

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JULIA SILVA CRAUFORD

**UMA ABORDAGEM RELACIONADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM
CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DA
ARBITRAGEM**

São Paulo

2020

JULIA SILVA CRAUFORD

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: ANTÔNIO CECÍLIO MOREIRA PIRES

São Paulo

2020

JULIA SILVA CRAUFORD

UMA ABORDAGEM RELACIONADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM
CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DA
ARBITRAGEM

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em: __/__/____

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

Ao meu pai, amigos, professores e colegas de profissão por todo o carinho, apoio e ensinamentos essenciais nesta caminhada.

UMA ABORDAGEM RELACIONADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DA ARBITRAGEM

Julia Silva Crauford

Resumo: Pretendeu-se, a partir do presente artigo, analisar em que medida a Lei Federal 11.079/04 influenciou na questão de métodos de resolução de conflito em contratos administrativos, mais especificamente relacionados à arbitragem. Após breve contextualização histórico-normativa acerca de concessões administrativas no País e aspectos gerais do procedimento arbitral, é possível se verificar de que modo a referida norma surge com significativas vantagens ao presente tema, especialmente quanto à possibilidade do emprego da arbitragem nos contratos de Parceria Público-Privada. Em reflexão mais aprofundada, nota-se a compatibilidade do procedimento arbitral como benéfica ferramenta de resolução de conflitos frente às relações jurídico-contratuais administrativas - ainda que presentes restrições e particularidades em sua utilização, relacionadas, dentre outras, à execução do objeto e ao foro competente.

Palavras chaves: Parceria Público-Privada. Alocação de riscos entre o Poder Público e o Concessionário. Hipóteses de inadimplemento contratual. Métodos para resolução de conflitos contratuais. Arbitragem como ferramenta de solução de disputas.

Abstract: It was intended, through this article, to analyze to what extent federal law 11.079/04 influenced the issue of conflict resolution methods in administrative contracts, more specifically related to arbitration. After brief historical-normative contextualization about administrative concessions in the country and general aspects of the arbitration procedure, it is possible to verify how this standard arises with significant advantages to this theme, especially regarding the possibility of the use of arbitration in public-private partnership contracts. On further reflection, the compatibility of the arbitration procedure as a beneficial tool for resolving conflicts in relation to administrative legal-contractual relations is noted - although there are restrictions and particularities in its use, related, among others, to the execution of the object and to the competent forum.

Key words: Public-Private Partnership. Allocation of risks between the Government and the Concessionaire. Assumptions of contractual default. Methods for resolving contractual conflicts. Arbitration as a dispute resolution tool.

Sumário: 1. Introdução aos contratos de Parceria Público-Privada (PPP's) e seus elementos essenciais. 1.1 Contexto normativo e principais aspectos da Lei Federal 11.079/2004. 1.2 Elementos essenciais. 2. Distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro do contrato e conflitos existentes. 2.1 Matriz de riscos e função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato. 2.2 Conflitos e inadimplemento contratual (intervenção, *step in rights*, conciliação e arbitragem). 3. A Arbitragem no âmbito das Parceria Público-Privada. 3.1 O porquê da arbitragem nos contratos de PPP's. 3.2 Consequências para a Administração Pública com a utilização da arbitragem. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. Introdução aos contratos de Parceria Público-Privada (PPP's) e seus elementos essenciais

Ao longo deste artigo, verificar-se-á em que medida a Lei Federal 11.079¹, editada em 30 de dezembro de 2004, influenciou na questão de métodos de resolução de conflito em contratos administrativos, mais especificamente relacionados à arbitragem.

A partir de sua promulgação, é possível notar, dentre outras inovações, a possibilidade de adoção do procedimento arbitral como ferramenta na resolução de controvérsias que envolvessem a Administração Pública - prevista expressamente na norma.

Conforme se verá mais adiante, os chamados contratos de Parcerias Público-Privadas (PPP's), em sua quase maioria, preveem cláusulas contratuais bastante complexas - à medida que relacionados a projetos de médio e grande porte, altos investimentos e prazo de execução extenso. Para tanto, em hipóteses de controvérsias, a tecnicidade relacionada à resolução é praticamente inerente.

Em se tratando de um contexto mais moderno, verifica-se certa tendência normativa em flexibilizar relações entre Estado X Particular, possibilitando maior aproximação entre ambos os agentes. Neste cenário é que surgem os tais contratos de PPP's, os quais, fundados no interesse público, possibilitam nova forma de contratualização administrativa. Esta, por sua vez, voltada não somente à execução do projeto, como até então acontecia, mas também ao desenvolvimento e exploração desse.

Tratando-se de importante inovação legislativa, à medida que se percebeu que projetos relacionados à Administração Pública requisitam, cada vez mais, financiamentos privados e amortização de capital - os quais, se dependessem exclusivamente do Estado, restariam tardios e ineficientes.

Nota-se o intuito do legislador em flexibilizar tal relação jurídico-contratual administrativa, em total observância ao princípio da eficiência.

Para tanto, a referida norma - promulgada em 2004 - traz em sua redação elementos essenciais a serem considerados quando da utilização de tal modalidade de contratação administrativa. Ainda, no que concerne a eventuais conflitos que surjam a partir de tais contratos, possibilita a instauração do procedimento arbitral; hipótese vantajosa tanto ao ente público como também ao particular.

Feitas as considerações preliminares, verificar-se-á, a partir do presente artigo, em que medida a utilização da arbitragem - como importante ferramenta resolutiva de controvérsias -

¹ BRASIL, 2004.

pode ser aplicada no âmbito da Administração Pública e devidamente moldada em se tratando do poder público, em respeito a todos os princípios e diretrizes traçados pela Constituição Federal e demais normas do Direito Administrativo.

1.1. Contexto normativo e principais aspectos da Lei Federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004

A Lei Federal 11.079/04, responsável por instituir *normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública*, é reconhecida como um importante marco no contexto da Administração Pública no Brasil.

Para que a análise tenha início, faz-se de suma importância observar o contexto histórico e normativo da questão, desde a origem do contrato administrativo da Administração Pública no País. Pois bem, em breve recorte, verifica-se que sua sistematização ocorre a partir de 1922, com a promulgação do Código de Contabilidade Pública da União², prevendo a necessidade de o empenho de despesas estatais ser precedido de contrato e concorrência pública.³

Posteriormente, com o advento do Decreto 200/1967, inclusive responsável pela importante reforma da Administração Pública Federal, a matéria já se encontrava mais avançada, com previsão específica à necessidade de licitação para compras, obras, serviços e alienações⁴, bem como de elementos mínimos à formalização de contratos⁵.

Referido Decreto, mais adiante, fora revogado pelo Decreto-Lei 2.300/1986⁶, com previsões ainda mais específicas acerca do instituto de licitações e contratos administrativos.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, trouxe expressa previsão à modalidade contratual de concessão para fins de delegação do Poder Público, bem como determinou a

² Decreto 4.536/1922.

