

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)

LAURO DA GAMA E SOUZA JR.\*

*I – Introdução: o porquê da arbitragem nos contratos de PPP. I.1. Considerações prévias sobre a arbitragem. II – A evolução do direito administrativo no sentido de uma Administração Pública paritária e consensual viabiliza e recomenda a adoção da arbitragem como modo de solução de controvérsias entre o Estado e o particular. II.1. O princípio da supremacia do interesse público segundo a nova dogmática do direito administrativo: sujeição ao dever de proporcionalidade para determinar o que é o interesse público em cada caso concreto e a medida em que deve prevalecer sobre o interesse do particular. II.2. A redefinição do princípio da legalidade administrativa como vinculação à juridicidade do agir administrativo. II.3. Um conceito instrumental de contrato administrativo. III. Os novos contornos da arbitrabilidade subjetiva e objetiva de contratos administrativos. III.1. Arbitrabilidade subjetiva: a prévia autorização legislativa específica para a Administração participar de arbitragem deriva da noção (hoje superada) de legalidade administrativa como vinculação positiva à lei. A juridicidade da conduta administrativa deve ser avaliada à luz da Constituição e do princípio da proporcionalidade: a legalidade deve ser ponderada com o princípio da boa-fé, da eficiência, da duração razoável do processo e dos meios que garantam a sua celeridade, e outros princípios constitucionais. III.2. Arbitrabilidade objetiva: a regra da indisponibilidade do interesse público (e a consequente necessidade de prévia autorização legislativa para disponibilizar os direitos e interesses da Administração sujeitos à arbitragem) não se coaduna com o regime dos contratos administrativos. Nestes, o interesse*

\* Doutor em Direito, USP; *Master of Laws*, McGill (Canadá); Professor de Direito Internacional Privado, PUC-Rio Professor de Direito do Comércio Internacional, FGV-Rio; Procurador do Estado, Advogado e Parecerista.

*público em jogo é o interesse próprio da pessoa estatal, traduzido em atos de gestão e suscetível de acertamento através de solução arbitral. IV. Arbitragem em contratos de PPP: tópicos de interesse teórico e prático. IV.1. A adoção da arbitragem pelo Administrador Público é facultativa; contudo, feita a escolha, é obrigatório que conste do edital de licitação. IV.2. O Brasil é necessariamente o local da arbitragem (e da sentença arbitral). IV.3. Peculiaridades da arbitragem internacional em contratos de PPP. IV.4. O emprego obrigatório da língua portuguesa na arbitragem não exclui a utilização de outra(s) línguas. IV.5. O problema da confidencialidade: na arbitragem de contratos administrativos, é imperativo conferir publicidade, ainda que mitigada, ao procedimento e decisões arbitrais. IV.6. A proibição de cláusula de eleição de foro nos contratos de PPP. IV.7. Arbitragem de direito ou de equidade? IV.8. O direito aplicável na arbitragem internacional envolvendo contratos de PPP. IV.9. A arbitragem multiparte. IV.10. Arbitragem ad hoc ou institucional em contratos de PPP: vantagens e desvantagens. V. À guisa de conclusão: cuidados na redação de cláusula compromissória em minuta de contrato de PPP.*

## *I – Introdução: o porquê da arbitragem nos contratos de PPP*

As parcerias público-privadas (“PPP”) constituem instrumentos que promovem a *participação da iniciativa privada* no desenvolvimento de projetos de Estado, tais como a realização de obras e a prestação de serviços públicos. São recomendadas, de um modo geral, em contextos nos quais o Estado objetiva: a) economia de custos; b) compartilhamento dos riscos; c) incremento na qualidade dos serviços prestados; d) incremento de receitas; e) implementação de maior eficiência; e f) ganhos econômicos da Administração Pública pela implementação de modelos de sucesso em outras regiões.<sup>1</sup>

A atratividade das PPP não se limita a países, como o Brasil, que experimentam problemas associados ao endividamento e descontrole fiscal, ou que se classificam como países “emergentes” e “em desenvolvimento” e reclamam empreendimentos de infraestrutura extremamente custosos e de longa maturação. Países desenvolvidos, como o Reino Unido,<sup>2</sup> a Alemanha, Portugal e Canadá,<sup>3</sup> também viram nas PPP uma boa oportunidade de reduzir as necessidades de desembolso do setor público em investimentos de interesse estatal, aliando a tais projetos a gestão mais eficiente do setor privado, e possibilitando o redirecionamento dos recursos públicos para a implementação políticas sociais indelegáveis (v.g., saúde, educação, segurança pública etc.).

1 Rabello de Castro, Cecília e Fischer, Alexandre (revisão de Rabello de Castro, Paulo). *Potencialidade e Riscos das Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Estudo Setorial, SR Rating, outubro 2004, p. 9.

2 Para informações sobre as PPP no Reino Unido, consulte-se o website: [http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public\\_private\\_partnerships/ppp\\_index.cfm](http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_index.cfm).

3 Para informações sobre as PPP na Província do Québec, consulte-se o website: <http://www.ppp.gouv.qc.ca/index.asp>.

Em acepção estrita, a PPP representa um *investimento de risco, direcionado à provisão de algum serviço ou obra de natureza pública, cujos custos (e, eventualmente, resultados) são compartilhados pelo Poder Público com a iniciativa privada, segundo regras pré-convencionadas*.<sup>4</sup>

Embora a participação estatal na PPP mitigue os riscos do investidor privado, remanescem *riscos políticos* (p. ex. a quebra do contrato pela Administração Pública), *econômicos* (como o risco financeiro e cambial derivado da discrepância entre um fluxo de receitas em reais e de custos em dólar), *operacionais* (se a demanda pelo objeto da PPP for insuficiente para cobrir os custos e a remuneração do investidor), *regulatórios* (quando deixar de ocorrer revisão tarifária, causando desequilíbrio econômico-financeiro do contrato) e *jurídicos* (p. ex. a declaração superveniente de inconstitucionalidade de normas aplicáveis à PPP; a intervenção, encampação e caducidade do contrato;<sup>5</sup> a força maior decorrente de ordem judicial em ação ambiental, mesmo que o empreendimento disponha de todas as licenças).

Além desses riscos usuais, o modelo brasileiro incorporou à PPP um risco adicional: o “*risco motivacional*”, decorrente da confessada penúria financeira da Administração Pública, em todos os níveis, para investimentos em projetos de interesse público, e que pode vir a comprometer, no futuro, a sua capacidade de ressarcimento do investidor privado.<sup>6</sup>

A Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para a licitação e contratação das PPP em nível nacional, definiu amplamente os contornos jurídicos do instituto,<sup>7</sup> associando a PPP não apenas à oferta de serviços públicos, mas também à implantação ou gestão de outros *empreendimentos e atividades de interesse público*, a serem criados e explorados com financiamento do parceiro privado.<sup>8</sup> Além disso, algumas

4 Rabello de Castro, Cecília e Fischer, Alexandre (revisão de Rabello de Castro, Paulo). *Potencialidade e Riscos das Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Estudo Setorial, SR Rating, outubro 2004, p. 2.

5 Artigos 32, 37 e 38 da Lei nº 8.987/95, respectivamente.

6 Rabello de Castro, Cecília e Fischer, Alexandre (revisão de Rabello de Castro, Paulo). *Potencialidade e Riscos das Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Estudo Setorial, SR Rating, outubro 2004, p. 9-10.

7 O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 exhibe a seguinte dicção: “Art. 2º — Parceria público-privada é o *contrato administrativo de concessão*, na modalidade patrocinada ou administrativa.

8 O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 prevê duas modalidades de concessão associadas à PPP, nos seguintes termos: “§ 1º — *Concessão patrocinada* é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado; § 2º — *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; § 3º — Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/85, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.” Em suma, a *concessão patrocinada* é *subsidiada* pelo Poder Público, que presta garantias de pagamento ao parceiro privado; neste ponto, difere da *concessão comum* (da Lei 8.987/95), auto-sustentável, em que há transferência integral do risco do empreendimento para o investidor privado

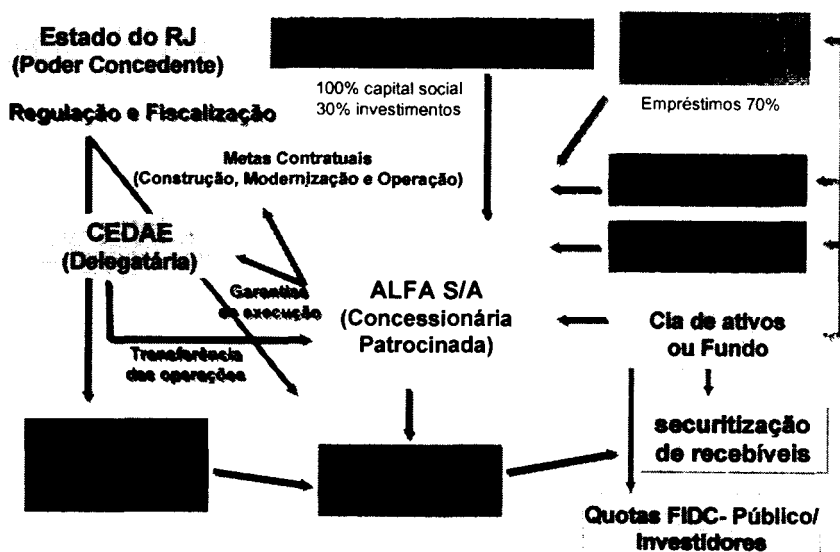
leis estaduais, editadas em virtude da competência residual reservada aos Estados-membros (CF, artigo 24), definiram aspectos particulares da PPP à vista de suas respectivas peculiaridades e necessidades.<sup>9</sup>

A novidade da estrutura organizacional das PPP, sua complexa rede de relacionamentos (envolvendo atores estatais e não-estatais, financiadores, garantidores, usuários etc.), seu modo de operação e, finalmente, suas modalidades de contratação (*concessão patrocinada* e *concessão administrativa*),<sup>10</sup> regidos por leis, regras e contratos também novos, ainda não testados nas instâncias administrativas e judiciais, sem dúvida cria um amplo universo de situações potencialmente conflituosas entre as partes contratantes.<sup>11</sup>

Confira-se, no esquema abaixo, o feixe de relações criadas no âmbito de uma PPP: alguns têm índole puramente administrativa, como a *concessão*; outros, como os de *financiamento* e *construção*, envolvem típica relação de direito privado; outros, ainda, como a *garantia prestada através do fundo garantidor*, situam-se no cruzamento entre ambos.

Enquanto o recurso ao Poder Judiciário ainda é a solução usualmente adotada nas controvérsias entre o particular e a Administração Pública, suas deficiências são

### Esquema Contratual de PPP – Saneamento Básico



9 Vide, por exemplo: Lei nº 14.868/2003 (Minas Gerais), Lei nº 11.688/2004 (São Paulo), Lei nº 14.910/2004 (Goiás), Lei nº 12.930/2004 (Rio Grande do Sul). No Estado do Rio de Janeiro, tramita na Assembleia Legislativa o Projeto de Lei nº 2.580/2005, que deixou de estabelecer expressamente a possibilidade de recurso à *arbitragem*, presumivelmente em razão da norma geral do artigo 11, III, da Lei nº 11.079/2004 e da competência privativa da União para legislar sobre direito civil e processual.

10 Vide nota 6 *supra* para a definição das duas modalidades de concessão associadas à PPP.

11 Sobre os aspectos jurídicos das PPP, vide SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, 606p.

amplamente reconhecidas, dentre as quais se destacam a morosidade das ações judiciais e a variedade de recursos cabíveis contra as decisões. Tendo a Lei nº 11.079/2004 contemplado a possibilidade de o contrato de PPP prever a *arbitragem* como modo de solução de litígios entre o concessionário (parceiro privado) e o poder concedente (parceiro público),<sup>12</sup> examinaremos neste artigo o impacto de sua adoção nessa nova modalidade contratual.

### 1.1 – Considerações prévias sobre a arbitragem

Arbitragem não é assunto passível de discussão *em abstrato*, que desconsidere suas implicações práticas na vida do indivíduo, da empresa e do Estado. Nem é tema que se possa tratar isoladamente, desprezando o contexto jurídico-constitucional no qual se acha inserida. Daí a necessidade de investigar seus contornos, no âmbito das PPP, com os olhos também voltados para a realidade mais ampla da prestação jurisdicional no Brasil, enfatizando a *utilidade* da arbitragem como meio de solução de controvérsias envolvendo entes da Administração Pública.<sup>13</sup>

Mecanismo alternativo de *acesso à justiça*, a arbitragem possui *efetividade* idêntica à conferida pela solução judicial. Isso é fruto da disciplina moderna que lhe conferiu a Lei nº 9.307/96; na esteira de outras ordens jurídicas contemporâneas, essa lei promove a arbitragem e cria uma via consistente para mitigar o *deficit* de instrumentos voltados à prestação jurisdicional.<sup>14</sup>

Ninguém duvida da constante expansão da arbitragem no Brasil: ela vem sendo utilizada como alternativa eficaz para a solução de conflitos em segmentos tais como:

12 O artigo 11 da Lei nº 11.079/2004 permite que a minuta de contrato de PPP incluída no edital preveja: “III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, *inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”.

