no qual imperava a consensualidade, o artigo 7º da Lei de Arbitragem permite que a uma Parte requeira em juízo a citação da outra parte para homologação do compromisso arbitral, na hipótese desta última recusar-se a fazê-lo de forma autônoma e extrajudicial. Ainda sobre a competência exclusiva do árbitro legitimamente escolhido, o artigo 18º da Lei de Arbitragem prevê: “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário” (grifou-se). Vide também o artigo 267, inciso VII do CPC.

⁹ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 60-61)

arbitral firmados pelo Poder Público (remontando ao século XIX¹⁰), é com o julgamento do famoso Caso Lage, em 1946, que o Supremo Tribunal Federal reconhece a legalidade do juízo arbitral para dirimir causas envolvendo o Poder Público.

Tratou-se de procedimento arbitral envolvendo a União Federal e o espólio de Henrique Lage, no qual os árbitros fixaram indenização em favor dos herdeiros do *de cujus* em razão da expropriação pelo Governo Federal dos ativos da empresa e do patrimônio de seu fundador¹¹. Tendo o caso sido levado ao pleno do STF por meio do AgIn 52.191, de Relatoria do Min. Bilac Pinto, a corte suprema reconheceu a constitucionalidade da arbitragem realizada, em privilégio à autonomia contratual do Estado, asseverada a existência de expressa autorização legislativa presente à época no decreto-lei nº 9.521¹².

1.2 Panorama da Constitucionalidade do Instituto da Arbitragem

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e o advento da Lei de Arbitragem, parte da doutrina voltou a manifestar-se em apoio à tese de inconstitucionalidade do instituto da arbitragem em face do princípio constitucional do acesso à justiça e do subprincípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, tal como preconizados pelo inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a tese de constitucionalidade do instituto por não vislumbrar afronta ao inciso XXXV, do artigo 5º da Constituição Federal. Quando do julgamento do

¹⁰ Selma Lemes aponta como exemplo histórico do uso da arbitragem para dirimir conflitos relativos às concessões no Brasil, a celebração, em 1856, de contrato de concessão que cedeu à Companhia Paulista de Estrada de Ferro de Jundiaí a Campinas o direito de construir e explorar uma estrada de ferro de Jundiaí a Campinas, que continha cláusula arbitral. (Ibid. p. 64-65)

¹¹ Vide os comentários de José Cretella Netto acerca dos detalhes do caso (NETTO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 156)

¹² Agravo de Instrumento nº 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382.

Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206, no qual o STF, por maioria de votos, declarou a constitucionalidade do artigo 6º, parágrafo único, artigo 7º, caput e parágrafos, bem como dos artigos 41 e 42 da Lei 9.307, de 1996 (Lei de Arbitragem), a ministra Ellen Gracie deu valiosa contribuição para o deslinde da questão ao declarar, sob a égide da autonomia das partes e com fundamento implícito no princípio civilista do *pacta sunt servanda*, a validade jurídica da convenção de arbitragem. Confira-se trecho de seu voto¹³:

“Negar possibilidade a que a cláusula compromissória tenha plena validade e que enseje execução específica importa em erigir em privilégio da parte inadimplente o furtar-se à submissão à via expedida de solução da controvérsia, mecanismo este pelo qual optara livremente, quando da lavratura do contrato original em que inserida essa previsão. É dar ao recalcitrante o poder de anular condição que – dada a natureza dos interesses envolvidos – pode ter sido consideração básica à formação da avença.”

Assim, resta forçoso concluir-se ser indelével o atual reconhecimento do Poder Judiciário nacional em relação à constitucionalidade do instituto da arbitragem, incluindo a noção de sua compulsoriedade, introduzida pela Lei de Arbitragem, por meio da inserção no diploma processual civil brasileiro do artigo 267, inciso VII, que prevê a extinção da demanda judicial, sem julgamento do mérito, na hipótese das partes terem convencionado a submissão de determinada relação jurídica ao instituto da arbitragem.

¹³ Voto da Min. Ellen Gracie no AgRg da SE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 30.04.2004.

Capítulo II - Análise da Capacidade Jurídica da Administração Pública para Submeter-se à Arbitragem.

2.1 O Conceito de Arbitrabilidade Subjetiva e sua Relação com o Princípio da Legalidade Administrativa

A chamada arbitrabilidade subjetiva, conceito consagrado por Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio, se caracteriza como a capacidade jurídica do sujeito para a convenção de arbitragem¹⁴. Com efeito, esta não costuma causar maiores discussões entre os intérpretes, tendo em vista que, via de regra, seu conceito coincide com o da capacidade civil estabelecida nos artigos 3º, 4º e 5º do Código Civil. Isto significa que, os habilitados para a prática dos atos da vida civil estão igualmente habilitados para convencionarem uma arbitragem. Entretanto, não é tão facilmente superada no caso dos órgãos da Administração Pública.

Dentre os chamados princípios gerais do Direito Administrativo, assim denominados pela doutrina aqueles princípios que norteiam todos os campos do Direito Administrativo¹⁵, está o princípio da legalidade administrativa. Esta verdadeira base de sustentação do ordenamento jurídico pátrio é conceituada, pelos doutrinadores, como necessária sujeição da Administração Pública à lei.

Com efeito, ao administrador público não é permitido o exercício de qualquer atividade que não tenha sido previamente estabelecida em lei (*lato sensu*), pois este tem por função pública exatamente a execução das normas criadas pelo poder legislativo no exercício da função legiferante¹⁶. O referido princípio consta expressamente do *caput* do artigo 37 da

¹⁴ DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.213

¹⁵ A doutrina diferencia os princípios gerais do Direito Administrativo dos chamados princípios setoriais, que são aqueles que têm aplicação restrita a um determinado setor do direito administrativo.

¹⁶ José dos Santos Carvalho Filho nos explica que “Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei”. (FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 16.)

Constituição Federal, sendo uma proteção fundamental dos cidadãos face ao poder de império do Estado, na medida em que limita e predetermina o exercício de tal poder.

Cumpre, portanto, sob a ótica do princípio da legalidade administrativa, analisar se os entes que compõem a Administração Pública direta e indireta são dotados da já mencionada arbitralidade subjetiva. Em outras palavras, faz-se necessário verificar se a Administração Pública tem ou não capacidade jurídica para a celebração de contratos administrativos com cláusulas compromissórias, bem como para firmar compromissos arbitrais, independentemente do objeto da relação jurídica sujeita à jurisdição arbitral.

Num primeiro momento, ter-se-á, como pressuposto dogmático da problemática exposta acima, a concepção clássica de que o norteammento dado pelo princípio da legalidade administrativa à Administração Pública impõe a existência de previsão específica em cada um dos diplomas legais reguladores das diversas modalidades de contratos administrativos ou, ao menos, que um diploma geral de aplicação subsidiária preveja expressamente tal possibilidade.

Nesse sentido, com atenção estrita à aplicação das normas de direito administrativo, eis que a Lei de Arbitragem, conquanto tenha aplicação imediata ao instituto por força do princípio da especialidade, não dispõe de forma expressa sobre a capacidade jurídica da Administração Pública para submeter-se à arbitragem, será analisada, inicialmente, a existência de previsão legal expressa dentro de quatro principais situações legislativas distintas.

São elas: (i) contratos administrativos regulados pela lei 8.666, de 1993 que sofram a incidência do artigo 55, parágrafo 2º da respectiva lei e contratos administrativos igualmente regulados pela lei 8.666, de 1993, mas

que foram excepcionados pelo artigo 32, parágrafo 6º; (ii) contratos de concessão regulados pela lei nacional/federal nº 8.987, de 1995 e que sofrem a incidência do artigo 23, inciso XV da mesma; (iii) contratos celebrados por sociedades de economia mista; (iv) e, por fim, os contratos de concessão sob as modalidades patrocinada e administrativa, que são regulados pela lei 11.079, de 2004 (Lei da Parceria Público-Privada).

2.2 Contratos Administrativos na Lei 8.666/93

Em relação ao primeiro ponto, no qual se constata a existência de contratos administrativos que, por ausência de lei especial regulando a matéria, caem na norma nacional/federal geral¹⁷ para as contratações da Administração Pública (lei 8.666 de 1993), deve-se, primeiramente, sopesar a interpretação da incidência do artigo 55, parágrafo segundo do aludido diploma legal como vedação ou não à submissão de tais contratos ao instituto da arbitragem.

Neste caso, não se questiona apenas a inexistência de autorização legislativa específica, já vista por si só como causa de incapacidade jurídica face ao princípio da legalidade administrativa, mas aponta-se também a possibilidade de haver expressa vedação legal. O artigo 55, parágrafo 2º da lei 8.666/93 estipula *in verbis*¹⁸:

¹⁷ “A lei 8.666/93 veicula as normas gerais sobre licitações, filiando-se diretamente ao previsto no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal. As normas gerais são vinculantes não apenas para a União, como também para Estados, Distrito Federal e Municípios e entidades do Poder Público”. (FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. p. 11) Cumpre ressaltar, a distinção feita pela doutrina entre leis federais e leis nacionais. As leis federais seriam aquelas cujas disposições são voltadas à própria União Federal, enquanto as leis nacionais são aquelas cujas disposições têm aplicação em âmbito nacional. Nesse sentido, a lei 8.666/93 é dotada de um caráter híbrido, porque suas disposições gerais têm incidência nacional e suas disposições específicas aplicação direta à União Federal.

¹⁸ O artigo 32, parágrafo 6º da lei 8.666/93, por sua vez, preceitua: “O disposto no § deste artigo, no § 1º do art. 33 e no § 2º do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior”.

“Nos Contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta lei.”

A doutrina diverge na interpretação dada ao dispositivo. De fato, este gerou muitas dúvidas ao estabelecer, nos contratos diretamente regulados pela lei. 8.666 de 1993, salvo as Licitações Internacionais (§ 6º do art. 32 da lei), a inclusão obrigatória de cláusula que preveja o foro da sede da Administração como competente para resolução de quaisquer conflitos oriundos do contrato¹⁹.

Uma primeira corrente, liderada por Jessé Torres Pereira Junior, entende haver, no dispositivo, norma de competência absoluta em favor do juízo do foro da sede da Administração, tendo em vista que o critério de fixação da competência seria *ratione personae*²⁰.

Assim, conforme o entendimento supracitado, o juízo do foro da sede do ente da Administração Pública que celebrou o contrato regulado pela lei 8.666/93 teria competência absoluta para o julgamento de quaisquer controvérsias oriundas dessa relação jurídica, não sendo admissível a convenção de cláusula compromissória e nem de posterior compromisso arbitral, na medida em que as competências absolutas são normas inderrogáveis, imprescritíveis e passíveis de apreciação *ex officio*.

¹⁹ Marçal Justen Filho afirma estar o referido dispositivo eivado de inconstitucionalidade parcial nos seguintes termos: “O §2º é parcialmente inconstitucional. Ao determinar a obrigatoriedade da cláusula de eleição do foro da sede da unidade administrativa, impõe dispositivo que conflita com a Constituição, em certo ângulo. (...) Mais precisamente, trata-se de cláusula de eleição de jurisdição: é irrelevante litigar no foro do Distrito Federal ou em qualquer outro. O fundamental é firmar a competência da jurisdição brasileira” (FILHO, Marcel Justen. Op. Cit. p. 355). Percebe-se que autor defende a inconstitucionalidade parcial do dispositivo, pelo simples fato de este fixar de antemão uma norma de competência territorial, mas não questiona a força cogente da norma no que tange (em seu entendimento) à competência exclusiva da jurisdição brasileira para julgar conflitos oriundos da lei 8.666/93. Assim, parece o mesmo compartilhar do entendimento de que a arbitragem estaria vedada nos contratos regulados pelo diploma geral das licitações e contratos administrativos.

²⁰ JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *Apud*: BARBOSA, Joaquim Simões et al. *Artigo - Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma discussão a ser resolvida*. Almeida, Ricardo Ramalho (Coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 271.

Corrente oposta, na qual se destaca o correto posicionamento de Carlos Alberto Carmona, defende que a lei não vedou a utilização de arbitragem para disputas decorrentes de contratos administrativos regulados pela lei 8.666/93. Carmona coloca que a *ratio legis* da norma é apenas a de fixar o foro na eventualidade de litígios judiciais paralelos, bem como medidas complementares, acautelatórias e executórias que, em hipótese alguma, poderiam afastar a competência dos árbitros para a resolução do mérito de disputa convencionalmente submetida à arbitragem. Nas palavras do autor²¹:

“É preciso notar, antes de mais nada, que a lei de licitações não determina que toda e qualquer controvérsia oriunda dos contratos celebrados com a Administração seja dirimida pelo Poder Judiciário, pois se assim fosse não poderia haver resolução de pendências contratuais através da transação; o texto legal exige, isso sim, que se as partes tiverem que acorrer ao Poder Judiciário, será competente o juízo do foro da sede da Administração, e não órgão judicial situado em outra região geográfica. (...) Nada disso é incompatível com a arbitragem: elegendo as partes foro no contrato (e nos contratos administrativos submetidos à Lei de Licitações é obrigatória a eleição do foro da sede da Administração), estarão apenas determinando que o eventual concurso do juiz togado para realização de atos para os quais o árbitro não tenha competência (atos que impliquem a utilização de coerção, execução, da sentença arbitral, execução de medidas cautelares) seja realizado na comarca escolhida.”

Ultrapassada a discussão da vedação legal ou não à utilização de arbitragem nos contratos que sofram a incidência da lei 8.666/93, o fato é que o diploma legal também não previu esta possibilidade expressamente, razão pela qual, na esfera de uma análise acerca da aplicação do princípio da legalidade administrativa (*stricto sensu*), a Administração Pública não teria capacidade jurídica para tanto. Nestes termos, a utilização pela Administração Pública do instituto da arbitragem nos contratos regulados pela lei 8.666/93 estaria, a contrário senso, ainda assim, vedada.

Márcia Walquira Batista dos Santos transcreve trecho de uma decisão do Tribunal de Contas da União nesse mesmo sentido²²:

²¹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 64-65.

“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, princípio da indisponibilidade do interesse público, entre outros)”.

2.3 Contratos de Concessão de Serviços Públicos

No âmbito de aplicação da lei 8.987, de 1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), o debate girava entorno de seu artigo 23 *caput* e inciso XV, nos quais se prevê que “são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas (...) ao foro e ao modo amigável de resolução das divergências contratuais”.