³ CAVALCANTI, 1956, p. 78-80.

⁴ “Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação [...]”.

⁵ “Art. 131. Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa:

I - À personalidade jurídica.

II - À capacidade técnica.

III - À idoneidade financeira.

[...]

Art. 134. As obrigações, decorrentes de licitação ultimada, constarão de:

I - Contrato bilateral, obrigatório nos casos de concorrência e facultativo nos demais casos, a critério da autoridade administrativa.

II - Outros documentos hábeis, tais como cartas-contratos, empenho de despesas, autorizações de compra e ordens de execução de serviço.

[...]”.

⁶ BRASIL, 1986.

necessidade de edição de lei que previsse sobre o regime de empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos.⁷

Ocorre que, somente a partir de junho de 1993, com a promulgação da Lei 8.666⁸, é que a matéria de fato se consolidou no Brasil, trazendo importantes previsões relacionadas a licitações, contratos de obras, serviços, compras e alienações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios - tanto no âmbito da Administração Pública direta como da indireta. Embora de suma importância, dita norma foi objeto de críticas por grande parte da doutrina, inclusive considerada como retrocesso ao até então revogado Decreto-Lei 2.300/86⁹. A crítica formada se volta principalmente para o fato de a referida norma adotar um único procedimento às entidades de personalidade jurídica de direito público e privado, em inobservância às vantagens até então existentes às empresas estatais, as quais detinham de flexibilidade nas contratações.¹⁰

Diante desse cenário, apenas dois anos depois, foi editada a Lei 8.987/1995¹¹, também conhecida como *lei das concessões*, trazendo um pouco mais de especificidade dos contratos administrativo e sendo a responsável pela regulamentação do art. 175 da Constituição Federal. Em síntese, prevendo métodos para a extinção de concessões, encargos às partes envolvidas e requisitos ao regime licitatório.

Todavia, até aquele momento, a influência francesa vigorava nas relações contratuais entre o Estado e o particular, isto é, em um regime jurídico diferenciado entre ambos de modo que a figura do Estado Liberal se utilizasse de seu poder de autoridade em relação ao outro, por meio de atos administrativos unilaterais, com o fim de tutelar a Administração Pública e a liberdade de indivíduos.¹²

Pois bem. E finalmente aonde se quer chegar, é que surge a promulgação da Lei 11.079/2004¹³, responsável pela regulamentação dos contratos de Parceria Público-Privada (PPP's). Na didática definição de André Rodrigues Junqueira¹⁴:

Conforme previsto em lei, a PPP é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa, de modo que a primeira categoria se refere à concessão de serviços públicos ou de obras públicas, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Por sua vez, a concessão administrativa consiste no

⁷ Art. 21, inciso XII e 175 da Constituição Federal.

⁸ BRASIL, 1993.

⁹ DI PIETRO, 2011. p. 27.

¹⁰ JUNQUEIRA, 2019. p. 41.

¹¹ BRASIL, 1995.

¹² Idem. p. 32-35.

¹³ BRASIL, 2004.

¹⁴ JUNQUEIRA. Op. cit., p. 45.

contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

Em linhas gerais, tal modalidade de contrato é reconhecida por sua alta complexidade e longa duração, guardando relação com grandes investimentos de âmbito privado à sua concretização. Para tanto, dispõe de vantagens atrativas ao particular para minimização dos riscos no curso de sua extensa execução.

Tais vantagens é que tipificam os referidos contratos, à medida que permitem o oferecimento de garantias contratuais à figura do concessionário, evitando onerosidade excessiva a este agente. Trata-se de uma alternativa bastante benéfica a ambas as partes envolvidas no negócio, à medida que atrai investimentos de longo prazo para o País e permite o desenvolvimento de projetos de infraestrutura pública, os quais, se dependessem exclusivamente do Estado, restariam tardios e ineficientes, considerando a necessidade, em sua maioria, de financiamentos privados e amortização de capital.

A corroborar com tal definição, Carlos Ari Sundfeld¹⁵ acrescenta que, à medida que o concessionário já se encarrega aos altos investimentos desde o início da execução do contrato, restando remunerado apenas posteriormente, faz-se necessário (a) *impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros*; e (b) *oferecer garantias que convençam o particular a investir*.

Cumpram-se mencionar alguns dos requisitos objetivos trazidos pela Lei 11.079/2004 relacionados à espécie de contratos de PPP, entre os quais: o primeiro deles, previsto no art. 5º, inciso I, da Lei Federal¹⁶, prevê prazo mínimo e máximo para vigência do contrato, incluindo eventual prorrogação, qual seja de 05 (cinco) e 35 (trinta e cinco) anos, respectivamente. O prazo máximo estabelecido pelo legislador se justifica pela necessidade de o agente privado recuperar os investimentos iniciais, envolvidos na realização e execução do projeto¹⁷.

O segundo deles, já relacionado com o aspecto financeiro, previsto no art. 2º, §4º, inciso I¹⁸, prevê valor mínimo do investimento ao objeto do contrato, anteriormente de

¹⁵ SUNDFELD, 2011. p. 25.

¹⁶ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”.

¹⁷ OLIVEIRA, 2012. p. 45.

¹⁸ “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

[...]

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); (revogado)

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais); (em vigência)”.

R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e, posteriormente, alterado para R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais) com a edição da Lei Federal 13.529¹⁹ de 2017.

O terceiro deles relaciona-se ao impedimento do objeto dispor a respeito de fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.²⁰

Diante de tal cenário é que tal modalidade se tornou amplamente aceita, haja vista que o interesse público, incansavelmente buscado no âmbito do direito administrativo, não deixou de ser observado, mesmo quando da aplicação de requisitos normativos menos rígidos que aqueles até 1995, pautados na unilateralidade de um “Estado Liberal” e, desde então, mais familiarizados com o Direito Privado.

1.2. Elementos essenciais

Em um contexto amplo, os contratos de parceria público-privada surgem em um contexto mais dinâmico e moderno, trazendo um novo tipo de arranjo para a associação entre Estado x Particular, por meio da atração de recursos privados à sua execução.

Dentre sua criação, identificamos o intuito do legislador de possibilitar não somente a celebração destes contratos específicos, como também a criação de mecanismos a fim de os tornar viáveis aos seus agentes, Estado e particular. Neste sentido:

A simples previsão normativa da PPP não provoca o surgimento de capital privado no mercado. Longe de criar novos investimentos, a PPP na realidade concorre com outras oportunidades de investimento de capital. Assim, é imprescindível que a PPP seja financiável. O empreendimento deverá ser capaz de proporcionar um retorno compatível com as expectativas do mercado, de modo a remunerar adequadamente o parceiro privado e o financiador.²¹

Para tanto, trouxe, em sua redação, conceitos e requisitos normativos específicos à referida modalidade.