13 “Administração Pública” é aqui entendida como “o conjunto de pessoas, públicas e privadas, e de órgãos, integrantes da estrutura estatal, que exercitam atividade administrativa.” A definição é de Marçal JUSTEN FILHO, que esclarece a tendência moderna de atribuição de direitos e deveres não apenas às pessoas jurídicas de direito público, mas também às organizações – como o Exército brasileiro – que, embora despersonalizadas, desempenham a função de órgãos públicos (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90, 96). Na classificação tradicional de Hely LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p. 62-63), as entidades da Administração Pública são: (i) estatais – pessoas jurídicas de direito público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; (ii) autárquicas – pessoas jurídicas de direito público, de natureza meramente administrativa, criadas para a realização de atividades, obras ou serviços descentralizados da entidade estatal que as criou; (iii) fundacionais – pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei específica com as atribuições que lhes forem conferidas no ato de sua instituição; e (iv) paraestatais – pessoas jurídicas de direito privado dotada de autonomia administrativa, financeira e de patrimônio próprio, cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo (empresas públicas, sociedades de economia mista etc.).

14 Vide, a propósito, o *Diagnóstico do Poder Judiciário* (Ministério da Justiça, agosto de 2004) e o *Estudo Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil* (Ministério da Justiça, dezembro de 2004), disponíveis em [www.mj.gov.br/reforma/index.htm](http://www.mj.gov.br/reforma/index.htm) (último acesso: 11 de fevereiro de 2005).

relações trabalhistas, direito societário, assuntos cíveis e comerciais, e nas relações internacionais. Apesar da fragilidade dos dados e da discrepância com o volume de demandas levadas ao Judiciário, é alentador o crescimento de 45%, entre 1999 e 2004, das arbitragens realizadas nas 79 instituições associadas ao CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem).<sup>15</sup> Quanto à sua *eficácia*, os números demonstram a higidez das decisões proferidas por árbitros: pesquisa realizada junto aos tribunais brasileiros revelou que, desde o advento da Lei 9.307/96, dentre os 14 acórdãos que versaram a nulidade de sentença arbitral, apenas um determinou sua desconstituição.<sup>16</sup>

Tais dados relevam que há meios para contornar certas peculiaridades dos litígios judiciais entre particulares e a Administração Pública, nos quais a lentidão das ações judiciais é, infelizmente, o traço mais visível. Com a adoção da arbitragem também é possível evitar riscos como a greve dos serventuários do Estado de São Paulo, que em 2004 paralisou 12 milhões de processos e adiou 450 mil audiências.<sup>17</sup> Num país em que o governo (em todos os níveis federativos) é o maior cliente da justiça estatal, respondendo por 80% dos processos e recursos que tramitam nos tribunais superiores,<sup>18</sup> a arbitragem representa alternativa séria e efetiva aos congestionados tribunais.

Mas não é só. Afora sua *utilidade* em determinadas relações – seja pela *especialização dos árbitros*, pelo *custo reduzido* ou pela *celeridade do rito* –, a arbitragem destina-se igualmente à concretização de *valores constitucionais* dirigidos, especificamente, ao Poder Público. Penso, especialmente, no *princípio da eficiência* (CF, artigo 37, *caput*) e no direito fundamental de *razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (CF, artigo 5º, LXXVIII).<sup>19</sup> De outro lado, a autorização legislativa para a arbitragem nas PPP (artigo 11, III, da Lei nº 11.079/2004) pode ser entendida como mais uma etapa na revisão, ampla e profunda, dos paradigmas do direito administrativo brasileiro.

Tal análise constitui o objeto do tópico seguinte.

15 Em 2004 foram repertoriados 3.375 casos, contra 3.309 em 1999. No período, 19.995 casos foram submetidos à arbitragem, a maioria versando relações trabalhistas (*Valor Econômico*, 18.02.2005). No Judiciário, somente em 2003 e na justiça comum de 1ª instância – que concentrou 65% dos processos julgados no país –, foram distribuídas 11.939.606 ações (*Diagnóstico do Poder Judiciário*, cit. nota 2, p. 34).

16 A pesquisa, realizada pelo jurista e advogado Eduardo GREBLER, envolveu os 27 tribunais estaduais (e do Distrito Federal), 5 tribunais regionais federais e o Superior Tribunal de Justiça, e foi apresentada em painel realizado durante o IV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Curitiba, 15-16 de setembro de 2004).

17 A greve do Judiciário estadual paulista durou de julho a setembro de 2004. Sobre o assunto, ver o site da OAB-SP: <http://www.oabsp.org.br> (último acesso: 14 de fevereiro de 2005).

18 *Diagnóstico do Poder Judiciário* (Ministério da Justiça, agosto de 2004), p. 6.

19 Introduzido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (Reforma do Judiciário).

## *II. A evolução do direito administrativo no sentido de uma Administração Pública paritária e consensual viabiliza e recomenda a adoção da arbitragem como modo de solução de controvérsias entre o Estado e o particular.*

Em recente artigo,<sup>20</sup> Gustavo Binenbojm examinou com minúcia a crise dos paradigmas clássicos do direito administrativo e a emergência de um novo modelo teórico para a disciplina. Destacou como pontos salientes: (a) a necessária revisão do *princípio da supremacia do interesse público* e (b) os novos contornos do *princípio da legalidade administrativa*. É interessante notar que tais questões, no contexto da arbitragem de contratos administrativos, conduzem ao enriquecimento dos conceitos de *arbitrabilidade subjetiva e objetiva*, adensando a juridicidade da participação estatal em procedimentos arbitrais.

Senão, vejamos.

Marcada pela *constitucionalização de princípios* diretores da atuação do Estado e pela *teoria dos direitos fundamentais*, a nova dogmática do direito administrativo brasileiro libertou-se, não sem grande atraso, do instrumental teórico centrado na idéia de *supremacia do interesse público*, concebido nos albores do século XIX. Como revela a literatura especializada, a *noção garantística* veiculada por tal idéia não passava de ilusão, porquanto historicamente ligada ao projeto autoritário de poder da elite política francesa pós-1789, bem como ao processo de imunização decisória de seus respectivos órgãos administrativos.<sup>21</sup>

Pelas mãos do colonizador português, padrões autoritários de governança política e atuação administrativa foram importados para o Brasil e aqui mantidos pela tradição centralizadora e autoritária da Administração Pública nacional, mesmo após a Independência. O ponto de inflexão surgiu com o advento da Constituição de 1988. A partir daí, os paradigmas clássicos do direito administrativo começaram a sentir os efeitos erosivos da *teoria dos direitos fundamentais* e da *supremacia da Constituição*, que rejeitam a idéia de controle das atividades administrativas mediante “soluções opacas e destituídas de transparência”, tais como “*discricionariedade administrativa*”, “*conveniência e oportunidade*” e “*interesse público*”, sem submetê-las a uma *filtragem constitucional e democrática*.<sup>22</sup>

Segundo Binenbojm, expressiva parcela da doutrina nacional ainda aponta como *dogmas* do direito administrativo: (i) o *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*, que fundamenta e legitima todos os privilégios de natureza material e processual caros ao regime jurídico-administrativo; (ii) a *legalidade*

20 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1-31. O artigo também encontra-se disponível na Internet: [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br) (último acesso: 4 de março de 2005).

21 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 1-5.

22 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13-14.

*administrativa como vinculação positiva à lei*, que se traduz na total submissão do agir administrativo à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo;<sup>23</sup> e (iii) a *intangibilidade do mérito administrativo*, que liberta as escolhas discricionárias da Administração Pública de qualquer controle, seja administrativo, social ou judiciário.<sup>24</sup>

Em contraste, os novos paradigmas do direito administrativo fundam-se nas seguintes bases: (i) a definição do que é *interesse público*, e de sua eventual supremacia sobre o interesse particular, deixa o arbítrio do Administrador, passando a depender de *juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais* constitucionalmente consagrados; (ii) a *Constituição*, e não mais a lei, figura no cerne da *vinculação administrativa à juridicidade*; e (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos, prescritos pela Constituição e pela lei, com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa.<sup>25</sup>

Em suma, de uma concepção (paradigma clássico) que vislumbrava o *interesse público como um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos*,<sup>26</sup> caminha-se para uma estrutura dogmática do direito administrativo (novo paradigma) despida de categorias a serviço do poder, interessada na sua legitimação democrática e fundada no princípio maior da *dignidade da pessoa humana*.<sup>27</sup> Tal princípio constitui o cerne e principal vetor axiológico da nossa ordem jurídica, e exprime a idéia segundo a qual “o ser humano precede o Direito e o Estado, que apenas se justificam em razão dele”.<sup>28</sup> Ao lado do elenco de *direitos fundamentais*, goza de primazia na ordem constitucional e possui eficácia imediata, vinculando os poderes públicos e estabelecendo “parâmetros materiais de escolha, decisões, ações e controle, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”.<sup>29</sup>

Os *direitos fundamentais*, em sua concepção clássica, consistem em *direitos de defesa*, protegendo posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo não impedimento à prática de determinado ato, seja pela não-intervenção em

23 Como se sabe, a *legalidade administrativa* opõe-se à *legalidade em sentido amplo*, dirigida aos particulares, e cuja diretriz básica se encontra no art. 5º, II, da Constituição: “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

24 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 7.

25 *Ibidem*, p. 7-8.

26 ALLEGRETTI, Umberto. *Amministrazione Pubblica e Costituzione*. Padova: CEDAM, 1996, p. 4. *Apud*. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

27 Art. 1º, III, da Constituição da República.

28 SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na constituição federal*. 1ª ed., 3ª tir., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 59.

29 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Lisboa: Almedina, 1999, p. 355.



situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.<sup>30</sup> Podem, igualmente, exprimir *direitos a prestações positivas*, tanto de natureza concreta e material como de natureza normativa.<sup>31</sup> Assim, por exemplo, o *direito de ir e vir* pressupõe um conjunto de atividades do Poder Público (polícia de segurança pública, polícia administrativa) destinadas a preservá-lo, enquanto a *garantia de razoável duração do processo e de celeridade na sua tramitação* exige uma série de meios (normas e procedimentos) tendentes a concretizá-las.

Nada obstante isso, as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais remetem, não raro, à lei, que pode instituir *restrições* ao âmbito de proteção de tais direitos. De acordo com a doutrina especializada, essas restrições podem ser da seguinte ordem: (I) restrições sujeitas à *reserva de lei simples*; (II) restrições sujeitas à *reserva de lei qualificada*; e (III) restrições *imanentes ou implícitas*.<sup>32</sup> Tem-se *reserva legal simples* quando a norma constitucional cinge-se a exigir que eventual restrição a direito fundamental seja prevista em lei, como ocorre com a proteção aos locais de culto e suas liturgias.<sup>33</sup> Já a *reserva legal qualificada* desponta nos casos em que a norma constitucional não apenas reclama que a restrição se perfaça por meio de lei, mas também estabelece os fins a serem necessariamente perseguidos ou os meios a serem compulsoriamente adotados pelo legislador.<sup>34</sup> Cuida-se, portanto, de uma vinculação constitucional do legislador, tanto de forma (reserva de lei), como de conteúdo (definição prévia dos meios e fins).

Há, ademais, um conjunto de restrições *imanentes ou implícitas* à própria sistemática constitucional. Tais restrições, embora não expressamente contempladas na norma definidora do direito fundamental, decorrem do *princípio da unidade da Constituição*, emergindo como condição de harmonização e concordância prática entre os diversos direitos fundamentais e princípios jurídicos contemplados na Lei Fundamental.<sup>35</sup> Qualquer interferência legislativa nesta seara deve buscar sempre uma *solução otimizada* que prestigie, igualmente, todos os direitos ou princípios

30 MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 32-33. No primeiro caso, tem-se como exemplos a *autonomia da vontade e a liberdade de locomoção*, liberdades protegidas pelos incisos II e XV do artigo 5º da CF, respectivamente. No segundo, cogita-se da *proteção ao direito adquirido* contra leis posteriores, prevista no artigo 5º, XXXVI, da Constituição.

31 CANOTILHO, J.J. Gomes. *op. cit.*, p. 549.

32 Vide sobre o tema: BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 162 e segs.

33 Art. 5º, VI, da Constituição.

34 Tal é o caso do *sigilo de correspondência e da liberdade de exercício profissional*, previstos, respectivamente, nos incisos XII e XIII do art. 5º da Constituição. No primeiro caso, as restrições legais ao sigilo devem se ater aos fins de *investigação criminal ou instrução processual penal*. No segundo, a lei só pode estabelecer restrições atinentes a *qualificações profissionais*.