A aludida lei integra o ordenamento jurídico brasileiro na qualidade de lei nacional/federal geral²³ de concessão e permissão de serviços públicos, conforme competência privativa da União Federal prevista nos artigos 22, inciso XXVII e 175 da Constituição Federal. Não obstante, a lei 8.987 de 1995 também se afigura na qualidade de lei especial em relação à própria lei 8.666 de 1993, aplicando-se esta subsidiariamente nas omissões daquela (ex: as regras da lei 8.666/93 para os procedimentos licitatórios)²⁴.

A respeito do assunto, Márcia Walquiria Batista dos Santos comenta a decisão do Tribunal de Contas afirmando:

“(...) que os contratos decorrentes de licitações internacionais e submetidos à Lei nº 8.666/93 não poderão incluir cláusula prevendo o juízo arbitral”. Entretanto, no mesmo texto, a autora confirma a possibilidade de que com “disposição expressa

²³ A consideração feita no item anterior acerca do caráter híbrido da Lei 8.666/93 também se aplica à Lei 8.987/95.

²⁴ Di Pietro afirma que: “A Constituição Federal, no artigo 175, à semelhança do artigo 167 da Constituição de 1967, previu lei que viesse disciplinar a concessão e a permissão de serviço público. (...) Na esfera federal, a matéria está disciplinada pela Lei 8.987, de 13-2-95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências, e pela Lei 9.074, de 7-7-95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências, ambas alteradas parcialmente pela Lei nº 9.648, de 27-5-98. Subsidiariamente, aplica-se a Lei 8.666, de 21-6-93, por força do que determina seu artigo 124”. (grifou-se) (PIETRO, Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 280.)

da Lei 8.666/93, autorizando o juízo arbitral, poderia um contrato firmado sob a sua égide fazer constar cláusula prevendo a arbitragem²⁵

Com efeito, não parece compartilhar a mesma do entendimento exposto na decisão supramencionada, qual seja o de que a Arbitragem seria instituto incompatível com o Direito Administrativo por si só.

A interpretação do inciso XV do art. 23 da lei 8.987/95 como autorização legislativa expressa, ou até mesmo como obrigação legal²⁶ da inclusão de cláusula compromissória nos contratos administrativos para a concessão de serviços públicos teria, assim, um efeito irradiante em relação às concessões celebradas por todas as esferas hierárquicas do Poder Executivo nacional, uma vez que a referida lei aplica-se diretamente às concessões e permissões que não dispõem de lei específica e subsidiariamente às que assim dispõem.

Por conseguinte, salvo previsão contrária em lei especial, a Administração Pública (*lato sensu*) estaria autorizada ou obrigada a incluir cláusula compromissória em todos os contratos administrativos de concessão de serviços públicos que celebrar. A concessão de serviço

25 SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos. Licitação Internacional -- Proibição de Previsão de Juízo Arbitral. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di et al. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos*. 5ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p 280 – 281).

²⁶ Adilson Abreu Dallari parece adotar o posicionamento de obrigatoriedade da inclusão de cláusula compromissória nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos regulados pela lei 8.987 de 1995, pois entende que o inciso XV do artigo 23 obriga a Administração Pública a assim proceder (*Vide*: DALLARI, Adilson Abreu. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 13, 1996; p. 7-8). Ressalta-se a necessidade de ponderar-se o posicionamento adotado pelo professor Dallari face aos princípios constitucionais do acesso à justiça e autonomia da vontade das partes. Não nos parece que o sistema constitucional permita a promulgação de normas que prevejam como compulsória a submissão de determinada relação jurídica à arbitragem. Conquanto a Administração Pública deva pautar-se pelo princípio da legalidade administrativa, agindo sempre dentro dos limites estabelecidos em lei, não se pode obrigar o concessionário a se submeter à arbitragem, quanto mais em um contrato de adesão como são os contratos de concessão. Neste sentido, o reconhecimento da interpretação do dispositivo legal em questão como instituidor de espécie de arbitragem compulsória acarretaria na flagrante inconstitucionalidade do mesmo, à guisa da inconstitucionalidade dos dispositivos de arbitragem compulsória criados pelas leis que instituíram as famosas Agências Reguladoras, como veremos em momento oportuno.

público, tal como disciplinada pela lei 8.987 de 1995, é definida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos seguintes termos²⁷:

“Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço”.

Dada a natureza do contrato de concessão de serviços públicos tal como exposta acima, na qual o investidor privado assume os riscos do empreendimento, incluindo, via de regra, a realização imediata de obras e outros investimentos vultosos, bem como a obrigação de adequada prestação do serviço por um longo período, assegurada a modicidade tarifária, parte da doutrina defende ferrenhamente a utilidade da arbitragem como meio idôneo e eficiente para a resolução de disputas decorrentes destes contratos, além de conceber o inciso XV do art. 23 da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (lei nº 8.987/1995) como norma permissiva da convenção e utilização da arbitragem.

Entre outros, Selma M. Ferreira Lemes, Arnaldo Wald²⁸, Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹ e Gustavo Henrique Justino de Oliveira, embora

²⁷ PIETRO, Sylvia Zanella Di. Op. Cit. p. 279

²⁸ O professor Arnaldo Wald não vislumbra no inciso XV do art. 23 da Lei 8.987 de 1995 uma norma definidora da debatida autorização legal, mas ainda sim defende a possibilidade jurídica da utilização de arbitragem nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, senão vejamos: “Entendemos que, muito embora a lei não o tenha expressamente previsto, pode o contrato estabelecer a arbitragem como forma de composição dos conflitos decorrentes da interpretação e aplicação das suas cláusulas, competindo ao árbitro ou ao tribunal arbitral o julgamento definitivo da controvérsia. (§) A arbitragem, como forma de alternativa em relação à jurisdição estatal para a resolução de contendas, é o instrumento que melhor atende à premente necessidade de segurança jurídica para a atração de investimentos particulares, nacionais ou estrangeiros, pois garante a soluções neutras e confidenciais, presumidamente emanadas de especialistas escolhidos pelas partes ou por entidades confiáveis.” (WALD, Arnaldo et al. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 375).

²⁹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao comentar o inciso XV do art. 23 da lei 8.987 de 1995, afirma que “o importante é ter-se patenteado um reconhecimento inequívoco da Lei, este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, recomendável como alternativa ao litígio judicial. E neste ponto reside a inovação oportuna e modernizadora introduzida pelo legislador brasileiro” (grifou-se) (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Artigo publicado no livro *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 285).

divirjam no fundamento, reconhecem a capacidade jurídica da Administração Pública para se submeter à arbitragem no caso de concessão de serviço público.

Selma Lemes, com a autoridade que lhe é devida no assunto, assim se manifestou³⁰:

“Sobreleva de importância para esta tese o disposto no artigo 23, XV, no sentido de que o contrato deve conter a indicação do foro e modo amigável de solução de divergências contratuais, prevendo, desta forma, a arbitragem.”
(grifou-se)

Adotando posicionamento similar ao de Arnaldo Wald no que diz respeito à visão de que o art. 23, inciso XV, da lei 8.987 de 1995 não se refere ao instituto da arbitragem, Gustavo H. J. de Oliveira afirma não ter tal instituto a natureza jurídica de um modo amigável de resolução de conflitos, mas sim, nos termos do art. 31 da Lei de Arbitragem, a natureza jurídica de um modo conflitual de resolução de disputas³¹, em que uma das partes é condenada ao cumprimento de determinada obrigação.

Não obstante, o autor defende que, independentemente de autorização legal expressa na lei 8.987 de 1995, a Administração Pública ainda assim seria dotada de capacidade jurídica para submeter-se à arbitragem no curso de contrato de concessão e, por esta lógica, em qualquer outra espécie de contrato administrativo, porque o artigo 1º da Lei de Arbitragem serviria como uma espécie de autorização legal genérica para o uso da arbitragem, suprindo-se a exigência do princípio da legalidade administrativa³².

³⁰ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 47)

³¹ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Artigo publicado na Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. Janeiro-março de 2007. p. 51

³² Ibid. p. 50-51: “Em primeiro lugar, a Lei de Arbitragem é uma lei geral, e não diz respeito a contratos privados ou a contratos públicos, pois dispõe em seu art. 1º que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Assim, comprovada a capacidade de contratar e a disponibilidade dos direitos patrimoniais, aberta estará a porta para utilização da via arbitral”. Selma Lemes adota este mesmo posicionamento, conforme será exposto no item 2.6.

O ponto de vista do autor será melhor abordado no item 2.6, no qual se propõe um afastamento da concepção clássica cunhada pelo direito administrativo ao princípio da legalidade, a fim de que haja um debate acerca dos argumentos da doutrina para a proposta de flexibilização e/ou ponderação do princípio da legalidade administrativa.

Entretanto, faz-se mister ressaltar o recente e total esvaziamento da discussão doutrinária relativa à interpretação do art. 23, inciso XV, da lei 8.987 de 1995, tendo em vista a promulgação pelo Poder Legislativo da lei 11.196 de 21 de novembro de 2005, publicada no Diário Oficial de 22.11.05 e já em pleno vigor desde 01.03.06, que consagra, em seu artigo 120, a plena capacidade da Administração Pública para submeter-se à arbitragem, nos seguintes termos:

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

É digna de aplausos a preocupação do poder legislativo em rechaçar quaisquer dúvidas a respeito da aplicabilidade do instituto da arbitragem aos contratos de concessão, pondo fim a uma infrutífera discussão doutrinária que tanto amedrontava as partes contratantes, ao trazer grande insegurança jurídica acerca da eficácia das cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais até então pactuados.

2.4 Sociedades de Economia Mista

Uma vez que as sociedades de economia mista nunca dispuseram de lei específica que as regulasse, boa parte da doutrina administrativista sempre defendeu a utilização da lei 8.666/93 como norma reguladora das contratações efetuadas por estas sociedades, tendo em vista a aplicação subsidiária daquela às contratações realizadas por todos os entes do Poder Público.

Tal fato acarreta, necessariamente, a imediata inserção das sociedades de economia mista no bojo da discussão acerca da vedação legal encontrada na lei 8.666/93 (art. 55, § 2º), qual seja, a da submissão da Administração Pública à arbitragem, bem como na discussão relativa à ausência de expressa autorização legislativa para tanto.

Ocorre que, com a promulgação das alterações ao texto constitucional realizadas pela emenda constitucional nº 19, de 1998, levando à inclusão do parágrafo 1º do art. 173 e à alteração do art. 22, inciso XXVII³³, criou-se um enorme debate entorno da aplicação dos preceitos da lei 8.666/93 aos contratos celebrados por sociedade de economia mista³⁴. O § 1º do art. 173 da Constituição Federal estabelece, *in verbis*:

“A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras, alienações, observados os princípios da administração pública;”

Percebe-se que a Constituição Federal passou a exigir a promulgação de um estatuto jurídico próprio e específico para as sociedades de economia mista e empresas públicas, inclusive no que diz respeito às contratações por estas realizadas. O texto constitucional é absolutamente claro pondo fim a qualquer discussão acerca da regulamentação destas sociedades, cuja competência é exclusivamente atribuída ao diploma legal apontado.

³³ Art. 22, *caput* e inciso XXVII da CF: “Compete privativamente à União legislar sobre: (...) normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;” (grifou-se).

³⁴ Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho: “sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta do Estado, criadas por autorização legal, sob a forma de sociedades anônimas, cujo controle acionário pertença ao Poder Público, tendo por objeto, como regra, a exploração de atividades gerais de caráter econômico e, em algumas ocasiões, a prestação de serviços públicos”. (FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 413.)

Entretanto, até o presente momento, o Poder Legislativo não cumpriu o comando constitucional. Isso ocasiona, ao menos no âmbito da doutrina, a perpetuação da discussão relativa à incidência da lei 8.666/93.

Abordando de forma detalhada a matéria e não deixando de criticar a opção do legislador, Maria Sylvia Zanella Di Pietro reconhece a distinção feita pela emenda constitucional nº 19 para as sociedades de economia mista e empresas públicas. Com efeito, esta percebe no inciso XXVII, art. 22 da CF, uma obrigação exclusiva para que a União regulamente por lei nova, dentro dos termos e princípios mencionados pelo art. 173 da CF, o estatuto jurídico destas sociedades. Dessa forma, aplicar-se-á este estatuto inclusive às sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviços públicos³⁵.

Ainda assim, a autora advoga a tese de que até a promulgação da norma prevista pelo art. 173, §1º da CF, as sociedades de economia mista e empresas públicas continuarão a sofrer a incidência direta da lei 8.666/93, uma vez que o aludido preceito constitucional não seria auto-aplicável³⁶.

O professor Celso Mello, em seu Curso de Direito Administrativo, afirma igualmente que as disposições da lei 8.666/93 ainda são aplicáveis às sociedades de economia mista, mas divergiu de Di Pietro no que diz respeito à incidência do novo regime jurídico às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos³⁷.

³⁵ Nas palavras da autora: “Não obstante respeitáveis opiniões em sentido contrário, entendo que o art. 22, XXVII, separou, nitidamente, dois tipos de entidades: de um lado a Administração direta, autarquias e fundações, que se submetem à norma do art. 37, XXI; de outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista, que se submetem à norma do art. 173, § 1º, III. O art. 22, XXVII, não fez qualquer distinção quanto ao tipo de atividade exercida pela empresa: ele quis que todas elas se submetessem a regime jurídico diverso em matéria de licitação e contrato.” (Pietro, Maria Sylvia Zanella Di. *Empresas Estatais. Submissão à Lei nº 8.666*. Artigo publicado em: *Temas Polêmicos sobre licitações e contratos*. 5ª Edição. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 26 -27)

³⁶ “Em síntese, enquanto não promulgada a lei definindo o estatuto jurídico das empresas estatais, conforme previsto no art. 173, § 1º, da Constituição, as mesmas continuam sujeitas à Lei nº 8.666, já que o dispositivo constitucional não é auto-aplicável”. (Ibid. p. 27).

³⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 203)

Por sua vez, no corpo de parecer acerca da validade das cláusulas compromissórias inseridas em contratos celebrados por sociedades de economia mista, Arnaldo Wald indica que a emenda ao art. 173 da Constituição Federal trouxe, para o plano constitucional, o reconhecimento jurídico da validade e eficácia de tais cláusulas. Confira-se:³⁸:

“O entendimento que, no passado, era doutrinário e jurisprudencial é, atualmente, de caráter constitucional na medida em que o artigo 173, § 1º, I, da Constituição Federal reconhece a sujeição da empresa pública, da sociedade de economia mista e suas subsidiárias ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, **Assim sendo, não nos parece haver dúvida quanto à validade e eficácia da cláusula compromissória convencionada por sociedade de economia mista.**” (Grifou-se)

Vale ressaltar que, mesmo anteriormente à promulgação da emenda constitucional nº 19, o professor Arnaldo Wald já amparava a plena validade das cláusulas compromissórias convencionadas por sociedades de economia mista com fulcro na natureza jurídica de direito privado destas entidades, combinada com a aplicação de preciosos princípios, tais como o da boa-fé, do *venire contra factum proprium* e, um dos dogmas da arbitragem, o princípio da *Kompetnz-Kompetnz*³⁹.

Devidamente abordado o entendimento da doutrina sobre o tema, cumpre demonstrar como a jurisprudência pátria vem se posicionando sobre a validade das cláusulas compromissórias pactuadas em contratos

³⁸ WALD, Arnaldo. *Direito das Concessões* (Série Grandes Pareceristas). Volume 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 376. Esse posicionamento é também adotado por Diogo Figueiredo Moreira Neto, que vê no § 1º do art. 173 da CF um total afastamento dos preceitos de direito administrativos da lei 8.666/93, considerando ainda o dispositivo constitucional como vedação à aplicação temporária e/ou subsidiária da lei referida lei aos contratos celebrados por sociedades de economia mista. (Neto, Diogo Figueiredo Moreira. *Sociedades de Economia Mista e Reforma Administrativa*. Revista de Direito Administrativo, nº 217, jul-set/1999; p. 94).

³⁹ Pelo princípio da boa-fé, a sociedade de economia mista não pode questionar em juízo, ou anteriormente no próprio tribunal arbitral, a validade de pacto convencional ao qual se submeteu por livre e espontânea vontade e, obviamente, demonstrando gozar de capacidade jurídica para tanto. Além disso, aplica-se o princípio do *venire contra factum proprium*, definido pela doutrina como a impossibilidade de uma parte adotar conduta ou pretensão (obrigacional ou judicial) manifestamente contrária à anteriormente por si tomada ou defendida. Por fim, no parecer citado acima, Arnaldo Wald define o princípio da *Kompetnz-Kompetnz* como o conceito de que “o tribunal arbitral é competente para definir a sua própria competência” (WALD, Arnaldo. *Op. Cit.* p. 376). Por conseguinte, o Tribunal arbitral seria competente para analisar a validade e eficácia da própria cláusula compromissória.

celebrados pelas sociedades de economia mista. Neste sentido, confira-se valioso precedente da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do eminente Ministro João Otávio de Noronha, *in verbis*⁴⁰:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. (...) 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. (...)

VOTO (...)

É certo que a Emenda Constitucional n. 19/98 previu a edição, por lei, de estatuto jurídico para as sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica (CF, art. 173), com vistas a assegurar sua fiscalização pelo Estado e pela sociedade, bem como sua sujeição aos princípios norteadores da Administração Pública. Isso não representa, entretanto, o engessamento dessas empresas no que diz respeito à possibilidade de se utilizarem dos mecanismos de gerência e administração próprios da iniciativa privada, direcionados para o pleno desenvolvimento de suas atividades comerciais, mormente diante do teor do art. 173, § 1º, I, da CF, que reconhece a sujeição da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias "ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias", e do disposto no art. 235 da Lei das S.A.

Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento."⁴¹. (Grifou-se)

Ressalte-se que o aresto colacionado não faz qualquer menção à aplicabilidade temporária da lei 8.666/93, resolvendo-se a questão, tão somente, com a aplicação imediata dos preceitos do art. 173, § 1º, da Constituição Federal.

⁴⁰ STJ, Resp 612.439. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006.

⁴¹ Cumpre ressaltar que este acórdão foi objeto de interposição de recurso extraordinário, que foi admitido pelo relator Min. Francisco Peçanha Martins, em decisão publicada no Diário Oficial de 21.08.07. Desta feita, será interessante analisar a posição do Supremo Tribunal Federal acerca da auto-aplicabilidade do art. 173, § 1º da CF, bem como as demais matérias abordadas no corpo do recurso interposto.

Por conseguinte, no que concerne ao tema que nos interessa para o momento, qual seja apenas a análise da arbitrabilidade subjetiva das sociedades de economia mista, parece claro o posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça de que a lei 8.666/93 não mais se aplicará às sociedades de economia mista, afastando-se por completo a discussão acerca da vedação legal existente no aludido diploma legal⁴². Além disso, a Segunda Turma do STJ deixa claro que, para tais sociedades, independentemente de previsão legal expressa no estatuto jurídico que deverá ser promulgado ou em qualquer outra lei específica, é possível a convenção de cláusula compromissória⁴³.

Os fundamentos são os seguintes: (i) as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas, de direito privado, regidas pelas normas das sociedades mercantis; (ii) as sociedades de economia mista devem se submeter integralmente ao estatuto jurídico preconizado pelo art. 173, §1º da CF; e (iii) dado o objeto social combinado com as normas jurídicas aplicáveis às sociedades de economia mista, a arbitrabilidade subjetiva das mesmas para pactuar cláusulas compromissórias independe de lei

⁴² Esta é também a interpretação dada ao aresto por Joaquim Simões Barbosa, senão vejamos: “A decisão, por outro lado, não entrou na polêmica da discussão sobre a correta interpretação do art. 55, § 2º, da lei 8.666/93, o que se tornou desnecessário, no caso concreto, na medida em que o tribunal, de forma muito nítida, adotou o entendimento de que esse dispositivo não é aplicável às sociedades de economia mista” (BARBOSA, Joaquim Simão. *STJ Confirma Validade de Cláusula Compromissória estipulada por Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público*. Artigo publicado na: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março de 2007. p. 67). Em decisão anterior ao acórdão do RESP 612.439, a segunda Seção do STJ se manifestou neste mesmo sentido. Veja-se: “Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do art. 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inoccorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimada para tal as suas congêneres. (grifos no original) AgRg no MS nº 11308 – DF (2005/0212763-0) Relator Ministro Luiz Fux. DJ. 14.08.06)

⁴³ José Maria Rossani Garcez interpreta o julgado desta mesma forma, estendendo-o às empresas públicas: “A decisão foi proferida em 25.10.05, sendo relator do caso o Ministro João Otávio de Noronha, que foi seguido pelos demais, Castro Meira, Peçanha Martins e Eliane Calmon, sendo a decisão no sentido de ser a arbitragem válida para contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista, independentemente de autorização legislativa. (grifou-se) (GARCEZ, José Maria Rossani. *O Estado, suas Agências, as Empresas Públicas e as Sociedades de que Participa na Arbitragem Privada. Recentes Progressos*. Artigo publicado na: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro – março de 2006. p. 102)

específica. Por essa lógica, é igualmente defensável a tese de reconhecimento implícito da capacidade das sociedades de economia mista para celebrar compromissos arbitrais.

Faz-se mister analisar a referência feita tanto pelo art. 173, §1º da CF como no acórdão supracitado, em relação à limitação da aplicação da tese exposta acima às sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica. Parte da doutrina administrativista poderia interpretar tal referência como uma explícita distinção entre as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica e as sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos.

Nesse sentido, poder-se-ia chegar à conclusão de que o art. 173, § 1º da CF se aplica tão somente às sociedades de economia mista estritamente exploradoras de atividade econômica, não sendo cabível a extensão dos efeitos dos preceitos deste dispositivo às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos. Conseqüentemente, a lei 8.666/93 continuaria sendo diretamente aplicável às sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, que também não teriam capacidade jurídica para submeterem-se à arbitragem, mesmo que o objeto da relação jurídica fosse integralmente disponível.

Entretanto, é preciso notar que o conceito de exploração de atividade econômica não é, nem poderia vir a ser, incompatível com o de prestação de serviços públicos por sociedade de economia mista. De fato, a prestação de serviços públicos por sociedade de economia mista em um Estado capitalista de livre ordem econômica, tal como o brasileiro, pressupõe a contraprestação dos acionistas desta sociedade (a Administração Pública como acionista controladora e os investidores privados na qualidade de acionistas minoritários) que, em última análise, estão exatamente patrocinando a exploração de uma atividade econômica.

José dos Santos Carvalho filho chega a uma conclusão que muito bem sintetiza os argumentos expostos acima, qual seja a de que exploração de atividade econômica é gênero que engloba a espécie prestação de serviços públicos, não havendo, pois, qualquer limitação à aplicação do art. 173 da CF a todas as sociedades de economia mista⁴⁴.

Resta claro, portanto, que a problemática em torno da submissão das sociedades de economia mista, prestadoras de serviços públicos, à arbitragem só deverá sofrer limitações quando do estudo da chamada arbitrabilidade objetiva, na qual se analisa a disponibilidade ou indisponibilidade do objeto da relação jurídica submetida à arbitragem.⁴⁵

Essa parece ser igualmente a única preocupação do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, na medida em que o tribunal reconheceu, de forma inequívoca, não acreditar na impossibilidade *ipso facto* de uma sociedade de economia mista prestadora de serviço público submeter-se à arbitragem⁴⁶. Ora, não é plausível que se negue tal possibilidade a um ente de direito privado apenas porque este tem como atividade fim a prestação de um serviço público. Deve-se levar em consideração as necessidades econômicas e a vasta gama de relações jurídicas adentradas pelo mesmo como meio de concretização de seu relevante objeto social.

⁴⁴ Senão vejamos: “Em nosso entender, porém, os conceitos não são totalmente incompatíveis. Para isso, é mister que se considere que a noção de atividade econômica constitui um gênero em seu sentido mais abrangente, que significa a utilização de recursos visando à satisfação de necessidades. Por outro lado, pode-se considerar que alguns serviços públicos representam atividades com utilização de recursos para a satisfação de necessidades públicas. Nesse caso, essa noção de serviços públicos constituiria espécie do gênero atividade econômica, uma espécie, não não a única logicamente. Assim, dentro da noção de atividade econômica em sentido amplo, temos, como espécies, alguns serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito.” (grifou-se) (FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 417.)

⁴⁵ Este tema será devidamente abordado no Capítulo III.

⁴⁶ Tal reconhecimento inequívoco do STJ decorre do fato de que a sociedade de economia mista que figura como recorrente no aresto ora debatido é justamente uma concessionária de serviço público, qual seja o serviço de distribuição de energia elétrica.

Nesses termos, mostra-se mais producente, por enquanto, apenas atestar o aparente reconhecimento do Superior Tribunal de Justiça em relação à arbitrabilidade subjetiva das sociedades de economia mista (*lato sensu*) e lembrar que a questão será brevemente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (*vide* a nota de rodapé nº 41).

2.5 Parcerias Público-Privadas

Não se questiona a capacidade jurídica da Administração Pública para se submeter ao instituto da arbitragem no campo dos contratos administrativos submetidos à lei 11.079 de 2004, uma vez que a referida norma, na qualidade de diploma federal/geral⁴⁷ para a regulação dos contratos de concessão nas espécies patrocinada e administrativa (Parcerias Público-Privadas), inovou o ordenamento jurídico pátrio ao prever tal capacidade de forma expressa e muito técnica. O artigo 11 *caput* c/c inciso III, da lei, assim estipula:

“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 8.987, de treze 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 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.**” (grifou-se)

O dispositivo citado acima se aplica, subsidiariamente, a todas as leis estaduais que tratem das Parcerias Público-Privadas, embora inúmeras destas leis também prevejam diretamente a capacidade jurídica de seus entes administrativos para submeterem-se à arbitragem.

⁴⁷ A lei 11.079 de 2004 também tem caráter híbrido, eis que contem normas gerais para a contratação de concessões patrocinadas e administrativas, de aplicação nacional para todos os entes que compõem a Administração pública direta e indireta, bem como algumas disposições específicas, que aplicam-se coercitivamente tão somente à União Federal.

Haja vista a especificidade do contrato de Parceria Público-Privada, no qual se auferi uma maior igualdade de condições entre a Administração Pública e o investidor privado, a apreciação pormenorizada da utilização do instituto da arbitragem nessas espécies de concessão será perpetrada em capítulo distinto.

2.6 A Proposta da Doutrina para a Flexibilização do Princípio da Legalidade Administrativa

Uma primeira corrente doutrinária se afasta de forma mais tímida da concepção clássica do princípio da legalidade administrativa que, embasado no dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, impõe a verificação de autorização legal específica para que a Administração Pública possa pactuar e participar de procedimento arbitral.

Doutrinadores como Selma M. Ferreira Lemes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Hely Lopes Meirelles são firmes na posição de que o artigo 1º da Lei de Arbitragem já satisfaz por si só o pressuposto normativo do princípio da legalidade administrativa. Estes entendem que o aludido dispositivo teria englobado a Administração Pública ao prever que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, servindo como espécie de autorização legal genérica para submissão da Administração Pública à arbitragem⁴⁸.

Por sua vez, Carlos Alberto Carmona, embora admita a importância conferida pelo legislador à existência de norma permissiva, indaga se a ausência de autorização legal expressa, ou mesmo genérica, não poderá

⁴⁸ Vide: NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem no Contratos Administrativos*. Artigo publicado no livro: *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007.p. 286 – 287; LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 91(confira-se: “Ora, neste sentido e de forma inexorável, a referência à existência de lei, o princípio da legalidade, só pode estar a se referir à Lei. 9.307, de vinte de setembro de 1996, que disciplina a arbitragem no Brasil.”); MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 246; e, por fim, cheque-se o artigo 1º da Lei de Arbitragem (lei nº 9.307 de 1996).

atingir a validade de cláusula compromissória fielmente pactuada pelo Administrador Público. Veja-se⁴⁹:

“A preocupação com a autorização legal para submeter eventuais litígios à solução arbitral está efetivamente presente na mente do legislador (e tanto a Lei 8.987/95 como o decreto nº 1.719/95 dão prova disso), o que não pode servir, entretanto, de óbice à validação de convenções arbitrais inseridas nos contratos administrativos (até mesmo – se outro argumento melhor não houvesse – por conta do princípio da boa-fé, que não pode deixar de orientar a Administração nos atos que praticar e nos contratos em que se envolver)”.