Pois bem, para o que é de interesse, considerando que o presente artigo tratará das especificidades da norma de PPP (Lei 11.079/2004), mas no âmbito da arbitragem (devidamente regulamentada pela Lei 9.307/1996²²), há de se considerar o que ambas as normas preveem quanto aos requisitos.

¹⁹ BRASIL, 2017.

²⁰ Art. 2º, §4º, inciso III.

²¹ JUSTEN FILHO; SCHWIND, 2015. p. 37.

²² BRASIL, 1996.

Passa-se, assim, a considerar como *amplos* aqueles previstos na lei arbitral, aplicáveis a quaisquer modalidades contratuais e *específicos* àqueles diretamente aplicáveis ao âmbito da Administração Pública.

No contexto geral, a Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem, prevê, por meio de seu art. 1º²³, condições necessárias à *arbitrabilidade subjetiva* e *arbitrabilidade objetiva*. A primeira delas correspondente aos sujeitos que se submeterão ao conflito à apreciação do árbitro, enquanto a segunda relaciona-se, dentre outros elementos, às matérias sobre as quais poderá decidir o árbitro²⁴.

Já no contexto estrito, relacionado à arbitragem em contratos administrativos de modalidade de PPP, deverá haver a observância dos requisitos já supramencionados, como também daqueles previstos na própria lei de 2004, por sua vez, previstos no art. 11, inciso II²⁵, quais sejam: (a) previsão editalícia de seu emprego, (b) execução do objeto e do procedimento a serem realizados no Brasil; e (c) redação em língua portuguesa; bem como do art. 55, §2º da Lei 8.666/93²⁶, quanto ao foro competente²⁷, o qual, obrigatoriamente, será o da *sede da administração*.

Por certo que tal disposição trazida no art. 11 da referida lei já trouxe bastante inovação aos contratos administrativos. Todavia, dada sua redação genérica, espera-se que sua regulação venha a ser tratada em norma mais específica, a qual preveja, dentre outros elementos, formas de execução, questões passíveis de transação etc.

Tratando-se de administração pública, por certo que o procedimento arbitral deverá compatibilizar-se ao escopo dos contratos administrativos, em respeito às garantias e supremacia do Poder Público. Neste sentido:

²³ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

²⁴ Art. 10, inciso III da Lei de Arbitragem.

²⁵ “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 nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

II – (VETADO)

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”.

²⁶ “Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleça:

[...] § 2º - nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.”

²⁷ Na hipótese de o litígio não ser suscetível à resolução por via arbitral.

Em outras palavras, a arbitragem nos contratos públicos não pode servir como mecanismo para afastar o controle sobre a atuação administrativa. Não poderá o administrador valer-se da cláusula compromissória para evadir-se do controle público ou democrático ao qual é submetida a Administração Pública. Isso justifica a impossibilidade de arbitragem de equidade, ou da sentença arbitral sigilosa.²⁸

Neste sentido, além dos requisitos de cunho amplo e específico já listados, o procedimento arbitral, no âmbito dos contratos de PPP, deverá estar em estrita consonância com os valores e princípios que regem o direito administrativo, entre os quais a impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e finalidade - previstos no art. 37 da Constituição Federal.

2. Distribuição de riscos, equilíbrio econômico-financeiro do contrato e conflitos existentes

O cenário de inovação trazido pela lei das parcerias público-privadas aponta a baixa capacidade de financiamento público, carente em gerenciamento de recursos, para projetos de empreendimentos de médio e grande porte.

No âmbito dos contratos administrativos (Lei 8.666/93), como visto no capítulo anterior, o risco da Administração Pública recai no procedimento de contratação e execução de obra pública ou prestação de serviço. Neste contexto, tratando-se de procedimento licitatório, o pagamento da parte contratada restará devido - no valor fixo do certame - com ou sem a realização da obra e/ou serviço.

Já nas concessões comuns (Lei 8.987/95), os riscos recaem, prioritariamente, ao concessionário privado. A exceção se dá para os casos em que haja (a) fatos imprevisíveis ou (b) fatores inerentes ao próprio Estado, entre os quais o aumento de tributos, alteração unilateral do contrato, entre outros. Nesta hipótese, os referidos riscos passam a ser assumidos pelo Poder Público.²⁹

Conforme se verá neste tópico, na modalidade contratual aqui discutida, o ente público não restará responsável apenas por riscos extraordinários do negócio firmado, como até então acontecia nos contratos de concessão em geral. A partir da Lei de 2004, o risco passa a ser compartilhado.

2.1. Matriz de risco e função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro do contrato

O inciso III, do art. 2º da dita norma, ao definir o conceito de concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, prevê expressamente:

²⁸ OLIVEIRA, 2012, p. 95.

²⁹ GUIMARÃES, 2012.

Art. 2º - Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
[...] a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, **por sua conta e risco**, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (grifado)

A intenção do legislador neste caso, utilizando-se aqui da excelente interpretação de Marcos Augusto³⁰, foi a de prever que a Concessionária ‘por sua conta e risco’ restaria sujeita àqueles que o contrato, expressa ou implicitamente, lhe transferisse.

Já no contexto das concessões especiais, mais especificamente as chamadas ‘parcerias público-privadas’ (Lei 11.079/04), os riscos tornam-se repartidos entre as partes, até mesmo aqueles decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária, de acordo com o que prevê o art. 5º, inciso III, da referida norma.

Com a evolução da presente questão de alocação de riscos, é possível verificar a pretensão do legislador em distribuí-los corretamente a cada uma das partes, caso a caso, acrescentando aperfeiçoamento e eficiência ao referido contrato administrativo - seja pela economicidade seja pela qualidade do serviço oferecido.

Neste sentido, André Rodrigues Junqueira³¹ define que:

A ideia central da matriz de riscos é apresentar às partes um elenco de ocorrências contratuais que podem dificultar a execução do contrato, determinando qual parte será responsável por seus efeitos. Uma boa matriz de risco deve alocar a responsabilidade dos eventos na parte que possui melhores condições de mitigar sua ocorrência ou suportar seu ônus financeiro. Esse documento deve ser um anexo contratual, vinculante às partes.

Em definição semelhante, Alexandre Santos de Aragão³² vem a definir tal compartilhamento de riscos da seguinte maneira:

As PPP’s se situam exatamente entre esses dois modelos, permitindo uma divisão de riscos entre o Poder Público e o concessionário maior do que a meramente direcionada a fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*. Admite, portanto, uma manutenção da equação econômico-financeira diferente da tradicionalmente aplicável aos contratos administrativos em geral, dita estática e referenciada apenas ao momento inicial do contrato. Em uma manutenção da equação econômico-financeira dinâmica e permanentemente atualizada poderão ser incluídos elementos como previsão de demanda e de variação dos custos ordinários com insumos e pessoal, que não poderiam ser considerados como fatos imprevisíveis para efeito de reequilíbrio de uma equação econômico-financeira estática.