35 Ver, sobre o tema: STUMM, Raquel Denize. *Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 142/145.

constitucionais envolvidos.<sup>36</sup> Tal solução é alcançada pela técnica da *ponderação*, guiada pelo *princípio da proporcionalidade*.

Aliás, em qualquer uma das três hipóteses acima aventadas (reserva legal simples, reserva legal qualificada e restrição imanente), toda e qualquer limitação a direitos fundamentais deve ser *justificada* à luz do *princípio da proporcionalidade*. É o emprego de tal princípio que auxilia o intérprete e aplicador do direito a alcançar a *justa proporção* na ponderação entre os valores constitucionais envolvidos na limitação a qualquer direito fundamental.

Pois bem. É nesse contexto *constitucional*, como se verá no próximo tópico, que devemos interpretar e aplicar o *princípio da supremacia do interesse público* e o *princípio da legalidade administrativa*, especialmente na arbitragem de contratos administrativos.

*II.1. O princípio da supremacia do interesse público segundo a nova dogmática do direito administrativo: sujeição ao dever de proporcionalidade para determinar o que é o interesse público em cada caso concreto e a medida em que deve prevalecer sobre o interesse do particular.*

O novo paradigma revisita as bases do direito administrativo brasileiro, destituindo a *supremacia do interesse público* da dignidade que ostentava como categoria dogmática fundamental. Principia por revelar o vazio conceitual do princípio, nos seguintes termos:

“Segundo Ávila, o referido ‘princípio’ não pode ser entendido como norma-princípio, seja sob o prisma conceitual, seja sob o normativo, nem tampouco pode ser compreendido com um postulado normativo.

Conceitualmente, é possível, de plano, apartar o ‘princípio’ em tela de toda construção doutrinária acerca dos princípios jurídicos. Neste ponto, fica claro o divórcio entre a regra abstrata de prevalência absoluta em favor do interesse público e a aplicação gradual dos princípios proporcionada pelo caráter abstrato dos mesmos. (...)

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que ‘o princípio da supremacia do interesse público’ também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: a uma, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; a duas, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo ‘princípio’; e a três, por demonstrar-se incompatível com os postulados normativos erigidos pela ordem constitucional.”<sup>37</sup>

36 BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996, p. 166.

37 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade*:

Deflui do conteúdo e sistema da Constituição brasileira a constatação de que o *interesse privado* e o *interesse público* acham-se nela de tal forma instituídos que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins, muito menos antagonizados *a priori*, como supõe a idéia de supremacia do interesse público. Isso porque: “*elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais)*”.<sup>38</sup>

Em lugar do velho “princípio”, o novo paradigma promove como instrumental técnico o *dever de proporcionalidade* e a análise do *interesse público em cada caso concreto*, levando-se em consideração os princípios constitucionais aplicáveis, à luz de seu eixo valorativo central: o *princípio da dignidade humana*. Essa mudança gera consequências jurídicas da maior relevância para as arbitragens que envolvem a Administração Pública e os particulares, já que desnuda a fragilidade das categorias exorbitantes do direito comum normalmente invocadas pelo ente público como fundamento de sua resistência à jurisdição arbitral.

Nessa mesma linha teórica, vejamos agora os traços marcantes da redefinição dogmática do princípio da legalidade administrativa.

## *II.2. A redefinição do princípio da legalidade administrativa: da vinculação positiva à lei à vinculação do agir administrativa à juridicidade constitucional.*

Se antes a *legalidade administrativa* traduzia-se como *vinculação positiva à lei*, atualmente o princípio da legalidade administrativa (artigo 37, *caput*, da Constituição) manifesta a idéia de vinculação da conduta do administrador público à *juridicidade constitucional*, expressão que reitera a centralidade da Constituição no moderno direito brasileiro. Essa nova visão reconhece que o Administrador se acha jungido à prática de atos *constitucionalmente* justificados, à luz das regras e princípios postos na Lei Maior, e não apenas aos atos determinados ou autorizados por normas *legisladas*. A idéia de legalidade, ademais, desdobra-se e relaciona-se com outros princípios constitucionais, como os da *impessoalidade*, *moralidade*, *publicidade* e, mais recentemente, da *razoabilidade-proporcionalidade*.

Assim, os princípios e o sistema de valores e interesses *constitucionais*, mais que a lei positiva, constituem o instrumento normativo adequado para pautar a

um novo paradigma para o Direito Administrativo. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 14-15. A citação refere-se à obra de AVILA, Humberto B. *Repensando o 'Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'*. In: O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. 1999, p. 99-127.

38 AVILA, Humberto B. *Repensando o 'Princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'*. In: O Direito Público em Tempos de Crise – Estudos em Homenagem a Ruy Ruben Ruschel. 1999, p. 99-127. Apud BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 15-16.

conduta do Administrador Público. Isso vai de par com a moderna conceituação do direito administrativo: um conjunto ordenado e sistematizado de normas jurídicas, *não redutível à lei positiva*, que devem ser interpretadas e aplicadas na realização dos valores albergados na Constituição. São normas jurídicas que se prestam a uma dupla finalidade: à limitação do poder do Estado e à instrumentalização desse poder à satisfação de necessidades coletivas.<sup>39</sup>

Pois bem. Em matéria de arbitragem, o argumento da *indispensabilidade de autorização legislativa específica* para a Administração Pública figurar como parte em procedimento arbitral, fundada na *legalidade administrativa* clássica, e a invocação da *indisponibilidade do interesse público* como obstáculo à sujeição de contratos administrativos à via arbitral, não resistem, como se verá adiante, ao *juízo de proporcionalidade* resultante da ponderação, mesmo em abstrato, de valores e interesses constitucionais aplicáveis a tais relações contratuais.

Porém, antes de enfrentar tais temas, relembremos o conceito de *contrato administrativo*, que é central para a definição da arbitralidade subjetiva e objetiva de litígios envolvendo o Poder Público.

### II.3. Um conceito instrumental de contrato administrativo.

Tal espécie contratual, como se sabe, distingue-se do *contrato civil*; ao reverso deste, não encontra seu fundamento na *autonomia da vontade em sentido próprio*. Enquanto no direito privado a autonomia da vontade significa a liberdade para escolher os fins a atingir e os meios adequados a tanto, respeitadas as normas imperativas e a ordem pública, no direito público a liberdade dos meios é variável e a dos fins extremamente reduzida.<sup>40</sup>

Por isso, define-se o *contrato administrativo* como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”.<sup>41</sup> A definição, condizente com a do art. 2º, § único, da Lei de Licitações, traz como elementos centrais: (i) o concurso da *vontade* do terceiro para o aperfeiçoamento do ato negocial; (ii) a submissão do contrato administrativo aos preceitos legislativos preexistentes (pois ele não constitui exceção ao *princípio da legalidade*); e (iii) a necessidade de que uma das partes atue no exercício de *função administrativa*, mesmo quando o Estado não seja parte no contrato.<sup>42</sup>

Quanto ao seu *regime jurídico*, que reflete as variadas situações *funcionais* em que a Administração pode se encontrar, os *contratos administrativos* podem ser: (i)

39 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 52-56.

40 *Ibidem*, p. 51.

41 *Ibidem*, p. 277.

42 *Ibidem*, p. 277-278.

*contratos de direito privado praticados no exercício de atividade administrativa* (como os de *seguro* ou de *compra e venda*);<sup>43</sup> (ii) *contratos administrativos de delegação de competências administrativas*, que atribuem a um terceiro o desempenho de funções tipicamente estatais (como os *serviços públicos*);<sup>44</sup> e (iii) *contratos administrativos propriamente ditos*, cujo objeto consiste em prestações realizadas entre particulares e a Administração Pública, sujeitos a um regime próprio, definido preponderantemente na Lei nº 8.666/93.<sup>45</sup>

Pois bem. Os contratos de PPP, em virtude de expressa definição legal, representam *contratos administrativos de concessão* (artigo 2º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004) e consubstanciam delegação de competências administrativas, atribuindo ao parceiro privado o desempenho de funções tipicamente estatais.

### *III. Os novos contornos da arbitrabilidade subjetiva e objetiva de contratos administrativos.*

Já não paira qualquer dúvida na ordem jurídica brasileira sobre a constitucionalidade da arbitragem.<sup>46</sup> Apesar do laconismo de nossa Constituição sobre o tema,<sup>47</sup> ninguém nega a sua utilidade na solução de diversas espécies de conflitos e na concretização do novo direito fundamental à *razoável duração do processo* e aos *meios que garantam a celeridade de sua tramitação* (CF, art. 5º, LXXVIII).

Ademais, na sua dimensão prática a arbitragem encontra-se associada ao processo de reforma do Estado brasileiro,<sup>48</sup> pois, sem representar a antítese da solução

43 Tais contratos, como prevê o art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, subordinam-se essencialmente ao regime de direito privado.

44 Tais contratos regem-se, preponderantemente, pela Lei nº 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões de Serviços Públicos).

45 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 282-283.

46 *Vide*, a propósito, a declaração do Supremo Tribunal Federal sobre a *constitucionalidade* de vários preceitos da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) atacados na Sentença Estrangeira 5.206 – Reino da Espanha: art. 6º, § único; art. 7º e seus parágrafos; art. 41, no que tange às novas redações atribuídas ao art. 267, inciso VII, e ao art. 301, inciso IX, ambos do Código de Processo Civil; e art. 42. *Vide* também VELLOSO, Carlos Mário da S. *A Arbitragem no Contexto Constitucional Brasileiro*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 36, p. 5-17.

47 Atualmente, apenas o art. 114, § 1º, da Constituição (conflitos coletivos do trabalho) alude à arbitragem. No entanto, a Proposta de Emenda Constitucional n 20/2000 propõe a inserção de um § 3º no art. 98 da Constituição com a seguinte redação: “Os interessados em resolver seus conflitos de interesse poderão valer-se de juízo arbitral, na forma da lei.” Seria a consagração da arbitragem em sede constitucional.

48 Citem-se, como exemplo, as reformas constitucionais econômicas (de índole neoliberal, segundo Eros Grau) que *eliminaram determinadas restrições ao capital estrangeiro* (Emendas Constitucionais nº 6/95 e 7/95), *flexibilizaram monopólios estatais* (Emendas Constitucionais nº 5/95 e 9/95) e *promoveram a desestatização* de vários setores (Lei 8.031/90, Lei 8.987/95). Veja-se, ainda, a

estatal, mecanismos *privados* de solução de litígios, como a arbitragem, contribuem para a modernização e aperfeiçoamento das instâncias de pacificação das demandas. Não surpreende, pois, a crescente referência à arbitragem na legislação infraconstitucional, dos quais são exemplo: a Lei n 9.307/96 (Lei da Arbitragem); o art. 43, X, da Lei n 9.478/97 (Lei do Petróleo); o art. 109, § 3º, da Lei n 6.404/76, modificada pela Lei n 10.303/2001 (Lei das Sociedades Anônimas); o art. 2º, §§ 3º, 4º e 5º da Lei n 10.433/2002 (Lei do Mercado Atacadista de Energia Elétrica – MAE); os arts. 851 a 853 do novo Código Civil, sobre o compromisso; e o recém-editado art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

Paradoxalmente, a relativa abundância de normas legais sobre a matéria vem servindo de fundamento para que parte da doutrina e da jurisprudência defendam a *indispensabilidade da autorização legal específica* para que o ente público se submeta à arbitragem, ou, ainda, para afastar a regra da *indisponibilidade do interesse público* (e dos direitos correlatos) nas arbitragens de contratos administrativos.

Sobre o tema já discorreram inúmeros autores de renome.<sup>49</sup> Porém, nenhum deles encarou o problema de uma perspectiva constitucional, levando em conta o *dever de proporcionalidade* e os *princípios* explícitos e implícitos consagrados no texto da Lei Maior.

Essa é a tarefa que nos propomos desenvolver.

*III.1. Arbitrabilidade subjetiva: a prévia autorização legislativa específica para a Administração participar de arbitragem deriva da noção (hoje superada) de legalidade administrativa como vinculação positiva à lei. A juridicidade da conduta administrativa deve ser avaliada à luz da Constituição e do princípio da proporcionalidade: a legalidade deve ser ponderada com o princípio da boa-fé, da eficiência, da duração razoável do processo e dos meios que garantam a sua celeridade, e outros princípios constitucionais.*

reforma da previdência (Emendas Constitucionais nº 20/98 e nº 41/2003) e a reforma do Judiciário (Emenda Constitucional nº 45/2004). Vide, a propósito, GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 174-226.