Entretanto, observa-se que tanto a doutrina que vê no artigo 1º da Lei de Arbitragem uma autorização legislativa genérica e suficiente para a submissão da Administração Pública à arbitragem, como a doutrina que defende a validade dos pactos feitos pela Administração, independentemente de previsão legal específica ou genérica, podem encontrar guarida em um recente movimento doutrinário que busca aluir as paredes do Direito Administrativo clássico e imprimir um novo significado aos seus dogmas, entre eles, o princípio da legalidade administrativa. Refere-se ao movimento, capitaneado por uma nova geração de doutrinadores publicistas, que está construindo, à guisa de movimentos semelhantes em outros campos do direito, uma nova concepção do Direito Administrativo à luz dos preceitos norteadores e sistematizadores da Constituição Federal.

Tal movimento, conquanto transcenda em muito a problemática da aplicação dos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público sobre o privado ao tema da submissão da Administração Pública à arbitragem, acaba por originar valiosa contribuição, na medida em

⁴⁹ Vide: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 66-67. Carmona parece compartilhar do entendimento do professor Arnoldo Wald, conforme já esposado neste trabalho, de que os princípios civilistas da boa-fé e do *venire contra factum proprium* impedem que a Administração Pública, em sede de contratos administrativos, requeira em juízo, ou mesmo no próprio juízo arbitral, a declaração de nulidade e consequente ineficácia da cláusula compromissória ou compromisso arbitral por esta firmada, com base no argumento de que não tinha, à época, autorização legal específica, ou mesmo genérica, para assim proceder. Soma-se aos princípios mencionados acima, a aplicação do princípio da *pacta sunt servanda*, que impõe o respeito das partes ao que livremente pactuarão em sede contratual.

que a proposta dessa releitura dos dogmas paradigmáticos do direito administrativo permite a construção de um entendimento favorável à submissão daquela à arbitragem, em que não se discute mais a simples existência de autorização legal.

Gustavo Binenbojm sintetiza, com clareza, qual é o efeito fundamental da chamada “constitucionalização do direito administrativo” sobre o princípio da legalidade administrativa. O autor explicita que “a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa”. Dessa forma, a análise da validade dos atos e contratos administrativos celebrados pela Administração Pública não mais se limitaria à verificação da existência de norma permissiva, devendo-se, antes de qualquer coisa, levar em consideração o fato da conduta do administrador público estar ou não em consonância com o sistema normativo criado pela Constituição Federal⁵⁰.

Não se pretende negar a importância ou aplicabilidade do princípio da legalidade administrativa ao Direito Administrativo. A proposta é de interpretar-se este em conjunto, ou mesmo em confronto, com os demais princípios estatuídos na Carta Magna, para então ponderar-se acerca da constitucionalidade da lei aplicável a determinado caso ou, ainda, se o ato praticado pela administração é válido à luz da sistemática constitucional, independentemente de expressa previsão legal⁵¹.

⁵⁰ O autor assim expõe a corrente: “Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei. (grifou-se) (BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o Século XXI*. Artigo publicado no livro: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12)

⁵¹ Corroborando o disposto acima, o autor nos ensina que: “Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*) ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição). (grifou-se) (Ibid. p. 13)

O modo pelo qual devem ser resolvidos os inevitáveis confrontos gerados pela incidência simultânea de princípios constitucionais a um caso concreto resulta, igualmente, da aplicação de um princípio constitucional implícito de ponderação de interesses, qual seja o princípio da proporcionalidade. Este implica ponderação entre os interesses constitucionais albergados pelos princípios em conflito, para que se possa encontrar uma justa medida e, assim, chegar-se ao resultado jurídico mais adequado ao caso⁵².

No que tange à submissão da Administração Pública à arbitragem, percebe-se o confronto da acepção clássica do princípio da legalidade administrativa (entendida como necessidade de lei permissiva específica) face, dependendo do caso e da natureza jurídica do ente administrativo em questão, ao princípio da ordem econômica e ao fundamento republicano da livre iniciativa, tal como previstos nos artigos 170 e seguintes e artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, respectivamente, que são assegurados a todas as pessoas jurídicas de direito privado.

Além disso, verifica-se o confronto do princípio da legalidade administrativa, independentemente da natureza jurídica do ente da administração que integra a relação jurídica em questão, com diversos outros princípios, dando-se como exemplo o princípio constitucional da eficiência e o objetivo fundamental republicano da garantia ao desenvolvimento nacional, que se encontram consagrados no artigo 37, *caput*, e artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal

⁵² Binembojm ressalta ainda: "A técnica da ponderação encontra aplicação recente tanto nos países da common law, como do sistema continental europeu, como forma de controle da discricionariedade administrativa e de racionalização dos processos de definição do interesse público prevalente. Nesse processo, os juízos de ponderação deverão ser guiados pelo princípio da proporcionalidade. (grifou-se) (Ibid. p. 84) O autor menciona também o reconhecimento dado pela jurisprudência ao princípio da proporcionalidade e aponta, como exemplo, importante julgado do STF nesse sentido. Trata-se da Intervenção Federal nº 2.257-6/ São Paulo. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 01.08.03.

Em artigo publicado no sítio o “Mundo Jurídico”, Lauro da Gama e Souza Jr. defende a ponderação dos princípios da legalidade administrativa e da eficiência para que, face à aplicação do princípio da proporcionalidade, chegue-se à conclusão de que o princípio da eficiência deve preponderar sobre o princípio da legalidade administrativa (*stricto sensu*), em privilégio ao interesse público maior da efetividade da prestação e concretização dos interesses públicos da nação. Confira-se:

“De fato, ainda que adequada, a exigência não passa no teste de necessidade, pois há outros meios, menos gravosos aos princípios e valores constitucionais que se contrapõe à legalidade estrita, que podem contribuir, igual ou superiormente, tanto para a preservação do interesse público concreto em litígio (que pertence ao ente da Administração) como para o interesse geral da sociedade. Nas circunstâncias atuais, a exigência de autorização legislativa específica se afigura exageradamente legalista e deve ceder aos imperativos da eficiência administrativa.”⁵³.

A aplicação dos princípios da razoabilidade-proporcionalidade não permite que a simples ausência de autorização legal expressa seja um entrave para a submissão da Administração Pública à arbitragem, quando esta submissão se demonstrar instrumental ou favorável à concretização de interesses públicos primários, em respeito aos princípios da eficiência e da garantia ao desenvolvimento nacional, que devem prevalecer, no caso, sobre o princípio da legalidade administrativa em prol do benefício da sociedade⁵⁴.

Selma Lemes, ao advogar a tese de aplicação do artigo 1º da lei 9.307 de 1996 como autorização legal genérica para submissão da Administração Pública à arbitragem, fundamenta a suficiência desse

⁵³ SOUZA JR., Lauro 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)*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Publicado em 29.08.05. Acesso em 05.11.07.

⁵⁴ HELY Lopes Meirelles assim lecionou acerca do princípio da eficiência: “Dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo. 22ª edição, 1997. p. 90)

dispositivo para o suprimento do princípio da legalidade administrativa com fulcro, inclusive, na incidência dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da eficiência e da economicidade⁵⁵.

Com efeito, conclui-se que a utilização do princípio da legalidade administrativa como vedação à utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, nos casos em que não haja norma permissiva específica, não se coaduna com a teoria do Direito Administrativo Constitucional, que desloca a Constituição Federal para o epicentro do sistema jurídico Administrativo.

Nesse sentido, poder-se-ia igualmente argumentar a aplicabilidade direta dos princípios constitucionais supracitados (por meio de um juízo de ponderação) para o fim de garantir o direito da Administração Pública de se submeter à arbitragem, independentemente da norma contida no artigo 1º da Lei de Arbitragem ou de qualquer outra espécie de autorização legal genérica nesse sentido. Tratar-se-ia, neste caso, de atividade administrativa “*praeter legem*”, cabível quando a atividade administrativa “encontrar fundamento direto na própria constituição, independente ou para além da lei”⁵⁶.

⁵⁵ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 99)

⁵⁶ Vide nota nº 51, em que se alude à construção doutrinária feita por Gustavo Binembojm no sentido de admitir a atividade administrativa *praeter legem*, quando esta estiver embasada na própria Constituição Federal. Ressalta-se que o autor não faz qualquer menção da aplicação dessa tese à problemática proposta, qual seja a de garantir-se o direito da Administração Pública de se submeter à arbitragem, independentemente de autorização legal expressa ou genérica, quando essa submissão se mostrar razoável-proporcional e voltada à concretização dos princípios constitucionais da eficiência, economicidade, finalidade e etc.

Capítulo III - Arbitrabilidade Objetiva e sua Relação com o Uso da Arbitragem em Contratos Administrativos

3.1 O Conceito de Arbitrabilidade Objetiva

O conceito de arbitrabilidade objetiva diz respeito à possibilidade de que o objeto de determinada relação jurídica seja vinculado ao instituto da arbitragem. Ao invés de analisar-se a capacidade jurídica dos sujeitos da relação, ou mesmo a forma contratual por esses escolhida, a chamada arbitrabilidade objetiva impõe a verificação da validade desse acordo de vontades à luz da disponibilidade ou indisponibilidade do direito ou direitos submetidos à arbitragem.

Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio consagram o conceito de arbitrabilidade, verbis

“Nesse contexto, o termo arbitrabilidade relaciona-se à possibilidade de determinada pessoa ou litígio sujeitar-se à arbitragem. Doutrinariamente, pode-se dividir em arbitrabilidade subjetiva ou *rationae personae*, quando se referir à capacidade de uma pessoa submeter-se ao procedimento arbitral, e em arbitrabilidade objetiva ou *rationae materiae*, quando relativa aos conflitos passíveis de julgamento por este procedimento.”⁵⁷.

Tal exigência decorre de expressa previsão legal, visto que, como é sabido, o art. 1º da Lei de Arbitragem prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Neste sentido, os direitos patrimoniais disponíveis são os únicos dotados de arbitrabilidade objetiva. Os direitos patrimoniais são aqueles que tutelam interesse eminentemente econômico e se diferenciam dos direitos extrapatrimoniais, de caráter subjetivo. A extrapatrimonialidade é também, via de regra, característica utilizada na determinação da possível indisponibilidade de um direito.

⁵⁷ (DOLINGER, Jacob & TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.213.

A questão da disponibilidade ou indisponibilidade de direitos, por sua vez, transcende em muito a problemática da arbitrabilidade objetiva. É tema afeto aos mais variados campos do direito, denotando-se uma atenção especial ao mesmo, tanto no Direito Constitucional, quando do estudo dos direitos coletivos, interesses difusos e garantias constitucionais, como no Direito Civil, em que o tema aparece na teoria dos direitos personalíssimos, no direito de família e em alguns dos domínios do direito sucessório.

O fato é que diversos direitos existentes no ordenamento jurídico são classificados como indisponíveis por motivos diferentes. Percebendo-se, no entanto, que a indisponibilidade, na maioria das vezes, está associada ao caráter subjetivo do direito ou à sua extrapatrimonialidade (ex: direitos da personalidade e garantias fundamentais) ou, ainda, à falta de titularidade específica ou individualizada, como é o caso dos interesses difusos. Tais categorias de direito recebem a proteção do manto da indisponibilidade e, conseqüentemente, não podem ser submetidas à arbitragem⁵⁸.

Resolvendo esta questão de forma objetiva, Selma Lemes leciona que⁵⁹ “os direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc.” De fato, esta parece ser a melhor posição. Direitos patrimoniais disponíveis só podem ser aqueles cuja pessoa que deles dispõe tem igualmente a possibilidade jurídica de transferi-los, aliená-los, cedê-los ou praticar qualquer outro espécie de disposição contratual.

⁵⁸ Os direitos da personalidade e as garantias fundamentais são direitos eminentemente subjetivos, visto que são inerentes e indissociáveis do ser humano em si. Logo, vê-se que tais direitos não são passíveis de aferição econômica, divisão, alienação e transmissão. Em relação aos direitos da personalidade, que se encontram definidos no capítulo II do Livro I do Código Civil, o artigo 11 desse diploma legal prevê que: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”. Os interesses difusos também não são passíveis de aferição econômica, divisão, alienação ou transmissão, mas a sua indisponibilidade decorre igualmente do fato de que não é possível atribuir um sujeito de direito específico para tal direito, na medida em que este se encontra difundido por toda sociedade e que a sua proteção é de interesse de toda a coletividade.

⁵⁹ LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124

3.2 Interesses Públicos Primários e Secundários

No que tange ao Direito Administrativo, o tema surge do conceito basilar de interesse público. E a primeira vista, o interesse público seria realmente um direito indisponível em razão da própria natureza jurídica de seu conceito. Aliás, para muitos administrativistas, ainda não haveria de se falar em interesses públicos disponíveis.

O interesse público está presente em todos os setores do Direito Administrativo, uma vez que é característico de alguns dos seus mais proeminentes princípios gerais, como, por exemplo, os princípios da finalidade da Administração Pública e o da supremacia do interesse público sobre o privado⁶⁰. O conceito é fruto de uma eterna busca por harmonia na vida em sociedade, servindo como fonte de legitimação da existência do Estado, bem como diretriz política para o exercício das funções públicas da Administração⁶¹.

Já adentrando na distinção que se mostrará crucial para a análise da arbitralidade objetiva dos contratos administrativos, Celso A. B. de Mello faz as seguintes respeitáveis considerações acerca do interesse público⁶²:

⁶⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello explica que “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. **É a própria condição de sua existência.** Assim, não se radica em dispositivo algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente.” (grifou-se) (Mello, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 87). Já em relação ao princípio da finalidade, o mestre nos ensina que: “Assim, o princípio da finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade de cada qual. Isto é, **cumpra-lhe cingir-se não apenas à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público**, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução.” (grifou-se) (Mello, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª edição. Editora Malheiros. São Paulo. p. 98)

⁶¹ Corroborando o exposto acerca da força motriz do interesse público, Celso A. B. Mello assevera: “É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.” (Ibid. p. 52)

⁶² Ibid. p. 57)

“Uma vez que reconhecido que os interesses públicos correspondem à dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, que consistem no plexo dos interesses dos indivíduos enquanto partícipes da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto incluído o depósito intertemporal destes mesmos interesses, põe-se a nu a circunstância de que não existe coincidência necessária entre interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público.”