³⁰ PEREZ, 2005, p. 141-142.

³¹ JUNQUEIRA, 2019.

³² ARAGÃO, 2005. p. 40.

Com a referida reciprocidade entre os agentes públicos e particulares, presente na essência desta modalidade contratual, a efetiva realização do empreendimento - ora objeto de concessão -, torna-se muito mais viável.

Identifica-se assim, em benefício do parceiro privado, que o chamado *risco inerente ao negócio* não resta inserido, completamente, em sua competência. Afinal, em referida modalidade, a norma prevê a possibilidade de flexibilização nas disposições contratuais - possibilitando o compartilhamento de riscos e ganhos econômicos a ambas as partes.

Referida 'flexibilização' dá-se por meio de uma matriz de riscos, responsável por estabelecer a qual das partes recairá determinada responsabilidade, encargo, prazos, custos, ônus e ganhos. Muitas vezes, tal repartição se dará explicitamente, quando claramente houver a distribuição dos ônus e benefícios a cada uma das partes. Em outras, dar-se-á implicitamente, quando não houver distribuição clara de tais aspectos, mas, ainda assim, resguardado o tal direito em lei.

O art. 5 da Lei 11.079/04, inclusive, prevê como obrigatória a repartição de riscos entre as partes, inclusive, como dito anteriormente, aqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Todavia, o referido dispositivo não elenca cada um dos aspectos obrigatórios a tal repartição, restando uma parte deles a depender do objeto da concessão e discussão entre as partes.

Deste modo, é comum que os riscos existentes em tal modalidade mostrem-se explícitos em certas cláusulas e, em outras, subjacentes. Para tanto, a matriz de riscos direcionar-se-á àquele que possua melhor condição de gerenciá-los³³.

Noutro giro, em benefício à Administração Pública e conseqüente interesse público, é que se garante a efetividade do empreendimento, uma vez que a remuneração do Concessionário resta vinculada não somente à execução do projeto (como se pretendia em normas anteriores), mas também à exploração da infraestrutura por ele idealizada³⁴.

Apenas a título de conhecimento, os possíveis riscos em projetos de concessão foram objeto de estudo doutrinário e listados de acordo com a previsão de Marcos Perez³⁵, podendo ser identificados como: *riscos econômico-financeiros*, *riscos técnicos*, *riscos jurídicos* e *riscos políticos*. Referidas espécies distinguir-se-ão a depender do objeto do contrato e disposições em suas respectivas cláusulas.

³³ JUSTEN FILHO, 2003.

³⁴ OLIVEIRA, 2012, p. 37.

³⁵ PEREZ, 2005, p. 153.

Como se vê, havendo hipótese de desequilíbrio econômico-financeiro, a previsão para readequação do risco, tanto ao parceiro público como ao privado, torna-se necessária ao negócio jurídico - desonerando ambos de arcarem sozinhos com o referido prejuízo existente.

Para melhor visualização de tais vantagens, apontam-se breves números, de âmbito internacional, que demonstram a eficiência da presente modalidade contratual de PPP's.

Nos Estados Unidos, por exemplo, onde teve origem o conhecido *Estado de Bem Estar Social*, o modelo de contratação estatal encontra-se muito mais próximo do capital privado que os demais países. Considerando sua regulamentação mais específica e desenvolvida ao tema, torna-se um importante modelo de comparação à estrutura já existente no Brasil.

Também relacionados, em sua maioria, à infraestrutura e serviços sociais, os contratos de PPP's norte-americanos demonstram diversos benefícios na utilização de PPP's, como a viabilidade financeira da gestão e autossustentabilidade dos projetos³⁶. Em recorte mais específico, o Estado de Arizona, por exemplo, no caso do *Crescent Moon*³⁷, determinou que o concessionário privado pagasse todas as despesas operacionais e de manutenção com os recursos coletados a partir dos ingressos de entrada - até então do Estado - e destinando os recursos a investimentos na própria área, em prol de sua *autossuficiência*³⁸.

Já no Reino Unido, estima-se que 60% (sessenta por cento) dos benefícios gerados por tais parcerias público-privadas³⁹ advenha da adequada partição de riscos realizada nos contratos⁴⁰.

Inclusive em relação a tal recorte, Guilherme Penalva dos Santos⁴¹ afirma que:

Ao longo dos anos, o Reino Unido conseguiu reunir um conjunto de fatores que contribuíram para o desenvolvimento das PPPs, tais como a existência de um ambiente político regulatório de confiança e bem estruturado, a formação de contratos sólidos com uma alocação eficiente dos riscos, critérios bem definidos de avaliação da parceria, dentre outros. Este sistema deu tão certo que, curiosamente, no Reino Unido os custos e o prazo de entrega nos contratos de PPP são respeitados em 75% (setenta e cinco por cento) dos casos, contra apenas 25% (vinte e cinco por cento) em licitações tradicionais.

Ainda no tocante ao Reino Unido, cumpre trazer um dos pontos trazidos em relatório realizado por pesquisadores das Universidades de Ulster e Aberdeen, ora denominado "*The Future of Private Finance Initiative and Public Private Partnership*⁴²", o qual menciona

³⁶ MEYER, 2013.

³⁷ Espécie de Rancho no território dos EUA ligado ao turismo.

³⁸ MEYER. Op. cit.

³⁹ Se comparados aos contratos de concessões tradicionais.

⁴⁰ PINTO, 2006. p. 159.

⁴¹ SANTOS, 2010. p.123.

⁴² RICS, 2011. Acesso em: 01.11.2020.

pesquisa realizada em 2009 que classificou o Brasil como de nível baixo ou médio quanto ao seu grau de maturidade do mercado de PPP's.

Pois bem, é possível verificar que parâmetros de direito internacional comparado fazem-se de suma importância à realidade das PPP's no Brasil e, inclusive, como a figura do País vem evoluindo frente a tal tema aos olhos dos estrangeiros.

Por fim, resta claro o principal objetivo de se utilizar o mecanismo de alocação de riscos em contratos de PPP's concernente ao alcance da máxima eficiência pretendida.

2.2. Conflitos e Inadimplemento contratual (intervenção, *step in rights*, *conciliação* e arbitragem)

Embora os referidos contratos administrativos de PPP's confirmem maior liberdade às negociações entre o Estado e o particular, por certo que subsiste margem ao inadimplemento - por quaisquer das partes - ou, ainda, controvérsias que extrapolam o limite previsto nas cláusulas.

Já é sabido que em matéria de contratos, ambos os cenários se tornam possíveis. Sabendo disso, o legislador, em consonância com a principal finalidade de 'desburocratização' da norma, previu importantes métodos para resolução de conflitos.