49 Vide, dentre outros: GRAU, Eros. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32 (2000), p. 14-20; MOREIRA NETO, Diogo de F. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 221-235; SIMÕES BARBOSA, Joaquim e PEREIRA DE SOUZA, Carlos Affonso. *Arbitragem nos Contratos Administrativos: Panorama de uma Discussão a ser Resolvida*. In: ALMEIDA, Ricardo R. (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional – Questões de Doutrina e da Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 267-291; MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, nº 233, p. 71-101 e sua excelente dissertação de mestrado, defendida na UERJ em agosto de 2005 sob o título *Submissão do Estado Brasileiro à Arbitragem*; TÁCITO, Caio. *Arbitragem nos litígios administrativos*. Revista de Direito Administrativo, nº 210, p. 111-115; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 62-67; e, com foco nas arbitragens em contratos de PPP, JUSTINO DE OLIVEIRA, Gustavo H. *A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas*. In: SUNFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 567-606.

Já se afirmou recentemente, tanto em doutrina<sup>50</sup> como nos tribunais,<sup>51</sup> que a previsão de arbitragem em *contratos administrativos* depende de *prévia autorização legislativa*, mesmo em se tratando de pessoas jurídicas de direito privado integrantes da Administração Pública, como as sociedades de economia mista ou as empresas públicas.

Essa posição, nitidamente *conservadora*, justifica a *arbitrabilidade subjetiva* da Administração Pública na noção clássica de *legalidade administrativa*, identificada como *vinculação positiva à lei*. Desse modo, acaba por manietar a ação administrativa, condicionando-a, em sua totalidade, à vontade previamente manifestada pelo legislador. Para recorrer à arbitragem, o ente da Administração Pública deve estar *expressamente autorizado por lei*, pois “ao contrário dos particulares, que se movem por vontade própria, aos agentes públicos somente é facultado agir por imposição ou autorização legal. Inexistindo lei, não haverá atuação administrativa legítima”.<sup>52</sup>

Dessa perspectiva nem mesmo normas legislativas de caráter genérico dariam suporte à Administração para submeter suas controvérsias à arbitragem,<sup>53</sup> não se prestando a tal finalidade, especialmente:

(i) o art. 1º da Lei 9.307/97 (Lei de Arbitragem), que autoriza *as pessoas capazes de contratar* a recorrerem à arbitragem;<sup>54</sup>

(ii) o art. 54 da Lei 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que permite a *aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos* aos contratos administrativos;<sup>55</sup>

50 Em doutrina, veja-se: BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Tomo II, p. 610, 615-626. Confira-se, nesta obra, a lição de Caio TÁCITO em igual sentido (RDA 210, p. 112), bem como a do Tribunal de Contas da União (Processo n TC 006.098/93-2, Decisão 763/1994 – Plenário, Rel. Min. Carlos Átila A. da Silva; Processo n TC 008.217/93-9, Decisão 286/1993 – Plenário, Rel. Min. Homero Santos; e Processo n TC 006.098/93-2, Decisão 188/1995 – Plenário, Rel. Min. Paulo Affonso M. de Oliveira).

51 Desde o famoso *Caso Lage*, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1974 (RTJ 68/382), consagrou-se a exigência lei autorizativa para a arbitragem. Mais recentemente, o caso COPEL vs. UEG, que tem curso no Judiciário do Estado do Paraná, é paradigmático neste mesmo sentido. Para maiores detalhes, ver 3ª Vara de Fazenda Pública (Curitiba) – proc. nº 24.334, Tribunal de Justiça do Paraná – medida cautelar nº 0160213-7 e mandado de segurança nº 0161371-8. Ver, ainda, Revista Brasileira de Arbitragem nº 3, jul-set/2004, p. 170-187.

52 BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez*. ob. cit., p. 615.

53 *Ibidem*. p. 613-627.

54 Lei 9.307/96, art. 1º: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

55 Lei 8.666/93, art. 54: “Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas

(iii) o art. 23, XV, da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), que prevê como essencial ao contrato de concessão a cláusula relativa ao foro e ao *modo amigável* de solução das divergências contratuais;<sup>56</sup> e

(iv) o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, que sujeita as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica ao *regime jurídico de direito privado*.<sup>57</sup>

Em que pesem os exemplos correntes de autorização legislativa específica para a arbitragem de contratos administrativos,<sup>58</sup> a *juricidade da atuação administrativa* nesse campo não se pode limitar apenas àquilo que a lei rigidamente prescreve ou faculta. É dizer: em hipóteses que tais, a *legalidade estrita* (CF, art. 37, *caput*) não pode imperar soberba, em detrimento de outros princípios e valores também albergados na Constituição.

Impõe-se a *ponderação dos princípios constitucionais* que incidem, concretamente, sobre tais relações, mesmo que não vinculadas, em sentido estrito, à temática dos *direitos fundamentais*. Nesse sentido, aliás, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“(...) A par dessa vinculação aos Direitos Fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma

cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

56 Art. 23 da Lei 8.987/95: “XV – Ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais”.

57 Art. 173, § 1º, da Constituição: “A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (...)”.

58 Veja-se, por exemplo, o art. 43, X, da Lei n 9.478/97 (Lei do Petróleo), que prevê a adoção da arbitragem como meio de solução das controvérsias relacionadas ao contrato de concessão de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural firmado com a Agência Nacional de Petróleo (ANP). Veja-se também o art. 2º, § 4º, da Lei n 10.433/2002 (Lei do MAE), que autoriza as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, a aderirem ao Mercado Atacadista de Energia Elétrica, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3º. Finalmente, veja-se o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPP), que autoriza a previsão, no edital de licitação, do recurso à arbitragem para a solução de disputas oriundas das relações constituídas no âmbito de uma parceria público-privada.



das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nesta última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.”<sup>59</sup>

Como postulado normativo de aplicação do direito, a *proporcionalidade* serve de parâmetro para a aferição da validade de uma medida concreta destinada a realizar uma dada finalidade, quando contrapostos dois ou mais princípios jurídicos aplicáveis à espécie.<sup>60</sup> Por consequência, a juridicidade da *exigência de autorização legislativa específica* para a participação do Poder Público em arbitragem versando contratos administrativos deve responder *afirmativamente* às seguintes questões:

(I) tal exigência constitui *medida adequada* a realizar o *interesse público* à luz dos princípios constitucionais aplicáveis, em particular o da *eficiência*, e o da *duração razoável do processo* e dos *meios que garantam a sua celeridade*?

(II) caso ultrapassada a etapa anterior, existem meios alternativos a tal medida, também aptos à realização dos mesmos fins e menos gravosos aos princípios, valores e direitos colidentes?

(III) caso ultrapassada a etapa anterior, o grau de importância da realização dos fins justifica o grau de restrição imposto ao direito fundamental em questão?

A resposta à primeira indagação é *positiva*. A exigência de autorização legislativa específica para a arbitragem parece constituir *medida adequada* à concretização do interesse público (aqui entendido como *interesse da coletividade*), pois além de conferir *juridicidade ao agir administrativo* (isto é, à participação do Estado em arbitragem com particular), recobre-o de *densidade democrática*.

Porém, trata-se de medida *desnecessária e desproporcional em sentido estrito*.

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 contrapõem 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

59 Supremo Tribunal Federal, Intervenção Federal 2.257-6 – São Paulo, Tribunal Pleno, publicada DJ de 1/08/2003. O trecho figura no voto-condutor do Ministro Gilmar Mendes.

60 Ver, a propósito: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 114.

atuais, a exigência de *autorização legislativa específica* se afigura exageradamente *legalista* e deve ceder aos imperativos da *eficiência administrativa*.

Deveras, no modelo gerencial de Administração Pública, a lei é apenas um meio de consecução de metas ou resultados de interesse público, inversamente ao que ocorre no superado modelo burocrático, em que existe um compromisso básico com o estrito e frio cumprimento da letra expressa da lei. O princípio da eficiência do agir administrativo insere-se nesse contexto, *flexibilizando os meios* utilizados pela Administração Pública para a realização de suas ações, como contrapartida de um aumento dos controles dos resultados por ela obtidos.<sup>61</sup> Eis os seus principais contornos doutrinários:

“Ora, quando se especula acerca da eficiência da administração pública, mesmo que na abordagem jurídica, se estará justamente espraiando a eficácia para o plano do dever ser, porque não vai se satisfazer – o conceito de eficiência, para as normas administrativas e assim para os procedimentos e toda a atividade – com a mera aplicação, ou mesmo com o cumprimento das normas, mas sim com a mais qualificada forma de cumprimento [das] normas, a mais perfeita *concretização*, utilizando uma vez mais a síntese genial de Miguel Seabra Fagundes para definir a função administrativa estatal, concebendo-se então a eficiência como o exaurimento das denominadas ‘possibilidades de eficácia’.”<sup>62</sup>

Assim, na esfera contratual, o recurso do Poder Público à arbitragem é perfeitamente consentâneo com o *princípio da eficiência*, sendo ela uma alternativa *menos custosa* para a Administração que o recurso ao Judiciário. Na análise de *custo-benefício* subjacente à concretização do *princípio da eficiência*, tanto de uma perspectiva *instrumental* como *pluridimensional*,<sup>63</sup> justifica-se o recurso à arbitragem porque, em princípio: (i) menos tempo será despendido na solução da controvérsia (evitando a eternização de demandas, tão comum nas lides que envolvem o Poder Público); (ii) as partes obterão uma decisão mais especializada, tendo em vista a presumível adequação entre a natureza da demanda e as qualificações pessoais dos

61 O artigo 37 da CRFB, com a redação dada pela Emenda Constitucional n 19, de 04.06.98, possui a seguinte dicção: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e *eficiência*, e, também ao seguinte: (...)”

62 WERNECK, Augusto. *Direito Administrativo e Direitos Fundamentais – Uma Abordagem do Princípio Constitucional da Eficiência dos Atos da Administração Pública*. In: BINENBOJM, G. (coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII (Direitos Fundamentais), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 382.

63 Na sua dimensão instrumental, o princípio da eficiência constitui um *mandado de otimização*, integrando-se aos demais princípios, sem se lhes sobrepor ou infirmar-lhes a validade. Sua perspectiva pluridimensional significa que a *eficiência* não deve ser reduzida à economicidade no uso dos recursos públicos, mas deve revelar, na medida administrativa, sua aptidão para desencadear os resultados pretendidos. Ver, a propósito: MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Jus Navigandi, Teresina, a. 5, n. 48, dez. 2000, disponível em: [www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=343](http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=343) (último acesso em 15 de março de 2005).

árbitros escolhidos; (iii) manter-se-á um clima mais cooperativo entre os contratantes, pois a via arbitral pressupõe nível mais reduzido de litigiosidade das relações.

Além disso, na arbitragem o grau de sacrifício imposto ao direito fundamental *à duração razoável do processo e à celeridade de seu trâmite* é sempre menor que nas hipóteses de sujeição do litígio ao Judiciário. Portanto, dentre meios igualmente adequados para promover o mesmo fim – isto é, o controle do agir administrativo no recurso à arbitragem – deve-se dar preferência ao meio menos gravoso à concretização do direito fundamental em questão, consistente naquele que dispensa a autorização legislativa específica.

Então, como consequência da *ponderação dos princípios* incidentes na questão, à luz da *máxima da proporcionalidade*, constata-se que a existência de normas legislativas não-específicas aliada aos princípios constitucionais diretores da conduta administrativa revestem de *juridicidade* o recurso do Poder Público à arbitragem. Refiro-me, especificamente, ao artigo 1º da Lei de Arbitragem, que, sem distinguir entre pessoas de direito público ou de direito privado, estendeu a autorização legislativa a todas as *pessoas capazes de contratar*. Evita-se assim a restrição indevida da atuação da Administração Pública, com exigências de difícil satisfação, que envolvem o Poder Legislativo e interesses políticos cambiantes, nem sempre voltados para o interesse da coletividade.

Por fim, ainda que tal exigência fosse *necessária*, certamente não passaria pelo teste de *proporcionalidade em sentido estrito*.

Como é fácil perceber, o benefício alcançado com o requisito da *autorização legislativa genérica* para a Administração submeter seus litígios à arbitragem compensa largamente o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico, de conferir legitimidade democrática à submissão dos entes públicos a mecanismos privados de solução de controvérsias. Em outras palavras, privilegiar os interesses burocráticos da Administração, antes que vantajoso ao interesse público, representa, em verdade, uma *medida contraproducente*. Quanto mais quando se sabe que a exigência de *autorização específica* é invocada geralmente *a posteriori* pelo Poder Público, em contextos que, além de revelar face menos nobre do Poder Público, caracterizam a *violação da boa-fé objetiva* e da *proteção da confiança legítima*, bem assim o *comportamento contraditório* da Administração, causando traumas profundos nas relações com os investidores privados.

