

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
ESCOLA DE GOVERNO DE MINAS GERAIS

**A ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS
CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

MAGNO SIMÕES DE BRITO

Belo Horizonte
2008

MAGNO SIMÕES DE BRITO

**A ARBITRAGEM NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS
CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Contabilidade e Finanças Públicas promovido pela Escola de Governo de Minas Gerais (EGMG) da Fundação João Pinheiro (FJP), como requisito parcial para o título de especialização.

Orientadora: Profa. Sulamita Crespo Carrilho Machado.

**Belo Horizonte
2008**

AGRADECIMENTOS

*“Se pude enxergar mais longe
Foi porque subi nos ombros de gigantes”.*
Isaac Newton

À Simone, minha mulher, pelo incentivo, compreensão, carinho e inspiração, sem os quais este trabalho não seria possível.

Ao Rodrigo e ao Gustavo, meus filhos, que souberam compreender minha ausência em nome da dedicação a este trabalho.

À Profa. Sulamita Crespo Carrilho Machado, minha orientadora, pelo interesse, presteza, contribuições e, principalmente, pela paciência e tolerância em compreender e aceitar me orientar em tão pouco tempo.

Aos professores do curso, pelo compartilhamento de conhecimentos, aos colegas de turma e a todos que compartilharam comigo dos desafios de levar avante esse Curso de Especialização em Contabilidade e Finanças Públicas.

Aos meus saudosos pais que souberam despertar em mim a noção da importância da educação continuada.

A Deus, pelos dons que me concedeu e pela fé que me alimenta.

DEDICATÓRIA

Dedico essa monografia a minha mulher, Simone Tofani, e aos meus filhos, Rodrigo e Gustavo, razões de ser de todos os meus projetos de vida.

RESUMO

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de apresentar a Lei 9.307/96, como uma opção alternativa ao Poder Judiciário na solução de litígios e controvérsias originados de relações jurídicas entre a Administração Pública e os particulares, com ênfase nos contratos de Parcerias Público-Privadas. Nesse contexto foi proposto o estudo histórico-evolutivo da Arbitragem, ao longo dos tempos e no Brasil, bem como discutidos seus aspectos, inclusive a constitucionalidade de sua aplicação nos referidos contratos, tema de grande debate pelos estudiosos do Direito. Por fim, verifica-se a possibilidade de conciliar o instituto da Arbitragem com o regime jurídico das parcerias público-privadas, concluindo-se pela adoção do instituto como ferramenta essencial para a viabilização das parcerias público-privadas, sempre que a controvérsia versar sobre direitos disponíveis e respeitado o interesse público.

Palavras-chave: Arbitragem, contratos administrativos, parceria público-privada, direitos disponíveis, interesse público.

ABSTRACT

This present work was made with the purpose of presenting the Law no. 9.307/96, as an alternative option to the Judiciary to solve controversies arising from legal relations between the government and individuals, with emphasis on contracts for Public-Private Partnerships. In that context, it was proposed the study of the historical evolution of Arbitration, through the ages and in Brazil, and discussed aspects, including the constitutionality of its application in these contracts, subject of great debate by Law scholars. Finally, it is verified that there is the possibility of combining the Arbitration with the legal system of the public-private partnerships,⁰ concluding by the adoption of the institute as an essential tool for the development of public-private partnerships, in cases in which the controversy concerns patrimonial rights and the public interest is respected.

Key-Words: Arbitration, administrative contracts, public-private partnership, rights available, public Interest.

LISTAS DE SIGLAS E TERMOS ESTRANGEIROS

AAA – *American Arbitration Association*

ADIN - Ação Direta de Inconstitucionalidade

BOO - *Built Operate Own*

BOT - *Build Operate Transfer*

CNI - Confederação Nacional da Indústria

FMI - Fundo Monetário Internacional

LRF - Lei de Responsabilidade Fiscal

MERCOSUL - Mercado Comum do Sul

NRA - *National Roads Authority of Ireland*

OSCIP - Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público

OSs – Organizações Sociais

PFI - *Private Finance Initiative*

PPA - Plano Plurianual

PPP - Parceria Público Privada

RCL - Receita Corrente Líquida

STF – Supremo Tribunal Federal

UNCITRAL – *United Nations Commission International Trade Law*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA	10
2.1 Conceito e Características	10
2.2 Modalidade de Parceria Público-Privada	16
2.3 A Experiência Internacional	18
2.4 As PPPs no Brasil.....	21
2.5 Características das PPPs no Brasil	22
3 ARBITRAGEM.....	27
3.1 Conceito, Previsão Legal e Características	27
3.2 Evolução Histórica da Arbitragem	33
3.3 A Arbitragem no Direito Brasileiro.....	37
3.4 Categorias de arbitragens: Ad Hoc e Institucional	41
3.5 A Arbitragem nos Contratos Administrativos	42
3.5.1 Arbitrabilidade Objetiva e Arbitrabilidade Subjetiva.....	44
3.6 Direitos Patrimoniais Disponíveis	48
3.7 Da Constitucionalidade da Lei 9.307/1996	49
4 CONCILIANDO A ARBITRAGEM COM AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	55
5. CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

1 INTRODUÇÃO

Há algum tempo, em vários países, tais como Portugal, Reino Unido, Canadá e Irlanda, os governos, com restrições na sua capacidade tributária, encontraram na Parceria Público-Privada (PPP) um eficiente provedor de serviços públicos.

A PPP apresenta-se como uma nova modalidade de delegação de atividades, tradicionalmente executados pelo setor público, que passam para a esfera de ação do setor privado.

Implementado no Brasil justamente após o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que impõe restrições orçamentárias e limitações ao endividamento público, o instituto da PPP é a expressão mais recente do entrelaçamento de conceitos dos setores público e privado.

Em linhas gerais, este instituto de parceria envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza tem sido, quase que exclusivamente, afeita ao setor público. Como atrativo adota-se a prestação de garantias ao parceiro privado no que se refere às obrigações assumidas pelo parceiro público.

As Parcerias Público-Privadas são caracterizadas por uma verdadeira reunião de esforços entre o setor público e o privado, cada qual com suas peculiaridades, suas formas de operar, negociar, estruturar, contratar, realizar e pagar. Bem por isto, é provavelmente inevitável que durante a longa execução dos projetos (5 a 35 anos, de acordo com a Lei Federal 11.079/2004)¹, a par da boa-fé dos parceiros, surjam diferenças. O importante desafio do parceiro público consiste em assegurar que estas diferenças não inviabilizem o cumprimento do contrato e tampouco suspendam a operação da obra ou empreendimento, lesando o interesse público que impulsionou a contratação da Parceria Público-Privada. Assim, estabeleceu-se que para dirimir conflitos decorrentes das parcerias, ou a elas relacionados, no procedimento de contratação pode-se prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de conflitos, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996,² que atualmente regula a arbitragem no direito pátrio.

¹ Artigo 5º da Lei 11.079/2004.

² Artigo 11, inciso III, da Lei 11.079/2004.

Incremente-se a reflexão com o fato de que os contratos de infra-estrutura são extremamente complexos e duradouros e será possível constatar que o custo e o tramite do Judiciário são incompatíveis com a dinamicidade empresarial e a previsibilidade necessária ao financiamento e à estruturação de um projeto de PPP.

Pela natureza do negócio, se faz necessário que haja rápida solução dos conflitos, razão pela qual a norma que regulamenta as PPPs faculta às partes, por meio de termo escrito, eleger um juízo arbitral para dirimir litígios que porventura surjam no transcorrer de sua execução.

Não há como negar que o juízo arbitral é uma tendência mundial, notadamente em termos de contratos internacionais, razão pela qual o Brasil editou a citada lei para a solução de questões relativas a direitos disponíveis.

No entanto, embora a declinação do juízo arbitral possa ser prática corriqueira em ajustes privados, a possibilidade de sua escolha do juízo arbitral para contratos públicos tem outros contornos e um alto grau de divergência na teoria jurídica e na jurisprudência, ainda que seja possível destacar uma evolução do seu tratamento, a exemplo do posicionamento favorável à sua aplicação adotado pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça.

Tendo em vista a discussão que se originou em torno da aplicabilidade da arbitragem dos contratos administrativos de parcerias público-privadas no Brasil, pretende-se no presente trabalho abordar as diferentes interpretações dadas pelos nossos Tribunais, bem como a posição dos teóricos do Direito, na busca da interpretação mais condizente com os princípios constitucionais e do Estado Democrático de Direito e, ainda, entabular um debate sobre a viabilidade do juízo arbitral nos contratos de PPPs como um novo instrumento imprescindível à tarefa de administrar.

2 PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

2.1 Conceito e Características

Parceria Público-Privada (*Public Private Partnership*) deriva de uma concepção de parceria, que permite, por um lado, a utilização de recursos (financeiros, humanos e técnicos) do setor privado, para o setor público atingir alguns de seus objetivos básicos. Por outro lado, possibilita ao setor privado realizar negócios em áreas cuja natureza é mais característica do setor público, mediante garantia de recebimento de vantagens (pecuniárias ou não) pagas pelo Estado.

As Parcerias Público-Privadas não são coerentemente definidas dentro do mercado internacional, e, nos seus mais amplos sentidos, podem abranger uma variedade de relações entre o setor público e privado.

Na Inglaterra, as PPPs são definidas como arranjos nos quais os setores público e privado se juntam em parcerias de longo prazo para obtenção de benefícios mútuos.³ Esta definição é relativamente ampla e incorpora uma grande escala de diferentes tipos de parcerias.

Na Irlanda, o governo enfatiza menos o uso dos recursos privados para o financiamento de infra-estruturas, e define as PPPs como arranjos entre os setores público e privado (consistente com uma grande variedade de possíveis estruturas de parcerias), que são baseados em objetivos compartilhados para a oferta de infra-estrutura e serviços públicos pela iniciativa privada, que, por outro lado, tenham sido contratados pelos tradicionais processos de licitação⁴.

O conselho de PPPs do Canadá as define, mais estreitamente, como arranjos entre o governo e o setor privado para o propósito de fornecer infra-estrutura pública e serviços relacionados. Tais arranjos são caracterizados pelo compartilhamento de investimentos, riscos, responsabilidade e recompensa (benefícios monetários) entre os parceiros⁵.

³ NRA, 2003, citado por NOBRE, Veimar Cezar de Souza, 2006, p. 46.

⁴ NRA, 2003 a, citado por NOBRE, Veimar Cezar de Souza, 2006, p. 46.

⁵ COUNCIL PPP, 2002, citado por NOBRE, Veimar Cezar de Souza, 2006, p. 46.

Em resumo, poder-se-ia afirmar que a PPP é geralmente uma relação de médio ou longo prazo entre os setores público e privado e que envolve o compartilhamento de riscos e lucros (monetários e não-monetários), bem como a utilização de habilidades multisetoriais, capacidade gerencial e recursos financeiros para obtenção de bons resultados na prestação de serviços públicos.

Desta feita, ela abrange uma escala de estruturas e conceitos que envolvem o compartilhamento de riscos e responsabilidades entre os setores público e privado, que segundo a literatura incluem: ⁶

- *Joint ventures*: forma em que os setores público e privado, conjuntamente, financiam, adquirem e operam um ativo público;
- *Leasing*: modalidade em que todos ou uma substancial parte dos riscos associados com o investimento, desenvolvimento, gerenciamento e operação das estruturas públicas são transferidos para o setor privado, que recebe o pagamento, a título de aluguel, do setor público;
- *BOT (Build Operate Transfer)*: esta é a mais usual forma de PPP, na qual o projeto é desenvolvido pelo parceiro privado, e este tem a responsabilidade primária pelo financiamento, elaboração dos projetos de engenharia, construção e operação da estrutura pública por um tempo suficiente para execução da prestação de serviço e para reembolso do capital que serviu para este propósito, bem como, o lucro baseado em uma adequada taxa de retorno. O controle do projeto é, depois, transferido de volta para o setor público, que detém a propriedade formal de todos os ativos do projeto;
- *BOO (Build Own Operate)*: aqui, nem o controle do projeto nem o direito de propriedade são transferidos de volta para o governo, ou seja, permanece nas mãos da iniciativa privada;
- Permissão ou contratos de gerenciamento: onde o setor privado simplesmente fornece um serviço ou gerencia uma propriedade pública por um determinado período, e com tarifas que não levam em consideração o financiamento ou riscos de arrecadação.

ARAGÃO⁷ sugere que uma forma de ajudar a definir o termo PPP seria, talvez, apontar o que não constituiria uma PPP, uma vez que a noção de cooperação mútua entre governo e iniciativa privada pode ser estendida a vários campos da política pública. Neste sentido, segundo o autor, não seriam abrangidos por este conceito, embora sejam instrumentos de cooperação entres os setores público e privado:

⁶ NOBRE, Veimar César de Souza, 2006, p. 46.

⁷ ARAGÃO et al, 2004, citado por NOBRE, Veimar César de Souza, 2006, p. 47.

- a) as mais diversas formas de incentivos e subsídios fiscais, classicamente inseridas em políticas setoriais, industriais e sociais;
- b) os instrumentos de planejamento regional e urbano que promovam empreendimentos privados; e
- c) a provisão de infra-estrutura diretamente pelo Estado com vistas a incentivar o investimento privado.

Como se observa, PPP é um conceito ainda em formação, com definições bastante diferentes nos diversos países onde é aplicado, fruto da diversidade de legislação e cultura existentes. De um modo geral, o setor privado, nos países onde se originou, entende PPP como uma sofisticação e avanço em relação à rigidez das normas da contratação pura e simples de produtos e serviços pelo Estado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸, citando Hélio Saul Mileski, analisa o sistema de parcerias na Administração Pública da seguinte forma:

O vocábulo parceria é utilizado para designar todas as formas de sociedade que, sem formar uma nova pessoa jurídica são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público. Nela existe a colaboração do poder público e iniciativa privada nos âmbitos social e econômico, para a satisfação de interesses públicos, ainda que, do lado do particular, se objetive o lucro.

A expressão Parceria Público-Privada (PPP) pode ser utilizada sob dois enfoques distintos. Em sentido estrito, registra-se que a palavra parceria exprime a união de pessoas que almejam interesses comuns. Em sentido amplo, são os ajustes comerciais de procedimento duradouro que visam instituir relações entre a Administração Pública e o particular, objetivando a realização de atividades de interesse público.

A PPP constitui-se, portanto, numa modalidade específica de concessão, caracterizada por uma engenharia financeira que permite substituir o investimento direto do Estado, pela participação do setor privado com disponibilidade de recursos próprios ou capacidade de endividamento, que tende a trazer mais eficiência gerencial via maior utilização de recursos tecnológicos disponíveis e maior investimento em capacitação e busca pela redução de custos, o que induz a uma maior qualidade nos serviços prestados.

Esse conceito de grande amplitude engloba os contratos de concessão de serviço público, disciplinado pela Lei 8.987/95, os contratos de gestão de organizações sociais, o uso de bem público pelos particulares em atividades de interesse social e outros.

⁸ MILESKI, Hélio Saul. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, 2005, p.70.

Nesse sentido a lição de Floriano de Azevedo Marques Neto:⁹

Segue daí, que podemos vislumbrar parcerias em sentido amplo (o que comportaria o campo genérico do direito das parcerias a que alude Maria Sylvia Zanella Di Pietro), contemplando hipóteses de convênios, termos de cooperação, franquias, concessões típicas, concessões de uso de bens públicos, licenciamentos, arrendamentos etc.

De uma forma mais ampla e genérica, Carlos Ari Sundfeld¹⁰ conceitua parceria público-privada como: “múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral. [...]”

Quando o autor, no conceito acima, menciona “múltiplos vínculos negociais de trato continuado [...]”, quer ele referir-se a concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; contratos de gestão com organizações sociais (OSs); termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) e outras.

Importa ressaltar que, as parcerias público-privadas, em sentido amplo, não são propriamente novas. Por muito vigorou a crença de que ao Estado caberia assumir os investimentos sociais e prestar os serviços públicos. No entanto, a partir da década de 90, com o início da reforma do Estado, houve uma minimização deste, o qual se responsabilizaria pelo serviço público indelegável e essencial à população.