Conforme se verá adiante, alguns dos métodos para resolução de conflitos encontram-se previstos na própria norma.

Ainda neste cenário "litigioso" o intuito do legislador de aproximar os interesses da Administração com os do ente particular faz-se presente; à medida que, por exemplo, possibilita a instauração de arbitragem como ferramenta à resolução.

No tocante à hipótese de inadimplemento contratual, a lei trouxe possibilidade inovadora à resolução, considerando a obrigatoriedade de cláusula que preveja penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao ente privado⁴³, em que pese não haver previsão quanto aos tipos de sanção e formas de execução da penalidade.

Já quanto às hipóteses de resolução de controvérsias, a norma trouxe importantes questões no contexto de 'desburocratização' de tais contratos.

A partir dos métodos listados a seguir, é possível verificar que o tema se volta, justamente, à modernização de utilização de tais ferramentas, seguindo, cada vez mais, a autocomposição e conseqüente desjudicialização do tema.

⁴³ Art. 5º, inciso II.

Há, dentre outras possibilidades, a chamada *intervenção*. Em que pese já existente anteriormente à promulgação da lei de PPP's, referido mecanismo de resolução se torna vantajoso à medida que assegura um amplo poder de intervenção em casos de descumprimento grave do contrato, bem como - no tocante ao particular - condições de ter seus direitos restabelecidos e indenizações cabíveis.

Todavia, em razão de ser um procedimento altamente oneroso, acaba por ser pouco utilizado. O caso mais conhecido ocorreu no final da década de 80, quando da intervenção na CEMAR, concessionária de distribuição de energia para a área do Estado do Maranhão.

Quando do advento da Lei de 8.987/95 e, posteriormente, a 11.079, identificamos importante atenção dada pelo legislador quanto à possibilidade de as partes utilizarem-se de métodos autocompositivos de solução de litígios, como a conciliação, mediação e transação. Sendo possível notar, desde então, a importância de tal abertura frente à modernização dos contratos administrativos: mais céleres e menos complexos.

Em definição bastante breve e didática, André Rodrigues Junqueira⁴⁴ define:

Por sua vez, conciliação e mediação são mecanismos de solução de disputas que contam, necessariamente, com a participação de terceiros, que auxiliarão as partes a solucionar a contenda. [...] de modo que caberá ao mediador o restabelecimento de uma convivência harmônica entre as partes; ao passo que a conciliação se foca na solução, com uma atuação mais rápida, sem que haja preocupação com a relação dos litigantes.

Neste sentido, a Lei 10.259/2001⁴⁵ surge trazendo a possibilidade de se utilizar da transação, conciliação e desistência, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em matéria administrativa. Tratando-se, portanto, de um fluxo que as normas vêm seguindo para alcançar tal efetividade nas negociais paraestatais.

Por fim, se considerado o contexto político e econômico da Administração Pública no País de 1970 até os dias atuais, como apresentado até então, verificamos certa tendência à desburocratização de procedimentos, maior abertura ao capital privado e estrangeiro, cláusulas contratuais mais flexíveis e, principalmente, maior aproximação entre a figura do particular à estrutura estatal, sem que o *bem comum* e o *interesse público* restem inobservados.

Diante disso, com a transição e evolução histórica da própria sociedade, verifica-se a conseqüente evolução normativa acerca do tema. Em síntese, passa-se de um regime jurídico extremamente voltado aos atos administrativos unilaterais para um novo modelo híbrido, com

⁴⁴ JUNQUEIRA, 2019, p. 145.

⁴⁵ BRASIL, 2001.

ambos os agentes (Estado e particular) integrando uma relação jurídica e dividindo entre si encargos e benefícios, sem ônus excessivo a qualquer deles.

Pois bem. Em recorte ainda mais moderno, surge outra ferramenta de resolução de conflitos, também trazida pela lei das PPP's, ora intitulada como “*step in rights*”, também conhecida como *assunção de controle pelos financiadores*. Prevista no art. 5º, §2º, inciso I, tal ferramenta torna possível

a assunção do controle de uma sociedade concessionária pelos seus financiadores em caso de inadimplência com o Poder Público, ou com os próprios financiadores, com o objetivo de promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços⁴⁶.

Assim, não havendo hipótese de solução amigável, como as exemplificadas anteriormente, a norma ainda trouxe, mais especificamente em seu art. 11, inciso III, a possibilidade de se utilizar da arbitragem para resolução do conflito.

Chega-se, assim, ao ponto que é de interesse ao presente artigo.

3. A Arbitragem no âmbito das Parceria Público-Privadas

Como visto, até mesmo no momento de resolução de controvérsias, identifica-se o interesse do legislador em manter tal flexibilidade e diálogo entre as partes - evitando -se, assim, eventuais insurgências sujeitas aos recursos e instrumentos jurídicos comuns no âmbito judicial.

Ora, as disputas até então existente entre a figura do Estado e do parceiro privado tornam-se contraproducentes a ambos. Hoje, por meios dos diversos mecanismos disponíveis, espera-se das partes que, além da boa fé no cumprimento das cláusulas, mantenham um bom canal de diálogo e, principalmente, visem o interesse público do contrato pactuado; tão essencial ao Direito Administrativo.

Utilizando-se da excelente exposição trazida na dissertação “A arbitragem nos contratos de parceria público-privada”⁴⁷

se a condução é bem feita, as partes saem satisfeitas e com o sentimento de que na solução não há um vencido e um vencedor, mas todos são vitoriosos. Além disso, o uso de mecanismos negociais estimula o desenvolvimento de soluções criativas capazes de compatibilizar interesses divergentes.

⁴⁶ RIBEIRO. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/estruturas-para-lidar-com-situacoes-graves-de-conflito-ou-de-inadimplemento-contratual-intervencao-step-in-rights-mediacao-e-arbitragem/#_ftnref3. Acesso em: 21/10/2020.

⁴⁷ OLIVEIRA, 2012, p. 63.

Conforme se verá mais adiante, a instauração de um procedimento arbitral se torna um atrativo método de resolução de conflitos, sendo célere, eficiente e benéfico ao aparato público e ao setor privado; trazendo resultado definitivo a ambas as partes.

3.1. O porquê da arbitragem nos contratos de PPP

A arbitragem refere-se a um dentre tantos instrumentos utilizados para resolução de conflitos no âmbito extrajudicial. Por se tratar de procedimento envolvendo alto custo e bastante complexo, passar-se-á a analisar o porquê de sua vantagem em resoluções de conflitos envolvendo contratos de Parceria Público-Privadas.

Comumente verifica-se uma tendência na adoção de procedimentos autocompositivos - mais céleres e econômicos - até que se chegue à necessidade de adoção do procedimento arbitral. Importante se ressaltar que tais modalidades não excluem uma a outra.