Com efeito, na grande maioria dos casos em que o Poder Público invoca tal exigência, já existe uma *convenção de arbitragem* firmada com o particular.<sup>64</sup> O recurso à idéia de *legalidade estrita*, por conseguinte, visa subtrair o ente público de uma obrigação livremente assumida, em flagrante afronta à *boa-fé objetiva* e ao

64 São exemplos típicos o famoso *Caso Lage*, julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em 1974 (RTJ 68/382) e, mais recentemente, o caso COPEL v. UEG, em curso no Judiciário do Estado do Paraná. Para maiores detalhes sobre este último, vide: 3ª Vara de Fazenda Pública (Curitiba) – proc. nº 24.334, Tribunal de Justiça do Paraná – medida cautelar nº 0160213-7 e mandado de segurança nº 0161371-8; e, ainda, Revista Brasileira de Arbitragem nº 3, jul-set/2004, p. 170-187, e Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 4, janeiro-março de 2005, p. 199-206.

*princípio da confiança legítima*, que sujeitam as condutas administrativas. É natural, pois, que tal conduta (o *venire contra factum proprium*) deixe marcas indeléveis na reputação do Estado. Daí que, nesses casos, a exigência de autorização legislativa específica, além de inserir-se em contexto de comportamento contraditório do Poder Público representa, igualmente, *medida contraproducente e desproporcional em sentido estrito*. Ou seja: os custos ou desvantagens da medida superam, em muito, as suas poucas vantagens.

Compendiando as conclusões relativas a este tópico, conclui-se que o *princípio da legalidade administrativa*, ponderado com os demais princípios constitucionais incidentes no contexto da arbitragem entre a Administração e o particular (*princípios da eficiência, da boa-fé, da razoável duração do processo etc.*), não justifica a exigência de autorização legislativa específica para a Administração submeter-se a juízo arbitral.

*III.2. Arbitrabilidade objetiva: a regra da indisponibilidade do interesse público (e a conseqüente necessidade de prévia autorização legislativa para disponibilizar os direitos e interesses da Administração sujeitos à arbitragem) não se coaduna com o regime dos contratos administrativos. Nestes, o interesse público em jogo é o interesse próprio da pessoa estatal, traduzido em atos de gestão e suscetível de acerto através de solução arbitral.*

Outro argumento em desfavor da arbitragem funda-se na idéia de *indisponibilidade do interesse público*. Aqui também doutrina<sup>65</sup> e jurisprudência<sup>66</sup> convergem no sentido de sujeitar os interesses públicos e direitos a eles associados, mesmo de natureza contratual, a uma *presunção de indisponibilidade*. Para que se tornem disponíveis e possam sujeitar-se à arbitragem seria necessária uma *manifestação legislativa* afastando a presunção geral.<sup>67</sup>

65 BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Tomo II, p. 627-632, e autoridades ali citadas.

66 STF, RE 253.885/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 04/06/2002: “Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. (...)”. Vide o caso COPEL v. UEG, em curso no Judiciário do Estado do Paraná. Para maiores detalhes sobre este último, vide: 3ª Vara de Fazenda Pública (Curitiba) – proc. nº 24.334, Tribunal de Justiça do Paraná – medida cautelar nº 0160213-7 e mandado de segurança nº 0161371-8; e, ainda, Revista Brasileira de Arbitragem nº 3, jul-set/2004, p. 170-187, e Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 4, janeiro-março de 2005, p. 199-206.

67 BARROSO, Luís Roberto. *Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez*. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Tomo II, p. 628.

Sem dúvida, funda-se tal posição no paradigma clássico do direito administrativo, segundo o qual a *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* fundamenta e legitima todos os privilégios de natureza material e processual em favor da Administração, como a exigência de *autorização legislativa* que torne disponíveis direitos contratuais sujeitos à arbitragem.

Em direção oposta, no esquema teórico proposto pelo novo direito administrativo, a definição do que é interesse público (e de sua eventual supremacia sobre o interesse particular) deixa o arbítrio do Administrador para depender de *juízos de ponderação proporcional* entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados.<sup>68</sup> Traduzindo o exercício da função administrativa, o contrato administrativo também se vincula à satisfação de *direitos fundamentais*, como atesta a doutrina:

“(...) Os poderes atribuídos à Administração Pública pela lei ou derivados da própria avença se identificam como instrumento de satisfação de necessidades coletivas, como forma de promover os direitos fundamentais. Por isso, a própria situação do particular acaba funcionalizada. (...) a Administração Pública considera-se seu co-contratante como um colaborador voluntário, não desinteressado, cujos interesses, ainda que pecuniários, não são necessariamente opostos ao interesse bem entendido do Estado.”<sup>69</sup>

Tais valores e interesses constitucionais servem também para negar a antinomia entre interesses públicos e privados, pressuposta pela idéia de supremacia do interesse público em sua acepção clássica, pois ambos os interesses encontram-se enraizados na Constituição, de sorte que há uma “conexão estrutural” entre eles e não essa efetiva contradição.<sup>70</sup> O intérprete não pode se esquivar das especificidades de cada caso concreto, impondo *a priori* uma única e invariável relação de prevalência do interesse público. Tal atitude distancia-se do *princípio da proporcionalidade*, de imperativa observância.<sup>71</sup>

Portanto, resta saber se, *em princípio*, como defende a teoria clássica, sempre serão indisponíveis os direitos e interesses do Estado, materializados em contrato administrativo firmado com particular, ou se, ao contrário, o conjunto de direitos, liberdades e princípios consagrados na Constituição da República justifica a inversão desta equação, para o fim de estabelecer uma *presunção de disponibilidade* dos

68 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 8.

69 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 279-280.

70 BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. 239, p. 15-16.

71 *Ibidem*. p. 16-17.

direitos e interesses estatais regulados *contratualmente*. Esta segunda posição parece-nos mais defensável.

Em todo caso, a questão é vocacionada para um *juízo de ponderação*, à luz da *máxima da proporcionalidade*, e pode ser deduzida nos seguintes termos:

(I) a exigência de autorização legislativa específica para tornar disponíveis os direitos e interesses da Administração Pública disciplinados em contrato, a fim de submetê-los à arbitragem, constitui *medida adequada* a realizar o *interesse público* à luz dos princípios constitucionais aplicáveis?

(II) caso ultrapassada a etapa anterior, é lícito afirmar que constitui *medida necessária* aos fins a que se destina, ou existem meios alternativos a tal medida, também aptos à realização dos mesmos fins e menos gravosos aos princípios, valores e direitos colidentes?

(III) por fim, caso ultrapassada a etapa anterior, o grau de importância da realização dos fins justifica o grau de restrição imposto ao direito fundamental em questão?

Definitivamente, a exigência não é *adequada*, porque inadequado é o seu fundamento. A regra da indisponibilidade dos direitos e interesses do Estado objeto de contratos administrativos constitui reflexo da origem autoritária das relações entre a Administração e o particular. Como adverte Eros Grau, é errado “*relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração*”.<sup>72</sup> A ampliação do conceito de Estado Democrático de Direito gerou uma tendência à contratualização da atividade estatal, atenuando tal tradicionalismo. Segundo Marçal Justen Filho, “*os poderes públicos deixam de ser exercitados autoritariamente, e a democracia se manifesta como concordância das decisões públicas com os interesses concretos da comunidade*”.<sup>73</sup>

A *indisponibilidade como regra* deve recair apenas sobre uma parcela dos interesses públicos: aqueles referidos à sociedade como um todo. É útil, aqui, a distinção doutrinária entre *interesses públicos primários* e *secundários*: os primeiros são aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo: dignidade da pessoa humana, justiça, democracia, desenvolvimento econômico, proteção ao meio-ambiente etc.; já os segundos dizem respeito aos interesses *patrimoniais* do Estado ou suas entidades (interesse “fazendário”). Confirma-se o tema na visão de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“A indisponibilidade absoluta é a regra, pois os interesses públicos, referidos à sociedade como um todo, não podem ser negociados senão pelas vias

72 GRAU, Eros. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32 (2000), p. 15.

73 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 276-277.

políticas de estrita previsão constitucional. 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.  
(...)

Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza meramente instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tornaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime.  
(...)

São *disponíveis*, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão *patrimonial*, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais de modo a que estejam em condições de satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado.”<sup>74</sup>

Pela identidade de propósitos e fundamentos, o conceito de *interesse público primário* é correlato ao de *atos de império*, e o de *interesse público secundário* ao de *atos de gestão*. Tais categorias, centrais no Direito Internacional, distinguem os atos praticados pelo Estado enquanto ente soberano na esfera internacional, com a finalidade de sujeitá-los à jurisdição de um outro Estado, toda vez que tais atos possuam natureza privada (*iure gestionis*).<sup>75</sup> Reconhecendo o caráter costumeiro da *imunidade de jurisdição*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal passou a examinar, em cada caso concreto, a natureza dos interesses em jogo para estabelecer se Estado estrangeiro deve sujeitar-se ao Judiciário nacional.<sup>76</sup> Sem necessidade, por óbvio, de lei específica para determinar tal condição.

Portanto, a *exigência de lei específica* para tornar disponível o interesse ou direito contratual avençado pela Administração com particular, a fim de submetê-lo

74 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 226-228.

75 Vide, sobre o tema: SILVA SOARES, Guido Fernando. *Das Imunidades de Jurisdição e de Execução*. Rio de Janeiro: Forense, 1984; e MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *A Renúncia à Imunidade de Jurisdição pelo Estado Brasileiro e o Novo Direito da Imunidade de Jurisdição*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 584p.

76 Confira-se, a propósito, o *leading case* que estabeleceu a distinção entre atos de império e atos de gestão, para fins de sujeitar o Estado estrangeiro à justiça brasileira quando o litígio versar atos de gestão: STF, Apelação Cível nº 9.696 – SP, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 31.05.1989.

à arbitragem é *inadequada*, eis que tais interesses, por *secundários*, já são *disponíveis* por sua própria natureza. Assim, a medida não satisfaz *ab ovo* o teste da *proporcionalidade*.

Ainda que fosse adequada, a medida é *desnecessária*. Exigir, com a finalidade de submeter controvérsia contratual à arbitragem, *lei específica* que declare a disponibilidade administrativa de um direito ou interesse contratual da Administração, cuja própria natureza já indica tal qualidade, constitui excesso que pode perfeitamente ser substituído por meios menos gravosos aos fins de *celeridade e eficiência* a que se destina a via arbitral. Pense-se no juízo do próprio Administrador Público sobre a disponibilidade do direito objeto do contrato, e, em último caso, no crivo *a posteriori* do Judiciário.

Por fim, a exigência de autorização legislativa, ainda que fosse adequada e necessária, não passaria no teste da *proporcionalidade em sentido estrito*. De fato, as restrições que tal exigência impõe à Administração e às suas relações contratuais com particulares, com o propósito de exercer o controle legislativo de sua conduta, não condiz com a idéia de uma Administração paritária e consensual, que se submeta às mesmas regras e juízes que decidem os litígios entre particulares. Não condiz tampouco com a realização dos interesses finalísticos do Estado, dentre os quais figura o atendimento dos interesses privados de que seja titular, em posição de relativa igualdade com o particular. Lembre-se, aqui, da lição de Themístocles Cavalcanti:

“Parece-me que a Administração realiza muito melhor os seus fins e a sua tarefa, convocando as partes que com ela contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato perante o juízo arbitral, do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário ou prolongando o processo administrativo, com diligências intermináveis, sem um órgão diretamente responsável pela instrução do processo.”<sup>77</sup>

Em síntese do que se desenvolveu neste capítulo, podemos afirmar que a exigência de *autorização legislativa* para tornar disponíveis os direitos e interesses da Administração, consubstanciados em contrato administrativo firmado com particular, é incompatível com o sistema e os princípios postos na Constituição brasileira.

Assentada a densidade jurídico-constitucional da arbitragem como meio de solução de litígios entre particulares e a Administração Pública, sob o influxo fecundo desse novo modelo teórico, devemos igualmente utilizá-lo para interpretar as normas da Lei nº 11.079/2004 e da Lei nº 9.307/96 nas arbitragens envolvendo contratos de PPP.

Examinaremos a seguir, de um prisma eminentemente pragmático, alguns aspectos relevantes da arbitragem em contratos de PPP.

77 CAVALCANTI, Themístocles. Revista de Direito Administrativo, nº 45, p. 517. *Apud.* GRAU, Eros. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32 (2000), p. 15.



#### IV. Arbitragem em contratos de PPP: tópicos de interesse teórico e prático.

##### IV.1. A adoção da arbitragem pelo Administrador Público é facultativa; contudo, feita a escolha, é obrigatório que conste do edital de licitação.

No âmbito das PPP, nada obriga a Administração a adotar a *arbitragem* como modo de solução de controvérsias. A escolha da arbitragem deriva do exercício da *competência discricionária* do Administrador, e, uma vez realizada, deve observar a norma da Lei nº 11.079/2004, que regula a arbitragem nos contratos de PPP e exhibe a seguinte dicção:

“Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3 e 4 do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, *podendo* ainda prever:  
(...)”