O autor esclarece que, por detrás do interesse público e em patamar distinto, existe um interesse próprio do Estado enquanto sujeito de direitos e obrigações. Trata-se de interesses individuais do Estado, que são indispensáveis para a sua manutenção enquanto pessoa jurídica, bem como para a obtenção dos recursos e a organização institucional necessária à consecução das suas funções públicas. Estas sim coincidentes com os interesses da sociedade. A constatação dessa distinção é mister para que se vislumbre a possibilidade jurídica da Administração Pública submeter o objeto de uma série de suas relações jurídicas à arbitragem.

De fato, essa outra faceta da Administração Pública permitiu a verificação da existência do que boa parte da doutrina publicista cunhou chamar de interesses públicos secundários. Assim se denominam os interesses instrumentais da Administração Pública. Em outras palavras, são aqueles interesses que correspondem aos meios utilizados pela Administração Pública para a concretização dos interesses maiores da coletividade, estes então classificados como interesses públicos primários⁶³.

⁶³ Celso Antonio Bandeira de Mello também nos ensina que os conceitos de interesse público primário e secundário são fruto de uma construção doutrinária das cátedras da Itália, aonde o tema se encontra pacificado, não gerando maiores discussões (Ibid. p. 58). Corroborando que foi dito acerca do tema, o autor se manifesta sobre os interesses públicos secundários nos seguintes termos: “Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em sua mera individualidade, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação pois inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses propriamente ditos, coincidam com a realização destes. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como instrumentais ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles” (Ibid. p. 57)

Nesse sentido, observa-se que os interesses públicos secundários estão diretamente relacionados a aspectos econômicos da função administrativa. Isto porque a obtenção dos fins públicos do Estado depende e está diretamente relacionada a uma gestão economicamente racional de seus recursos patrimoniais. É aqui que se abre a porta para a submissão de bens e direitos pertencentes à Administração Pública à arbitragem.

Haja vista que os interesses públicos secundários se caracterizam como bens e direitos eminentemente patrimoniais, não haveria porque se negar a possibilidade jurídica da Administração Pública submeter os mesmos a um procedimento arbitral. Ora, tais bens e direitos existem única e exclusivamente para que o Administrador Público deles disponha (obviamente por meio de negócios jurídicos), como meio de efetivação de determinado interesse público primário. Portanto, desde que a disposição contratual, inclusive a convenção de arbitragem, seja realizada pelo administrador em respeito ao cumprimento de suas funções públicas, a lei estará sendo respeitada e os atos praticados serão válidos e eficazes⁶⁴.

Entender pela indisponibilidade da Administração acerca de interesses públicos secundários (entendidos, repita-se, como *atividades-meio*⁶⁵ em busca de fins públicos) inviabilizaria a prática de quaisquer atividades públicas e colocaria em risco a própria saúde financeira do Estado. É efetivamente o que ocorre com a arbitragem. A escolha da arbitragem como método de resolução de conflitos é mais interessante aos investidores privados, seja pela celeridade do procedimento ou pela

⁶⁴ Assim também se manifesta Selma Lemes: “Podemos classificar os interesses públicos em primários e secundários (instrumentais ou derivados). Os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são indisponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral.” (grifou-se) (LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 131)

⁶⁵ A distinção entre atividades-meio e atividades-fim é do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como bem colocado por Selma Lemes. (*Apud*: LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 247)

habilidade técnica específica dos árbitros em relação ao objeto submetido à arbitragem.

Dessa forma, percebe-se a convenção de arbitragem em contratos administrativos de concessão, por exemplo, como uma forma de atrair significativos investimentos privados em serviços públicos e de infraestrutura, cumprindo-se assim uma real obrigação pública do Estado, qual seja a de garantir a prestação de serviços públicos eficientes.

É imprescindível ressaltar que o posicionamento acerca da possibilidade jurídica de se submeter interesses públicos secundários à arbitragem foi expressamente adotado, entre outros, pelos seguintes doutrinadores: Eros Roberto Grau; Carlos Alberto Carmona; Adilson de Abreu Dallari; Cláudio Vianna de Lima e Arnoldo Wald⁶⁶.

Entretanto, não obstante todo o disposto acima, em relação à disponibilidade dos bens e direitos patrimoniais que compõem o conjunto dos chamados interesses públicos secundários, faz-se necessária alusão específica ao posicionamento do administrativista Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Este aponta a imperatividade da existência de prévia autorização legal para que a Administração Pública possa dispor também de interesses públicos secundários. Confira-se⁶⁷:

⁶⁶ Vide: GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de Litígios envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória*: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem. Revista dos Tribunais. Ano. 5, nº 18, outubro – dezembro. 2002. p. 395/405; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo. Um comentário à Lei nº 9.307/96*. 2º Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 65 – 66); DALLARI, Adilson de Abreu. *Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos*. Artigo publicado na Revista Trimestral de Direito Público, nº 13, 1996. p. 5-10; LIMA, Cláudio Vianna de. *A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 209, julho – setembro de 1997. p. 91-104; e WALD, Arnoldo et al. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 381).

⁶⁷ A passagem consta de artigo escrito no inverno de 1997, intitulado Arbitragem nos Contratos Administrativos e ora extraído de compêndio publicado pelo autor. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. Artigo publicado no livro: *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 278) Vê-se que o autor admite a possibilidade da referida autorização legal ser, por vezes, autorização constitucional genérica. Dando, ainda, como exemplo de autorizações constitucionais os seguintes dispositivos: Arts. 18, 37, *caput*, e 84, II, da CF, como autorizações genéricas; e os Arts. 49, I, XVI e XVII da CF, como autorizações específicas.

“Destarte, ao definir esses interesses públicos, a lei os coloca fora do mercado, submetendo-os, distintamente dos demais, ao princípio da indisponibilidade, em regra, absoluta e, por vezes, relativa. (...) A indisponibilidade relativa é a exceção, recaindo sobre interesses públicos derivados, referidos às pessoas jurídicas que os administram e que, por esse motivo, necessitam de autorização constitucional genérica e, por vezes de autorização legal.” (grifou-se)

No tocante à arbitragem, o posicionamento do autor parece asseverar que a existência de interesses públicos secundários, definidos como bens ou direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, dotados de arbitrabilidade objetiva, não isentaria a Administração Pública da exigência de previsão legal, específica ou genérica, para que esta se submeta à arbitragem. Em outras palavras, o autor demonstra que, por corolário ao princípio da legalidade e a regra contida no art. 1º da Lei de Arbitragem, a existência de arbitrabilidade objetiva não exime as partes contratantes da obrigação de provar a sua capacidade jurídica para prática do ato (arbitrabilidade subjetiva)⁶⁸.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem-se demonstrado favorável à distinção entre interesses públicos primários e secundários, reconhecendo, inclusive, a disponibilidade dos interesses públicos secundários pela Administração para fins de arbitragem. O voto do Min. João Otávio de Noronha no Resp 612.439 (STJ), outrora referenciado em razão da análise da arbitrabilidade subjetiva das sociedades de economia mista, também se mostra valioso para o debate ora proposto.

A decisão foi no sentido de que o contrato de compra e venda de energia elétrica celebrado entre a sociedade empresária recorrente, AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., e a sociedade de economia mista recorrida, Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, tratava única e

⁶⁸ À título de sistematização, vale a pena lembrar que, embora o Superior Tribunal de Justiça não tenha discutido de forma expressa a matéria em relação à outros entes que compõem a Administração Pública direta e indireta, os acórdãos do RESP 612.439 e do AgRg no MS. 11. 308, por diversas vezes citados ao longo deste trabalho, atestam, de forma clara, o entendimento do STJ de que não é preciso expressa previsão legal para as sociedades de economia mista e empresas públicas se submeterem à arbitragem.

exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis. Reconhecendo-se, por conseguinte, a plena validade da cláusula compromissória avençada entre as contratantes também no que diz respeito ao requisito legal da arbitralidade objetiva⁶⁹.

Quase um mês antes da publicação do acórdão supramencionado, a egrégia primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já havia decidido nessa mesma linha de raciocínio quando do julgamento do Agravo Regimental em Mandado de Segurança nº 11308, proveniente do Distrito Federal. De relatoria do Ministro Luiz Fux, o julgado se sobressai pelo vasto conhecimento da Seção acerca da doutrina e precedentes atinentes à matéria. Confira-se o trecho abaixo⁷⁰:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. (...) 6. 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”. Lições de Canelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. (...) 8. Deveras é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público primário. 9. Nesta esteira, salienta-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 interesses patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.** (grifos no original)

Dessa forma, conclui-se que, atualmente, resta indelével o reconhecimento dado pela doutrina majoritária e pelo Superior Tribunal de Justiça com relação à existência de interesses patrimoniais e disponíveis da

⁶⁹ O Ministro conclui seu entendimento acerca da matéria da seguinte forma: “Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem.” (grifou-se) (STJ, Resp 612.439. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006). Veja-se também o acórdão do Recurso Especial nº 606. 345, recurso integralmente conexo ao RESP nº 612.439, servindo como confirmação do posicionamento atual da Segunda Turma do STJ (STJ, RESP nº 606.435, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ. 08/06/2007).

⁷⁰ STJ, AgRg no MS nº 11308 – DF (2005/0212763-0), Rel. Ministro Luiz Fux. DJ. 14.08.06).

Administração Pública (interesses públicos secundários), para os quais se admite a convenção de cláusula compromissória e compromisso arbitral, bem como qualquer outra forma de disposição contratual, desde que esta, mesmo que indiretamente, seja instrumental à concretização de um interesse público primário.

3.3 Proposta da Doutrina para uma Releitura do Conceito de Interesse Público à Luz da Constituição Federal

Dentro da ótica de releitura dos dogmas do Direito Administrativo, tal como inicialmente referenciada no item 2.6 deste trabalho, compreende-se a proposta da doutrina para uma revisão do conceito de interesse público. Na verdade, sugere-se uma revisão metodológica do raciocínio utilizado pelo intérprete e aplicador do direito e, por conseguinte, do próprio Administrador Público, na descoberta do verdadeiro interesse público presente em um caso concreto.

Propõe-se a ampliação dos elementos e pressupostos dogmáticos de caracterização do interesse público, para que se possa, mediante ponderação dos interesses em jogo em determinado caso, definir qual é a medida mais razoável (proporcional) a ser tomada pelo administrador público em presença das obrigações constitucionais do Estado. Neste sentido, sobressai o alinhamento ou mesmo a equiparação dos interesses individuais e particulares com os interesses difusos e coletivos. Binenbojm esclarece a questão com precisão⁷¹:

“Ato contínuo, partindo da premissa de que interesses privados e coletivos coexistem como objeto de tutela constitucional, conclui-se que a expressão interesse público consiste em uma referência de natureza genérica, a qual abarca a ambos, interesses privados e coletivos, enquanto juridicamente qualificados com metas ou diretrizes da Administração Pública. **Consequentemente, o interesse público, num caso específico, pode residir na implementação de um interesse coletivo, mas também de um interesse eminentemente individual**”.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o Século XXI*. Artigo publicado no livro: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 82)

De fato, essa visão constitucional do Direito Administrativo apóia a desmistificação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, para o fim de privilegiar uma atuação mais cuidadosa por parte da Administração Pública, na qual se busca a solução mais razoável para cada caso concreto, à luz do sistema constitucional vigente, em que interesses individuais e coletivos convivem em equilíbrio.

Com relação à temática deste capítulo, poder-se-ia argumentar que o novo conceito de interesse público contribui para uma maior equiparação entre o investidor privado e a Administração Pública também no campo dos contratos administrativos. A proposta de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado⁷² acaba, necessariamente, afetando a posição de supremacia da Administração Pública nos contratos administrativos que celebra.

Isto ocorre porque as famosas cláusulas exorbitantes e outros privilégios da Administração Pública previstos em lei têm sua legitimidade e fundamentação jurídica atrelada ao aludido princípio. No contexto de um sistema constitucional unitário, no qual interesses coletivos e individuais estão em um mesmo plano hierárquico, a maioria dos privilégios conferidos à Administração, no bojo de contratos administrativos, não se justificam, ao menos de forma imperativa como classicamente proposto⁷³.

Assim, não devem tais privilégios sempre preponderar sobre os direitos do investidor privado, devendo-se fazer um juízo de valor acerca de

⁷² Gustavo Binenbojm, ao citar a tese de Humberto Bergman Ávila, assevera o seguinte acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: “Dessa forma, verifica-se não ser possível extrair o princípio da supremacia do interesse público da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares, **de tal maneira que aceitá-lo como norma princípio é deixar subsistir a contrariedade sistêmica que representa e afronta a constante busca pela unidade constitucional**” (grifou-se) (Ibid. p. 77)

⁷³ O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos mostra que o Direito Administrativo nasce no absolutismo francês já sob a égide do conceito da “imperatividade”, termo decorrente da noção antiga de *jus imperii*, mas que é recepcionado pela revolução francesa como símbolo das inúmeras prerrogativas conferidas à Administração Pública. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *O futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos*. Artigo publicado no livro: *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 406-407).

qual é a solução mais proporcional e apta ao resguardo dos interesses de ambas as partes, protegendo-se, por conseguinte, o “melhor interesse público”, que é “o fim legítimo que orienta a atuação da Administração Pública”⁷⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto demonstra com clareza os elementos que integram o chamado Direito Administrativo Moderno, bem como os principais aspectos do processo evolutivo pelo qual o Direito Administrativo passou, até transformar-se no atual Direito Administrativo pós-moderno, em que surgem elementos como o da negociação, flexibilidade e consensualidade, que deverão prevalecer na atividade administrativa⁷⁵.

Ademais, o autor defende uma aproximação do tratamento jurídico da contratação pública com o da contratação privada⁷⁶, uma vez que os desafios impostos pela velocidade e crescimento do mundo globalizado atual, principalmente os de garantia de eficiência e segurança na prestação de serviços, não mais admite que a Administração Pública, cada vez mais no papel de mera gestora⁷⁷, possa se impor de forma absoluta sobre o investidor privado. De fato, a negociação, a consensualidade e a ponderação de interesses têm se mostrado como elementos muito mais adequados à concretização dos interesses públicos⁷⁸.