Indo ao encontro do tradicional princípio da *eficiência administrativa*, a utilização da arbitragem, por sua vez, traz inúmeras vantagens a ambas as partes do contrato.

A *um*, encontra-se a possibilidade de escolha do julgador que dará solução ao conflito. Com isso, as partes conseguem assegurar-se de um julgamento coerente, por meio de um profissional especializado e apto a analisar todos os elementos envolvidos no conflito - o que, muitas vezes, carece o Poder Judiciário no âmbito de seus julgamentos.

Em se tratando de aspectos estatais, os contratos de PPP's costumam trazer diversas cláusulas específicas, complexas e interdisciplinares - afinal se relacionam a projetos de longo prazo e alta infraestrutura. Deste modo, para analisá-los, pretende-se que o julgador tenha a *expertise* necessária, muitas vezes indo além de mera formação jurídica.

Neste sentido, Paulo Osternack Amaral⁴⁸ pontua:

A possibilidade de as partes escolherem o profissional que julgará a causa traduz-se em duas vantagens marcantes da arbitragem em relação ao processo estatal. A primeira consiste na segurança em relação ao julgamento. Ao contrário do que ocorre nos litígios submetidos ao Poder Judiciário, em que a demanda é apreciada, de regra, por pessoa completamente desconhecida das partes, na arbitragem elas mesmas nomeiam como árbitro uma pessoa de sua confiança. Logo, é até intuitivo que os litigantes sintam-se mais seguros e confiantes quanto à imparcialidade e a independência do julgador na arbitragem. A segunda vantagem diz respeito à tecnicidade dos julgamentos. Como a tendência é que sejam escolhidos árbitros com conhecimento especializado na matéria objeto do litígio, nada mais natural do que se esperar uma decisão tecnicamente mais adequada, mais precisa do que a que seria prolatada no Judiciário”.

⁴⁸ AMARAL, 2012.

A *dois*, pontua-se a celeridade do procedimento arbitral e respectivo julgamento, o qual, em suma maioria, apresenta-se inferior ao do Judiciário.

Neste ponto, vale lembrar que no rito da arbitragem inexistem a quantidade de instrumentos recursais como aqueles previstos no Código de Processo Civil e, muito menos, possibilidade de ferramentas protelatórias como as que vemos com mais frequência no âmbito dos Tribunais Superiores.

Abrem-se parênteses aos processos submetidos ao julgamento das Câmaras especializadas⁴⁹, as quais, em seu regulamento interno, determinam prazo máximo à prolação de sentença.

Por certo que, com um julgamento efetivo e resolução da controvérsia, a demanda volta-se à continuidade do serviço público (em sentido amplo), havendo - nesta modalidade - chances menores de paralisação ao objeto da contratação.

Embora não haja referência à área do Direito Administrativo, vale citar pesquisa mencionada por Sérgio Pinto Martins⁵⁰, no âmbito da justiça do trabalho, quanto à questão da celeridade promovida pela arbitragem em comparação ao Poder Judiciário. Em sua obra, é possível verificar que “enquanto uma ação ajuizada no Poder Judiciário pode levar até seis anos para ser sentenciada, com a arbitragem o conflito é dirimido num prazo máximo de seis meses”.

A *três*, embora muito se critique quanto à questão dos gastos financeiros necessários à instauração da arbitragem, faz-se necessário avaliar os custos despendidos no procedimento como um todo e não apenas aqueles previstos no contrato.

Isso porque, se a comparação envolver o valor das despesas processuais no âmbito de um procedimento judicial e um arbitral, por óbvio que este será significativamente superior - até mesmo se considerada a isenção de custas como direito do Estado. Todavia, se considerado o tempo de duração da ação judicial, honorários envolvidos e eventual paralisação dos serviços públicos, muito provavelmente chegar-se-á a um valor superior àquele eventualmente previsto no âmbito de uma cláusula arbitral.

Contudo, em se tratando de recursos públicos e a necessidade de previsão orçamentária, recomenda-se que, anteriormente à negociação de eventual contrato de PPP, analise-se o custo-benefício do projeto para fins de eficiência e economicidade.

⁴⁹ Como exemplo, a Câmara de Comércio Internacional de Paris, Câmara de Comércio Brasil-Canadá e Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil.

⁵⁰ MARTINS, 2001, p. 87.

A *quatro*, por fim, André Rodrigues Junqueira⁵¹, traz mais um ponto específico a tal modalidade de resolução de conflitos, qual seja, a possibilidade de atração do investidor estrangeiro.

Acerca de tal vantagem, o autor trouxe pesquisa realizada junto à consultora do *Internacional Finance Corporation (IFC) - Entrevistada E -*, narrando os seguintes argumentos:

Eu diria que há dois blocos de razões pelas quais o investidor estrangeiro quer arbitragem. O primeiro é o conjunto dessas coisas que você falou: custos, qualidade [...]. O investidor estrangeiro que muda de país conforme a atratividade do projeto, por mais experimentado que ele seja, não vai ter o mesmo grau de conhecimento do diálogo local que um investidor brasileiro, de modo que ele se sente mais à vontade para transitar em um ambiente institucional internacionalizado.

Por meio dos aspectos listados anteriormente, verifica-se como o procedimento da arbitragem favorece a qualidade e eficiência de um contrato administrativo. Por meio de um ambiente cooperativo entre ambas as partes e, havendo controvérsia passível de resolução, surge a eficiência de tal modalidade, resultado, ao fim, no cerne de sua aplicação: o interesse público ali envolvido.

Pois bem. Listadas as vantagens, passa-se a concluir, no detalhe, como tal procedimento influi positivamente no âmbito dos contratos de PPP's.

3.2. Consequências para a Administração Pública com a utilização da arbitragem

Orientando-se por meio de procedimento objetivo, com critérios específicos e garantias processuais necessárias, a arbitragem torna-se um ótimo instrumento de resolução de conflitos para contratos que envolvam o Poder Público.

Uma boa parte da doutrina aborda a discussão acerca da disponibilidade ou não do *direito público* passível de negociação no âmbito da arbitragem. Para a presente discussão, a questão torna-se irrelevante à medida que os Tribunais, a jurisprudência⁵² e a doutrina mais atualizada vêm entendendo pela compatibilidade de tal método.

⁵¹ JUNQUEIRA, 2019, p. 114.