Mesclando o sentido amplo e restrito, Diógenes Gasparini¹¹ formaliza o seguinte conceito:

Num sentido amplo, parceria público-privada é todo o ajuste que a Administração Pública de qualquer nível celebra com um particular para viabilizar programas voltados ao desenvolvimento socioeconômico do país e ao bem estar da sociedade, como são as concessões de serviços, as concessões de serviços precedidas de obras públicas, os convênios e os consórcios públicos. Em sentido estrito, ou seja, com base na Lei federal das PPPs, pode se afirmar que é um contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado, celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular, remunerando-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada, destinado a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços públicos precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que a Administração Pública é sua usuária direta ou indireta, respeitado sempre o risco assumido. [...]

⁹ MARQUES, Floriano de Azevedo Neto, 2005, p. 279.

¹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari (Coord), 2005, p.18.

¹¹ GASPARINI, Diógenes, 2007, p.409.

Marçal Justen Filho¹² conceitua PPP, em sentido estrito, da seguinte forma:

Parceria público-privada é um contrato organizacional, de longo prazo de duração, por meio do qual se atribui a um sujeito privado o dever de executar obra pública e (ou) prestar serviço público, com ou sem direito à remuneração, por meio da exploração da infra estrutura, mas mediante uma garantia especial e reforçada prestada pelo Poder Público, utilizável para a obtenção de recursos no mercado financeiro.

De modo distinto, oportuno se faz, na seqüência, apreciar o conceito didático de José Cretella Neto¹³:

Contrato de Parceria Público-Privada é o acordo firmado entre a Administração Pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico para implantação, expansão, melhoria ou gestão, no todo ou em parte, e sob o controle e fiscalização do Poder Público, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público em que haja investimento pelo parceiro privado, que responde pelo respectivo financiamento e pela execução do objeto estabelecido.

Para melhor explicitar a idéia do que vem a ser Parcerias Público-Privadas, Alexandre Aragão¹⁴ emprega o conceito como sendo:

Assim, podemos conceituar as parcerias público-privadas no Direito positivo brasileiro como sendo os contratos de delegação da construção, ampliação, reforma ou manutenção de determinada infra-estrutura e da gestão da totalidade ou parte das atividades administrativas prestadas por seu intermédio, mediante remuneração de longo prazo arcada total ou parcialmente pelo Estado, fixadas em razão da quantidade ou qualidade das utilidades concretamente propiciadas pelo parceiro privada à Administração Pública ou à população.

Na parceria público-privada, incumbe ao pactuante privado obter condições de planejamento e verba imprescindíveis aos investimentos iniciais no projeto. Tais projetos, em regra, não são auto-sustentáveis, porém têm caráter fundamental, o que se consubstancia na razão de ser da necessidade de atrair investimentos privados.¹⁵

¹² JUSTEN, Marçal Filho, 2005, p.509.

¹³ CRETILLA NETO, José, 2005, p. 1.

¹⁴ ARAGÃO, Alexandre, 2007, p. 18

¹⁵ PINTO, Marcos Barbosa, 2007, p.4.

Neste norte, faz-se necessário citar Marcos Barbosa Pinto ¹⁶:

Nas PPPs, o Estado contrata uma empresa particular para realizar uma obra pública e depois prestar um serviço nessa obra. Em contrapartida, o Estado paga ao particular uma remuneração que complementa ou substitui a receita que o particular pode obter cobrando tarifa dos usuários, pois esta é insuficiente para cobrir os custos do projeto. Portanto, as PPPs canalizam investimentos privados para o setor de infra-estrutura mediante o compromisso de pagamentos continuados do Governo.

Segundo Maria Sylvia Di Pietro ¹⁷ é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto:

- (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou
- (b) a prestação de serviço de que a administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público.

A despeito de a Lei 11.079/2004 definir PPP como: “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, tal definição, na concepção de diversos autores, restou incompleta, pois trata objetivamente da modalidade de PPP e não de definição do instituto.

Em decorrência desses conceitos apresentados, pode-se concluir que a parceria público-privada é um contrato público administrativo, cujo regime adotado é o das concessões, celebrado entre o particular e a Administração Pública. Esse contrato visa ao aporte de recursos vultosos do setor privado para gerar infra-estrutura, com amortização a médio e longo prazo, objetivando sua eficiência congênita, bem como a prestação de serviços públicos, acautelado por garantias asseguradas pelo Poder Público.

O interesse público é próprio do Estado, mas não é dele exclusivo. Ao se instituir interesses gerais da sociedade como interesses públicos, a ordem jurídica não afasta, em princípio, a atuação concorrente, individual ou coletiva, dos administrados. Assim, deverão ser excetuadas as atividades definidas como exclusivas ou, em alguns casos, privativas do Estado.

¹⁶ PINTO, Marcos Barbosa, 2007 a, p.4.

¹⁷ DI PIETRO, 2006, p. 308

Verifica-se, portanto, que esta associação entre o poder público e entidades do setor privado é o que caracteriza o vínculo de parceria, pois há um objetivo comum entre ambos, qual seja: a busca de interesses públicos.

À medida que a sociedade torna-se mais complexa, o interesse público surge para satisfazer a necessidade da coletividade. Assim, a Administração Pública existe para a realização dos fins previstos em lei, portanto os interesses legais representam conveniências e necessidades da própria sociedade, jamais vantagens e conveniências privadas.

2.2 Modalidade de Parceria Público-Privada

Em relação à parceria público-privada existem duas hipóteses ou modalidades: a concessão patrocinada, situação em que o parceiro privado recebe uma tarifa paga pelos usuários, mais uma contraprestação pecuniária do parceiro público e a concessão administrativa, na qual a Administração figura como usuária direta ou indireta dos serviços. Como já foi mencionado, a concessão comum continua regulada pela Lei 8.987/1995.

Sobre essas modalidades, vale constar expressamente o Art. 2º e §§ 1º e 2º da Lei, *in verbis*:¹⁸

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

§ 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.

As concessões patrocinadas buscam atrair investimentos privados, por meio do pagamento de um adicional de tarifa pelo parceiro público, concomitante àquela dos usuários e depende de autorização legislativa nos casos em que a Administração tiver de pagar mais de 70% da remuneração do parceiro privado (Art. 10, § 3º, da Lei 11.079/2004).

Dessa forma, segundo a lei, a parceria patrocinada é a concessão de serviço público ou a precedida de obra pública, prevista na Lei 8.987/1995, com as únicas diferenças

¹⁸ BRASIL. Constituição Federal, 2007.

de que não existem o poder concedente e o concessionário, mas sim o parceiro público e o privado, e a contrapartida pecuniária do Poder Público.

As concessões administrativas são espécie de contrato em que o particular assume os encargos de investir em infra-estrutura acrescida da prestação de serviços de forma direta ou indireta para a Administração, com remuneração de longo prazo (Artigo 2º, §2º, da Lei 11.079/2004).

Segundo José Cretella Neto¹⁹, na modalidade de concessão administrativa o empreendedor receberá apenas a contraprestação da Administração, pois não cabe a cobrança ao usuário privado de tarifas pelo serviço, já que este só é prestado ao órgão público.

Escrevendo sobre o assunto, Marçal Justen Filho²⁰ leciona que, a concessão administrativa abrange os casos em que não existe serviço público. O contrato tem por objeto a construção, pelo particular, de uma infra-estrutura necessária ao desempenho de uma atividade estatal.

Em relação à concessão comum, a distinção é que na PPP existe a possibilidade de complementação das tarifas pelo governo. O particular investe e o parceiro público garante um complemento de rentabilidade até que o negócio se torne auto-suficiente economicamente.

Portanto, frise-se, não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado (Artigo 2º, § 3º, da Lei 11.079/2004).

No tocante a concessão comum, Floriano de Azevedo Marques Neto²¹ assevera que esta é a entendida como aquela em que o prestador do serviço (concessionário) é remunerado integralmente pela tarifa paga diretamente pelos seus usuários. Em outras palavras, na concessão comum, a Administração direta ou indireta delega serviços a entidades públicas ou privadas, por conta e risco destas, com remuneração, em regra pelo usuário, distintamente da parceria público-privada.

Portanto, continuam regidos exclusivamente pela Lei 8.666/1993 e pelas leis que lhe são correlatas, os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Assim sendo, a parceria público-privada é uma forma especial de concessão de serviços públicos. Diferencia-se do regime clássico das concessões em duas formas. A

¹⁹ CRETILLA NETO, José, 2005, p.38.

²⁰ JUSTEN, Marçal Filho, 2005, p 2-3.

²¹ MARQUES, Floriano de Azevedo Neto, 2005 a, p.280.

primeira refere-se à incumbência do concessionário de obter investimentos para pôr em execução o projeto, abonando-lhe a amortização das verbas empregadas nos contratos de longo prazo, por meio da remuneração pelo parceiro público, em conjunto com a exploração econômica do serviço prestado com base na infra-estrutura concebida. A segunda diferença é a forma de estipêndio, que ocorre mediante uma contraprestação que considera o grau de contentamento da autuação e da qualidade dos serviços realizados pelo concessionário. Na concessão comum, a Administração Pública direta ou indireta delega serviços a entidades públicas ou privadas, por conta e risco destas, com remuneração, em regra pelo usuário.

2.3 A Experiência Internacional

A atratividade das PPPs não se baliza a países como o Brasil, que experimentam problemas associados ao endividamento e descontrole fiscal, ou ainda, 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,²² a Alemanha, Portugal e Canadá,²³ também encontraram nas PPPs uma grande oportunidade de reduzir as necessidades de desembolso de recursos pelo setor público para investimentos de interesse estatal, incorporando a tais projetos a gestão mais eficiente do setor privado, e possibilitando o redirecionamento dos recursos públicos para a implementação de políticas sociais indelegáveis.

Foi no Reino Unido que a parceria com o setor privado foi concebida e deu-se com maior intensidade, mais precisamente na Inglaterra durante o governo de Margareth Thatcher. O embrião desse programa de parceria foi baseado em projetos já desenvolvidos sob um instrumento conhecido como “Private Finance Initiative – PFI” (em português, Iniciativa para o Investimento Privado). Nessa modalidade de associação público-privada, como o objetivo principal é fomentar investimentos sem comprometer os escassos recursos do Estado, o setor público mantém a responsabilidade pela provisão de parte dos serviços, enquanto o parceiro privado constrói e mantém a infra-estrutura da obra, o que ocorre, por exemplo, na construção de hospitais, situação em que o Estado fornece o pessoal necessário para a atividade-fim e o particular realiza a manutenção para o bom funcionamento da empreitada.

²²Para informações sobre as PPP no Reino Unido, consulte-se o website: http://www.hm-treasury.gov.uk/documents/public_private_partnerships/ppp_index.cfm.

²³ Para informações sobre as PPP na Província do Québec, consulte-se o website: <http://www.ppp.gouv.qc.ca/index.asp>.

A utilização da PPP, após um período de maturidade na Inglaterra, passou a lograr sucesso, sendo adotada em países como: França, Itália, Irlanda, Espanha e África do Sul, constituindo também uma realidade nos países da Europa Central e da própria América Latina.

O interesse internacional em PPPs pode ser atribuído principalmente a três fatores²⁴. O primeiro deles está associado à necessidade de investimento, tendo em vista que o crescimento econômico é altamente dependente do desenvolvimento e aperfeiçoamento da infra-estrutura, particularmente em serviços públicos (como energia elétrica, saneamento e telecomunicações) e de sistemas de transportes. Além disso, existe em diversos países uma necessidade urgente de novas infra-estruturas sociais, como hospitais e equipamentos de assistência médica, instalações escolares e habitação.

O segundo fator é a busca de eficiência no uso dos recursos. A experiência das privatizações demonstrou que diversas atividades, mesmo as tradicionalmente assumidas pelo setor público, podem ser desempenhadas de forma mais econômica com a aplicação das disciplinas e competências administrativas do setor privado.

Por fim, existe também uma forte demanda pela geração de valor comercial para os ativos do setor público. Montantes significativos de recursos públicos são investidos no desenvolvimento de ativos como tecnologia de defesa e sistemas de informação com tecnologia de ponta, que frequentemente são usados para uma estreita faixa de aplicações dentro do setor público.

Na Espanha, os projetos desenvolvidos sob a modalidade de PPPs, como em outros países, tiveram o objetivo de eliminar a carência de obras e serviços de infra-estrutura bem como o de atender a necessidade de contenção do déficit público.

O modelo implantado na Espanha contribuiu sobremaneira para êxito dos projetos, uma vez que impôs critérios de qualidade para os serviços a serem realizados pelo parceiro privado, quando introduziu indicadores de qualidade associados a recompensas e penalizações²⁵.

Segundo avaliação divulgada pelo Governo Espanhol no Seminário Internacional sobre Parceria Público-Privada na prestação de serviços de infra-estrutura, as razões para o êxito no desenvolvimento de tais projetos são as formas de contratação similares às PPPs realizados há mais de 40 anos; marco jurídico estável; boa relação entre os setores público e

²⁴ Segundo levantamentos da Comissão Européia.

²⁵ A Comissão Européia impõe que o risco da demanda e o risco de disponibilidade (indicadores de qualidade) devem ser transferidos ao setor privado para que a inversão não se contabilize inicialmente em um déficit público.

privado; marco legal adaptado aos interesses dos mercados financeiros e uma indústria de construção financeiramente capaz e técnica.

Em Portugal, o programa de PPP foi largamente utilizado na construção de estradas para superar as deficiências da malha rodoviária. Porém, o programa português apresentou falhas que comprometeram substancialmente seus resultados. A falta de coordenação pelo setor público; o lançamento excessivo de projetos num curto espaço de tempo; a incorreta repartição dos riscos do projeto entre o Estado e a entidade privada e a subestimativa dos custos futuros, resultaram em impactos fiscais imprevistos e em incapacidade do setor público de gerir o processo. Para solucionar o problema, Portugal vem adequando tanto os projetos de PPPs em andamento, como os novos projetos de forma a garantir sua executabilidade.

Na América Latina, a PPP também vem sendo estudada e, em alguns casos, implantada experimentalmente pelos governos. A necessidade histórica de contenção de despesas governamentais, seja decorrente de restrição orçamentária associada a acordos com o Fundo Monetário Internacional – FMI, seja imposta pelas próprias leis domésticas de responsabilidade fiscal, restringe a capacidade de investimentos dos países latino-americanos.

O Chile é o país sul-americano que mais utiliza a PPP em seu sentido amplo. O governo do Peru, em 2003, apresentou ao Congresso um projeto de lei para estabelecer um programa de PPPs para investimento em infra-estrutura de transporte rodoviário no país. O México, como em outros países mais tradicionais no uso de PPPs, criou um órgão central para cuidar da estrutura das parcerias em todas as esferas de governo.²⁶

O programa de PPPs no Chile foi implementado no ano de 1993, a partir de um amplo diálogo com todos os setores políticos e de programas de incentivo à participação do setor privado nos investimentos que o país necessitava. Inicialmente foram celebrados vários contratos com a iniciativa privada – empresas nacionais e estrangeiras – nos quais o concessionário era obrigado a financiar, construir e operar a obra, transferindo-a para o Estado ao término do contrato.

O modelo Chileno de PPPs é definido em três principais linhas de ação: infra-estrutura para a integração social, infra-estrutura para a integração internacional e infra-estrutura para o desenvolvimento produtivo. O modelo apresenta um conceito novo na prestação de serviços públicos, ou seja, o setor público passa a adotar instrumentos de financiamento em que os beneficiários diretos pagam pela utilização dos equipamentos,

²⁶ MACHADO, MEYER E SENDAZE, 2005 a, citado por NOBRE, Veimar César de Souza, 2006, p. 54.

liberando os recursos do próprio Estado para projetos de maior impacto social, como exemplo a saúde e educação.

De acordo com CNI²⁷, na América Latina, os exemplos aparentemente mais interessantes para o Brasil são os do Chile e México. No Chile, o marco PPP pode garantir receita mínima ao parceiro privado (neste caso, o eventual excesso de receita tem que ser compartilhado com o setor público) e o México constituiu um fundo que pode cobrir parte dos custos de construção do projeto e do serviço da dívida.