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, *inclusive a arbitragem*, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”

A expressão literal da norma também indica que a utilização da arbitragem nas PPP não é *exclusiva*. Com efeito, na escala tradicional dos mecanismos privados de solução de controvérsias – isto é, os que não envolvem a entrega da disputa a determinado órgão estatal – são várias as etapas que as partes podem cumprir visando à solução do litígio, e tais etapas correspondem a distintos graus de contenciosidade e de envolvimento de um terceiro. Assim, o edital de licitação da PPP pode prever, antes e ao lado da arbitragem, outros meios amigáveis de solução de conflitos para os litígios decorrentes ou relacionados ao contrato, tais como a *conciliação* e a *mediação*.

Podem as partes em contrato de PPP celebrar convenção arbitral sem que o edital a tenha previsto? Em que pese a regra geral, que permite o ajuste da arbitragem *após* a celebração do contrato, mediante cláusula compromissória em separado (artigo 4º da Lei nº 9.307/96), parece inviável que a arbitragem em contrato de PPP seja prevista em momento posterior ao da publicação do *edital de licitação*.

Nas licitações, como se sabe, vigora o *princípio da vinculação ao instrumento convocatório*, segundo o qual a Administração se curva estritamente aos termos do edital, seja quanto a regras de fundo, seja quanto a normas de procedimento. Ao praticar atos em desconformidade com o edital, no curso ou após a licitação, a Administração poderá violar os princípios norteadores da atividade administrativa,

como a *legalidade*, a *moralidade* e a *isonomia*.<sup>78</sup> Desse modo, a celebração *a posteriori* de convenção arbitral, não prevista na minuta de contrato anexada ao edital de licitação pode vir de encontro a tais princípios, sendo passível de nulidade nos termos do artigo 41 da Lei nº 8.666/93.

#### IV.2. O Brasil é necessariamente o local da arbitragem (e da sentença arbitral).

A determinação do lugar da arbitragem é central para a definição da *nacionalidade* da sentença arbitral, à luz da Lei nº 9.307/96. Segundo ela, é *estrangeira* a sentença proferida *fora* do território nacional (artigo 34, § único), e tal condição determina, por conseguinte, a indispensabilidade de sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça (CF, artigo 105, I, “i”) para produzir quaisquer efeitos no Brasil.

A Lei das PPP estabeleceu, *imperativamente*, que a arbitragem seja realizada no Brasil (artigo 11, III, da Lei nº 11.079/2004). Assim, não apenas a *sentença arbitral* deve ser proferida no território nacional, mas todas as etapas do procedimento arbitral (instalação do tribunal, audiências etc.) devem ser aqui desenvolvidas. É evidente que, sendo necessária a produção de determinada prova no exterior, nada impede que os membros do tribunal se desloquem para o local de colheita da prova, colham-na e retornem ao Brasil para prosseguir nas etapas seguintes da arbitragem. Uma interpretação *razoável* da norma, sobretudo à luz dos *princípios da eficiência e da economia processual*, não proíbe que certos atos da arbitragem, se necessário, sejam praticados fora do Brasil, nem, por outro lado, exige que as partes recorram ao expediente da carta rogatória judicial (flagrantemente inadequado na esfera arbitral) para solicitar o auxílio de autoridades estrangeiras para a realização de atos do processo arbitral em outro país.

Embora a fixação obrigatória do Brasil como *local da arbitragem* possa parecer, à primeira vista, exageradamente nacionalista ou xenófoba, no fundo não representa qualquer ameaça para o investidor estrangeiro. Tampouco implica em desserviço ao parceiro público. Na verdade, guarda analogia com a *prerrogativa de foro* prevista no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93 e permite que aqui no Brasil se exerça, eventualmente, o controle judicial do procedimento arbitral.

Para o investidor estrangeiro, é evidente a vantagem de submeter-se à arbitragem no Brasil. Lembre-se, em primeiro lugar, que o Brasil não é parte na *Convenção sobre Solução de Controvérsias relativas a Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados* (Washington, 1965), nem ratificou os vários convênios bilaterais sobre o assunto, assinados com diversos países, o que eventualmente permitiria ao Estado brasileiro alegar, perante o tribunal arbitral estrangeiro, sua *imunidade de jurisdição*. Em segundo, a arbitragem realizada no Brasil pode contar com *árbitros estrangeiros* e assumir o caráter de *arbitragem internacional* (cujo exame se fará adiante). Por fim, caso a sentença arbitral condene a Administração Pública ao pagamento de quantia em dinheiro, sua execução recairá sobre os bens e direitos

<sup>78</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 395.

dados em *garantia*, na forma do artigo 8º da Lei nº 11.079/2004 (em que pese sua duvidosa constitucionalidade).<sup>79</sup> Sendo inviável invocar as garantias afetadas ao empreendimento objeto da PPP, a execução da sentença far-se-á segundo o regime de precatórios (artigo 100 da Constituição) perante o órgão competente do Poder Judiciário.

De outra banda, saindo o parceiro público vencedor da demanda arbitral travada contra o investidor estrangeiro, seu título executivo poderá beneficiar-se da vasta rede de tratados e convenções que facilitam a circulação internacional das sentenças arbitrais, dentre os quais se destaca a *Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras* (Nova York, 1958), vigente em 136 países, inclusive o Brasil.<sup>80</sup> Além desta, estão em vigor no Brasil a *Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros* (Montevideu, 1979)<sup>81</sup> e o *Protocolo do Mercosul de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa* (Las Leñas, 1992).<sup>82</sup> Portanto, em virtude dos tratados e convenções que o Brasil ratificou, a sentença arbitral aqui proferida contra o investidor estrangeiro goza de ampla *efetividade* no plano internacional.

Em suma, não há prejuízo para o investidor privado estrangeiro, nem desvantagem para a Administração, que a arbitragem seja realizada obrigatoriamente no território nacional.

#### IV.3. *Peculiaridades da arbitragem internacional em contratos de PPP.*

A Lei nº 9.307/96 não prevê um regime jurídico distinto para as arbitragens internacionais realizadas no Brasil. Tampouco define os contornos da arbitragem internacional, o que exige recurso aos precedentes doutrinários e jurisprudenciais para distingui-la da *arbitragem interna*. Nesse sentido, para qualificar-se como *internacional*, a arbitragem deve envolver relação jurídica *subjetivamente* internacional – ou seja, ter partes domiciliadas em países diversos — ou conter algum elemento *objetivo* de estraneidade: o local de sua constituição, do cumprimento da prestação etc.<sup>83</sup>

Se, de um lado, a ausência de disciplina da arbitragem internacional na Lei nº 9.307/96 não impede a sua realização no Brasil, com amplo espaço para a autonomia

79 Vide, sobre o tema, nesta obra coletiva: BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição.

80 Para o texto e *status* da Convenção de Nova York, vide o website da UNCITRAL: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org) (último acesso: 17 de agosto de 2005).

81 Para o texto e *status* da Convenção de Montevideu, vide o website da OEA: [www.oas.org](http://www.oas.org) (último acesso: 17 de agosto de 2005).

82 Para o texto e *status* do Protocolo de Las Leñas, vide o website do MERCOSUL: [www.mercosul.org.uy](http://www.mercosul.org.uy) (último acesso: 17 de agosto de 2005).

83 Sobre o tema a bibliografia internacional é vasta. Particularmente sobre a arbitragem internacional envolvendo o Estado e suas sub-divisões, vide o *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 15/No. 2 – Fall 2004, que contém vários artigos sobre a matéria.

da vontade das partes, de outro, cria lacuna jurídica sobre as *especificidades* da arbitragem internacional,<sup>84</sup> a ser colmatada pela analogia, pelos costumes e princípios gerais de direito, na forma do artigo 4º da Lei de Introdução do Código Civil (LICC).

Em arbitragem associada a contrato de PPP e que envolva o poder concedente e o concessionário, o elemento *subjetivamente* internacional pode estar na circunstância do controle estrangeiro do consórcio contratado para desenvolver o objeto da PPP. E isso sem embargo de a sociedade de propósito específico (SPE), constituída para implantar e gerir o objeto da parceria (artigo 9º da Lei nº 11.079/2004), possuir sede e administração no Brasil.<sup>85</sup> Poderá a arbitragem, ainda, conter elemento *objetivamente* internacional se o litígio versar questões relativas ao financiamento do objeto da PPP por bancos estrangeiros, com securitização de recebíveis mediante a emissão de títulos no mercado internacional. Em casos que tais, os árbitros poderão aplicar o *direito estrangeiro* à causa, bem como os *princípios gerais de direito*, os *usos e costumes*, e as *regras internacionais de comércio* (artigo 2º, § 2º, da Lei nº 9.307/96).

Todavia, é importante lembrar que, segundo a Lei nº 9.307/96,<sup>86</sup> a sentença proferida em arbitragem internacional realizada no Brasil é *sentença nacional*, que independe de homologação pelo STJ (CF, artigo 105, I, “i”).

#### IV.4. O emprego obrigatório da língua portuguesa na arbitragem não exclui a utilização de outra(s) línguas.

Embora a exigência de utilização da *língua portuguesa* nos procedimentos arbitrais associados a contratos de PPP possa causar certo desconforto a investidores e árbitros estrangeiros, não nos parece que a norma do artigo 11, III, da Lei nº 11.079/2004 vá além disso, configurando violação ao *princípio da proporcionalidade* em razão de não atender a qualquer finalidade razoável.

Ainda que *obrigatória*, a língua portuguesa pode não ser a *única* utilizada em arbitragem internacional associada a contrato de PPP. Aliás, é freqüente em tais arbitragens que se use mais de uma língua, tendo em vista as nacionalidades das partes e dos árbitros. Confira-se, apenas a título de ilustração, o artigo 16 do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI):

84 Sobre as *especificidades* da arbitragem internacional, vide: DAVID, René. *L'Arbitrage dans le Commerce International*. Paris: Economica, 1982; REDFERN, A. e HUNTER, M. *Droit et Pratique de l'arbitrage commercial international*. 2ème éd., Paris: LGDJ, 1994; FOUCHARD, P., GAILLARD, E e GOLDMAN, B. *Traité de l'arbitrage commercial international*. Paris: Litec, 1996; CASELLA, Paulo (coord.). *Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999; ALMEIDA, Ricardo R. (coord.). *Arbitragem Interna e Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

85 Caso a SPE adote a forma de *sociedade anônima*, sua nacionalidade brasileira será determinada na forma do artigo 60 do Decreto-lei 2.627/40, mantido pela Lei nº 6.404/76 e, nos demais casos, na forma do artigo 1.126 do novo Código Civil.

86 Lei 9.307/96, art. 34, parágrafo único.

## “Artigo 16

### Idioma da arbitragem

Inexistindo acordo entre as partes, o Tribunal Arbitral determinará o idioma ou os idiomas do procedimento arbitral levando em consideração todas as circunstâncias relevantes, inclusive o idioma do contrato.”

Sendo igualmente *obrigatório* que a arbitragem se realize no Brasil, a exigência relativa à *língua portuguesa* não parece extrapolar os limites da razoabilidade. Aqui também o eventual controle judicial do procedimento e da sentença arbitral figuram como maiores beneficiários de tal exigência. Por outro lado, nada impede que a arbitragem se desenvolva *também* noutra língua, para atender às necessidades da parte estrangeira ou dos árbitros de outra nacionalidade.

*IV.5. O problema da confidencialidade: na arbitragem de contratos administrativos, é imperativo conferir publicidade, ainda que mitigada, ao procedimento e decisões arbitrais.*

O agir administrativo é informado pelo *princípio da publicidade* (CF, artigo 37, *caput*), que representa a garantia de conhecimento, pela população, dos atos praticados pelo Poder Público. Ao exigir *transparência* na conduta do Administrador, a Constituição busca inviabilizar o sigilo das escolhas administrativas, que viola o princípio republicano e democrático. Desse modo, a publicidade também possui caráter educativo, pois “*desincentiva irregularidades, especialmente em vista da ampliação da possibilidade de repressão a ilícitos e desvios*”.<sup>87</sup>

Por outro lado, constitui característica da *arbitragem* a possibilidade de as partes imporem *sigilo*, tanto ao procedimento quanto às suas decisões (ao reverso do que ocorre, de regra, nas ações judiciais, em virtude do artigo 93, IX, da Constituição).