⁵² Neste sentido:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. **ARBITRAGEM** OU JURISDIÇÃO ESTATAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. ART. 58 DO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRÁS. SUBMISSÃO DA UNIÃO A PROCEDIMENTO ARBITRAL. IMPOSSIBILIDADE. DISCUSSÃO ACERCA DA PRÓPRIA CONDIÇÃO DE EXISTÊNCIA DA CLÁUSULA AO ENTE PÚBLICO. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JURISDIÇÃO ESTATAL. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO LEGAL OU ESTATUTÁRIA. PLEITO INDENIZATÓRIO COM FUNDAMENTO NA DESVALORIZAÇÃO DAS AÇÕES POR IMPACTOS NEGATIVOS DA OPERAÇÃO "LAVA JATO". PRETENSÃO QUE TRANSCENDE AO OBJETO SOCIETÁRIO. **1. No atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, bem como da arbitrabilidade nas relações societárias, a teor das alterações promovidas pelas Leis nº 13.129/2015 e 10.303/2001. [...]. 3. Considerando a aplicação do princípio**

Neste sentido, a corrente defendida por Arnaldo Wald⁵³ encontra-se plenamente razoável:

Embora os contratos de concessão tenham algumas peculiaridades características dos contratos administrativos, que contém elementos de direito público, os direitos e obrigações a eles relativos são de natureza patrimonial e podem ser objeto de transação entre as partes, sendo, portanto, disponíveis. Desse modo, quaisquer questões relativas aos contratos de concessões e à relação entre a Administração e o concessionário podem ser resolvidas por arbitragem.

Apesar da discussão quanto à sua aplicabilidade, certo é que os interesses do Poder Público não podem ser tratados genericamente em um procedimento arbitral sob o risco de ofensa ao *ius imperii* do Estado. Nesta hipótese, matérias voltadas à competência de órgãos administrativos e exercício fiscal, por exemplo, restariam impedidas de transação e sujeitas ao julgado pelo Judiciário.⁵⁴

Portanto, mantém-se necessário que haja compatibilidade entre o emprego da arbitragem e a utilização dos princípios que regem a Administração Pública.

No momento do cumprimento da sentença arbitral pelo Poder Público, por exemplo, prepondera-se o que rege o art. 100 da Constituição Federal no tocante à preferência dos pagamentos pela Fazenda Pública voltarem-se aos débitos de natureza alimentícia. Deste modo, restando a Administração Pública condenada por sentença arbitral a obrigação de pagar, salva exceção, o débito seguirá a ordem de apresentação do precatório.

competência-competência no âmbito das arbitragens, para que não seja inoportuna ou indevida a interferência do Poder Judiciário, deve-se respeitar a precedência temporal da decisão arbitral e, somente após, realizar o adequado controle pela via judicial. 4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público - circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da "competência-competência" - sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. 5. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo Federal suscitado.

(STJ - CC: 151130 SP 2017/0043173-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/11/2019, S2 - SEGUNDA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 11/02/2020). (grifado).

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. LIMINAR DEFERIDA. CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA. CONCESSÃO DE RODOVIA. PRELIMINAR DE DESCUMPRIMENTO DO ART. 526 DO CPC. REJEITADA. ARBITRAGEM. MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS. POSSIBILIDADE NO ÂMBITO PÚBLICO. LIMINAR ANTES DA INSTITUIÇÃO DO ÓRGÃO ARBITRAL. POSSIBILIDADE. DIREITO DE AÇÃO DA PARTE. RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. LIMINAR. RATIFICAÇÃO PELO ÓRGÃO ARBITRAL. PRESENÇA DOS REQUISITOS. [...]. O instituto da arbitragem regulado pela Lei 9.307/96, tem como objetivo permitir às partes submeterem a controvérsia atual ou futura a pessoa de confiança comum, normalmente especialista na questão controvertida, na medida que lhes possibilita sair das limitações naturalmente inerentes à jurisdição tradicional - A lei nº 11.079/04 instituiu normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, tornando possível a adoção pela Administração Pública de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. [...]. (TJ-MG,2014). (grifado).

⁵³ WALD, 2009. p. 37.

⁵⁴ BREWER-CARIAS, 1992.

Ainda no âmbito de responsabilidades da Administração Publicada a serem observadas no procedimento arbitral, dada sua especialidade, ressalta-se a previsão trazida pela Instrução Normativa 52/2007 - responsável pelo controle e a fiscalização de procedimentos de licitação, contratação e execução contratual de Parceria Público-Privada, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas da União.

Em definição breve e didática⁵⁵:

Rendendo-se à previsão legal da arbitragem na Lei Federal 11.079/2004, exige que o órgão, a entidade federal concedente ou a agência reguladora mantenha arquivo atualizado dos documentos relacionados ao emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos processos de Parceria Público-Privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de cinco anos.

Como dito anteriormente, em razão do art. 11, inciso III abranger a possibilidade do uso de arbitragem em redação genérica, prevê-se a edição de normas que regulem o tema.

Certo é que, até o momento, o Direito Administrativo, em sua prática, encontra-se em constante de processo de modernização, restando mais comum a inserção de cláusula arbitral para resolução de litígios decorrentes de contratos de PPP's - configurando meio idôneo, célere, flexível e eficaz para fins de resolução.

4. Conclusões

Por meio de uma importante evolução histórica e normativa, é possível verificar as diferentes interfaces dos contratos administrativos no País. Desde 1922 (com uma abordagem extremamente imperativa em favor do Estado e relacionada a atos administrativos unilaterais), até o presente momento, com reflexos ainda bem presentes acerca da Lei Federal 11.079/2004.

Em se tratando do contexto atual, nota-se que o surgimento da modalidade de contratação administrativa no âmbito de contratos de Parcerias Público-Privadas (PPP's) possibilita, de um lado, ao Estado desenvolver importantes projetos - principalmente relacionados à infraestrutura - com nível de excelência que dificilmente alcançariam se presentes apenas os recursos públicos, enquanto, por outro lado, ao particular, beneficiar-se da minimização dos riscos no curso de sua execução.

Com o advento de tal modalidade, surge também nova espécie de relação jurídico-contratual entre o Estado e o parceiro privado, à medida que permitem o oferecimento de garantias contratuais à figura do concessionário, evitando onerosidade excessiva a este agente - possibilidade até então inexistente no panorama brasileiro.

⁵⁵ OLIVEIRA, 2012, p. 119.

A estrutura rígida e burocrática da conhecida imagem do Estado se afigura em um novo modelo.

De maneira geral, a norma trouxe um novo tipo de arranjo para associação entre os agentes (Estado e Particular), por meio da atração de recursos privados à sua execução e garantias necessárias ao investidor.

Em aspectos mais específicos, identificamos requisitos essenciais previstos na norma, entre os quais prazo mínimo e máximo para vigência do contrato, valor mínimo do investimento ao objeto do contrato e impedimentos quanto ao objeto da contratação.

Dentre os elementos que tornam os contratos de PPP's atrativos a ambas as partes, encontra-se a matriz de risco a ser alocada no negócio pactuado, repartida de forma eficaz e equilibrada entre ambas as partes.