2.4 As PPPs no Brasil

O processo de desenvolvimento da economia brasileira sempre esteve vinculado à capacidade do Estado de investir em obras e serviços de infra-estrutura. O governo era responsável por quase todos os setores da economia, ou seja, o principal agente produtor e fomentador da economia nacional. A montagem desta infra-estrutura coube ao Estado, primeiro porque o volume de investimentos a ser aplicado era altíssimo e seu retorno muito lento e, segundo, porque o setor privado nacional não tinha condições de fazê-lo, bem como inexistia a idéia de investimento internacional que se têm hoje²⁸.

Até o fim dos anos 80 não existia motivo para suspeitar da atuação da Administração Pública na prestação direta de serviços públicos. No entanto essa realidade, aos poucos, foi mudando com o esgotamento das fontes internacionais de recursos disponíveis nas décadas de 1950 e 1970 e a estagnação estrutural da Administração como um todo.

O processo de paralisia dos serviços públicos essenciais de infra-estrutura, como os de transporte, energia, telecomunicação, petróleo, saneamento básico, dentre outros, chegou ao limite da responsabilidade da Administração. Esses serviços estão próximos de um colapso na sua disponibilização para a sociedade em geral.

Na tentativa de viabilizar os serviços públicos essenciais e de harmonizar o equilíbrio estrutural do país, as PPPs surgiram como uma novidade no Plano Plurianual - PPA do governo federal [1996-1999], o que se repetiu nos PPAs dos exercícios subsequentes. O crescimento das parcerias foi estimulado pela crise fiscal do governo, que deixou várias ações sem fontes de recursos. Dessa forma, as parcerias transformaram-se em uma solução para a

²⁷ CNI, 2004.

²⁸ POLTRONIERI, Renato, 2005, p. 34.

falta de recursos no setor público, bem como uma modalidade de contratação em que o setor público, mediante compartilhamento de riscos e com financiamento obtido pelo setor privado, com possibilidade de assumir a realização de serviços e empreendimentos públicos.

Com a instituição das PPPs na legislação brasileira, iniciou-se a discussão do financiamento de projetos de infra-estrutura no país. A referida legislação deu ao termo PPP uma acepção tipicamente brasileira, diferente da praticada no ambiente externo, reduzindo o conceito a uma simples modalidade de concessão. No contrato de “PPP à brasileira”, é exigido o aporte de recursos públicos às concessões, admitindo também a exploração de serviços públicos pela iniciativa privada.

2.5 Características das PPPs no Brasil

Em relação às características das PPPs, destacam-se, na acepção mais restrita, apenas as particularidades julgadas essenciais para compreensão do presente trabalho.

A Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Art. 1º), alcançando os órgãos da Administração Pública Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Quanto à atuação, deve se obedecer à indelegabilidade das funções privativas do Estado, estabelecidas de modo não exauriente no Art. 4º, III, da Lei 11.079/2004, dentre elas os ofícios de regulação, de jurisdição e do exercício do poder de polícia. Tais funções não podem ser delegadas a mais ninguém, exceto as atividades instrumentais ou secundárias decorrentes.

Conforme se transcreve, *in verbis*:

Art. 4º Na contratação de parcerias público-privadas serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

No âmbito da União, segundo o preconizado no Art. 2º, § 4º, da Lei 11.079/2004, o contrato de PPP não pode ser inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). A finalidade é de garantir recursos bastantes para viabilizar a consecução do objeto. Existem críticas sobre a afronta ao princípio federativo, e ao alto valor, porém existe a previsão, naturalmente aplicável, de formação de consórcios por entes públicos.

Esse valor, considerado vultoso por alguns estudiosos do assunto, aplica-se à União, sendo que os entes federados poderão adotar valores menores em suas leis.

O prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não pode ser inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação (Art. 5º, I, da Lei 11.079/2004). Esses prazos longos justificam-se porque os investimentos feitos em uma PPP são normalmente elevados.

Nesse aspecto, Toshio Mukai ²⁹ afirma que as parcerias público-privadas têm como objeto a realização de empreendimentos e serviços que necessitem de grande vulto de recursos financeiros e de longos prazos de maturação, o que exige o aporte de parte desses recursos pela iniciativa privada para a realização de obras e empreendimentos de infraestrutura. Esse compromisso financeiro, estatal, firme e de longo prazo, justifica a necessidade de permitir a amortização e remuneração de investimentos do concessionário.

É vedado que se tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública, porquanto se caracterizaria contrato administrativo comum de aquisição de bens e serviços ou execução de obras públicas (Artigo 2º, §4º, III, da Lei 11.079/2004).

Há previsão de implantação e gestão, ou seja, administração de coisa já existente. O serviço deve ser público, como transporte coletivo, educação, saúde etc. O objeto pode ser uma obra, como casas populares, construção de presídios, estradas, portos, ferrovias e outros projetos.

Admite análise permanente do desempenho do concessionário com metas de eficiência e padrões de qualidade pré-estabelecidos, que poderão servir de parâmetro para a remuneração.

Na contratação de PPP devem ser observados também: a eficiência no cumprimento das missões de Estado e o emprego dos recursos da sociedade; o respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; a responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; a transparência

²⁹ MUKAI, Toshio et al., 2005, p. 8.

dos procedimentos e das decisões; a repartição objetiva de riscos entre as partes e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria (Artigo 4º da Lei 11.079/2004).

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios não podem aplicar nas parcerias mais de 1% da receita líquida corrente (Art. 28 da Lei 11.079/2004), para que não comprometam integralmente suas receitas.

Marcos Barbosa Pinto ³⁰ lembra um aspecto fundamental da Parceria Público-Privada:

A Lei inclui um limite ao financiamento de PPPs por instituições financeiras oficiais de 80% e 70% dos recursos necessários ao projeto, conforme este esteja ou não localizado nas áreas da regiões nordeste, Norte e Centro-Oeste em que o Índice de Desenvolvimento Humano seja inferior à média nacional. Também incluem-se nesta limitação, com o limite aumentado para 90% e 80%, respectivamente, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por entidades fechadas de previdência complementar e empresas públicas sociedades de economia mista controladas pela União.

Outra característica importante das parcerias público-privadas é a de que a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro privado, não se constitui em PPP.

A Lei da PPP também estabelece a repartição de riscos entre os parceiros. A intenção é transferir ao setor privado os riscos que ele tem capacidade de gerir melhor do que o setor público.

Embora a participação estatal na PPP mitigue os riscos do investidor privado, remanescem riscos políticos quando, por exemplo, evidenciada 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, como, por exemplo, a declaração superveniente de inconstitucionalidade de normas aplicáveis à PPP; a intervenção, encampação e caducidade do contrato (Artigos 32, 37 e 38 da Lei 8.987/95, respectivamente;

³⁰ PINTO, Marcos Barbosa, 2005, p 12.

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 adotado no Brasil 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.³¹

Diante disso, os contratos de PPP devem atender ao Art. 23 da Lei 8.987/1995 (Lei das concessões) no que couber e deve conter o prazo de vigência do contrato; as penalidades aplicáveis aos parceiros público e privado, em caso de inadimplemento contratual; a repartição de riscos entre as partes; as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços; regras sobre a inadimplência; os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado; dentre outras observações constantes dos incisos e alíneas do Art. 5º da Lei 11.079/2004.

Conclui-se, portanto, à primeira vista, que as Parcerias Público-Privadas são contratos administrativos, antecedidos por um processo licitatório especial e celebrados entre o governo ou entes da administração indireta e sociedades privadas, tendo como obrigações administrar ou prestar serviços de interesse público, nos quais os entes privados assumem a responsabilidade pelo financiamento e investimento, ocorrendo o retorno basicamente mediante pagamento pelo setor público ou por meio de exploração da atividade subjacente, não se tratando de um novo instituto, mas de uma nova espécie de concessão, subdivida em patrocinada e administrativa, dotadas de diversas garantias que visam assegurar o cumprimento contratual.

No tocante ao procedimento licitatório, a abertura do processo estará condicionada a fatores que visem à manutenção do equilíbrio econômico-orçamentário do ente Público, quais sejam: a) elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria; b) declaração do ordenador de despesa de que as obrigações contraídas pela administração no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; c) estimativa do fluxo de recursos públicos para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; d) seu objeto deve estar previsto no plano plurianual em vigor no período em que o contrato será celebrado; e)

³¹ Rabello de Castro, Cecília e Fischer, Alexandre, 2004, p 9-10.

submissão da minuta do edital e do contrato à consulta pública; f) licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental.

Para atenuar possíveis riscos ao descumprimento das obrigações pecuniárias contraídas pela administração pública nos contratos de PPP, a Lei 11.079/2004 em seu art. 8º, autoriza vinculações de receitas, instituições de fundos especiais, contratação de seguro-garantia com organismos multilaterais, além da garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Um ponto destacado na experiência internacional e adotado na Lei de PPP nacional é o da existência de um órgão responsável por coordenar a implementação dos projetos, desenvolver expertise em PPP e disseminá-la pelos órgãos da administração pública. Assim, todos os editais sob a modalidade de PPPs, estarão subordinados ao Órgão Gestor, que analisará e promoverá a licitação e acompanhará e fiscalizará a execução dos contratos.

Em razão da magnitude dos interesses perseguidos e geridos pela Administração Pública, a Lei 11.079/2004, que instituiu normas gerais para a licitação e contratação das PPPs em âmbito nacional, definiu amplamente os contornos jurídicos do instituto, 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.

Além disso, a estrutura organizacional das PPPs, sua complexa rede de relacionamentos envolvendo a Administração Pública, financiadores, garantidores, usuários etc., seu modo de operação e, finalmente, suas modalidades de contratação (concessão patrocinada e concessão administrativa), regidos por leis, regras e contratos também novos, ainda não testados nas instâncias administrativas e judiciais, sem dúvida poderá criar um amplo universo de situações potencialmente conflituosas entre as partes contratantes³². Assim, a solução dos conflitos usualmente alicerçados no Poder Judiciário vem demonstrando ser insuficiente para enfrentar as questões diante da velocidade de geração de informações em todos os ramos de conhecimento e segmentos resultantes da complexidade das relações existentes na sociedade contemporânea.

Diante dessa realidade, tornou-se indispensável que se adotassem alternativas para a solução dos conflitos que surgem do convívio social, em especial a promoção do instituto da arbitragem como modo de solução de litígios entre o concessionário (parceiro privado) e o poder concedente (parceiro público).

³² Rabello de Castro, Cecília e Fischer, Alexandre, 2004, p. 9-10.

3 ARBITRAGEM

3.1 Conceito, Previsão Legal e Características

Baseando-se na liberdade de contratar e no primado da solução pacífica dos conflitos de interesses privados, as partes de uma relação jurídica que envolva controvérsia sobre direitos patrimoniais, poderão escolher um terceiro para resolver o conflito pendente.

Trata-se do instituto da Arbitragem, mecanismo não-estatal de resolução de conflitos, pode reduzir a distância entre o problema e a solução, ou seja, as respostas, soluções, juridicamente reconhecidas.

Derivado do termo *arbiter*, que pode significar juiz, ou, ainda, jurado, pelo instituto da arbitragem, pode-se dizer ocorrer a instituição da justiça privada, subtraindo-se os litígios do monopólio estatal, passando a resolução das divergências para indivíduo (s) revestidos da missão de “julgar”. Ou seja, a solução dos conflitos é efetivada por terceiros a cuja decisão submetem-se as partes.

Para Irineu Strenger: “A arbitragem é instância jurisdicional, praticada em função de regime contratualmente estabelecido para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.”³³

CARLOS ALBERTO CARMONA define a arbitragem como sendo:³⁴

um meio extrajudicial de resolução capaz de dirimir contendas entre particulares, podendo ser determinada na elaboração do contrato, pela cláusula arbitral ou depois do surgimento da questão controvertida, pelo compromisso arbitral, ambos dando início ao que se convencionou chamar de juízo arbitral.

A Arbitragem, na lição de CRETELLA JÚNIOR:³⁵

se constitui no sistema especial de Julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos especiais e com força executória

³³ . STREGER, Irineu, 1987. p.197.

³⁴ . CARMONA, Carlos Alberto, 1993. p. 45.

³⁵ CRETELLA JÚNIOR, 1988, p. 39.

reconhecida pelo direito comum, mas a este subtraído, mediante o qual, duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de direito privado ou de direito público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

Conforme se observa, o Autor reconhece que duas ou mais pessoas de direito público ou privado são capazes de contratar, via terceira pessoa (árbitros) para solução de suas controvérsias e interesses, a fim de resolverem pendências patrimoniais, anuindo os litigantes em aceitar decisão proferida sem recorrer ao Poder Judiciário.

Esclarece ainda o eminente Autor que a Lei da Arbitragem favorece a resolução de conflitos e possui força executória reconhecida pelo direito comum, acrescentando em seu artigo, diversas considerações a respeito da arbitragem: ³⁶

"ARISTÓTELES, em Retórica" (L. 13. 1374. b. 420), ressalta que o árbitro visa à equidade, enquanto o Juiz visa à lei; motivo pelo qual se criou o árbitro: para que se pudesse invocar equidade.

"CÍCERO", no discurso em defesa de ROSCIO (...): "uma coisa é o julgamento, outra a arbitragem. Comparece-se ao julgamento para ganhar ou perder todo o processo. Tornam-se árbitros com a intenção de não perder tudo e de não obter tudo".

A Lei federal 9.307/1996 em seu artigo 1º dispõe: "a arbitragem é o instituto de jurisdição privada facultado às pessoas capazes para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Assim, as pessoas capazes de contrair direito e obrigações, na forma do artigo 5º do Código Civil Brasileiro, poderá valer-se da arbitragem para solucionar controvérsia relativa a direito patrimonial disponível, garantindo para a causa: sigilo, celeridade, menor onerosidade, maior especialização do árbitro em relação à matéria posta a julgamento e escolha do direito utilizado.

Em estudo aprofundado acerca do tema, Rozane da Rosa Cachapuz ³⁷ estabelece o seguinte conceito de arbitragem:

É importante ressaltar que a Arbitragem é o meio de resolução de conflitos mais simples e objetiva, e os julgadores, além de imparciais, são técnicos especializados na área científica sobre a qual recai o objeto litigioso, e, via de regra, do mais alto quilate científico e respeitabilidade. Esses atributos

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, 1988 a, p 39.

³⁷ CACHAPUZ, 2000, p. 22

conferem às partes um julgamento seguro e rápido, sobretudo se confrontando com os atropelos verificados na jurisdição pública, que se forma por um exército de juízes com acúmulo de serviço, sem poder operacionalizar o direito dentro de um prazo razoável. Pode-se verificar na Arbitragem a rapidez na prestação da tutela jurisdicional privada perseguida, devido a irrecorribilidade das decisões arbitrais e inexistência de homologação da sentença nacional pelo órgão do Poder Judiciário.

Conforme abaliza lição da aludida jurista:³⁸

A arbitragem é um foro privilegiado e propício para a composição amigável ou para a convergência dos esforços dos litigantes no sentido de alcançarem rapidamente, sem descuidar dos valores maiores que são a segurança e a justiça da decisão, a solução final da lide, tendo em vista que, quase sempre, ambos têm interesses na resolução do conflito, que, não raras vezes, envolve quantias vultosas de dinheiro, com inúmeros efeitos diretos e reflexos.

Em resumo, a arbitragem é instrumento jurídico de solução de controvérsias presentes ou futuras, baseada na vontade das partes envolvidas, as quais elegem, por meio de mecanismos por elas determinados, árbitros para dirimirem conflitos.

Para Álvaro Villaça Azevedo³⁹ a arbitragem é um acordo de vontade de que se utilizam os contratantes, preferindo não se submeter à decisão judicial, com o objetivo de dirimir seus conflitos de interesses presentes ou futuros, por meio de árbitro ou de árbitros.