⁷⁴ O conceito e a definição do que se cunhou chamar de o melhor interesse público são aludidos pelo professor Gustavo Binzenbojm na obra supracitada. (BINENBOJM, Gustavo. Op. Cit. p. 84)

⁷⁵ Confira-se a conclusão do autor acerca do direito administrativo pós-moderno: “**Todavia, o direito Administrativo pó-moderno evoluiu para conformar-se ao Estado Democrático de Direito, ou seja, passou a atuar não mais apenas sob o império da lei, mas sob o império do direito (...).** Como reflexo das novas relações juspolíticas entre Estado e sociedade, a consensualidade passa a ser uma forma privilegiada de administrar interesses públicos nas relações entre Administração e administrados, como marca de muitos novos institutos, em que a flexibilidade, a negociação, o uso criterioso da discricionariedade, o exercício da ponderação entre interesses, valores e direitos e, sobretudo a motivação dão a tônica pragmática e democrática do pós-modernismo”. (NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *O futuro das Cláusulas Exorbitantes nos Contratos Administrativos*. Artigo publicado no livro: *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo:Renovar, 2007. p. 420).

⁷⁶ Ibid. p. 431

⁷⁷ Ibid. p. 418

⁷⁸ Ibid. p. 411

Com efeito, nesse contexto de maior equiparação e consensualidade entre a Administração Pública e o investidor privado, bem como o de um mundo globalizado em crescimento que exige a continuidade e eficiência da Administração Pública na concretização dos interesses públicos (*lato sensu*), a arbitragem se demonstra como um método de resolução de conflitos extremamente favorável e adequado às necessidades de ambas as partes.

Conclui-se, assim, que os novos rumos apontados pelos doutrinadores que defendem uma visão constitucional do direito administrativo e, portanto, mais equânime, bem como por aqueles que defendem uma maior equiparação entre a Administração Pública e os investidores privados em razão das exigências político-econômicas do mundo pós-moderno, parecem contribuir para o desenvolvimento e aceitação da tese de ampla utilização do instituto da arbitragem em contratos administrativos, eis que afastam os óbices outrora gerados pelo princípio paradigmático da supremacia do interesse público (*stricto sensu*) sobre o interesse privado.

Capítulo IV – Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas.

4.1 Parceria Público-Privada – Conceito: Modalidade Especial do Gênero Concessão

O artigo 2º da lei 11.079/2004 define Parceria Público-Privada como modalidade especial de concessão, que tem como característica principal o fato de o ente público contratante se obrigar financeiramente para com o empreendimento e/ou com o investidor privado contratado. Nesses contratos administrativos de parceria, a Administração Pública irá exatamente participar do desenvolvimento e operacionalização do objeto do contrato, por meio de uma cooperação com o investidor privado contratado, para que, assim, a prestação de determinado serviço se torne viável.

Tal característica é que torna a Parceria Público-Privada um contrato administrativo singular, fazendo-se presente nas duas modalidades de concessão especial reguladas pela lei 11.079/2004, quais sejam a modalidade patrocinada e a administrativa. De fato, em ambas é possível observar-se, de diferentes formas, a existência de obrigações contratuais comissivas do Poder Público, que irá, assim, participar diretamente de todos os riscos do empreendimento ou, ainda, beneficiar-se desse, direta ou indiretamente⁷⁹.

A concessão patrocinada é definida pelo parágrafo 1º, do art. 2 da Lei de PPP, como:

⁷⁹ José dos Santos Carvalho Filho, ao discorrer sobre o tema, apontou essa singularidade dos contratos das Parcerias Público-Privadas e ressaltou, ainda, a existência de responsabilidade solidária entre o Poder Público e o investidor privado. Vejamos: “Aliás se o contrato não prevê a contraprestação do concedente ao concessionário, não será concessão especial (ou parceria público-privada como diz a lei), e sim concessão comum, sendo regulada pela lei nº 8.987/95 (art. 2, § 3º) Por fim, riscos e ganhos são compartilhados, indicando responsabilidade solidária entre as partes.” (grifou-se) (FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 353). A interpretação de existência de solidariedade entre o poder concedente e o concessionário, tal como dada pelo autor, decorre do disposto nos artigos 4º, inciso VI e 5º, inciso III, que, embora não façam uso expresso do termo solidariedade, falam em “repartição objetiva dos riscos entre as partes (4º, inciso VI) (...), inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, inciso III)”.

“a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a lei 8.987, de treze de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

A contraprestação pecuniária do Poder Público é o que diferencia a concessão patrocinada das concessões comuns, nas quais o investidor privado é tão somente remunerado pela tarifa paga pelos usuários do serviço⁸⁰. Alexandre Santos de Aragão aponta a visão de alguns doutrinadores de que a previsão legal específica da concessão patrocinada seria desnecessária, na medida em que, mesmo no âmbito de aplicação da lei 8.987/1995, o Poder Público já estaria autorizado a remunerar o investidor privado em complemento à renda oriunda do pagamento da tarifa pelos usuários⁸¹.

A concessão administrativa, por sua vez, permite que a Administração Pública contrate o investidor privado para a prestação de serviço em benefício, direto ou indireto, do Poder Público. Nessa modalidade de concessão especial, a Administração Pública deverá garantir a remuneração do investidor privado pelo serviço prestado, eis que não será estipulada uma tarifa para o usuário do serviço, que é, em última instância, o próprio Poder Público⁸².

Vale ressaltar, ainda, a aplicação subsidiária integral da lei 8.987/1995 às concessões patrocinadas e demais leis correspondentes (leis que disciplinam a concessão de serviços públicos), assim como a aplicação subsidiária parcial da lei 8.987/1995 e 9.074/1995 às concessões

⁸⁰ Vide artigo 2º, parágrafo terceiro da lei 11.079 de 2004.

⁸¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Delegações de Serviço Público*: Revista Bimestral de Direito Público – Interesse Público. Porto Alegre, Editora Notadez, Ano VIII, nº 40, novembro-dezembro de 2006, p. 119. Independentemente da possibilidade de a Administração pública remunerar o investidor privado no âmbito de uma concessão comum, o autor afirma considerar a lei 11.079/2004 um dispositivo legal importante e ressalta a contribuição do mesmo para a definição dos contornos e elementos específicos dessa modalidade de concessão.

⁸² O artigo 2º, parágrafo 2º da lei 11.079 de 2004, define a concessão administrativa, *in verbis*: “Concessão Administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

administrativas⁸³. Observa-se, então, que a regulação direta e especial, em matéria de norma gerais, para contratação de Parcerias Público-Privadas, é da lei nº 11.079, de 2004⁸⁴, aplicando-se subsidiariamente os diplomas legais citados acima e, na omissão desses, desde que se trate de matéria geral sobre contratos administrativos, a lei 8.666, de 1993.

Por fim, asseverando os elementos definidores do conceito de Parceria Público-Privada, Diogenes Gasparini define contrato de Parceria Público-Privada, nos seguintes termos⁸⁵:

“A Parceria Público-Privada, pode-se afirmar, é um contrato administrativo de concessão de serviço ou obra pública, por prazo certo e compatível com o retorno do investimento, celebrado pela Administração Pública com certa entidade privada, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade adotada, destinado a regular a implantação ou gestão de serviços mesmo com a execução de obras, empreendimentos ou outras atividades de interesse público.”

4.2 Sujeitos, Objeto e Principais Características das Parcerias Público-Privadas

As Parcerias Público-Privadas são contratos administrativos celebrados entre entidades do setor público e do setor privado. Nesse sentido, teremos sempre um ente da Administração Pública (federal, estadual ou municipal), celebrando, na qualidade de poder concedente, um contrato de concessão especial, na modalidade patrocinada ou administrativa, com uma pessoa jurídica de direito privado

⁸³ José dos Santos Carvalho Filho explica com precisão a regulação subsidiária das concessões administrativas: “Da primeira lei (lei 8.987/95), incidem os arts. 21 (disponibilização aos participantes da licitação de estudos, projetos, obras e despesas ou investimentos efetuados pelo poder concedente, obrigando o vencedor ao ressarcimento conforme o previsto no edital); 23 (cláusulas essenciais do contrato); 25 (responsabilidade do concessionário por prejuízos causados ao concedente, usuários ou terceiros); 27 a 39 (anuência do concedente para transferência da concessão ou do controle societário do concessionário; encargos do poder concedente e do concessionário; intervenção no serviço; e extinção da concessão. Incide, ainda, o art. 31 da Lei nº 9.074/95)”. (FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 354). A aplicação subsidiária do artigo 23 da lei 8.987/95, se mostra relevante também para questão da permissão legal para a pactuação de arbitragem em Parcerias Público-Privadas, como veremos mais adiante.

⁸⁴ As normas específicas contidas na lei 11.079 de 2004 aplicam-se tão somente à União Federal, nos termos da distinção (já feita anteriormente) entre leis nacionais e leis federais.

⁸⁵ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 380.

(concessionária), constituída com capital integralmente privado⁸⁶ e escolhida mediante procedimento licitatório de concorrência (art. 10 da lei 11.079, de 2004). Ressalta-se, ainda, a aparente impossibilidade jurídica das pessoas físicas serem concessionárias de Parcerias Público-Privadas⁸⁷.

O objeto da Parceria Público-Privada na modalidade patrocinada não gera maiores discussões, sendo o mesmo que é estipulado para as concessões comuns, na lei 8.987, de 1995, qual seja a concessão da prestação de serviços públicos ou obras públicas. Já na modalidade administrativa, a doutrina aponta dificuldades para a definição exata do objeto do contrato. O artigo 2º, parágrafo 2º da Lei de PPP é confuso e gera dúvidas ao se referir à utilização direta e indireta de serviço pela Administração Pública, sem apontar de que forma se daria essa utilização, bem como a natureza específica do serviço a ser prestado.

José dos Santos Carvalho Filho explicita a problemática e tenta resolvê-la com a identificação de que as concessões administrativas se prestariam à contratação do investidor privado para a realização de diversos tipos de “serviços públicos de natureza administrativa”⁸⁸. Apesar de o autor não definir com precisão o que seriam serviços públicos de natureza administrativa, compreende-se que se tratariam de serviços públicos típicos, tais como os definidos na Constituição e demais leis pertinentes, mas que sejam voltados para o uso da Administração Pública (ex: um hospital construído com capital privado e gerido por um investidor igualmente

⁸⁶ Gasparini aponta também a discussão relativa à possibilidade de sociedades de economia mista e empresas públicas celebrarem contratos de Parcerias Público-Privadas, na qualidade de concessionárias, com outros entes da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal. O autor conclui pela impossibilidade jurídica da hipótese aventada, eis que a mesma contrariaria a própria natureza e finalidade da Parceria Público-Privada, que é fomentar o investimento privado em serviços públicos. (Ibid. p. 383)

⁸⁷ Ibid. p. 383

⁸⁸ FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 355

privado, mas para uso dos quadros da administração pública, que deverá remunerar aquele pelos serviços prestados)⁸⁹.

O autor ainda diferencia o objeto das concessões administrativas do objeto dos contratos de serviço regulados pela lei 8.666/1993, observando que o contrato de concessão administrativa impõe ao concessionário a realização de investimentos prévios e/ou contínuos para a prestação do serviço, bem como confere ao mesmo uma ampla autonomia gerencial (ressalvada a hipótese do artigo 4º, inciso III da Lei de PPP⁹⁰), enquanto os contratos de serviços regulados pela lei 8.666/93 apenas definem a estrita prestação de um serviço pelo particular⁹¹.

Cumpra, ainda, acerca do objeto do contrato de Parceria Público-Privada, ressaltar a vedação legal existente no artigo 2º, parágrafo 4º, inciso III, da lei 11.079 de 2004, *in verbis*:

“É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada (§ 4º): (...) que tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obras públicas (inciso III)”.

Observa-se a intenção do legislador de que o contrato de Parceria Público-Privada seja utilizado para fomentar a participação do investidor privado no desenvolvimento e prestação de serviços públicos relevantes,

⁸⁹ Alexandre Santos de Aragão diverge parcialmente desse posicionamento ao não vislumbrar a necessária prestação de serviços públicos pelo parceiro privado na concessão administrativa. Nas palavras do autor: “As concessões administrativas se encontram no meio caminho entre a delegação e a terceirização. Entendemos serem, de fato, delegações de atividades administrativas (não necessariamente de serviços públicos), não meras terceirizações, pois pressupõem a construção, expansão, reforma ou manutenção de infra-estruturas através das quais também prestará serviços...” (grifou-se). O autor fala, portanto, na delegação de atividades administrativas que se aproximam da *régie intéressé*, figura contratual administrativa francesa, em que “o particular se remunera em razão dos resultados da sua gestão”. (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Delegações de Serviço Público*. Artigo publicado na: Revista Bimestral de Direito Público – Interesse Público. Porto Alegre: Editora Notadez, Ano VIII, nº 40, novembro-dezembro de 2006. p. 124-125)

⁹⁰ O artigo 4, inciso III da lei, faz a ressalva constitucional de “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”. Assim, a autonomia gerencial do parceiro privado não poderá, em hipótese alguma, abranger o exercício das funções públicas acima descritas.

⁹¹ (FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p.355)

tanto para a população como para a própria Administração Pública, que não seriam viáveis se prestados de forma autônoma por qualquer um dos dois.

Nesse sentido, percebe-se que uma das principais características dos contratos de Parceria Público-Privada é justamente a necessidade de comprovação da relevância econômica do empreendimento, uma vez que a Lei de PPP, em seu artigo 2º, § 4º, inciso I, veda a celebração de contratos desse tipo para projetos inferiores à R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Além disso, a referida lei também veda a celebração de Parcerias Público-Privadas com prazo inferior a cinco anos (art. 2º, § 4º, inciso II).

O artigo 4ª da Lei de PPP define diretrizes básicas das Parcerias Público-Privadas, as quais denotam ainda mais a importância político-econômica desse tipo de contratação, bem como a existência de uma relação jurídica diferenciada entre a Administração Pública e seu parceiro privado, em que se vê uma maior paridade entre as partes, bem como o domínio da comunhão de interesses e do compartilhamento dos riscos e ganhos do empreendimento.

Tais diretrizes são⁹²:

“(I) eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade; **(II) respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;** (III) indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; (IV) responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; (V) transparência dos procedimentos e das decisões; (VI) repartição objetiva de riscos entre as partes; e (VII) **sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.**” (grifou-se)

Por conseguinte, resta claro o espírito de cooperação e respeito mútuo criado pelo legislador para servir de princípio regente dos contratos de Parceria Público-Privada, para que, assim, a Administração Pública possa atrair a participação do investidor privado no desenvolvimento de

⁹² Artigo 4º da lei 11.079 de 2004, incisos I a VII.

projetos de prestação eficiente de serviços públicos relevantes e custosos, tanto para a sociedade civil como para o próprio Poder Público.