Como visto, nas concessões anteriores à norma de 2004, o particular muitas vezes se via em desvantagem ao firmar contrato junto à Administração em razão da excessiva onerosidade relacionada aos riscos do negócio. Já com a promulgação da referida norma, por meio de seu art. 5º, inciso III, os riscos tornam-se repartidos entre as partes, até mesmo aqueles decorrentes de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

Assim, com a justa distribuição e reciprocidade entre os agentes, a execução do empreendimento, objeto de concessão, torna-se efetiva e muito mais viável.

Todavia, embora haja maior liberdade às negociações entre o Estado e o particular, por certo que subsiste margem a controvérsias entre ambos, como exemplo o inadimplemento. O importante é verificarmos que, ainda que existente certa controvérsia, é possível vislumbrar a tendência de 'desburocratização' do legislador, como exemplo, possibilitando métodos alternativos de resolução que independam da sobrecarga do Judiciário. Entre eles, a chamada *intervenção, autocomposição, 'step in rights', conciliação* e, ao que é de interesse, a *arbitragem* (prevista no art. 11, inciso III da Lei 11.079/04).

Interessante se reavaliar que, para fins específicos da arbitragem, identificam-se elementos de cunho abrangente - sujeitos a quaisquer conflitos - e aqueles de cunho específico, isto é, estritamente relacionados aos contratos administrativos de modalidade de PPP.

Na primeira hipótese, como visto, subsistem condições necessárias à *arbitrabilidade subjetiva* e *arbitrabilidade objetiva*. A primeira delas correspondente aos sujeitos que submeter-se-ão ao conflito à apreciação do árbitro, enquanto a segunda relaciona-se, dentre outros elementos, às matérias sobre as quais poderá decidir o árbitro.

Já na segunda, resta necessária a observância não somente dos requisitos anteriores, como também daqueles previstos na própria Lei de 2004, por sua previstos no art. 11, inciso II, quais sejam: (a) previsão editalícia de seu emprego, (b) execução do objeto e do procedimento serem realizados no Brasil; e (c) redação em língua portuguesa; bem como do art. 55, §2º da Lei 8.666/93, quanto ao foro competente, o qual, obrigatoriamente, será o da *sede da Administração*.

Deste modo, em se tratando de Administração Pública, por certo que o procedimento arbitral deverá compatibilizar-se com o escopo dos contratos administrativos, em respeito às garantias e supremacia do Poder Público.

A instauração do procedimento arbitral, por sua vez, se torna um atrativo método de resolução de conflitos, sendo célere, eficiente e benéfico ao aparato público e ao setor privado à medida que (a) possibilita a escolha do julgador que dará solução ao conflito, (b) detém rito célere para seu procedimento e respectivo julgamento, (c) é mais econômica se comparada a todos os custos despendidos ao longo de um procedimento judicial, e (d) possibilita a atração do investidor estrangeiro.

Desde que estritamente observados os critérios específicos e garantias processuais necessárias, a arbitragem torna-se um ótimo instrumento de resolução de conflitos para contratos que envolvam o Poder Público.

Por fim, resta salientar que, muito embora a inovação de se poder utilizar da arbitragem em conflitos relacionados a contratos de PPP seja de suma importância e benéfica à infraestrutura do País, reconhece-se que tal tema pende de edição de normas reguladoras que tragam maior especificidade ao procedimento.

5. Referências

- AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Fórum, 2012.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As parcerias público-privadas - PPPs no direito positivo Brasileiro*. Revista dos Tribunais, v. 94, nº 839. São Paulo, 2005.
- BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. *Decreto nº 10.259*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110259.htm.
- _____. *Decreto nº 11.079*. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm
- _____. *Decreto nº 13.529*. Dispõe sobre a participação da União em fundo de apoio à estruturação e ao desenvolvimento de projetos de concessões e parcerias público-privadas. Brasília, DF: Presidência da República, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113529.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20participa%C3%A7%C3%A3o%20da,administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%2C%20a%20Lei%20n%C2%BA.
- _____. *Decreto nº 2.300*. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm.
- _____. *Decreto nº 4.536*. Organiza o Código de Contabilidade da União. Brasília, DF: Presidência da República, 1922. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL4536-1922.htm.
- _____. *Decreto nº 8.666*. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm.
- _____. *Decreto nº 8.987*. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20de,Federal%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A
- _____. *Decreto nº 9.307*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm.

BREWER-CARIAS, Allan. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

CAVALCANTI, Themistocles. *Curso de direito administrativo*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

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

GUIMARÃES, Anna Luiza Oliveira. *As parcerias público-privadas e a divisão dos riscos: uma análise do contrato de concessão administrativa do “Complexo do Mineirão”*. Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29284/as-parcerias-publico-privadas-e-a-divisao-dos-riscos-uma-analise-do-contrato-de-concessao-administrativa-do-quot-complexo-do-mineirao-quot>. Acesso em: 13.10.2020.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito Processual do Trabalho*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MEYER, Warren. *A Tale of Two Parks*. Property and Environment Research Center (PERC): 2013.

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

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviços públicos*. Tese (doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.

PINTO, Marcos Barbosa. *Repartição de Riscos nas Parcerias Público-privadas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25. 2006.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *Estruturas para lidar com situações graves de conflito ou de inadimplemento contratual: intervenção, “step in rights”, mediação e arbitragem*. Disponível em: https://portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/estruturas-para-lidar-com-situacoes-graves-de-conflito-ou-de-inadimplemento-contratual-intervencao-step-in-rights-mediacao-e-arbitragem/#_ftnref3. Acesso em: 21/10/2020.

RICS. *The future of Private Finance Initiative and Public Private Partnership*. Isurv, 2011. Disponível em:

https://www.isurv.com/downloads/download/1808/the_future_of_private_finance_initiative_and_public_private_partnership_rics. Acesso em: 14.10.2020.

SANTOS, Guilherme Penalva. *Parcerias Público-Privadas: Uma abordagem introdutória*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Espaço Jurídico, 2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das Parcerias Público-Privadas. *Parcerias Público-Privadas*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TJ-MG - AI: 10024140553967001 Belo Horizonte, Relator: Duarte de Paula, Data de Julgamento: 25/09/2014, Câmaras Cíveis / 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 02/10/2014.

WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. *Revista do Advogado*. São Paulo, ano 29, n. 107, dez. 2009.

**TERMO DE AUTENTICIDADE E AUTORIZAÇÃO PARA PUBLICAÇÃO DO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Eu,

JULIA SILVA CRAUFORD, regularmente matriculada, no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 3164036-2, Período noturno, Turma S, tendo realizado o TCC com o título:

**UMA ABORDAGEM RELACIONADA À RESOLUÇÃO DE CONFLITOS EM
CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO ÂMBITO DA
ARBITRAGEM**

sob a orientação do professor: ANTÔNIO CECÍLIO MOREIRA PIRES, declaro, para os devidos fins, que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 09 de novembro de 2020.



JULIA SILVA CRAUFORD