No enfoque internacional, a arbitragem é apresentada de forma generalizada para albergar comandos normativos de vários sistemas com suas diferenças. A dificuldade de estabelecer regras harmônicas entre os Estados determina definições abertas e regulamentações pródigas que permitam ampla liberdade. O comércio internacional delinea um conceito de arbitragem que não esteja condicionado às regras do sistema jurídico interno, mas, à autonomia da vontade.⁴⁰

Sálvio de Figueiredo Teixeira⁴¹ define a arbitragem como forma estatal de composição de controvérsias, pois se desenvolve sob os “auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estabilizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas de solução estatal”.

³⁸ CACHAPUZ, 2000, p. 23

³⁹ AZEVEDO, 1998, p.12.

⁴⁰ MAGALHÃES, José Carlos, 1999, p.32.

⁴¹ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Conferência proferida no seminário “A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla”. A arbitragem no sistema jurídico brasileiro. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

José Eduardo Carreira Alvim⁴² conceitua a arbitragem como a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis.

Os conceitos acima revelam dois componentes fundamentais da estrutura da arbitragem, quais sejam: a autonomia de vontade das partes e o poder de julgar que os árbitros recebem, em detrimento do julgamento estatal. Dessa forma, pode-se afirmar que, na maioria dos casos, a arbitragem nasce com o contrato celebrado entre particulares e deságua na atividade de um árbitro, terceiro imparcial inserido no contexto pela sua especialidade e com base na confiança das partes conflitantes, capaz de solucionar o conflito sem intervenção do Estado-Juiz.

Baseado nesses conceitos, Rodrigo Almeida Magalhães⁴³ demonstra que os elementos essenciais da Arbitragem são:

- a) a existência de lide entre as partes, e que o objeto dessa lide verse sobre direitos disponíveis;
- b) a existência de uma convenção arbitral estabelecendo que a disputa será resolvida por arbitragem, já que, no Brasil, não existe arbitragem obrigatória;
- c) a indicação, pelos litigantes ou consentidos por eles, de terceiro, ou pelo juiz, da pessoa (ou das pessoas), imparcial e desinteressada, que irá resolver a questão;
- d) o caráter vinculante da sentença arbitral, para as partes, tendo inclusive executoriedade nos tribunais estatais.

Em outras palavras, a arbitragem pode ser definida como uma técnica que visa solucionar questões de interesse de uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, sobre as quais essas possam dispor livremente, por decisão de uma ou mais pessoas (árbitros), que estão investidas com o poder de resolver a causa, através de autorização expressa dada pelas partes. Note-se que a arbitragem só será exequível em relação a direitos patrimoniais disponíveis, e por isso não são aplicáveis a todos os tipos de contrato, mas somente àqueles cujo objeto puder ser transacionado ou renunciado.

Essa forma de composição de conflito foi criada em face da necessidade de solução dos conflitos de maneira menos burocrática e mais rápida. Assim sendo, são inerentes à arbitragem os aspectos de celeridade na solução dos conflitos; os de informalidade do procedimento, pois a rapidez e eficiência estão em primeiro plano não devendo o procedimento ser obstáculo para as partes envolvidas; a confiança de ambas as partes no

⁴² ALVIM, 2000, p.14.

⁴³ MAGALHÃES, 2006, p.56.

procedimento e a compreensão entre elas; o caráter especial do procedimento, porquanto se desenvolve de maneira diversa dos procedimentos do judiciário; o caráter sigiloso, ou seja, tudo que for discutido e decidido na arbitragem só diz respeito às partes, não devendo ser exteriorizado para terceiros desinteressados.

Conforme frisa Rodolfo Pamplona Filho⁴⁴, no que tange às características do procedimento de arbitragem: “Quanto à celeridade e a informalidade do procedimento é suficiente consignar que a solução dos conflitos é fundada precipuamente na completa ausência de previsão expressa de possibilidade de interposição de recursos”.

Acompanhando a mesma linha, salienta a autora Isabele Jacob⁴⁵ que a solução dos conflitos é fundada também na ausência de formas solenes, como as exigidas no processo comum, ou seja, nos processos judiciais. A autora ao mesmo tempo trata da confiabilidade em que as partes conflitantes devem ter em relação ao árbitro, destacando que:

A confiabilidade, por evidente, refere-se à possibilidade de as próprias partes escolherem o árbitro, tribunal arbitral ou instituição de arbitragem que solucionará o conflito. Essa faculdade confere maior neutralidade ao julgador e, conseqüentemente, maior segurança das partes quanto a sua imparcialidade e confiabilidade, diferente do que ocorre no Judiciário, onde a lide é solucionada pelo juiz a quem for distribuída, que não necessariamente possui a confiança das partes.

Observa-se que esta característica, como uma das mais importantes e propulsoras da arbitragem, possibilita a indicação de árbitros de confiança das partes, sem nenhuma espécie de constrição ou exigência quanto a esta pessoa que não esteja vinculada à sua honradez e capacidade de julgar com independência e imparcialidade. Ou seja, que se decida com fundamento na livre convicção racional e na busca de uma composição menos litigiosa possível entre as partes envolvidas na controvérsia.

Ponto a merecer destaque reside na diferenciação entre arbitragem institucionalizada e arbitragem *ad hoc*. Aquela se caracteriza pela intervenção de uma instituição especializada de caráter permanente procurada pelas partes com o objetivo de solucionarem seus conflitos mediante a arbitragem, abrindo mão do Estado-juiz. Tal situação pode ser constatada nos centros de arbitragem que funcionam junto das câmaras de comércio ou de indústrias ou de outras associações profissionais, os quais se caracterizam por possuir regulamento de arbitragem e uma organização própria.

⁴⁴ PAMPLONA FILHO, Rodolfo, Arbitragem na área trabalhista: visão didática. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2094> Acesso em 12.04.2008.

⁴⁵ MORGADO, Isabele Jacob, 1998 a, p.39.

De outra sorte, a arbitragem *ad hoc* é aquela na qual o tribunal arbitral é constituído por árbitros e regras previamente determinados pelas partes, sem, pois, a intervenção de uma instituição com as características acima apontadas.

No tocante à capacidade contratual das partes, na arbitragem é imprescindível que estas possuam plena capacidade civil para contratar, sem a qual tanto o contrato quanto a cláusula de convenção arbitral serão nulos ou anuláveis, mesmo considerando-se a autonomia da cláusula de convenção arbitral.

O alcance do instituto da arbitragem somente poderá ser acionado para solução de litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, estão fora da possibilidade da arbitragem todas as questões relativas ao direito de família, de sucessão, os que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, dentre outras, uma vez que a vontade das partes não pode se sobrepor às regras do direito positivado para essas situações, que não admitem transação sobre as mesmas.

Um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.⁴⁶

Assim: “são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, tendo a alienante plena capacidade jurídica para tanto”.⁴⁷

A Cláusula de convenção de arbitragem, com seu caráter contratual independente é a ante-sala da arbitragem. É a Cláusula que, uma vez inserta em um contrato ou a ele ligada, ainda que de forma autônoma, irá determinar que futuros litígios havidos no contrato em tratativa serão solucionados pelo mecanismo da arbitragem. A existência dessa cláusula é fundamental para fazer valer a vontade das partes com o fim de afastar a jurisdição estatal sobre as controvérsias surgidas no contrato.

Por último a característica atinente à flexibilidade quanto ao modo de arbitragem pelo qual o conflito será solucionado, que a teor do disposto no art. 2º da Lei 9.307/1996, poderá ser de direito ou de equidade, ou seja, adaptar-se à realidade fática do momento em questão (caso concreto), observando-se a ética e a boa razão. Dentro dessa eleição, não havendo violação dos bons costumes, poderão as partes escolher as regras de direito a serem aplicadas (§ 1º do Art. 2º da Lei 9.307/1996) ou determinar que se realizem com base nos

⁴⁶ LIMA, Alcides de Mendonça, 1986, P.225.

⁴⁷ CARMONA, Carlos Alberto, 2004 a, p.8.

princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais do direito (§ 2º do Art. 2º da Lei 9.307/1996).

3.2 Evolução Histórica da Arbitragem

A arbitragem não é uma criação do Direito contemporâneo, uma vez que antecedeu a própria jurisdição estatal. Na mais remota antiguidade, a humanidade sempre buscou caminhos que não fossem morosos ou serpenteados de fórmulas rebuscadas, visto que os negócios, sejam civis, sejam comerciais, demandam respostas rápidas, sob pena de, quando solucionados, perderem o objeto e ficarem desprovidos de eficácia, com prejuízos incalculáveis para as partes interessadas.⁴⁸

Pedro A. Batista Martins⁴⁹, em exame sobre a prática da arbitragem pelos povos, afirma que ela foi utilizada desde a mais remota Antigüidade, quando a desconfiança recíproca e as diferenças de raça e religião tornavam precárias as relações entre ele.

Em razão do estudo efetuado pelo Autor sobre a evolução histórica da arbitragem, firmou-se convicção de que esta é um instituto que existiu e produziu efeitos mesmo antes que surgisse o legislador e o juiz estatal, identificando-se assim a sua presença nos séculos pretéritos, e caracterizando-se dessa forma como um dos mais antigos que se tem notícia na história do direito.

A Grécia antiga já conhecia e aplicava a arbitragem – proveniente de sua cultura – visto que, na mitologia, os conflitos entre os deuses e heróis eram resolvidos por um terceiro.

Seu maior desenvolvimento se deu na Grécia, considera o berço da arbitragem e do Direito Internacional Privado. A evolução do instituto acompanhou o desenvolvimento da sociedade, a princípio dentro da delimitação de cada cidade e, aos poucos, se inserindo e delineando sua forma nos costumes, leis e tratados firmados entre as cidades gregas.⁵⁰

Entre os hebreus, a arbitragem esteve presente desde 1300 a.C.. Havia um colegiado, a *Beth-Din*, formado por três árbitros dotados de competência para todos os assuntos.

⁴⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda, Arbitragem. Primeiras noções. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6836>>. Acesso em: 12 jul. 2008. 2007.

⁴⁹ MARTINS, Pedro A. Batista, 1999, p.35 e segs.

⁵⁰ MUNIZ, Tânia Lobo, 1999, p.21-22.

No Direito Romano, a história nos mostra diversas fases evolutivas dos meios empregados para a solução dos conflitos. A primeira, estabelecida ainda na Lei das XII Tábuas, trazia a idéia de vingança privada: olho por olho, dente por dente. A segunda ocorreu durante toda a evolução do direito romano, pois sempre se permitiu que os conflitos fossem conciliados por árbitros. A terceira, nos dois primeiros sistemas de processo civil romano — o de *legis actionem* e o *per formulas*. Finalizando, o quarto meio de solução de conflitos encontra-se no terceiro sistema processual romano — o *cognitio extraordinária*.⁵¹

A Arbitragem em Roma se evidenciava nas duas formas do processo romano agrupadas na "ordo iudiciorum privatorum": o processo das "legis actiones" e o processo "per formulas". Em ambas as espécies, que vão desde as origens históricas de Roma, sob a Realeza (754 a.C.) ao surgimento da "cognitio extraordinaria" sob Diocleciano (século III d.C.), o mesmo esquema procedimental arrimava o processo romano: a figura do pretor preparando a ação, primeiro mediante o enquadramento na ação da lei e depois, acrescentando a elaboração da fórmula, como se vê na exemplificação de Gaio e, em seguida, o julgamento por um "iudex" ou "arbiter", que não integrava o corpo funcional romano, mas era simples particular idôneo incumbido de julgar.⁵²

O instituto da arbitragem desenvolveu-se muito mais ao tempo de Justiniano, 529 d.C, em que se procurava legislar sobre o que o costume havia criado. As partes vinculavam-se à execução do laudo e aos árbitros cabia a obrigação de desempenharem bem sua atividade.

A decisão arbitral tinha valor peculiar. Instituiu-se uma "*actio in factum*" contra a parte que não executasse o laudo, no caso deste não ter sido impugnado nos dez dias posteriores à pronúncia.

Na Idade Média, de acordo com Gianni Schizzeroto⁵³, é possível apontar pelo menos cinco causas que influenciaram o desenvolvimento da arbitragem: ausência de leis ou sua excessiva dureza e incivilidade; falta de garantias jurisdicionais; grande variedade de ordenamentos; fraqueza do Estado; e conflitos entre Estado e Igreja.

Nesse período é que se vê uma grande variedade de casos de arbitragem, entre cavaleiros, entre barões e entre soberanos distintos. Foi na sociedade feudal que a arbitragem encontrou ambiente propício, não só no campo internacional, mas também nos próprios Feudos.

⁵¹ ALVES, José Carlos Moreira, 1983, p.221.

⁵² CACHAPUZ, Rozane da Rosa, 2006.

⁵³ GIANNI, Schizzeroto, 1982, p.8-9.

O papel da Igreja Católica foi importante nessa fase, favorecendo soluções pacíficas de litígios entre fronteiras e também nas questões privadas.

Tanto os contratos mercantis, como os marítimos, continham cláusula compromissória para solução arbitral. Só se chegava a um tribunal judicial em caso de revelia ou se o árbitro não cooperasse.

No transcorrer dos séculos XVI e XVII, segundo estudos efetuados por Pedro A. Batista Martins, a arbitragem foi pouco aplicada, tendo, porém, retomado o seu prestígio no século XVIII, para, finalmente, ter sofrido restrições no curso do Século XIX, por haver assumido, em decorrência das reformas legais instituídas por Napoleão, forma burocratizada exagerada. Porém, conclui o autor que já no final do século XIX o interesse pela arbitragem é renovado, e sua utilização plenamente revigorada no século XX, com a ratificação de tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais.⁵⁴

Na era contemporânea, a arbitragem passou a ser utilizada, com êxito, em vários países.

Na Argentina, em decorrência da vigência da Lei 24.573, há o estabelecimento da exigência da mediação, em caráter obrigatório, antes do ingresso de qualquer ação em sede civil ou comercial.

Ressalta-se que o Código Processual Civil e Comercial da Argentina, em seus arts. 736 a 773, e os Códigos de Procedimentos Civil e Comercial de cada uma das Províncias Argentinas prevêm a arbitragem.

No sistema argentino, tal qual no brasileiro, em caso de uma das partes se negar a se submeter ao juízo arbitral, após assinar a cláusula arbitral, pode-se peticionar ao juiz para que supra a parte renunciante.

No Canadá, assim como nos EUA a arbitragem aplica-se aos conflitos de direitos. Na Austrália a arbitragem é obrigatória quanto às normas coletivas de trabalho nos Tribunais de Arbitragem Federais e Estaduais. É obrigatório na Suécia.

Nos Estados Unidos da América, a arbitragem é regulada pelo US ARBITRATION ACT, de 1925, e goza de grande prestígio. Este diploma confere às cláusulas compromissórias caráter de irrevogabilidade, executoriedade e validade, aplicáveis a todo tipo de contrato. A autonomia da cláusula arbitral foi reconhecida pela Corte Maior dos EUA, no caso PRIMA PRINT CO. US. Flood & Conklin MFG.CO, julgado em 1967. Uma das entidades de maior respeitabilidade nos EUA, no campo da arbitragem, é a American

⁵⁴ MARTINS, Pedro A. Batista, 1999 a, p35 e segs.

Arbitration Association - AAA, com sede em Nova York e ramificações em todo o País e no exterior. Atualmente, em média, 90% dos litígios são dirimidos pela arbitragem, deixando ao Poder Judiciário somente o que lhe compete.

Em alguns países da Europa, como Alemanha, Espanha, França, Inglaterra e Itália, o instituto da arbitragem foi introduzido no ordenamento jurídico a partir da década de 80. Não se esquecendo que também a mediação e a conciliação são formas alternativas presentes nesses países e de ampla aplicabilidade na esfera trabalhista.

Na China a arbitragem vinha sendo utilizada antes do sistema comunista. Os chineses visualizam as leis como um mal que os fazia perder o senso de honestidade e moral. Em decorrência da demora excessiva, acreditam que só se deve recorrer ao Judiciário após esgotarem-se todas as oportunidades de acordo, já que essas possibilidades são múltiplas. Pois por meio da transação e conciliação, os conflitos são resolvidos da melhor maneira, evitando de todas as formas o uso do Poder Público. No sistema legal chinês o Estado é visto como uma função secundária e a Arbitragem como a primeira após esgotarem-se todas as oportunidades de acordo, já que essas possibilidades são múltiplas opções.⁵⁵

O Japão também procurou tornar mais ágil a solução de controvérsias, visando sempre à informalidade e à oralidade como a essência do procedimento. E priorizando a comunicação entre as partes com o intuito de que estas cheguem a um consenso ou a um acordo.