Como, então, conciliar tais posições? Carlos Alberto Carmona propõe, com a correção e simplicidade habituais, o seguinte:

“Por fim, deve ser exorcizado um último fantasma que assombra a arbitragem nas relações de que participa a Administração Pública, a saber, a privacidade das decisões. Em outros termos: considerando-se que um dos princípios que deve reger a Administração é a transparência e a publicidade dos atos administrativos, como conciliar o sigilo – vantagem reconhecida da arbitragem, que torna confidencial todo o procedimento – e a publicidade que deve reger os procedimentos da Administração? Parece-me, francamente, um falso dilema, já que o sigilo é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral. É evidente que, diante dos diversos mecanismos de controle que o Estado estabelece para prestar contas aos cidadãos de tudo

87 FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 65.

quanto foi feito para garantir o interesse público (a publicidade garante o maior de todos os controles, ou seja, o controle popular), não se pode garantir sigilo absoluto na arbitragem de que participe o Estado, sem que isso implique a impossibilidade de utilizar-se o mecanismo para resolver questões que possam interessar ao público. A solução de compromisso, neste ponto, é de rigor: o princípio da transparência deve ser respeitado, dando-se acesso aos interessados à decisão e aos atos essenciais do processo arbitral (quando necessário), preservando-se, porém, o sigilo dos debates e a confidencialidade dos documentos que instruíram o processo arbitral.”<sup>88</sup>

Tal é, igualmente, a postura adotada por tribunais estrangeiros (Austrália e Suécia) e internacionais (NAFTA), que deixaram de sustentar o velho dogma da confidencialidade como elemento substancial da arbitragem.<sup>89</sup> A *High Court of Australia*, por exemplo, decidiu que a arbitragem, embora *privada*, não era confidencial para as partes. Segundo a decisão, a *confidencialidade* não representa “um atributo essencial de uma arbitragem privada, que imponha a obrigação de cada uma das partes não revelar dados sobre o procedimento nem documentos e informações providos para os fins da arbitragem.”<sup>90</sup>

Em suma: não há antagonismo entre *publicidade* e *arbitragem*, cabendo à Administração, ao elaborar o edital de licitação e a minuta de contrato de PPP, determinar que o procedimento arbitral e suas decisões não serão sigilosas, mas, apenas, os aspectos da arbitragem que *razoavelmente* devam ser preservados da divulgação pública.

#### IV.6. A proibição de cláusula de eleição de foro nos contratos de PPP

Embora aparente o contrário, a *cláusula de arbitragem* e a *cláusula de eleição de foro* não constituem mecanismos reciprocamente excludentes de estabilização dos contratos. Em princípio, servem a propósitos distintos: a primeira afasta o Judiciário da solução do litígio, entregando-a a árbitros indicados pelas partes, enquanto a segunda fixa a competência de certo órgão judicial para a demanda, com exclusão dos demais.

Porém, no contexto da arbitragem *ambas as cláusulas podem e devem* coexistir. Em determinadas ocasiões os árbitros – que não têm o *poder de coerção* das autoridades judiciárias estatais – precisam recorrer ao Judiciário para tornar *efetivas*

88 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 67.

89 Sobre o tema, vide ARROYO, Diego P. F. *Los Dilemas del Estado Frente al Arbitraje Comercial Internacional*. Revista Brasileira de Arbitragem, nº 5, janeiro-março de 2005, p. 122-123; e JIMÉNEZ, M. Romero. *Es la confidencialidad un principio generalmente aplicado a los arbitrajes comerciales internacionales?* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, nº 15, 2004, p. 202-206.

90 Sobre o caso, vide CAIRNS, David J. A. *Confidentiality and State Party Arbitrations*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 4, janeiro-março de 2005, p. 133-141.

as suas medidas (cautelares incidentais, de condução forçada de testemunhas etc.). Noutras situações, a própria parte tem de recorrer ao Judiciário, *antes de instaurada a arbitragem*, para requerer medida de preservação de seus direitos (arresto, seqüestro, indisponibilidade de bens etc.) que assegure a eficácia prática da futura decisão arbitral,<sup>91</sup> como atesta a jurisprudência:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – CAUTELAR DE SUSTAÇÃO DE PROTESTO – JUÍZO ARBITRAL – INSTAURAÇÃO. Não obstante a eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos, a ação cautelar de sustação de protesto, se ainda não instaurado o juízo arbitral, poderá ser ajuizada perante juiz estatal, que, comunicado da instauração do juízo arbitral, providenciará a remessa dos autos para a devida apreciação da manutenção ou não da tutela concedida.”<sup>92</sup>

Em situações ordinárias, é útil que o contrato preveja um *foro de eleição* (artigo 111 do CPC), coincidente com o *local da arbitragem*, e que será o competente para apreciar e julgar tais medidas. Contudo, se um dos contratantes é a Administração Pública, a própria lei de licitações já prevê o foro competente, que é o *foro da sede da Administração* (artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93).<sup>93</sup>

Assim, a cláusula de eleição de foro, embora compatível com a convenção de arbitragem, *não tem lugar nos contratos de PPP*, pois a norma do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.666/93 fixa a competência do foro da sede da Administração para os litígios porventura oriundos do contrato, *insuscetíveis de resolução pela via arbitral*.

#### IV.7. Arbitragem de direito ou de equidade?

O artigo 2º da Lei nº 9.307/96 permite que *as partes* autorizem os árbitros a julgarem a causa por *equidade*. Tendo em vista as peculiaridades que cercam o agir administrativo, é lícito ao edital de licitação autorizar que os árbitros resolvam questão contratual de PPP por *equidade*? Parece-me que não, pelas razões seguintes.

Embora o *princípio da legalidade administrativa* não deva ser entendido como *vinculação* da conduta administrativa à *lei positiva*, não quer dizer, tampouco, que o Poder Público pode conduzir-se sem observar o Direito. Daí que, sendo a decisão

91 Sobre o tema, vide: BERMUDEZ, Sérgio. *Medidas Coercitivas e Cautelares no Processo Arbitral*. In: BATISTA MARTINS, Pedro A. e GARCEZ, José Maria R. (coord.) *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002, p. 276 e seguintes; CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 265-271.

92 TAMG — 4ª CC – Agravo de Instrumento nº 410.533-5, Rel. Juiz Alvimar de Ávila, j. em 27.08.2003. Disponível na Internet: [http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao\\_2003/sec-civ4/2003\\_08/4105335.doc](http://www.ta.mg.gov.br/acordaos/acordao_2003/sec-civ4/2003_08/4105335.doc).

93 A norma exige a seguinte dicção: “§ 2º — 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.”

arbitral vinculante para o poder concedente, no âmbito das PPP, não pode ela deixar de ostentar caráter de norma *jurídica* pelo fato de haver sido proferida por equidade.

Não se está, aqui, a condenar a *equidade*; ao contrário, reconhecemos a sua importância como alternativa ao julgamento conforme as regras do direito estrito, e que, aliás, foi exemplarmente destacada por Miguel Reale:

“Os romanos advertiam, com razão, que muitas vezes a estrita aplicação do Direito traz conseqüências danosas à justiça: *summum jus, summa injuria*. Não raro, pratica injustiça o magistrado que, com insensibilidade formalística, segue rigorosamente o mandamento do texto legal. (...) Há caso em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real.”<sup>94</sup>

A expressão *julgamento por equidade* expressa a idéia de equidade substitutiva, ou seja, de autorização para que o árbitro deixe de lado as normas de direito posto e julgue segundo o que lhe pareça justo no caso concreto. Adverte Carlos Alberto Carmona que, numa visão realista, a arbitragem *ex aequo et bono* sujeita as partes a sérios riscos, pois o que parece justo a elas pode não parecer ao árbitro (e vice-versa). Assim, “*podendo ser negligenciadas limitações legais e regras de direito material, a decisão assemelha-se a um verdadeiro barril de pólvora, sobre o qual placidamente resolvem sentar-se as partes!*”<sup>95</sup>

Em suma: o julgamento por equidade não se coaduna com a observância, pela Administração Pública, do *princípio da legalidade*, além de representar risco para a previsibilidade jurídica da decisão a ser proferida, por árbitros, em relação ao contrato de PPP. Por conseguinte, a arbitragem envolvendo tais contratos deve ser *rigorosamente de direito*.

#### *IV.8. O direito aplicável na arbitragem internacional envolvendo contratos de PPP.*

O problema da escolha do direito aplicável ao contrato internacional, ou, no jargão técnico-jurídico, da *autonomia da vontade* das partes nos contratos internacionais permanece irresolvido tanto em doutrina como na jurisprudência, gerando um deletério clima de incerteza entre os advogados, juízes e demais operadores do direito.<sup>96</sup>

94 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 299.

95 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo – Um Comentário à Lei nº 9.307/96*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 76-77.

96 Sobre o tema, vide: ARAÚJO, Nadia. *Contratos Internacionais – Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004; GRANDINO RODAS, João. *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais*. In: GRANDINO RODAS, João (coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª



Contudo, tal percepção já não vigora em relação aos contratos internacionais sujeitos à *arbitragem*, pois o artigo 2º da Lei nº 9.307/96 albergou expressamente tal autonomia:

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

§ 1º *Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos costumes e à ordem pública.*

§ 2º *Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.”*

Aplicando a norma a *contrato internacional de agência* (representação comercial), o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo reconheceu a eficácia da autonomia da vontade em sede de arbitragem, prestigiando o direito francês escolhido pelas partes, mas consignou, de outro lado, que tal eleição seria inválida em juízo, segundo o artigo 9º da LICC.<sup>97</sup> Deveras, o tribunal apenas tornou patente o paradoxo: no ordenamento brasileiro, é o *modo de solução de controvérsias* que determina o império da autonomia da vontade ou a sua negação, e não a natureza contratual da relação jurídica.

Em face da especificidade da arbitragem internacional em contratos de PPP, parece não haver lugar para a *vedação, a priori*, da aplicação eventual das regras de um direito estrangeiro ou internacional na arbitragem.<sup>98</sup> Tampouco parece adequado estabelecer, no próprio edital de licitação ou na minuta de contrato de PPP, que os

ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 43-49; DOLINGER, Jacob. *O Direito Internacional e a sua Aplicação pelo Direito Brasileiro: Atualidades e Perspectivas – Perspectivas do Direito Internacional Privado*. In: MENEZES, Wagner (org.). *O Direito Internacional e o Direito Brasileiro – Homenagem a José Francisco Resek*. Ijuí: Editora Unijuí, 2004, p. 880-881; e GAMA E SOUZA JR., Lauro. *Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais no Direito Internacional Privado Brasileiro*. In: BARROSO, L. R. e TIBÚRCIO, C. (coord.). *Estudos em homenagem a Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005 (no prelo).

97 I TACSP – Agravo de Instrumento nº 1.111.650-0 – Agravtes: Total Energie, S.N.C e outra – Agravda: Thorey Invest Negócios Ltda. – Rel. Juiz Waldir de Souza José. Ao analisar a alegação de *invalidade da cláusula de eleição do direito francês*, a decisão textualmente afirma: “Da mesma forma não há invocar-se a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese. Como a lei nº 9.307/96, em seu art. 2º, permite que as partes possam livremente escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, não se verifica o impedimento argüido. Pela mesma razão não se vislumbra vício em haver previsão de que seja com base no direito francês que os árbitros venham a resolver a pendenga.”

98 Sobre a especificidade da arbitragem comercial internacional, vide: LEE, João Bosco. *A especificidade da arbitragem comercial internacional*. In: CASELLA, Paulo (coord.). *Arbitragem – lei brasileira e praxe internacional*. 2ª ed., São Paulo: LTr, 1999, p. 176-204.

árbitros aplicarão *unicamente* o direito brasileiro, pois o caso concreto poderá exigir, além dele, a aplicação de sistema jurídico diverso, especialmente quando envolver parceiro privado ou outro ator estrangeiro.

Tendo em vista a permissão legal do artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei nº 9.307/96, a minuta de contrato de PPP constante do instrumento convocatório pode, simplesmente, estabelecer a possibilidade de os árbitros aplicarem, no julgamento da causa, o *direito brasileiro* e, se necessário, *normas estrangeiras e internacionais*, justificando tal aplicação segundo as circunstâncias do caso concreto e as regras de Direito Internacional Privado pertinentes.

#### IV.9. A arbitragem multiparte.

Se a arbitragem envolver mais de uma parte em cada pólo da relação jurídica, a constituição do tribunal arbitral dependerá do acordo de *todos* os interessados, mediante *convenção de arbitragem multiparte*. Sem previsão na Lei nº 9.307/96, tal circunstância envolve aspectos semelhantes aos do *litisconsórcio*, fenômeno processual regulado pelos artigos 46 a 49 do CPC, em duas modalidades: o litisconsórcio facultativo e o necessário.

Assim, se ocorrer hipótese de litisconsórcio *necessário*, isto é, se existir expressa determinação legal ou a solução do litígio exigir o envolvimento de todos os sujeitos de uma relação ou situação jurídica com pluralidade de sujeitos, a arbitragem do contrato de PPP terá de envolver todos os interessados, *necessariamente*, sob pena de nulidade da sentença arbitral. Em casos que tais, deverá o árbitro, diante da impossibilidade de todos os envolvidos aderirem à convenção de arbitragem, encerrar o procedimento sem julgamento de mérito, por falta de integração da convenção de arbitragem.<sup>99</sup>

Nos casos em que o litisconsórcio for *facultativo*, os árbitros somente poderão julgar o litígio relativamente às partes que subscreveram a *convenção de arbitragem*, não sendo lícito, em princípio, estender os seus efeitos a pessoas que a ela não se vincularam espontaneamente.