4.3 As Parcerias Público-Privadas e o Império da Consensualidade. Um Terreno Próprio para a Arbitragem.

Parte da doutrina administrativista atual insere as Parcerias Público-Privadas nas discussões acerca da revisão dos dogmas e conceitos clássicos do direito administrativo, entre eles o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, por vislumbrar na Lei de PPP uma preponderância dos mecanismos de negociação e consensualidade, que afetariam a clássica posição de supremacia da Administração Pública no âmbito dos contratos administrativos.

Gustavo Henrique Justino de Oliveira atesta a inserção das Parcerias Público-Privadas no que a doutrina chamaria de “nova contratualização administrativa”, em que a Administração Pública se serviria de “contratos de colaboração” para administrar⁹³. Nesse sentido, os contratos administrativos seriam o principal e mais apropriado modo de atuação da Administração Pública na busca pelo cumprimento de suas funções próprias, devendo, entretanto, haver o império da consensualidade e colaboração entre o Administrador Público e o investidor privado contratado.

Nesse contexto, o autor aponta alguns dos elementos definidores da doutrina da contratualização administrativa, quais sejam: (i) o incentivo ao diálogo entre o administrador público e seu parceiro privado; (ii) uma maior importância à fase pré-contratual e aos termos da negociação realizada pelas partes contratantes; (iii) um espaço para concessões de ambas as

⁹³ Gustavo H. J. Oliveira explicita que a noção de contratualização administrativa e contratos de colaboração são de Andre de Laubadère. (LAUBADÈRE, André et al. *Traité de contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1983, v.1 p. 71. Apud: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. Artigo publicado na: Revista de Arbitragem e Mediação. Ano IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março de 2007. p. 39)

partes, que possam gerar um maior equilíbrio da relação contratual; (iv) uma diminuição do uso do poder da Administração Pública para inserir cláusulas no contrato de forma unilateral (percebe-se um afastamento da concepção de contrato administrativo de adesão e atuação impositiva da Administração Pública); e (v) a existência de obrigações mútuas e interdependentes⁹⁴.

De fato, é possível verificar-se as inclusões de alguns dos princípios dogmáticos levantados acima nas características e diretrizes básicas previstas em lei para a contratação de Parcerias Público-Privadas. A lei 11.079, de 2004, se distanciou claramente da concepção clássica de contrato administrativo vertical, no qual a Administração Pública estava em posição de superioridade relativamente ao investidor privado contratado, como decorrência da aplicação direta do princípio da supremacia do interesse público (*stricto sensu*) sobre o privado.

A previsão legal: de obrigações mútuas para ambas as partes; de participação pecuniária efetiva da Administração Pública para a concretização do objeto do contrato; do compartilhamento dos riscos do empreendimento; das diretrizes de respeito aos interesses do usuário e do parceiro privado, bem como de garantia de eficiência dos serviços prestados; e, por fim, da diretriz de sustentabilidade financeira do projeto de parceria são exemplos de uma maior paridade e equilíbrio na relação jurídica existente entre o Administrador Público e seu parceiro privado, no âmbito de uma Parceria Público-Privada, fato que acaba realmente por aproximar essa figura contratual dos rumos propostos pela doutrina da contratualização administrativa

Gustavo H. J. Oliveira sintetiza a questão com precisão:

“Em franco desenvolvimento encontra-se a nova contratualização administrativa, a qual desenvolve-se em bases negociais mais amplas se comparadas aos modelos

⁹⁴ Ibid p. 42.

contratuais tradicionais, parecendo sinalizar (i) para uma maior paridade entre a Administração e particular e (ii) uma reforçada interdependência entre as prestações a cargo de ambas as partes. Daí aludir-se à expressão Administração Pública paritária, para caracterizar uma forma de administrar fundada no consenso, em módulos negociais, originando relações jurídicas que tendem a considerar Administração e particulares em uma situação mais próxima à horizontalidade, em que o ordenamento confere a ambos um tratamento mais isonômico (...) As PPPs encaixam-se nessa nova fase da contratualização administrativa...”⁹⁵

Nesse contexto, poder-se-ia igualmente aproximar a figura do contrato de Parceria Público-Privada da doutrina de constitucionalização do direito administrativo, tendo em vista que essa concepção paritária da relação existente em uma PPP se coaduna com a nova concepção de interesse público feita pela doutrina supramencionada, tal como exposta no item 3.3 deste trabalho

Entretanto, faz-se mister ressaltar que tais características não transformam o contrato de Parceria Público-Privada em um contrato privado, tendo em vista que a Administração Pública, na qualidade de poder concedente, terá meios legais e cláusulas contratuais que garantam a efetividade do seu dever de proteção aos interesses públicos (*lato sensu*), presentes no contrato de parceria.

Por fim, observa-se, nas concessões patrocinadas e administrativas, um campo propenso para a celebração de cláusulas compromissórias. Essa relação de paridade e interdependência inerente à Parceria Público-Privada, aliada às suas diretrizes de eficiência e sustentabilidade financeira do empreendimento, criam um contexto jurídico, político e econômico que privilegia a utilização do instituto da arbitragem.

A arbitragem, quando prevista no contrato administrativo de Parceria Público-Privada, poderia vir a contribuir para: a garantia da continuidade da prestação do serviço público; a célere resolução de disputas oriundas da relação contratual e, conseqüentemente, para a própria sustentabilidade

⁹⁵ Ibid, p. 55.

econômica do projeto; e, por fim, para a garantia do respeito à obrigação de repartição dos riscos do empreendimento⁹⁶.

4.4 Contornos do Instituto da Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas.

A lei 11.079, de 2004, que estabelece normas gerais para a contratação de Parcerias Público-Privadas, à guisa de um amplo movimento em prol de métodos alternativos de resolução de conflitos por qual passa o ordenamento jurídico brasileiro, prevê, nos termos do seu artigo 11 *caput*, combinado com o inciso III⁹⁷, a possibilidade jurídica das partes contratantes pactuarem mecanismos privados de resolução de disputas⁹⁸, incluindo a arbitragem, desde que tal método conste do edital de licitação, bem como que a cláusula contratual pertinente preveja a realização dessa eventual resolução de disputas em território nacional e em português.

Vale a pena lembrar que, à época da publicação da lei 11.079, de 2004, que se deu em 30 de dezembro de 2004, foram publicadas, dentre outras⁹⁹, as leis de Parceria Público-Privada dos Estados de Minas Gerais (lei 14.868, de 16 de dezembro de 2003), de São Paulo (Lei 11.688, de 20

⁹⁶ Tais contribuições decorrem da celeridade inerente ao procedimento arbitral, da imparcialidade e tecnicidade específica dos árbitros, da força executiva da decisão arbitral, baixo custo, dentre outras características.

⁹⁷ Ressalta-se que a lei 11.079, de 2004, tanto nas concessões patrocinadas como nas administrativas, sofre a incidência subsidiária do artigo 23 e, agora, do artigo 23-A, da lei 8.987, de 1995, razão pela qual a celebração de contrato de Parceria Público-Privada com cláusula compromissória, por todas as esferas da Administração Pública, estaria legalmente legitimada, independentemente de previsão expressa na lei 11.079, de 2004, e ou nas respectivas leis estaduais. Lembra-se que, não obstante a redação do artigo 11 da Lei de Arbitragem poder levar a entendimento diverso, as disposições legais que prevêm o uso da arbitragem em Parcerias Público-Privadas, assim como em qualquer outra forma de contratação pública e/ou privada, devem ser vistas como uma faculdade das partes, na medida em que o contrário resultaria na latente inconstitucionalidade das normas em questão.

⁹⁸ Além da arbitragem, a conciliação e a mediação se consagraram como métodos privados de resolução de disputas, devendo-se observar a conflituosidade inerente à arbitragem.

⁹⁹ Lei do Estado da Bahia nº 9290 de 27 de dezembro de 2004; Lei do Estado do Ceará nº 13, 557 de 30 de dezembro de 2004; Lei do Estado de Santa Catarina nº 12.930 de 04 de fevereiro de 2004; Lei do Estado do Rio Grande Do Sul nº 12.234 de 13 de janeiro de 2005. As Leis do Estado da Bahia e de Santa Catarina prevêm a possibilidade de inserção de Cláusula Compromissória. (Governo de Minas Gerais, disponibilização das leis citadas em arquivo pdf. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/marcos_legais.htm>. Acessado em 10.11.2007)

de maio de 2004) e de Goiás (lei 14.910, de 11 de agosto de 2004), que também prevêem expressamente a faculdade de seus respectivos entes administrativos inserirem, nos contratos de PPPs, cláusulas relativas a métodos privados de resolução de disputas, incluindo a arbitragem. Recentemente, cita-se a promulgação da lei do Estado do Rio de Janeiro nº 5.068 de 10 de julho de 2007, que estabelece o Programa Estadual de Parcerias Público Privadas¹⁰⁰.

O artigo 13, *caput* e §§ 1º e 2º, da lei nº 14.688/2003 (lei mineira), prevê tal possibilidade nos seguintes termos:

“Os instrumentos de parceria público-privada, previstos no art. 11 desta Lei, poderão estabelecer mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem (art. 13, *caput*) (...) Na hipótese de arbitragem, os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada.(art. 13, parágrafo 1º) (...) A arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.” (art. 13, parágrafo 2º)”

A lei mineira fez bem ao estipular a escolha de árbitros de reconhecida “idoneidade” e “conhecimento da matéria”, parecendo a mesma estar também em consonância com a lei federal ao estipular a arbitragem como uma faculdade da Administração Pública e exigir que essa se realize no território estadual. Embora não haja previsão expressa, os procedimentos arbitrais deverão ser realizados em língua portuguesa, tendo em vista esta ser uma norma geral de aplicação subsidiária da lei 11.079, de 2004.

A lei paulista, por sua vez, apenas estabelece que: “os instrumentos de parceria público-privadas poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor” (artigo 11, da lei nº 11.688 de 2004). Tal

¹⁰⁰ Ibid.

diploma não trás maiores especificidades, devendo-se, portanto, aplicar as disposições da lei federal.

A lei nº 14.910, de 2004 (lei goiana), em seu artigo 15, também assim prevê:

“os instrumentos de parcerias publico-privadas poderão prever, nos termos da legislação em vigor, mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, na qual os árbitros deverão ser escolhidos dentre os vinculados às instituições especializadas na matéria e de reconhecida idoneidade (art. 15, *caput*)

(...)

a arbitragem terá lugar na Capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e execução da sentença arbitral.” (art. 15, § único)

A lei goiana é bem semelhante à lei mineira, tendo incorporado as principais características desta e da lei federal nº 11.079, de 2004. Lembra-se apenas que, a divergência do artigo 15º da lei goiana em relação ao artigo 13 da lei mineira, no que tange à menção expressa da exigência dos árbitros serem pessoas naturais, não acarreta maiores efeitos. É da própria essência do instituto que o árbitro seja pessoa física, independente, imparcial e com conhecimentos técnicos sobre a matéria¹⁰¹. Assim, embora a lei goiana não tenha feito menção expressa, não será possível que representantes de uma pessoa jurídica figurem, nesta qualidade, como árbitros em qualquer procedimento arbitral submetido à Lei de Arbitragem brasileira.

Enfim, cita-se o artigo 18, inciso XI, da recentíssima lei do Estado do Rio de Janeiro sobre Parcerias Público-Privadas (lei nº 5.068 de 2007), que prevê “o estabelecimento de mecanismos amigáveis de solução de divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem”, como “cláusulas necessárias¹⁰²” dos contratos de concessão.

¹⁰¹ O artigo 13, *caput*, da Lei de Arbitragem prevê que: “Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.” (grifou-se)

¹⁰² Repete-se, dada a seriedade da matéria, que tal disposição deve ser interpretada como uma faculdade da Administração Pública fluminense para convencionar arbitragem no bojo de contratos de PPP.

Conclui-se, assim, restar inequívoca a plena capacidade da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal, direta e indireta, para a celebração de contratos de Parceria Público-Privada com cláusula compromissória. Tais contratos devem, no entanto, respeitar as exigências legais gerais estabelecidas na lei 11.079, de 2004, quais sejam a de previsão específica, no edital de licitação¹⁰³, de realização do procedimento arbitral no Brasil e de utilização da língua portuguesa, bem como, para os entes administrativos estaduais que disponham de lei específica, as demais exigências apontadas pela lei pertinente, desde que essas não contrariem a lei federal.

Com relação ao objeto de uma eventual disputa arbitral oriunda de relação jurídica, no âmbito de Parceria Público-Privada, faz-se necessário asseverar que a jurisprudência nacional ainda não teve a oportunidade de analisar um caso específico, dada a ausência de demandas relativas à matéria e a qualidade embrionária dessas modalidades especiais de concessão. Entretanto, observa-se que a doutrina e a jurisprudência provavelmente seguirão na linha da distinção feita entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários.

Com efeito, o convencionamento de arbitragem nos contratos administrativos das parcerias público-privada seria válido e eficaz se referente a direitos patrimoniais disponíveis, entendidos como interesses públicos secundários e instrumentais aos interesses públicos primários existentes na relação jurídica de parceria¹⁰⁴.

Por fim, vale a pena registrar a questão da aplicação do princípio da publicidade ao uso da arbitragem em Parcerias Público-Privadas. A

¹⁰³ Tal exigência se coaduna com o sistema da concessão de serviços públicos, incluindo as Parcerias Público-Privadas, na medida em que o edital de licitação é vinculante para a Administração Pública e o concorrente vencedor. Aliás, não há de se falar em arbitragem em contratos administrativos que exijam a realização de procedimento licitatório sem que a utilização do instituto esteja prevista no edital de licitação, considerando-se nulo qualquer procedimento arbitral assim realizado. Além disso, vale a pena registrar a questão.