Já na Alemanha, não existe um diferencial entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral diferentemente do sistema Brasileiro. As técnicas de arbitragem, a conciliação e a mediação são amplamente utilizadas, de modo idêntico ao nosso sistema. Já a Holanda, signatária da Convenção de Nova York, faz nítida distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

As características da conciliação na França e na Espanha guardam semelhanças com a praticada na lei brasileira, com caráter obrigatório e prévio antes do ajuizamento da ação trabalhista, revelando mais uma condição da ação.

A arbitragem em Portugal está regulada no Código Processual Civil desde 1961, todavia, só se expandiu nos últimos cinco anos. No campo laboral, o direito português considera como formas compositivas de conflitos, a mediação, a conciliação e arbitragem. A arbitragem, no entanto, é facultativa a teor do art. 2º. do novo Código do Trabalho – Lei 99/2003 – que instituiu a arbitragem de forma voluntária.

⁵⁵ TATIANA SCHOLAI, *Uso da Arbitragem no Mundo*, Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-uso-da-arbitragem-no-mundo-354840.html>, Acesso em 27.06.2008.

O sistema português também prevê o instituto da conciliação, por meio da Lei 42 de 09.06.1999 e regulamento 480 de 09.11.99–Código e Processo do Trabalho– e a mediação no Código de processo civil – Dec-Lei 375-A de 20.09.99 –, que guarda a peculiaridade do sigilo das informações.

O MERCOSUL foi criado com o objetivo de se constituir em um mercado comum fundado na reciprocidade de direitos e obrigações. Prevê também um Documento Internacional que determina que as controvérsias entre as partes, em virtude da aplicação desse tratado, resolvem-se, mediante negociação direta. Estipulando o comprometimento das partes em adotar um sistema de solução de controvérsias para vigorar no período de transição.

A Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai firmaram esse instrumento, visando aperfeiçoar, em caráter definitivo, o sistema de solução de controvérsias entre os Estados participantes do MERCOSUL. Prevê a criação do Tribunal Permanente de Revisão, composto de 5 árbitros titulares e 5 suplentes, para mandato de 2 anos, renovável, por no máximo, dois períodos consecutivos. O quinto árbitro exercerá a função, por três anos, proibida a recondução, segundo procedimento descrito no artigo 18. Os árbitros são juristas, de reconhecida competência nas especialidades sobre as quais terão que decidir, bem como acerca das normas do MERCOSUL.

Deste modo, percebe-se que além de a Arbitragem ser uma técnica muito utilizada e reconhecida mundialmente, ela está conquistando, a cada dia, o seu espaço e poder no mercado internacional.

3.3 A Arbitragem no Direito Brasileiro

No sistema jurídico brasileiro identifica-se a presença da Arbitragem, desde os tempos da colonização portuguesa, nas Ordenações Filipinas (1603, livro III, título 16), estando prevista a certeza da prolação da sentença arbitral, sem que fosse necessária sua homologação e ainda possibilitando a interposição de recurso.

Apesar de legalmente reconhecida desde os tempos da colonização portuguesa, sua aplicação no Brasil não era visível em razão da falta de tradição no tocante ao seu emprego como alternativa de solução de controvérsias.

A primeira Constituição brasileira de 1824 (Constituição do Império) admitia a arbitragem nas causas cíveis e penais, com a possibilidade de execução do laudo, sem a

previsão de recursos, salvo convenção contrária estipulada pelas partes (artigo 160, título VI do Poder Judicial): “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

Nesta feita, transformou-se a sentença em verdadeiro título executivo, ou seja, devido à falta de possibilidade de recurso se assim o fosse determinado pelas partes.

Entre 1831 e 1837, a Arbitragem foi, pela primeira vez, introduzida no Brasil, passando a ser obrigatória em demandas que envolvessem, respectivamente, seguro e locação, ampliando a obrigatoriedade, com o advento do Código Comercial em 1850, para abranger todas as questões de natureza mercantil. O referido Código Comercial trouxe a figura do juízo arbitral e, seguindo a tendência já delineada no passado, prescreveu-o de modo obrigatório às questões resultantes de contratos de locação mercantil, suscitadas pelos sócios, entre si, ou com relação à sociedade, inclusive quanto à liquidação ou partilha, de direito marítimo, no que toca a pagamento de salvados e sobre avarias, repartição ou rateio das avarias grossas e relacionadas à quebra.

A Constituição da República de 1891 limitou ainda mais sua utilização, dispondo que somente nas hipóteses de se evitar a guerra, poderia ser suscitado tal dispositivo, artigo 34, 11, *in verbis*:

34 – Compete privativamente ao Congresso Nacional:
(.....)

11) autorizar o governo a declarar guerra se não tiver lugar ou malograr-se o recurso do arbitramento, e fazer a paz.

Nas Constituições de 1946, 1967 e 1969, houve omissão da arbitragem, prevalecendo o juízo estatal como capaz de dirimir os litígios, relegando o instituto da arbitragem ao ostracismo.

A Constituição Federal de 1988, diferentemente das suas antecessoras, consagra expressamente a arbitragem, na Seção V – ‘Dos Tribunais e Juízes do Trabalho’, do Capítulo III – ‘Do Poder Judiciário’ – do Título IV – ‘Da Organização dos Poderes’, no artigo 114, §§1º e 2º.⁵⁶

⁵⁶ Artigo 114, CF: Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (...) §1º - Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros.

No que tange a legislação infraconstitucional, o Código Comercial de 1850 adotava o juízo arbitral obrigatório para assuntos decorrentes da relação contratual de locação mercantil, *in verbis*:

Artigo 245 – Todas as questões que resultarem de contratos de locação mercantil serão decididas em juízo arbitral.

Com o Código Civil de 1916, a esfera cível absorveu o juízo arbitral, sendo delineado seu instituto nos artigos 1037 a 1048 e previsto que as pessoas capazes de contratar poderiam firmar compromisso para solucionar suas pendências jurídicas referentes a direitos patrimoniais disponíveis mediante Tribunal Arbitral. Além de tais regras trazidas em seu bojo, previa ainda o Código, que tal ato deveria ser firmado por escrito, podendo ser judicial ou extrajudicialmente, por instrumento público ou particular. Admitia-se a interposição de recursos, em hipóteses específicas, devendo o recorrente para tanto, prestar caução.

No Código de Processo Civil de 1939, a arbitragem era um título isolado, prevista nos artigos 1031 a 1046. O Código de 1973 dispunha em seus artigos 1072 a 1102, repetindo parcialmente o já contido no Código Civil, sobre a arbitragem desde o Contrato, até a homologação do laudo, modificando o funcionamento e “*modus operandi*” do juízo arbitral e estabelecendo que pelo árbitro, seria proferido o laudo arbitral, que deveria ser homologado para que tivesse força executória.

Os Códigos de Processo Civil, de 1939 e 1973, estabeleciam a arbitragem como uma faculdade de “juízo arbitral” onde os pactuantes, mediante compromisso, podiam submeter seu conflito ao arbitramento. Os árbitros apreciavam questões de fato e de direito, sendo que poderiam fundamentar suas decisões “*secundum ius*” ou “*secundum equitatem*”. Entretanto, diferentemente do sistema atual, a decisão deveria ser homologada judicialmente, donde se extraía a eficácia executiva. Tornando, portanto, o procedimento por demais vulnerável a delongas e a riscos de invalidação. O instituto apesar de vigorar, sob o pálio dos diplomas citados, não possuía a eficácia desejada para a sua perfeita implantação nas transações privadas.

O insucesso e falta de hábito de utilização deste instituto no Brasil, não se deve ao fato da falta de previsão expressa nos Códigos, pois esta esteve sempre presente no ordenamento pátrio, desde as ordenações Afonsinas. Muito provavelmente, a justificativa histórica para tal insucesso pode ser apontada como sendo os entraves criados pelas

legislações, sempre no sentido de desencorajar os interessados em solucionar suas lides por meio da Arbitragem.

Diversos autores, das mais variadas áreas do direito econômico e empresarial consideravam a Arbitragem no Brasil e América Latina, de forma geral, como de impossível implementação. Viam os tribunais nacionais como um entrave danoso. Segundo esses mesmos autores e juristas, os tribunais nacionais são tendenciosos, sempre decidindo em favor dos seus patrícios; sentenças refletem o enaltecimento de seus espíritos nacionalistas, deixando de priorizar a técnica, esquecendo as razões do próprio Direito.

Resumidamente, no Brasil, a doutrina e a jurisprudência transformaram na prática o *pacto de contrahendo* (cláusula compromissória) em verdadeiro *pactum nudum*, contribuindo para que empresas estrangeiras abandonassem a escolha da solução arbitral de controvérsias.

Outro obstáculo foi o reconhecimento e a execução, perante o Supremo Tribunal Federal, de sentenças arbitrais advindas do estrangeiro, o que exigia a dupla homologação (duplo *exequatur*) da sentença ou laudo arbitral alienígena. A exigência fazia-se valer tanto do país originário, que emitira a sentença ou laudo, quanto da Corte Suprema brasileira e acabava por extinguir, na prática, a composição por meio da arbitragem dos tribunais nacionais.

O certo é que, uma vez levada a lide ao judiciário (para a homologação), restariam comprometidos vários benefícios deste instituto: a rapidez para uma solução definitiva do problema, o sigilo dos negócios envolvidos (já que para a homologação o processo teria que obedecer ao princípio da publicidade), entre tantos outros.

Enquanto a Bélgica (1972), a França (1980), Portugal (1986), a Itália (1983 e 1994) e a Espanha (1988) aboliam ou mitigavam a homologação de laudos arbitrais, o legislador brasileiro optava por seguir trilha em inverso sentido ao mundo contemporâneo, mantendo-se fiel às suas tradições históricas.

Por fim, a Arbitragem, que foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, com reprodução no Código de 1973, tomou uma nova feição com a Lei 9.307/1996, por ter permitido que se desenvolvesse a solução dos litígios fora do âmbito do Poder Judiciário. A atuação ficou limitada apenas a situações determinadas para garantir o êxito da Arbitragem como solução pacífica dos conflitos, por meio da mediação, da conciliação e do pronunciamento dos árbitros, tudo na área privada.⁵⁷

⁵⁷ DELGADO, José Augusto, A Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e comercial, Disponível em <http://www.arbitragem.com.br/Artigo%20Arbitragem%20-%20Jos%20Augusto%20Delgado.htm>, Acesso em 28.06.2008.

3.4 Categorias de arbitragens: Ad Hoc e Institucional

A autonomia da vontade das partes é de tal forma, que elas podem decidir e definir todo o procedimento arbitral a ser instaurado quando do surgimento de um conflito contratual. Vai desde a definição dos árbitros – quando da assinatura do contrato, ou o mecanismo de escolha a ser adotado – passando pela definição dos procedimentos processuais para o julgamento, até a escolha da forma de julgamento a ser adotado no processo e do local a ser instaurado o tribunal. Tudo isto devidamente formalizado na cláusula de convenção de arbitragem.

Observa-se, que as partes contratantes, desde que não firam os preceitos da ordem pública, dos bons costumes e do direito, têm ampla liberdade para definir quais litígios poderão ser arbitrados e quais os ritos processuais e a forma de julgar (o tipo de julgamento a ser adotado) nos denominados procedimentos arbitrais *ad hoc*.

Tendo como matriz os procedimentos definidos pela CCI (França) e AAA (USA), na Lei Modelo e nas Diretrizes (ADR) de Arbitragem, as diversas câmaras arbitrais existentes na maioria dos países instalam o tribunal arbitral institucional, a pedido das partes, para arbitrar as disputas que lhe são submetidas.⁵⁸

Existem inúmeras vantagens na escolha de um tribunal arbitral institucional devido à padronização dos procedimentos e ao tabelamento das custas das disputas, além da possibilidade de maior especialização por parte dos árbitros que ali operam.

Mesmo indicando um tribunal arbitral específico em uma convenção de arbitragem, as partes não estão totalmente adstritas aos regulamentos daquele tribunal. As partes têm a liberdade de definir um ou outro ajuste que desejem no procedimento arbitral, tal como a possibilidade de interposição de recursos ou a indicação de um árbitro específico para desempatar questões. Podem ainda adotar critérios pessoais restritivos à escolha do árbitro, ou à definição do prazo para prolação de sentença, dentre outros.

No Brasil, com a Lei 9.307/1996, a decisão arbitral passou a ter força de uma sentença judicial (art.31da referida Lei) e é de caráter irrecorrível quanto ao seu mérito (art. 18); admitindo contudo, a desconstituição por questões formais ou de respeito às vontades das partes, conforme seu artigo 32.

⁵⁸ Preceitos padronizados pela UNCITRAL – United Nations Commission International Trade Law – e adotados pela AAA - American Arbitration Association – Norte-Americana e pela CCI - Chambre de Commerce et d'industrie – francesa; Matriz de estatuto das câmaras arbitrais - signatários da Convenção de Nova York, de 1958, ww.uncitral.org. Acesso 04/01/2008.

3.5 A Arbitragem nos Contratos Administrativos

A Arbitragem, no contexto do direito administrativo, deu-se de modo diferente, tendo em vista que sua utilização só não é mais antiga em razão da juventude desse ramo do direito, saído da Revolução Francesa e [...] baptizado pelo célebre arrêt Blanco, de 8 de fevereiro de 1873.⁵⁹

Sua utilização no Brasil, igualmente, não se encontra pacificada. Inicialmente, destaca-se a regra contida no § 1º do artigo 775 do Decreto 15.783, de 8 de novembro de 1922, que regulamentou o Código de Contabilidade da União, que previa como uma das cláusulas do contrato administrativo a que declarasse competente o foro nacional brasileiro para dirimir quaisquer questões relativas a esse contrato.

Verifica-se que já havia uma tendência em determinar a obrigatoriedade de cláusula que declarasse competente o foro nacional para dirimir conflitos que tivessem por objeto contratos administrativos firmados com pessoas estrangeiras.

A Lei 5.662, de 21 de junho de 1971, que transformou o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social em empresa pública, em seu artigo 5º autorizava a instituição a realizar operações bancárias necessárias ao desenvolvimento nacional, bem como a aceitar a inserção de cláusula arbitral em seus contratos, típica dos contratos internacionais.

Da mesma forma, o Decreto-Lei 1.312, de 18 de julho de 1974, autorizou o Tesouro Nacional a aceitar cláusulas e condições comuns às operações com organismos financeiros internacionais, como o arbitramento para a resolução de conflitos que porventura viessem a surgir das operações viabilizadas mediante contratos.

Decreto-Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986, que tratava das licitações, previa a obrigatoriedade de cláusulas que declarassem competente o foro do Distrito Federal para dirimir controvérsias relacionadas aos contratos administrativos, vedando, de forma expressa, a utilização da arbitragem, em seu artigo 45, parágrafo único.

Ulteriormente, foi promulgado o Decreto-Lei 2.348, de 24 de julho de 1987, que alterou diversos artigos do Decreto-Lei 2.300/1986. Dentre as modificações trazidas, destaca-se a possibilidade do arbitramento para casos excepcionais, como o da concorrência internacional para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismos internacionais de que o Brasil faça parte. Sobressai também ali o caso de contratação de empresas estrangeiras para a compra de equipamentos

⁵⁹ ESQUÍVEL, J.L., 2004, p.78.

fabricados e entregues no exterior, desde que tenha havido prévia autorização do Presidente da República.

As exceções acima postas estavam previstas no § 13 do artigo 25 do Decreto-Lei 2.300/1986, alterado pelo Decreto-Lei 2.348/1987.

Jacob Dolinger apud MEDEIROS⁶⁰ ao interpretar as exceções previstas no Decreto-Lei 2.348/1987, afirma que restou claro que deve ser mantida a regra geral da imunidade de jurisdição do Estado Brasileiro, segundo a qual somente é possível abrir mão do foro do Distrito Federal nas hipóteses previstas. Contudo, para o autor, não ficou claro se a hipótese do § 13 do artigo 25 permitia somente o juízo arbitral ou também a eleição do foro estrangeiro.