Arnoldo Wald, em estudo sobre arbitragem envolvendo *grupos societários e contratos conexos*, traz a posição da jurisprudência arbitral sobre o tema (especificamente, da *Câmara de Comércio Internacional*) favorável à possibilidade de *extensão da cláusula de arbitragem a partes não-signatárias* no caso de integrarem a cadeia de controle da contratante ou, ainda, de serem parte em contratos conexos. Em alguns casos, para que ocorra a ampliação dos efeitos da cláusula, os seguintes requisitos devem ser observados: a) a sociedade tem de haver desempenhado papel ativo nas negociações das quais decorreu o contrato a que se refere a cláusula compromissória; b) a sociedade deve estar envolvida, ativa ou passivamente, na

99 Sobre o tema, vide: THEODORO JR. Humberto. *Arbitragem e terceiros – Litisconsórcio fora do pacto arbitral – Outras intervenções de terceiros*. In: BATISTA MARTINS, Pedro e GARCEZ, José M. R. (orgs.). *Reflexões sobre Arbitragem*. São Paulo: LTr, 2002.

execução do contrato a que se refere a cláusula compromissória; e c) a sociedade deve ter sido representada, efetiva ou implicitamente, no negócio jurídico.<sup>100</sup>

À luz do direito brasileiro, o problema não oferece resposta simples, mas dependente da análise das peculiaridades de cada caso concreto. De um lado, para a validade da cláusula arbitral, a lei e os tribunais exigem a vinculação *por escrito* do contraente, tendo em vista que a sujeição da parte à arbitragem repousa na sua válida manifestação de vontade.<sup>101</sup> De outro, o *tratamento unitário* de questões relativas a contratos conexos é, muitas vezes, indispensável, razão por que a submissão de parte das questões ao juízo arbitral e de outra parte ao juízo estatal, concomitantemente, pode resultar em decisões contraditórias, se não teratológicas.

#### *IV.10. Arbitragem ad hoc ou institucional em contratos de PPP: vantagens e desvantagens.*

Em geral, a escolha entre uma arbitragem *ad hoc* ou *institucional*, com o suporte de entidade especializada em dar suporte a procedimentos arbitrais, depende das circunstâncias do caso concreto.

Dentre as vantagens da arbitragem institucional destacam-se: (i) a existência de lista de árbitros criteriosamente elaborada; (ii) tabela de custas e honorários de árbitros previamente conhecida; (iii) oferta de estrutura administrativa, com secretariado, equipamentos e outras facilidades; e (iv) possibilidade de utilização de regras procedimentais pré-estabelecidas, geralmente inspiradas de outras instituições e testadas em outros casos. Em algumas instituições há, igualmente, painéis para revisão dos laudos, no que diz respeito ao seu aspecto formal.

As arbitragens *ad hoc*, embora possam ser mais custosas, às vezes são mais adequadas a questões complexas, nas quais as partes já conhecem o perfil do árbitro que desejam indicar e possuem estrutura administrativa adequada para a realização de todas as etapas do procedimento, podendo dispensar a supervisão de uma instituição arbitral.

O artigo 5º da Lei nº 9.307/96 admite amplamente a remissão feita na convenção de arbitragem às regras de alguma *instituição arbitral*. A maioria das instituições arbitrais brasileiras ainda possui pouca experiência na matéria, em virtude do desestímulo que prestou à arbitragem o direito brasileiro anterior à Lei nº 9.307/96. Algumas, porém, vêm julgando número importante de casos por ano, como o *Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*.

100 WALD, Arnoldo. *A arbitragem, os grupos societários e os conjuntos de contratos conexos*. Revista de Arbitragem e Mediação. ano 1, nº 2, maio-agosto de 2004, p. 34-59, esp. p. 36.

101 Contudo, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida na SEC 856 (Rel. Min. Carlos A. Direito) mitigou tal exigência. Confira-se a ementa do julgado: "Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. (...)".

Note-se que a reputação e idoneidade das câmaras arbitrais repousa na seriedade destas instituições no meio jurídico e, também, noutros meios profissionais, bem como na respeitabilidade de seus dirigentes e dos árbitros integrantes de seus quadros. Por exemplo, a *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas*, embora jovem, conta com dirigentes experientes e árbitros de excelente nível técnico e ético.

Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá	Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem	CAMARB Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil	Câmara de Comércio Internacional (CCI) – Seção brasileira
Origem			
Câmara de Comércio Brasil-Canadá (São Paulo)	Fundação Getúlio Vargas (Rio de Janeiro)	Entidades empresarias, comerciais e jurídicas de Minas Gerais-	Câmara de Comércio Internacional (Paris)
Experiência			
Nacional/Internacional	Nacional	Nacional/Internacional	Internacional
Tabela de custas e honorários			
Consultar website: <a href="http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp">www.ccbc.org.br/arbitragem.asp</a>	Consultar website: <a href="http://www2.fgv.br/camarafgv">www2.fgv.br/camarafgv</a>	Consultar website: <a href="http://www.camarb.com.br">www.camarb.com.br</a>	Consultar website: <a href="http://www.iccwbo.org/index_court.asp">www.iccwbo.org/index_court.asp</a>
Quadro de Árbitros			
Excelente	Excelente	Excelente	Não disponível
Localização			
São Paulo	Rio de Janeiro	Belo Horizonte	Rio de Janeiro

#### V. À guisa de conclusão: cuidados na redação de cláusula compromissória em minuta de contrato de PPP.

Em primeiro lugar tenha-se em mente que, de modo geral, a jurisprudência brasileira vem consagrando a *eficácia negativa* da convenção de arbitragem e afastando Judiciário da solução do litígio, exceto nas hipóteses em que a colaboração do juiz estatal é indispensável para o desenvolvimento da arbitragem.<sup>102</sup>

Ademais, o artigo 8º da Lei nº 9.307/96 assegurou à cláusula compromissória *autonomia* em relação ao restante do contrato. Seu parágrafo único albergou a regra da *kompetenz-kompetenz*,<sup>103</sup> conferindo aos árbitros o poder de estatuir sobre a sua

102 Vide, dentre outros julgados: TJDF – 1ª Turma — Agravo de Instrumento nº 121.025 – j. 25.10.1999 – Rel. Des. Nancy Andrichi; TAMG – 5ª CC – Apelação Cível nº 393.297-8 – j. 15.5.2003 – Rel. Juiz Marine da Cunha; STJ – 3ª Turma — REsp 450.881-DF – j. 11.04.2003 – Rel. Min. Castro Filho; TJSP – 5ª Câmara de Direito Privado – Agravo de Instrumento nº 245.411-4/0 – j. 12.6.2003 – Rel. Des. Rodrigues de Carvalho.

103 Sobre o tema, vide STJ – 4ª Turma – Agravo Regimental no AI nº 481.023 – MG – j. 18.12.2003

própria competência e decidirem questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

A natureza *contratual* da cláusula compromissória impõe, por parte dos contratantes, a observância do *princípio da boa-fé* (artigo 422 do Código Civil), que se desdobra na *proibição de comportamento contraditório* (*venire contra factum proprium*) e na *proteção da confiança legítima*.

Para que a escolha das partes revista-se de previsibilidade e segurança jurídica, é aconselhável que a minuta de contrato de PPP contenha uma *cláusula cheia* de arbitragem,<sup>104</sup> na qual estejam disciplinadas matérias essenciais à constituição e desenvolvimento do juízo arbitral, como: a) o número de árbitros (sempre ímpar, usualmente três) e a forma de eleição do presidente do tribunal arbitral; b) a utilização de instituição arbitral e de seu regulamento de arbitragem; ou, na ausência de tal estipulação, a repartição entre as partes das incumbências relativas à estruturação do tribunal arbitral e ao estabelecimento de suas regras de procedimento; c) o adiantamento das despesas da arbitragem e dos honorários dos árbitros; d) o local da arbitragem (dentro do território brasileiro) e tudo o mais que seja peculiar ao objeto do contrato.

Por fim, lembre-se que a arbitragem, pelo lado da Administração Pública, concretiza o *princípio da eficiência* (art. 37, *caput*, da Constituição), que lhe impõe um *dever de otimização dos recursos públicos* (um máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos) e um *dever de eficácia administrativa* (os fins buscados pela Administração devem ser realizados segundo o menor custo econômico possível).<sup>105</sup>

Considerando que a definição do interesse público, à luz dos princípios e valores alicerçados na Constituição, deve se realizar diante do caso concreto, e não se devendo *a priori* determinar a supremacia do interesse público/interesse coletivo sobre o interesse particular, impõe-se reconhecer que é do *interesse público*:

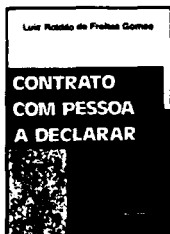
- a) garantir relações contratuais equilibradas e sadias com parceiros privados;
- b) promover a credibilidade das instituições nacionais junto a investidores estrangeiros;
- c) assegurar a todos uma solução rápida e eficiente para os litígios, inclusive aqueles que envolvam os entes estatais;
- d) sujeitar seus conflitos com investidores estrangeiros a mecanismos não-estatais de solução de litígios, que não integrem, portanto, a própria do Estado cujo interesse se acha em conflito com o do investidor estrangeiro.

– Rel. Min. Fernando Gonçalves, e o comentário à decisão: ASSIS, João Affonso. *A nulidade de cláusula arbitral. Os princípios da autonomia da cláusula compromissória e da kompetenz-kompetenz*. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, nº 4, janeiro-março 2005, p. 239-245. Vide também: TJPR – 1ª CC – Agravo de Instrumento nº 174.874-9 – Agrvte: Energética Rio Pedrinho S/A e outro – Agrvda: Copel Distribuidora S/A – Rel. Juiz Conv. Fernando César Zeni.

<sup>104</sup> Sobre o tema e a distinção entre *cláusula cheia* e *cláusula vazia*, vide TJSP – 7ª Câmara de Direito Privado – Apelação Cível nº 296.036-4/4 – j. 17.12.2003 – Rel. Sousa Lima.

<sup>105</sup> Marçal Justen Filho, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-86.

## **Contrato com Pessoa a Declarar**



**Luiz Roldão de Freitas Gomes**

Ref. 0073  
Brochura  
300 págs.  
Form. 14x21  
1994  
ISBN 85-7147-215-7

Como prefacia o Professor Caio Mário da Silva Pereira, esta brilhante obra enfrenta com segurança o grande problema da natureza jurídica do contrato com pessoa a declarar, apresentando as linhas fundamentais deste polêmico contrato, distinguindo-o de figuras afins, traçando-lhe os contornos históricos e comparativos e estudando os seus requisitos, a sua natureza, suas formas e modalidades e os seus efeitos.

## **Curso de Direito Civil – Direito das Sucessões**

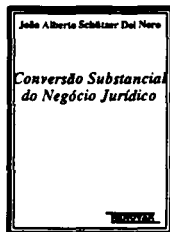


**Antônio Elias de Queiroga**

Ref. 0531  
Brochura  
296 págs.  
Form. 14x21  
2005  
ISBN 85-7147-467-2

Todas as matérias que compõem esse vasto ramo do Direito foram cuidadosamente examinadas. O autor procurou dar resposta às diversas questões controvertidas que o legislador nos legou com o Código Civil de 2002. Caberá aos tribunais, como intérpretes derradeiros das leis, decidir sobre o acerto ou não das posições adotadas. Este livro, a exemplo dos anteriores lançados pelo autor, é um compêndio voltado para a didática e a praticidade.

## **Conversão Substantial do Negócio Jurídico**

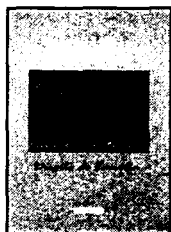


**João Alberto Schützer Del Nero**

Ref. 0299  
Brochura  
480 págs.  
Form. 13,5x21  
2000  
ISBN 85-7147-237-8

Esta obra, ao tratar da conversão – instituto posto a meio caminho entre as exigências formais do Direito e as exigências substanciais da Justiça –, preenche uma lacuna na literatura jurídica nacional. O autor examina os antecedentes históricos da conversão, estendendo-se, em seguida, sobre o direito alemão, desembocando em rigorosa conclusão dogmática. O leitor encontrará, na obra, método estrito, linguagem escorreita, teoria elaborada e aplicação prática.

## **Curso de Direito Civil – Direito de Família**



**Antônio Elias de Queiroga**

Ref. 0489  
Brochura  
299 págs.  
Form. 14x21  
2004  
ISBN 85-7147-412-5

Como revela a obra, o novo Código Civil traz várias alterações no Direito de Família, que o autor aponta com precisão, buscando interpretá-las com a acuidade que lhe é peculiar. O novo Código Civil, no Livro do Direito de Família, privilegia a dignidade da pessoa humana, havida como cláusula geral de tutela da personalidade e fundamento da República Federativa do Brasil no artigo 1º, inciso III da Lei Maior.