¹⁰⁴ Vide item 3.2

Administração Pública, em qualquer de suas esferas e em sede de qualquer relação jurídica, deve observar o princípio constitucional da publicidade, tal como preconizado pelo artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

Entretanto, a Lei de Arbitragem brasileira é silente em relação à publicação das decisões do tribunal arbitral. Estabelecendo, apenas, em seu artigo 29, a obrigação do tribunal arbitral de remeter suas decisões diretamente às partes, via correio ou qualquer outro meio de comunicação, desde que possa ser dado aviso de recebimento.

Tal previsão não parece suprir as exigências constitucionais do princípio da publicidade. Ademais, é cediço que, internacionalmente, as decisões arbitrais sempre foram tratadas pelas câmaras de arbitragem como decisões sigilosas e que só dizem respeito às partes contratantes¹⁰⁵.

Dessa forma, faz-se necessário reconhecer esse último entrave para a plena utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública, que poderia vir a ser suprimido com a previsão legal de que decisões arbitrais, envolvendo a Administração Pública, direta ou indireta, deverão necessariamente ser publicadas em jornal de grande circulação ou no Diário Oficial.

¹⁰⁵ Algumas câmaras de arbitragem, tal como a CCI – Câmara de Comércio internacional, publicam algumas de suas decisões arbitrais em compêndios que são disponibilizados ao público em geral.

Capítulo V – Conclusão

Com relação ao disposto no segundo capítulo, é possível concluir-se que a acepção clássica do princípio da legalidade administrativa impõe a existência de lei permissiva específica para que a Administração Pública possa se comprometer a participar de um procedimento arbitral. Nesse sentido, dentro das situações legislativas ali propostas, a Administração Pública só estaria autorizada a convencionar arbitragem no âmbito dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos e de obras públicas, regulados pela lei 8.987, de 1995, bem como no âmbito das chamadas Parcerias Público-Privadas, reguladas pela lei 11.079, de 2004, ficando, tal hipótese, conseqüentemente vedada no âmbito dos contratos administrativos regulados apenas pela lei 8.666/93.

Entretanto, viu-se também que, apesar de parte da doutrina administrativista considerar as sociedades de economia mista ainda regidas pela lei 8.666/1993¹⁰⁶, a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece-as como sociedades plenamente capazes de submeterem-se à arbitragem, independentemente de autorização legal específica, tendo em vista a natureza jurídica dessas sociedades e a exigência constitucional de uma regulamentação distinta para as mesmas (art. 173 da CF).

Ademais, apontaram-se os novos rumos propostos pela doutrina para a flexibilização do princípio da legalidade administrativa, com vistas ao reconhecimento da capacidade jurídica da Administração Pública para se submeter à arbitragem, seja em razão da aceitação do artigo 1º da Lei de Arbitragem como norma permissiva genérica, que englobaria a Administração Pública, seja por meio da ponderação do princípio da

¹⁰⁶ Esse entendimento impediria as sociedades de economia mista de valerem-se da arbitragem para suas contratações em geral, sendo lhes permitido o uso da mesma apenas quando da celebração de contratos de concessão de serviços públicos.

legalidade com outros princípios constitucionais aplicáveis a um caso concreto.

No que tange à questão abordada no terceiro capítulo, o presente trabalho demonstrou o atual reconhecimento da doutrina e jurisprudência em relação à existência de interesses públicos secundários, dotados de patrimonialidade, de que a Administração Pública dispõe como instrumentos para a concretização dos interesses públicos primários.

Além disso, foi também considerada a proposta da doutrina para uma revisão da concepção clássica de interesse público, fundada no dogma da supremacia do interesse público sobre o privado, a fim de se interpretar o interesse público como a situação que, no caso concreto, demonstrar uma maior e mais proporcional proteção a todos os princípios constitucionais afetos ao caso.

No quarto capítulo, fez-se um estudo mais detalhado a respeito das características e especificidades das modalidades especiais de concessão que constituem o gênero denominado Parceria Público-Privada, para aduzir-se que a arbitragem é o método de resolução de conflitos que melhor se coaduna com a situação de interdependência e paridade que rege a relação jurídica da Administração Pública com seu parceiro privado, sempre com o escopo de garantir a prestação contínua e eficiente dos relevantes serviços públicos a que se propõe tal forma de parceria.

É preciso ressaltar que a Parceria Público-Privada já se constitui em instrumento clássico de cooperação entre entidades governamentais e privadas, com a dupla finalidade de equacionar a escassez de recursos públicos e de viabilizar projetos relevantes para a sociedade, não só aqueles que exigem vultosos recursos para serem implementados, mas também aqueles projetos em que a rentabilidade social é superior à rentabilidade

financeira. Afinal, para projetos com taxas de retorno atraentes, o próprio setor privado se incumba de demonstrar interesse em participar.

Ao contrário das privatizações, nas quais o papel do Estado se limita, basicamente, à regulação e à supervisão das atividades desenvolvidas pelo setor privado, nos programas de PPP o Estado assume a liderança e busca alianças com o setor privado, para que este participe em uma ou mais etapas de um processo de investimento. Nas PPPs, o Estado entrega a implantação de decisões públicas estratégicas a operadores privados, que serão cobrados pelo seu sucesso em cada segmento concedido e em seus diferentes níveis, remunerando-os de acordo com o cumprimento de metas estabelecidas contratualmente.

No caso do Brasil, existe a expectativa do desenvolvimento e execução de projetos de infra-estrutura (rodovias¹⁰⁷, ferrovias, portos, aeroportos, setor energético etc) com base nos arranjos do tipo PPP, observando-se que a experiência internacional demonstra, com destaque para a Inglaterra onde se originou a estrutura atual desse tipo de parceria, que o grande fator de sucesso na atração de capitais privados reside na credibilidade dos compromissos firmados, como, por exemplo, o aporte, no futuro, de recursos públicos que irão garantir a manutenção e operação dos projetos, ou mesmo substituir recursos antecipados pelo setor privado.

Assim, enfatiza-se que a adoção da arbitragem como instrumento expedito e eficaz para a solução de litígios, no âmbito das Parcerias

¹⁰⁷ No dia 21 de maio de 2007, o Governo do Estado de Minas Gerais e o Consórcio Bertin-Equipav assinaram o primeiro contrato de concessão patrocinada de rodovias do país, que prevê a concessão da rodovia estadual MG – 050 por um prazo de 25 anos e um investimento de mais de R\$ 700.000.000,00 (AGÊNCIA MINAS. Notícia do Governo do Estado de Minas Gerais. Disponível em <http://www.ppp.mg.gov.br/clipping_94.htm> Acesso em 09.11.2007). Ressalta-se que o edital de licitação da Parceria Público-Privada citada acima estabelece, nos termos do Item 17.4, que “o Contrato preverá mecanismo privado de resolução de disputas, conforme a Lei federal nº 9.307 de 23 de setembro de 1996” (Item 17.4 do Edital de Concorrência para a Concessão Rodoviária nº 070/06. Disponível em http://www.ppp.mg.gov.br/download/edital_junho06/pdf/pdf_sl/edital_sl.pdf>. Acessado em 09.11.2007). Há, portanto, expressa previsão edilícia e, consequentemente, previsão contratual, para o uso da arbitragem como o mecanismo de resolução de disputas da primeira PPP rodoviária celebrada no Brasil.

Público-Privadas, representa um item de extraordinário reforço à credibilidade dessas parcerias e funciona como forte indutor da presença dos entes privados para a consecução de projetos de inegável interesse público.

O uso da arbitragem em PPPs serve também ao propósito de garantir um julgamento técnico para disputas que envolvam assuntos distantes do dia a dia do Poder Judiciário. Via de regra, o desenvolvimento de grandes projetos de infra-estrutura exige a confluência de informações atinentes aos mais variados campos do saber, que vão desde a preparação de estudos técnicos de engenharia às mais complexas estruturas de financiamento. Com efeito, a utilização de árbitros especializados no objeto da disputa arbitral, permitirá um julgamento mais adequado à questão controversa, contribuindo-se para a composição dos interesses de ambas as partes e preservação das atividades da parceria.

Por fim, aponta-se um futuro promissor para o uso do instituto da arbitragem nas futuras Parcerias Público-Privadas brasileiras. O Governo Federal, a exemplo dos governos estaduais, tem se mostrado disposto e interessado em empregar a arbitragem como o método de resolução de conflito dos contratos de PPP que venha a celebrar.

A prova de tal fato encontra-se no projeto da primeira Parceria Público-Privada Federal, no qual se planeja a concessão patrocinada de trechos das BR's 324 (entre Salvador e Feira de Santana) e 116 (de Feira de Santana à divisa da Bahia com Minas Gerais), com um investimento aproximado de R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais)¹⁰⁸.

O Ministério do Planejamento, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES e a Corporação Financeira

¹⁰⁸ Vide: Ministério da Fazenda, Notícia da Assessoria Econômica sobre o Projeto Br 116/324. Disponível em http://www.planejamento.gov.br/ppp/conteudo/Projetos/br_116.htm. Acessado em 09.11.2007.

Internacional (*International Finance Corporation – IFC*) celebraram um Termo de Cooperação para a implementação do projeto¹⁰⁹, do qual, dentre outros documentos, resultou a minuta do Contrato de Concessão Patrocinada. Ocorre que a cláusula 37.2 do aludido instrumento prevê a arbitragem como método final de resolução de conflitos, nos seguintes termos¹¹⁰:

“Toda e qualquer controvérsia e/ou disputa oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados, será obrigatória, exclusiva e definitivamente dirimida por arbitragem. (...) A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas em seu regulamento vigente à época em que a arbitragem for iniciada. (...) **A arbitragem será conduzida na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, utilizando-se a língua Portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.**” A lei substantiva a ser aplicado ao mérito da arbitragem será a lei brasileira.” (grifou-se¹¹¹)

Por todo o exposto, conclui-se ser o instituto da arbitragem o melhor e mais apropriado método de resolução de conflitos em Parcerias Público-Privadas, restando evidente a posição do Poder Executivo e de seus parceiros privados de preferirem a inserção de cláusulas compromissórias à submissão irrestrita de eventuais conflitos contratuais ao Judiciário.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Vide: Cláusula 37.2, Minuta do Contrato de Concessão Patrocinada do Projeto Br 116/324, Página 39. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/ppp/noticias/PPP_BR_116_Concession_Agrement_31ago06.pdf. Acessado em 09.11.2007.

¹¹¹ O trecho grifado visa ressaltar a adequação da cláusula compromissória citada com as exigências e limitações impostas ao instituto pelo artigo 11 da Lei Federal nº 11.079 de 2004.

Bibliografia

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Delegações de Serviço Público*: Revista Bimestral de Direito Público – Interesse Público. Porto Alegre, Editora Notadez, Ano VIII, nº 40, novembro-dezembro de 2006. p. 109 – 161.

BARBOSA, Joaquim Simão. *STJ Confirma Validade de Cláusula Compromissória estipulada por Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público*: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Ano 4, nº 12, janeiro – março de 2007. p. 59 - 68.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coordenador). *Arbitragem Interna e Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 445.

BINENBOJM, Gustavo. *Um novo Direito Administrativo para o Século XXI*. Artigo publicado no livro: *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 897.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei 9.307/96*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 455.

DOLINGER, Jacob & **TIBURCIO**, Carmen. *Direito Internacional Privado – Arbitragem Comercial Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1078.

FILHO, José Dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 16ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006. p. 1026.

FILHO, Marçal Justen. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1997. p. 571.

DALLARI, Adílson Abreu. *Arbitragem na Concessão de Serviço Público*. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, nº 13, 1996. p. 5-10.

GARCEZ, José Maria Rossani. *O Estado, suas Agências, as Empresas Públicas e as Sociedades de que Participa na Arbitragem Privada. Recentes Progressos*: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Ano 3, janeiro – março de 2006. p. 101 - 118

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 950.

GRAU, Eros Roberto. *Da arbitrabilidade de Litígios envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória*: Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e Arbitragem. Revista dos Tribunais. Ano. 5, nº 18, outubro – dezembro. 2002. p. 395-405.

LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 319.

LIMA, Cláudio Vianna de. *A Lei de Arbitragem e o art. 23, XV, da Lei de Concessões*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 209, julho – setembro de 1997. p. 91-104.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Contrato Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: América jurídica, 2001. p. 757.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 1997. p. 733.

MELLO, Celso Antonio Bandeira De. *Curso de Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 1008.

NETTO, José Cretella. *Curso de Arbitragem*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 533.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. Sociedades de Economia Mista e Reforma Administrativa. Revista de Direito Administrativo, volume nº 217, jul-set/1999, p. 91-104

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 460

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*: Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, Ano 4, nº 12, janeiro-março de 2007. p. 29 – 58.

PIETRO, Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 765

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di et al. *Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos* 5ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 386

SOUZA JR., Lauro 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)*. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Publicado em 29.08.05. Acesso em 05.11.07

WALD, Arnaldo et al. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 954.

WALD, Arnaldo. *Direito das Concessões (Série Grandes Pareceristas)*. Volume 3. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2004. p. 464.

Jurisprudência:

STJ, Resp 612.439. Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 14.09.2006

STJ, AgRg no MS nº 11308 – DF (2005/0212763-0), Rel. Ministro Luiz Fux. DJ. 14.08.06

STJ, RESP nº 606.435, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ. 08/06/2007

STF, agravo de Instrumento nº 52.181, Rel. Min. Bilac Pinto, RTJ 68/382

STF, AgRg na SE 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12.12.01, DJ 30.04.2004

TJRJ, agravo de Instrumento nº 2000.002.14895. Rel José Mota Filho. DJ. 14.02.2001

Internet:

AGÊNCIA MINAS. Notícia do Governo do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/clipping_94.htm>. Acesso em 09.11.2007

Item 17.4 do Edital de Concorrência para a Concessão Rodoviária nº 070/06. Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/download/edital_junho_06/pdf/pdf_sl/edital_sl.pdf>. Acessado em 09.11.2007.

Ministério da Fazenda, Notícia da Assessoria Econômica sobre o Projeto Br 116/324. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/ppp/conteudo/Projetos/br_116.htm>. Acessado em 09.11.2007.

Cláusula 37.2, Minuta do Contrato de Concessão Patrocinada do Projeto Br 116/324, p. 39. Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/ppp/noticias/PPP_BR_116_Concession_Agrement_31ago06.pdf>. Acessado em 09.11.2007.

Governo de Minas Gerais, disponibilização em pdf de leis estaduais sobre Parcerias Público Privadas. Disponível em: http://www.ppp.mg.gov.br/marcos_legais.htm>. Acessado em 10.11.2007.