Posteriormente, o Decreto-Lei 2.300/86 foi revogado expressamente pela Lei 8.666/1993, que passou a versar sobre o tema de licitações. Conforme o artigo 55, § 2.º, da Lei 8.666/1993 trouxe regra imprecisa e lacunosa, gerando incerteza acerca da possibilidade de utilização da arbitragem nos contratos administrativos, representando, dessa forma, um retrocesso, ao criar obstáculos à utilização da arbitragem internacional.

No tocante à arbitragem interna, segundo Dallari e Wald, citados por Medeiros⁶¹, parte da doutrina veio a entender pela possibilidade de sua utilização nos contratos administrativos, tendo como argumento o artigo 54 da Lei 8.666/1993. O referido dispositivo prevê que os contratos administrativos de que trata essa Lei se regulem pelas suas cláusulas e pelos seus preceitos de direito público, aplicando-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Com o advento da Lei 8.987/1995, que versa sobre as concessões e permissões de serviço público, houve uma inovação acerca do tema, com a previsão, no inciso XV do seu artigo 23, do “modo amigável” de solução das divergências contratuais como uma das cláusulas essenciais do contrato de concessão.

Em que pese essa longa presença na legislação brasileira, parece certo que a arbitragem “era considerada letra morta por sua pouca ou nenhuma aplicação”⁶², até a edição da Lei nº. 9.307/1996.

Ademais, antes da edição da citada lei, o procedimento existente para as arbitragens no Brasil sofria de, no mínimo, dois grandes e graves problemas. O primeiro era que a sentença arbitral, isto é, a decisão ofertada pelo árbitro ao final do processo, em que ele

⁶⁰ MEDEIROS, 2003, p.76.

⁶¹ MEDEIROS, 2003 a, p.79.

⁶² SILVA, 2005, p.7

decidia quem tinha razão e em que termos, no sistema antigo tinha que ser previamente homologada pelo Poder Judiciário, para passar, então, a ser exigível. Assim, depois de transcorrido todo o processo arbitral, a parte vencedora tinha necessariamente de ingressar no Poder Judiciário para homologar o resultado de sua vitória na arbitragem. O segundo era que a lei não previa a chamada força vinculante da cláusula compromissória ⁶³. Isto é, no momento em que o contrato estava sendo assinado, as partes estabeleciam, por meio de uma cláusula compromissória, que as eventuais controvérsias decorrentes daquele instrumento não seriam resolvidas no Poder Judiciário, mas sim por um determinado árbitro ou tribunal arbitral. Ocorria, entretanto, que se porventura – quando surgisse um litígio – uma das partes se negasse a dar início à arbitragem, nada podia a outra fazer para compelir aquele que prometera se submeter ao processo arbitral.

3.5.1 Arbitrabilidade Objetiva e Arbitrabilidade Subjetiva

A possível submissão à arbitragem pela Administração Pública passa necessariamente pelo exame da arbitrabilidade, que comporta duas etapas: a arbitrabilidade subjetiva e a objetiva. A arbitrabilidade subjetiva determina quem pode se submeter à arbitragem, ao passo que a arbitrabilidade objetiva estabelece quais matérias podem ser resolvidas por juízo arbitral, estando relacionada ao objeto da controvérsia.

Quanto ao significado da arbitrabilidade manifestam Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio: ⁶⁴

Mesmo se partindo da premissa que a jurisdição – aplicação da lei ao caso concreto – é uma das funções do Estado, admite-se que as partes possam decidir submeter a solução de seus litígios à arbitragem ao invés de à jurisdição estatal. O Estado conserva, todavia, o poder de impedir que determinadas questões sejam dirimidas pela via da arbitragem, resultando no estabelecimento da regra da competência exclusiva da jurisdição estatal no que se refere a determinadas controvérsias. Nesse caso, diz-se que o litígio não é passível de ser resolvido por arbitragem, ou melhor, não é arbitrável. Dessa forma, a arbitrabilidade é uma condição de validade da convenção arbitral e conseqüentemente da competência dos árbitros.

⁶³ LEMES, 1960.

⁶⁴ DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmem, 2003.

Assim, somente podem pactuar e sujeitar-se a arbitragem as pessoas capazes de contratar (arbitrabilidade subjetiva), e somente podem ser submetidos ao juízo arbitral controvérsias atinentes a direitos patrimoniais disponíveis (arbitrabilidade objetiva).

Com relação à arbitrabilidade subjetiva, é preciso levar em consideração o princípio da legalidade, segundo o qual a Administração deve agir sempre com base na lei.

Defende-se, em um primeiro momento, que a inserção de cláusula arbitral em um contrato administrativo só será permitida mediante lei autorizativa.

A legislação brasileira dispõe que a arbitrabilidade subjetiva esteja ligada às pessoas capazes ou, ainda, aos que têm a faculdade de transigir. Assim determina o artigo 1º da Lei de Arbitragem – Lei 9.307/1996: As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.⁶⁵

Consoante art. 37 da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá ao princípio da legalidade. Isto significa, portanto, que a atuação da Administração Pública deve estar sempre balizada na lei.

Assim, o princípio da legalidade possui dupla função: além de só poder fazer aquilo que não é vedado por lei, também só pode fazer o que é expressamente permitido por lei.

Sobre o princípio da legalidade, assim é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:⁶⁶

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil ou criminal, conforme o caso, (...) Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

Da mesma forma dispõe o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), em seu artigo 851: É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar.⁶⁷

Quanto à questão da arbitrabilidade objetiva sua aplicação sempre esteve restrita às questões passíveis da transação relativas a direitos patrimoniais disponíveis

⁶⁵ Art. 1º da Lei 9.307/1996.

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, 1993, p.82.

⁶⁷ Art. 85 da Lei 10.406/2002.

Nesse contexto, em consonância com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, o artigo 25 do mesmo diploma legal determina que, sobrevindo no curso da arbitragem questão que envolva direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.⁶⁸

Em razão da citada indisponibilidade, há quem defenda que todos os interesses envolvendo as relações contratuais firmadas pelo Estado são indisponíveis, portanto não há que se falar na possibilidade de submissão da Administração à arbitragem. Ocorre que tal entendimento não deve prevalecer.

Afirma Carlos Alberto Carmona⁶⁹ que são arbitráveis as causas que não versem sobre temas relativos aos interesses fundamentais da coletividade, que não devem ser resguardados mediante reserva específica, e que, portanto, as partes podem dispor dessas causas quando diante de controvérsias.

Vale mencionar o entendimento de Eros Roberto Grau apud OLIVEIRA:⁷⁰

de que não se deve confundir interesse público, sempre indisponível, com direitos patrimoniais públicos, categoria na qual se inserem bens passíveis de alienação, como os bens dominicais, por exemplo, disponíveis, portanto. Dessa forma, a Administração, sempre que puder contratar o que importa em disponibilidade de direitos patrimoniais, sem que isso implique disponibilidade do interesse público, poderá, de igual sorte, convencionar cláusula arbitral.

Destaca-se que bens públicos são aqueles que pertencem a entes estatais e que têm por fim imediato e mediato o interesse público. Sobre tais bens incidem normas específicas, diferentes das normas que regem os bens privados.

Levando-se em consideração o critério da sua destinação ou afetação, os bens públicos podem ser classificados em bens públicos de uso comum do povo, bens de uso especial, ou seja, utilizados para o cumprimento das funções públicas, e bens públicos de caráter dominical, os que são destinados à utilização pelo Estado para fins econômicos, na qualidade de particular, ou, ainda, que não possuem uma destinação específica.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 99, traz a classificação acima apontada, deixando claro, contudo, que os bens públicos pertencentes às pessoas jurídicas de direito

⁶⁸ Art. 25 da Lei 9.307/1996.

⁶⁹ CARMONA, 1998, p.56.

⁷⁰ OLIVEIRA, G. H. J., 2005, p.590.

público são espécie do gênero bens públicos, que por sua vez estão divididos em bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens dominicais.⁷¹

Verifica-se pois, que os bens tanto de uso comum, como de uso especial estão sob o domínio público do Estado; já os bens dominicais estão sob o domínio privado do Estado. A importância dessa diferenciação reside no fato de que aqueles estão no rol dos direitos patrimoniais indisponíveis da Administração, enquanto os bens dominicais fazem parte dos direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, a afetação está ligada à atribuição de uma destinação a um bem público, para que este satisfaça as necessidades coletivas e estatais, no caso os bens de uso comum e os de uso especial. Os bens dominicais não são afetados, pois não são aplicados no desempenho das funções próprias da Administração.

Contudo é possível que um bem dominical venha a ser um bem de uso comum do povo, ou de uso especial, desde que ocorra sua devida afetação. A desafetação, por sua vez, é o procedimento contrário; caracteriza-se pela mudança da destinação de um bem público. Via de regra, visa incluir bens de uso comum ou de uso especial na categoria de bens dominicais para possibilitar sua alienação. Cabe ao Estado, pois, de forma discricionária, quando lhe convier, afetar ou desafetar um determinado bem público, o que conseqüentemente o tornará um direito disponível e alienável, ou um direito indisponível. Neste último caso, inviável será a arbitragem, ao contrário das situações em que os bens públicos forem desafetados, portanto, alienáveis e disponíveis.

Ao conceituar direitos disponíveis, Diogo de Figueiredo Moreira Neto apud OLIVEIRA⁷², afirma que são todos os interesses e direitos que possam ser valorados mediante uma determinada expressão patrimonial, e que, assim, podem ser objeto de contratação.

Caio Tácito, citado por Oliveira⁷³, por sua vez, defende o tema utilizando o mesmo raciocínio, admitindo, ainda, a convenção de arbitragem nos contratos administrativos desde que compatível com a disponibilidade dos bens envolvidos no certame.

Pedro Batista Martins apud MEDEIROS⁷⁴ trata do tema procurando diferenciar os atos de império, ligados às atividades do Estado, preponderantemente de utilidade pública, dos atos de gestão, de caráter privado e desprovido das prerrogativas do direito. Identificada a

⁷¹ BRASIL, 2002b .

⁷² OLIVEIRA, G. H. J, 2005 a, p.590.

⁷³ OLIVEIRA, G. H. J, 2005 b, p.268.

⁷⁴ MEDEIROS, 2003, p.71.

diferença, defende o autor que prevalece o entendimento pela possibilidade da arbitragem, inclusive a de caráter internacional, no que diz respeito aos atos de gestão.

Aliados às argumentações postas, cabe destacar os ensinamentos de Adilson Abreu Dallari⁷⁵ sobre o tema. Defende o autor que o problema não é a falta de base legal, mas, sim, a impossibilidade de se recorrer ao Judiciário quando convencionada a arbitragem para a solução de conflitos. Conclui o citado autor que tal questão, por si só, não é suficiente para impedir a Administração Pública de se utilizar da arbitragem, pois, quando opta pelo instituto, não está transigindo com o interesse público, nem sequer deixando de defendê-lo através de hábeis meios. Ao contrário, está fazendo uma opção que poderá ser mais vantajosa, o que representa, enfim, a defesa do interesse público aliado ao princípio da eficiência constitucional.

3.6 Direitos Patrimoniais Disponíveis

O artigo 1º da Lei de Arbitragem dispõe como requisitos obrigatórios, além da capacidade das partes para poder contratar o instituto da Arbitragem, sobre quais direitos podem as elas contratar, ou seja, os direitos patrimoniais disponíveis.

Trata-se, portanto, de requisito básico essencial exigido pela lei arbitral, além daqueles exigidos na jurisdição comum, como as condições da ação, a capacidade das partes, a possibilidade jurídica do pedido, objeto lícito, possível e determinado, o consentimento, a forma prescrita e não defesa em lei.

O conceito de direito disponível segundo Paulo Furtado e Uadi Lammêgo⁷⁶, são aqueles de índole particular: “em que as partes podem dispor sobre eles, através de um negócio jurídico”.

Com efeito, direitos patrimoniais disponíveis seriam aqueles suscetíveis de livre disposição pela parte titular, aos quais se possa dar um valor econômico e que seja passível de conversão pecuniária, que possam ser doados, cedidos, negociados e livres de quaisquer ônus.

Na lição de Carlos Alberto Carmona:⁷⁷ “são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou

⁷⁵ DALARI, Adilson Abreu, 2001, p. 796.

⁷⁶ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo, 1998, p.9.

⁷⁷ CARMONA, Carlos Alberto, 1998, p.45.

negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”.

A Lei 9.307/1996 é clara, ao estabelecer como requisito obrigatório que somente os direitos patrimoniais disponíveis poderão ser objeto da arbitragem, excetuando da abrangência da nova Lei aqueles direitos chamados indisponíveis.

Com isso, devem-se considerar como direitos patrimoniais todos os bens corpóreos e incorpóreos passíveis de avaliação econômica; porém, o instituto da arbitragem definiu apenas os direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, aqueles dos quais as partes podem livremente dispor.

Os direitos (interesses) indisponíveis (que ultrapassem a esfera particular do indivíduo), como os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos, (tratados pela Lei de Ação Civil Pública, 7.347/1985) estão completamente fora da área de abrangência da arbitragem.⁷⁸

Nesse sentido, Rozane da Rosa Cachapuz⁷⁹, deduz que:

As relações jurídicas que contemplem natureza extrapatrimonial e indisponível não integram o conteúdo da convenção de arbitragem, afastando a possibilidade de que as eventuais pendências que surjam destes objetos sejam submetidas à solução arbitral. Deixam ainda de incorporar-se ao objeto da Arbitragem, por proibição legal, as coisas comuns, públicas e as fora do comércio por não se caracterizarem como direitos patrimoniais.

Portanto, são arbitráveis as causas de direito patrimoniais disponíveis, de que as partes possam livremente dispor e passíveis de avaliação e conversão econômica.

3.7 Da Constitucionalidade da Lei 9.307/1996

Com o advento da Lei 9307/1996, revigorando o instituto da arbitragem, ao se retirar a necessidade da homologação da decisão do árbitro por juiz togado, e ao se preverem a execução compulsória da cláusula arbitral e a irrecorribilidade da sentença arbitral, antes inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, reacendeu-se a polêmica quanto à constitucionalidade da arbitragem.

⁷⁸ CARMONA, Carlos Alberto, *Ibidem*, 1998 a, p.45.

⁷⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa, 2000, p.59.

Com efeito, opositores à Lei de Arbitragem alegam que essa fere princípios constitucionais como o da inafastabilidade do controle judicial (CF art. 5º, XXXV), da garantia do devido processo legal (CF art. 5º, LVI), da ampla defesa e da dupla instância de julgamento (CF art. 5º, LV), do juiz natural (CF art. 5º, LIII), além de ferir o princípio que impossibilita a criação de juízo ou tribunal de exceção (CF art. 5º, XXXVII).

Inicialmente é de se esclarecer que o juízo arbitral, mesmo nos moldes em que antes estava delineado no corpo dos Códigos Civil e de Processo Civil, já configurava uma espécie de justiça privada, visto que por meio dele as partes excluía da cognição judicial a lide existente entre elas ⁸⁰, não sendo pelo advento da Lei 9307/1996 que a arbitragem passaria a desrespeitar o princípio do controle judicial dos atos ameaçadores ou lesionadores de direito contido no art. 5º, inc. XXXV.

Segundo o raciocínio de DEMÓCRITO RAMOS REINALDO: ⁸¹

A prevalecer o entendimento de que, a arbitragem seria inconstitucional por impedir o exame do juiz das demandas submetidas, baseados no art. 5º, inc. XXXV da CF, esta interpretação deveria atingir, por analogia, outros meios de resolução de controvérsias extrajudiciais. Qualquer ato de resolução de pendências como, por exemplo, uma renegociação, uma transação extrajudicial, uma confissão ou uma cessão de direitos somente seria válida se homologado ou mesmo decidido pelo juiz. Nada diferencia a arbitragem destes outros meios extrajudiciais a ponto de ser tratada de forma diferente por alguns juristas.

Para os defensores da Inconstitucionalidade do juízo arbitral, a Lei 9.307/1996 viola a Constituição Federal frontalmente, principalmente por impedir que o Poder Judiciário aprecie a questão resolvida por meio da arbitragem, reduzindo severamente o princípio da inafastabilidade do controle judicial.

Já os que defendem a constitucionalidade dessa lei, não vendo nela qualquer infração ao princípio ou garantia constitucionais, acreditam que o contido no inciso XXXV, do artigo 5º, da CF/1988, não viola nem vicia de inconstitucionalidade o instituto da arbitragem, eis que a acessibilidade ao Poder Judiciário não ficou comprometida por ela, pelo contrário, como a arbitragem é uma espécie de Justiça Privada, os seus laudos estarão sempre expostos a soberana ótica da jurisdição estatal.

⁸⁰ COUTO e SILVA, Clóvis, 1977, p.564

⁸¹ REINALDO, Demócrito Ramos, 1997, p. 64.

Sobre a constitucionalidade da presente lei, o STF⁸², por maioria, declarou a sua sintonia com a Magna Carta, como se verifica na notícia vinculada no Informativo nº. 254 da Excelsa Corte:

Concluído o julgamento de agravo regimental em sentença estrangeira em que se discutia incidentalmente a constitucionalidade da Lei nº. 9.307/96 – Lei de Arbitragem (v. Informativos 71, 211, 221 e 226). O Tribunal, por maioria, declarou constitucional a Lei nº. 9.307/96, por considerar que a manifestação de vontade da parte da cláusula compromissória no momento da celebração do contrato e a permissão dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em afirmar compromisso não ofendem o art. 5º, XXXV, da CF (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”). Vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Relator, Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves, que, ao tempo em que emprestavam validade constitucional ao compromisso arbitral quando as partes de uma lide atual renunciavam à via judicial e escolhem a alternativa da arbitragem para a solução do litígio, entendiam inconstitucionais a prévia manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a impossibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam, por violação ao princípio do livre acesso ao Poder Judiciário, a inconstitucionalidade dos seguintes dispositivos da Lei nº. 9.307/96: 1) o parágrafo único do art. 6º; 2) o art. 7º e seus parágrafos; 3) no art. 41, as novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do Código de Processo Civil; 4) e do art. 42. O Tribunal, por unanimidade, proveu o agravo regimental para homologar a sentença arbitral.

Verifica-se, pois, que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o "risco" de serem derrotadas na arbitragem.

Neste contexto, confirmam-se as palavras da Ministra Nancy Andrighi do STJ:⁸³

(...)

1 - O tema em questão é muito novo em nossa jurisprudência e esparsos são os doutrinadores que se destinam ao seu estudo. 'A arbitragem não caracteriza renúncia ao exercício do direito de ação e sim uma das formas de se solucionar as controvérsias sem precisar da atuação do Poder Judiciário'. Não se trata de impedir o acesso ao Judiciário, como vem sendo fundamentado por alguns que entendem que a cláusula compromissória fere o art. 5º, XXXV, da CF de 88, e sim uma disponibilidade que tem os interessados de verem suas questões sendo dirimidas com maior celeridade, presteza e com menos entraves burocráticos (...).

⁸² STF, SE nº. 5.206, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 15.12.01.

⁸³ STJ, Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003.

Vê-se assim, que o Juízo Arbitral não exclui a apreciação do Poder Judiciário, que possui a soberania se acionado for, de rever ou anular decisões extrajudiciais que tenham sido tomadas com vícios de origem.

Aliás, esta é a redação do artigo 33 da respectiva lei, *in verbis*:

Art. 33 – A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta lei.

Também poderá, segundo o estipulado no § 3º do citado art. 33, a parte argüir decretação da nulidade da sentença arbitral mediante a apresentação de embargos de devedor, conforme o art. 741 e seguintes do CPC, se houver execução judicial.

Da mesma forma, e comprovando que a Lei de Arbitragem não padece do vício da inconstitucionalidade, o seu artigo 41 alterando a redação do CPC, passou a considerar, a sentença arbitral como título executivo judicial, o que significa dizer que a sua execução definitiva estará condicionada ao Poder Judiciário.

Também a sentença arbitral estrangeira, para ser reconhecida ou executada no Brasil, deverá ser precedida da homologação pelo Supremo Tribunal Federal (art. 35).

No que concerne à alegada ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório, também não há que se falar que o instituto da Arbitragem viola o referido princípio previsto no artigo 5º, inciso LV da CF: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”.

Conforme cediço, o princípio do contraditório está relacionado com a defesa, ou seja, a parte sempre terá o momento de apresentar sua defesa, não podendo ser deduzidos como verdadeiros os fatos alegados pela parte contrária, a não ser que a parte acusada não manifeste sua defesa dentro do prazo a ela concedido.

É importante ressaltar que o procedimento arbitral organiza sua atividade instrutória tendo como requisitos mínimos, conforme disciplinado pelo § 2º do art. 21 da nova Lei de arbitragem, os princípios do contraditório e da igualdade de tratamento a ser dispensado às partes. Ou seja, os princípios sobre os quais se alicerça o Poder Judiciário na prestação jurisdicional são os mesmos que deverão nortear a conduta do juízo arbitral, ao menos no que diz respeito à proteção do direito à ampla defesa. Não há que se pensar, dessa feita, que a arbitragem ofende o princípio da ampla defesa.

Diante dessa realidade, conclui-se que a lei de Arbitragem surgiu com o intuito de servir como mais uma alternativa às pessoas, dando-lhes liberdade individual de escolha, pois é facultativo, não obrigatório, que as partes dela façam uso, como modo de composição privada de lides. Deste modo, a Constituição só estaria sendo ferida em seu artigo 5º, inciso XXXV, se as pessoas fossem obrigadas, compelidas a escolher o juízo arbitral.

Paulo Furtado e Uadi Lammêgo⁸⁴ descrevem ainda que:

Ninguém obriga outrem a usar a arbitragem. Ela é uma opção, uma faculdade a mais posta a serviço dos sujeitos, jamais uma imposição, um dever, uma exigência. Caso as partes não optem por ela, deixando de designar livremente um árbitro, terão a Justiça Comum, como meio idôneo para resolver suas pendências.

Ademais, a arbitragem não atenta contra o princípio do juiz natural e contra o princípio que impede a criação de juízo ou tribunal de exceção. Isso porque o princípio do juiz natural se refere apenas e tão somente à jurisdição estatal, a qual é uma das expressões da soberania do Estado. A jurisdição, poder estatal, é, em si, abstrata - o poder é uno e indivisível -, mas tem sua extensão delimitada pela atribuição de competência, aos órgãos jurisdicionais, para julgar demandas de determinada natureza ou que versem sobre litígio ocorrido em determinado local.

O exercício da jurisdição, assim, realiza-se por meios de órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída competência para julgar demandas de determinada natureza ou que versem sobre litígio ocorrido em determinado local. Dessa forma, quando determinada demanda é submetida ao Poder Judiciário e seu julgamento é atribuído a um determinado juiz em razão de sua competência, a ele se atribui a denominação de juiz natural e não se permite, em princípio, que seja afastado da condução e julgamento do processo. O princípio do juiz natural refere-se, destarte, à jurisdição estatal, não sendo correto aplicá-lo ao juízo arbitral.

E por essa mesma razão é que não se pode alegar que, pela instauração do juízo arbitral, estar-se-ia criando algo como um tribunal de exceção. A arbitragem, como visto, é uma opção convencional e subsidiária de jurisdição, sendo certo que a Constituição da República permite a existência de meios alternativos de solução de controvérsias. O que ela não permite é que o poder jurisdicional seja atribuído a tribunais criados em caráter temporário e excepcional, que justamente têm essa característica por não desfrutarem de legitimidade constitucional suficiente para a sua sustentação, uma vez que instituídos em

⁸⁴ FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo, 1998 a, p.9.

inobservância aos princípios da igualdade, da legalidade, da imparcialidade do juiz, do direito de defesa, do contraditório, e, de todos os demais relacionados ao devido processo legal.

Assim, por todo o exposto, a arbitragem como forma célere de solução de litígios, revelando-se mais uma opção segura para as partes contratantes, não pode ser considerada ofensiva aos princípios constitucionais da inafastabilidade do controle judicial, da garantia do devido processo legal, da ampla defesa e da dupla instância de julgamento, do juiz natural e da impossibilidade de criação de júízo ou tribunal de exceção.

4 CONCILIANDO A ARBITRAGEM COM AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

As PPPs 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.

Esse instituto constitui-se como uma nova forma de concessão, diversa da concessão comum regulada pela Lei nº. 8.987/95, trazendo em sua concepção uma moderna relação contratual consistente no compartilhamento de riscos entre os setores público e privado, incremento na qualidade dos serviços prestados; ganhos econômicos da Administração Pública, bem como objetivando executar projetos que englobam vultosos aportes de receitas a médio e longo prazo.

Por seu turno, a parceria público-privada, tal como regulamentada na Lei 11.079/2004, pode fazer uso da arbitragem, uma vez realizada a opção pela via arbitral, como disposto no artigo 11, *in verbis*:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei 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.

Em termos fáticos, os conflitos oriundos desses contratos entre entes públicos e empresas privadas dizem respeito a questões pecuniárias. Neste contexto, não afrontam a soberania do Estado ou qualquer outro interesse público relevante visto que, além de serem contratos que tratam de obrigações regidas pelo Direito Privado, são de longa duração, tendo como objeto precípua à realização de obras de infra-estrutura e prestação de serviços essenciais a sociedade e à consecução do interesse público.

Enquanto o recurso ao Poder Judiciário ainda é a solução usualmente adotada nas controvérsias entre o particular e a Administração Pública, suas deficiências são amplamente reconhecidas, dentre as quais se destacam a morosidade das ações judiciais e a variedade de recursos cabíveis contra as decisões, a arbitragem apresenta-se como mecanismo adequado para a solução de controvérsias entre o parceiro privado e o parceiro público

revelando-se, como alternativa eficaz para as demandas e um meio para contornar certas peculiaridades dos litígios judiciais, no quais a lentidão das ações é, infelizmente, o traço mais visível.

Com efeito, a maior celeridade da decisão arbitral em se tratando de litígios suscitados na execução do contrato administrativo envolvendo direitos disponíveis dará uma maior proteção ao princípio da continuidade dos serviços públicos.

A celeridade da solução da arbitragem é justificada pela falta de acúmulo de processos com que são envolvidos os Juizes de direito, que a cada dia recebem verdadeira avalanche de feitos novos. Já o Juízo Arbitral possui a característica da exclusividade, ou seja, os árbitros são escolhidos para resolverem aquela demanda, o que se fará em tempo bem inferior àquele gasto na Jurisdição Ordinária.

Ressalte-se também que, ao empregar a via arbitral a Administração Pública despenderá um custo bem inferior do que se arcasse com a sucumbência no Judiciário.

Assim, estes ingredientes – especialização dos árbitros, celeridade do rito, custo reduzido – demonstram vantagens da adoção do instituto da arbitragem quando as discussões versarem sobre direitos disponíveis do Poder Público, sobre os quais ele pode transigir ou buscar a solução pela via da negociação.

Embora admitindo o emprego da arbitragem em matéria de contratos administrativos, inúmeros doutrinadores entendem ser absolutamente necessário haver uma expressa autorização legislativa para a submissão das controvérsias de cunho contratual a essa espécie alternativa de solução de conflitos.

Essa posição, nitidamente conservadora, justifica a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública na noção clássica de legalidade administrativa, identificada como vinculação positiva à lei. Assim, para que se pudesse recorrer à arbitragem, o ente da Administração Pública deveria 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”.⁸⁵

Em linhas gerais, as decisões que negam validade às cláusulas compromissórias de arbitragem se fundam em argumentos (a) de violação do princípio da legalidade, (b) de violação do princípio da publicidade e (c) de violação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. Por todos esses argumentos, as referidas decisões inquinam de

⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto, 2003, p. 615.

nulidade a cláusula compromissória e, como consequência, determinam a substituição da arbitragem pela submissão aos tribunais estatais ou determinam a suspensão de procedimentos arbitrais instaurados com base em cláusula compromissória com efeito vinculante.

Não obstante a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal ser no sentido da viabilidade do juízo arbitral no tocante a direitos patrimoniais oponíveis ao Estado, o Tribunal de Contas da União⁸⁶ têm decidido reiteradamente pela inadmissibilidade do juízo arbitral nos contratos administrativos, entendido este como contrário aos princípios de direito público, em especial ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

No entanto, vem prevalecendo o entendimento doutrinário de que a arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis⁸⁷. Logo, não abrange as relações em que a Administração age como Poder Público, gerindo bens jurídicos insuscetíveis de transação.

Ressalte-se, por outro lado que também há entendimento jurisprudencial favorável à arbitragem - não exigindo, portanto, previsão expressa nesse sentido - baseado em interpretação do art. 54 da Lei federal 8.666/1993, que determina a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado aos contratos administrativos. E no caso dos contratos submetidos ao regramento especial da Lei federal 8.987/1995, o inc . XV do art . 23 (“... modo amigável de solução das divergências contratuais ” como cláusula necessária) abriria campo para a utilização da arbitragem.

Nesta feita, a Lei 9.307/1996 não deixa margem a qualquer dúvida, quanto a sua constitucionalidade, porquanto o artigo 25 comanda que, sobrevindo, no curso da arbitragem, divergência acerca de direitos indisponíveis, de cuja existência ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes, para o Juízo competente. O artigo 31 erige a sentença arbitral, se condenatória, em título executivo, com os mesmos efeitos da decisão proferida pelo Poder Judiciário e não inibe a parte de ingressar, em Juízo, seja para embargar possível execução, seja para demandar sua nulidade (artigos 31 a 33).⁸⁸

⁸⁶ . TC 005.250/2003-2, 2ª Câmara, j. em 10/04/2003, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, referente à inserção de cláusula compromissória em contratos administrativos firmados entre a Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE) com diversas sociedades geradoras de energia térmica (UTES). Essa decisão é bastante criticada por Solange David, *op. cit.*, p. 390-392, ao entender que o objeto dos referidos contratos é a comercialização de energia elétrica, sendo os direitos daí decorrentes de créditos ou de débitos e, portanto, patrimoniais disponíveis. Esclarece também que a atividade desenvolvida pela CBEE é a de comercialização de energia e, mesmo que “emergencial”, como denota sua razão social, da mesma resultam direitos de crédito e de débito, em face da posição de vendedora ou compradora.

⁸⁷ . MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e SOUTO, Marcos Juruena Villela, 2004, p. 261.

⁸⁸ SZKLAROWSKY, Leon Frejda, 1997.

De qualquer modo, a arbitragem, como meio alternativo de solução de litígios, além de mais célere em relação aos procedimentos da esfera judicial também conta com a intervenção de terceiro indicado pelas partes, que goza de sua confiança, o que repercute no grau de segurança jurídica expectada e ofertada. A participação no procedimento reduz o conflito na medida em que há maior aceitabilidade dos resultados, enfim, legitimada a decisão final.⁸⁹

Ademais, a concepção de monopólio da justiça praticado pelo Estado vem evidenciando ser insuficiente para enfrentar as questões que surgem diante da realidade que hoje se apresenta, resultado de crescente desenvolvimento tecnológico, da revolução dos meios de comunicação e da velocidade de geração de informações em todos os ramos de conhecimento e segmentos de atividade humana, exigindo dos julgadores conhecimento

Acompanhando a doutrina, a legislação e a jurisprudência sobre a possibilidade do uso da arbitragem em contratos firmados entre particulares e a Administração Pública, parece absolutamente conveniente tratamento semelhante no que tange às parcerias público-privadas.

Neste sentido, é a posição de GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA sobre o juízo arbitral nas PPPs:⁹⁰

As PPPs encaixam-se nessa nova fase da contratualização administrativa, e o novel arsenal legislativo a elas correspondentes deve refletir o desenvolvimento da atividade negocial administrativa, com a admissão do juízo arbitral para a solução dos litígios relacionados à relação jurídica instaurada entre o parceiro público e o parceiro privado.

Ressalte-se que a adoção de arbitragem é uma faculdade que a lei confere na contratação de parceria público privada. Portanto, nada obriga a Administração a adotar esse instituto como modo de solução de controvérsias. A escolha da via arbitral deriva do exercício da competência discricionária do Administrador, normalmente sujeita à conveniência e oportunidade políticas. Trata-se, portanto, de uma possibilidade de resolução de conflitos.

Realizada a escolha de previsão da arbitragem no contrato de PPP, faz-se necessário observar o disposto na Lei 11.079/2004, que estabelece a sua previsão expressa no edital.

⁸⁹ MACHADO, S. C. C.; AMABILE, A. E. N.. Arbitragem na parceria público-privada no sistema jurídico brasileiro: repensando as concepções de interesse público e disponibilidade de direitos. 2006. (Relatório de pesquisa). Disponível em http://www.eg.fjp.mg.gov.br/publicacoes/ver_textos2.php?codigo=413&categoria=3&subcategoria=20, Acesso em 04.07.08.

⁹⁰ JUSTINO, Gustavo Henrique. A Arbitragem e as Parcerias Público - Privadas. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, maio - jun - jul, 2005. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com.br> >. Acesso em: 25 de junho de 2008.

Neste sentido leciona LAURO DA GAMA E SOUZA JUNIOR:⁹¹

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*.

De qualquer modo, as PPPs encaixam-se nessa nova fase da contratualização administrativa, com a admissão do juízo arbitral para a solução dos litígios relacionados à relação jurídica instaurada entre o parceiro privado e o parceiro público.

Ademais, a previsão da arbitragem pode, inclusive, incentivar e atrair o setor privado na parceria junto com o poder público, uma vez que assegura uma solução rápida e eficaz para eventuais conflitos.

Assim, vedar ao Estado a possibilidade de se submeter a arbitragem, seria restringir a sua autonomia contratual, que como qualquer pessoa sui juris, pode prevenir litígios ou solucioná-los por via transacional, nas questões de direito contratual ou privada.⁹²

Themístocles Cavalcanti, oportunamente citado por Eros Roberto Grau⁹³, aduz 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.

Por fim, a utilização do instituto da arbitragem interessa não apenas ao setor privado, mas principalmente ao setor público, como instrumento eficaz para viabilizar a rápida resolução de conflitos. Entretanto diante das especificidades inerentes às PPPs, bem como do posicionamento antagônico da doutrina e jurisprudência quanto a aplicabilidade da arbitragem aos contratos em que a Administração Pública se faz parte, necessário se faz a realização de ajustes na referida legislação diante das especificidades inerentes ao objeto

⁹¹ SOUZA JR., Lauro Gama e. Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de junho de 2008.

⁹² LEMES, S.M.F. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem –CBAR, São Paulo, 6 maio 2003 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, 2005.

⁹³ GRAU, Eros Roberto, 2000, p.15.

público das PPPs, com a criação de um procedimento arbitral especial, necessário para conferir maior proteção à relação jurídica instaurada entre o parceiro público e o parceiro privado.

5. CONCLUSÃO

Vem prevalecendo o entendimento doutrinário no sentido de que a arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis. Portanto, não abrange as relações em que a Administração age como Poder Público, insuscetíveis de transação. Ademais, a Administração Pública para se submeter à arbitragem, eventuais limitações em se tratando de contratos administrativos residem, sobretudo, no objeto da matéria, pois não é pacífica a natureza dos direitos envolvidos nos contratos administrativos.

A utilização do instituto da arbitragem demonstra ser essencial para que os contratos de parcerias público-privadas possam ser considerados sérios, atraindo a confiança de investidores privados, nacionais e estrangeiros, com a captação de substancial volume de investimentos, e reduzindo o custo da obra para o Estado. É por isso que em termos comerciais, há uma expectativa muito grande pela ampla utilização do instituto da arbitragem nos contratos nos quais as empresas públicas se relacionam com as privadas.

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).⁹⁴

⁹⁴ Marçal Justen Filho, 2005, p. 84.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano, V. 1, 5ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p.221.

ALVIM, José Eduardo Carreira; OLIVEIRA JR, Arnaldo. Tratado Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Ed. Mandamentos, 2000.

ARAGÃO, Alexandre. As Parcerias Público-Privadas-PPP'S no Direito Positivo Brasileiro. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 16 de jun. 2007

ARAGÃO, J; Brasileiro, A; Neto, O; MAIA, M; MARAR, J; FILHO, R; RODRIGUES, C; SANTOS, E, Parcerias Sociais para o Desenvolvimento Nacional e fatores críticos para o seu sucesso, Natal, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, Arbitragem. Revista dos Tribunais, São Paulo. V.87, n. 753, jul. 1998.

_____, Álvaro Villaça. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Ed. RT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de Economia Mista Prestadora de Serviço Público. Cláusula Arbitral Inserida em Contrato Administrativo sem Prévia Autorização Legal. Invalidez, 2003, p. 615.

BRASIL, **Lei nº 5.662**, de 21 de junho de 1971. Disponível em: <http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

_____, Lei nº. **5.869**, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Presidência da República, 2007d. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 21/10/07.

_____, Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993a. Disponível em: Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

_____, Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995a. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

_____, Lei nº 9.307/96 de setembro de 1996. Presidência da República, 2007b. Disponível em: < www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 21/10/07.

_____, Lei nº 11.709/2004 de julho de 1990. Lei das Parcerias Público-Privada. Presidência da República, 2007a. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm>. Acesso em: 21/10/07.

_____, Constituição Federal. Coletânea de Legislação Administrativa. MEDAUAR, Odete. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 980.

_____, Constituição da República Federativa do Brasil. Presidência da República, 2007c. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EA7ao.htm>. Acesso em: 21/10/07.

_____, Decreto-Lei n.º 1.312, de 18 de julho de 1974 a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

_____, Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da administração federal e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

_____, Decreto-Lei n.º 2.348, de 24 de julho de 1987. Altera o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986, que dispõe sobre licitações e contratos da administração federal. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 04/01/2008.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. Arbitragem: Alguns aspectos do Processo e do Procedimento na Lei n.º 9.307/96. São Paulo: LED - Editora de Direito. 2000.

_____, Rozane da Rosa. Uma visão geral da arbitragem de acordo com a lei 9.307/96. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 35, 01/12/2006 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1432. Acesso em 13/04/2008.

CAIO Tácito, Arbitragem nos Litígios Administrativos, *Revista de Direito Administrativo – RDA* 210.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Curso de Direito Constitucional. Coimbra : Almedina, 1991.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96, São Paulo: Malheiros, 1998.

_____, Carlos Alberto. A arbitragem no processo civil brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 45.

_____, Carlos Alberto, O processo arbitral. In: *Revista de arbitragem e mediação*, Arnold Wald (Coordenador), ano 1 – Nº 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. "Teoria Geral do Processo". São Paulo: Malheiros. 1998.

CRETELLA Júnior, José. Da arbitragem e seu conceito categorial. *Revista Informática do Legislativo*. abr/jun. Brasília: 1988. p. 127-39. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: ano 8. out /dez. nº 33. 2000.

CRETELLA NETO, José. Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1.

_____, José. Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPPs. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 38.

COUTO e SILVA, Clóvis “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. XI, Tomo II, cit., nº 642, 1977, p. 564.

COUNCIL PPP, *Successful Transportation Public-Private Partnership in Canada and the USA*, The Canadian Council for Public-Private Partnership, 2002, citado por NOBRE, Veimar Cezar de Souza. *Metodologia para Seleção de Projetos de Parceria Público-Privada no Setor de Infra-estrutura Rodoviária no Estado do Ceará*, Fortaleza, Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes). Programa de Mestrado em Engenharia de Transportes, Centro de Tecnologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

CNI, Confederação Nacional da Indústria, 2004, *Experiência Internacional das Parcerias Público-Privadas: O Exemplo Inglês*, CNI, Brasil.

DALLARI, A. A. Arbitragem na concessão de serviço público. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, n. 11, p. 796-800, nov. 2001.

DELGADO, José Augusto, *A Arbitragem no Brasil – Evolução histórica e comercial*, Disponível em <http://www.arbitragem.com.br/Artigo%20Arbitragem%20-%20Jos%E9%20Augusto%20Delgado.htm>, Acesso em 28.06.2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*. 3º Vol. 17ª ed.. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela, *Direito Administrativo – 19.ed. – 2 reimpr.- São Paulo: Atlas, 2006*.

DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: Arbitragem Comercial Internacional*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESQUÍVEL, J. L. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004.

FURTADO, Paulo; BULOS, Uadi Lammêgo. *Lei da arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 163 p. 9.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

ATALIBA, Geraldo, *República e constituição*, São Paulo: RT, 1985, p. 6-7.

GIANNI, Schizzeroto. *Dell Arbitrato*. Milão: Giuffré, 1982, pp.8-9.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teria do Processo*. publicação nº 146. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2001.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*, *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP* 32/2000.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. (Re) Pensando a Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JUNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. . 44ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2006.

JUSTEN, Marçal Filho. A PPP brasileira e as Lições do Passado . In: TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia. Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

_____, Marçal Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

_____, Marçal Filho. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 509.

JUSTINO , Gustavo Henrique, A Arbitragem e as Parcerias Público - Privadas . Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico , Salvador , Instituto de Direito Público da Bahia , n . 2 , maio - jun - jul , 2005 . Disponível na Internet : < http :// www . direitodoestado . com : br > . Acesso em : 25 de junho de 2008.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Mercosul – proposta de regulamentação quanto à solução de controvérsias privadas. Conciliação e arbitragem. In: CASELLA, Paulo Borba (Org.). *Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual? Reunião do Comitê Brasileiro de Arbitragem –CBAR, São Paulo, 6 maio 2003.

LIMA, Alcides de Mendonça, Dicionário do Código de Processo Civil Brasileiro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1986. p.v225 *apud* CARMONA, 2004, p. 8

MACHADO, MEYER e SENDAZE, 2005a, Experiência Internacional em Parcerias Público-Privadas , site www.nmso.com.br (acesso em 24/02/2005).

MACHADO, S. C. C.; AMABILE, A. E. N.. Arbitragem na parceria público-privada no sistema jurídico brasileiro: repensando as concepções de interesse público e disponibilidade de direitos. 2006. (Relatório de pesquisa). Disponível em http://www.eg.fjp.mg.gov.br/publicacoes/ver_textos2.php?codigo=413&categoria=3&subcategoria=20, Acesso em 04.07.08.

MAGALHÃES, José Carlos. Arbitragem Internacional privada. Ver. Forense 279/99.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. Arbitragem e Convenção Arbitral. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, Floriano de Azevedo Neto. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 279.

_____, Floriano de Azevedo Neto. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. In: SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 280.

MARTINS, Pedro A. Batista, Prof. de Direito Comercial na Faculdade Cândido Mendes, in “Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil”, artigo publicado na obra coletiva “A arbitragem na Era da Globalização”, 1999, págs. 35 e segs.

MEDEIROS, S. D. Arbitragem envolvendo o Estado no direito brasileiro. Revista do Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 233, p. 71-101, jul./set. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, São Paulo: Malheiros, 1993, p. 82.

_____, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 32 ed. São Paulo: Malheiros. 2006, p. 401.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 230.

_____, Celso Antonio Bandeira de, As parcerias Público-Privada, “Migalhas”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia.aspx?cod=20266> . Acesso em: 20/10/07.

MILESKI, Hélio Saul. Apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos e Perspectiva de Aplicação de Lei n. 11.079, de 30.12.2004. Revista de Interesse Público . n. 29. Porto Alegre: Notadez, p. 70, jan/fev. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo e SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em Contratos Firmados por Empresas Estatais. In Revista de Direito Administrativo, nº 236, abr./jun. 2004, p. 261.

MORGADO, Isabele Jacob, A arbitragem nos conflitos de trabalho São Paulo: LTr, 1998, p. 39.

_____, Isabele Jacob, A arbitragem nos conflitos de trabalho São Paulo: LTr, 1998, p. 40.

MUNIZ, Tânia Lobo, Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96. Curitiba: Juruá, 1999, p.21-22.

MUKAI, Toshio et al. Parcerias Público-Privadas: Comentários à Lei Federal nº. 11.079/04, às Leis Estaduais de Minas Gerais, Santa Catarina, São Paulo, Distrito Federal, Goiás, Bahia, Ceará, Rio Grande do Sul e à Lei Municipal de Vitória/ES. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 8.

NAMBLARD, Corinne. Para um enfoque pragmático da parceria público-privado. In: CHATELUS; PERROT, Jean-Yves (Dir.) Financiamento das infraestruturas e dos serviços coletivos: o recurso à parceria público-privado: os exemplos da experiência francesa no mundo. Paris: DAEI, 1994.

NERY Junior, Nelson: Rosa Maria Andrade. "Código de Processo Civil Comentado". 3ª edição, 1997.

_____, Junior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

NOBRE, Veimar César de Souza - Metodologia para Seleção de Projetos de Parceria Público-Privada no Setor de Infra-estrutura Rodoviária no Estado do Ceará, Fortaleza, Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes) – Programa de Mestrado em Engenharia de Transportes, Centro de Tecnologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

NRA, National Roads Authority, Review of Opportunities for Public Private Partnership in North Ireland. *Working Group Report*, Belfast, Ireland, 2003, citado por NOBRE, Veimar Cezar de Souza. *Metodologia para Seleção de Projetos de Parceria Público-Privada no Setor de Infra-estrutura Rodoviária no Estado do Ceará, Fortaleza*, Dissertação (Mestrado em Engenharia de Transportes). Programa de Mestrado em Engenharia de Transportes, Centro de Tecnologia, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2006.

PAMPLONA Filho, Rodolfo M. VA arbitragem na área trabalhista: visão didática In: Jus Navigandi, Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2094> . Acesso em 12.04.2008.

PINTO, Marcos Barbosa. A função econômica das PPP's. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br>> Acessado em: 16 de jun. 2007.

_____, Marcos Barbosa. A Proposta da PPP no Brasil e as Dificuldades Concretas. In TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Mônica Spezia et all. *Parcerias Público-Privadas: Um Enfoque Multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 28.

TATIANA SCHOLAI, Uso da Arbitragem no Mundo, Disponível em: <http://www.artigonal.com/direito-artigos/o-uso-da-arbitragem-no-mundo-354840.html>, Acesso em 27.06.2008.

POLTRONIERI, Renato. Retomada das Parcerias Público-Privadas no contexto histórico Brasileiro. Disponível em: www.ultimainstancia.ig.com.br/artigos/ler_noticia.php. Acessado em: 14/03/2008;

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.

REINALDO, Demócrito Ramos. Aspectos do instituto da arbitragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.743, 1997, p. 64-73.

RISKIN, Leonard L. e Westbrook, James E., *Dispute Resolution and Lawyers Abridged edition*, Second edition, Westgroup, St. Paul, Minn., 1998 apud GRECO, Leonardo. *Processos Decisórios*.

SANTOS, Moacyr Amaral, "Primeiras Linhas de Direito Processual Civil". São Paulo: Saraiva, 1995.

SILVA, Adriana dos Santos. *Acesso à justiça e arbitragem: um caminho para a crise do judiciário*. Barueri: Manole, 2005.

SOUTO, Rita de Cássia Costa, *Parceria Público-Privado: Reflexão sobre o Instituto no Direito Brasileiro*. 2006.2004 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia universidade católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito.

SOUZA JR., Lauro Gama e. *Sinal Verde para a Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas (A construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado)*. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 20 de junho de 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari, et. all. In *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

_____, Carlos Ari (Coord). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

STREGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p.197.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda, *Arbitragem. Primeiras noções*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 700, 5 jun. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6836>>. Acesso em: 12 jul. 2008.

_____, Leon Frejda. *Uma Nova Visão da Arbitragem*. Disponível em: <http://www.fecema.org.br/noticias/noticias.php?noticia=185&titulo=UMA%20NOVA%20VIS%C3%83O%20DA%20ARBITRAGEM%20-%20LEON%20FREJDA%20SZKLAROWSKY>. Acesso em 20.04.08.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, Conferência proferida no seminário "A arbitragem e o Brasil – uma perspectiva múltipla". *A arbitragem no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo, 13 de novembro de 1996.

WALD, A. *A arbitragem e as sociedades de economia mista*. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo, ano 6, jan./mar. 2003.