

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ  
CURSO DE DIREITO

DÉBORA MORAES DA CUNHA GONÇALVES

**AS VANTAGENS E DIFICULDADES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS  
CONTRATOS ENTRE ESTADO E EMPRESA: UMA ANÁLISE DENTRO DAS  
PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Recife  
2014

DÉBORA MORAES DA CUNHA GONÇALVES

**AS VANTAGENS E DIFICULDADES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS  
CONTRATOS ENTRE ESTADOS E EMPRESA: UMA ANÁLISE DENTRO DAS  
PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do Curso de Bacharelado em  
Direito na Faculdade Damas da Instrução  
Cristã - FADIC.

**Área de Concentração:** Ciências Jurídicas

**Orientador:** Professor Ms. Paulo Roberto  
Gonçalves Cerqueira.

Recife  
2014

**Gonçalves, D. M. C.**

**As vantagens e dificuldades da utilização da arbitragem nos contratos entre estado e empresa: uma análise dentro das parcerias público privadas. Débora Moraes da Cunha Gonçalves. Recife: O Autor, 2014.**

**98 folhas.**

**Orientador (a): Prof<sup>o</sup> Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira**

**Monografia (graduação) – Bacharelado em Direito - Faculdade Damas da Instrução Cristã.**

**Trabalho de conclusão de curso, 2014.**

**Inclui bibliografia.**

**1. Direito 2. Arbitragem 3. Parcerias Público Privadas 4. Administração Pública 5. ICSID.**

**340 CDU (2<sup>a</sup>ed.)  
340 CDD (22<sup>a</sup> ed.)**

**Faculdade Damas  
TCC 2014 – 259**

**Débora Moraes da Cunha Gonçalves**

**AS VANTAGENS E DIFICULDADES DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM NOS  
CONTRATOS ENTRE ESTADOS E EMPRESA: UMA ANÁLISE DENTRO DAS  
PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS**

Monografia submetida ao corpo docente do Curso de Bacharelado em Direito na Faculdade Damas da Instrução Cristã – FADIC, e aprovada na data a seguir notificada:

**DEFESA PÚBLICA** em Recife, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2014.

**BANCA EXAMINADORA:**

Assinatura:

-----  
Paulo Roberto Gonçalves Cerqueira, Ms.

Orientador

Assinatura:

-----  
Ms./Dr.

Examinador

Novamente, não haveria de ser diferente, ao meu inesquecível avô Moraes, fez questão de incentivar-me incondicionalmente aos estudos, sempre mostrando que este é o caminho para o crescimento e aprendizado. Contradizendo-se com as suas próprias palavras, quando carinhosamente dizia “pai é para educar, avô é para deseducar”.

Ensinou-me que nada na vida acontece por acaso, os objetivos são alcançados quando fazemos por merecer. Minha eterna admiração, carinho e profunda saudade, com o desejo de que estivesse comigo nesta segunda jornada acadêmica.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais, Paulo e Liliane, que em momento algum deixaram de me apoiar nesta nova empreitada, para a conclusão de mais uma graduação. Não tenho palavras para definir o quão fundamental foi o apoio de vocês para que mais esta etapa finalmente fosse concluída.

É pai, finalmente tenho uma profissão a qual “existe”, as dúvidas e inseguranças de ser uma internacionalista hoje se somam as certezas e caminhos da advocacia, que findam em somarem-se num alicerce sólido e concreto para que eu possa exercer a sua profissão de direito, mas não fato. Sei que esta segurança não é apenas minha, mas nossa.

A minha Vó, Fernanda ou como ela gostaria que lhe chamasse Vovó Fernandinha, pelo imenso amor, pelo eterno carinho, pela preocupação em todas as horas, sempre ajudando no que estivesse ao seu alcance ou fora dele, que ao longo destes oito anos no curso de Direito sempre me acompanhou e torceu pelo meu sucesso. Não poderia deixar de agradecê-la pela paciência, pois enfim Vó, enfim terei o seu tão sonhando tempo para viajar!

Ao meu irmão, Eduardo e a minha cunhada, Pamella, que mesmo distantes se fazem presentes, encurtando as distancias que a vida nos coloca através das palavras de incentivo e imenso carinho.

Ao meu orientador, Paulo Roberto, que, por ter sido transferida de outra instituição no decorrer da graduação, não tive a sorte de ser sua aluna. Entretanto, tive a felicidade de ser contemporânea nos tempos de colégio e, de quem trago boas lembranças deste período, agora somadas a admiração ao mestre, que confiou no desenvolvimento do presente trabalho desde o primeiro momento.

Ao meu coordenador, Leonardo Siqueira, que ao longo desde dois anos na Faculdade Damas, sempre esteve ao meu lado, ajudando, apoiando e guiando para que este período fosse breve, e, hoje, com toda certeza esta graduação tem muito do seu empenho e esforço para que ela de fato se concretize. Meu obrigado pela paciência e atenção de sempre!

E por fim, agradeço a Deus pela concretização de mais esta etapa em minha vida, pela minha família e amigos, pois sem suas bênçãos não estaria aqui.

“Inegavelmente, a arbitragem é um dos fenômenos mais atuantes no mundo contemporâneo, e não são poucas as incursões doutrinárias e legais nesse campo de alta fertilidade, sem previsão de esgotamentos em face das exigências da vida cotidiana e, especialmente, do processo intensamente desenvolvimentista do comércio internacional”.

(Irineu Strenger)

## RESUMO

O Brasil com a implementação da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem regulamentou de forma definitiva o processo arbitral no país, igualando-se aos mais avançados ordenamentos jurídicos sobre a matéria. A pesquisa demonstra a viabilidade real do uso da arbitragem como meio de resolução de controvérsias no Brasil decorrentes de contratos que envolvam Administração Pública, mais especificamente dentro dos contratos de Parcerias Público Privadas. Igualmente discorre sobre o uso, suas vantagens e dificuldades, discutindo ainda a posição brasileira quanto aos tratados internacionais sobre arbitragem, com especial atenção para os procedimentos do ICSID para a solução de controvérsias oriundas dos contratos internacionais de investimentos entre Estado e empresa privada. Estudando a viabilidade de adoção do ICSID como meio para a solução de lides surgidas nos contratos de Parcerias Público Privadas no Brasil.

**Palavras-chave:** Arbitragem. Parcerias Público Privadas. Administração Pública. ICSID.

## **ABSTRACT**

Brazil, with the implementation of law no. 9,307 of september 23, 1996, the arbitration act regulated definitively the arbitral process in the country, matching the most advanced legal systems on the matter . The research demonstrates the feasibility of real use of arbitration as a means of dispute resolution in Brazil resulting from contracts involving public administration , specifically within the public private partnership contracts . It also discusses the use, advantages and difficulties, still discussing Brazil's position as the international treaties on arbitration , with particular attention to the procedures of ICSID for resolution of disputes arising from international investment agreements between state and private enterprise . Studying the feasibility of adopting the ICSID as a means for solving arising labors in public private partnerships contracts in Brazil

**Keywords:** Arbitration. Public Private Partnerships. Public Administration. ICSID.

## RESUMÉN

Brasil, con la implementación de la ley no. 9307 de 23 de septiembre de 1996, la ley de arbitraje regula definitivamente el proceso de arbitraje en el país, haciendo coincidir los sistemas jurídicos más avanzados en la materia. La investigación demuestra la viabilidad de la utilización real de arbitraje como medio de solución de controversias en brasil como consecuencia de los contratos relativos a la administración pública, específicamente en los contratos de asociación público-privada . También se discute el uso, las ventajas y las dificultades, seguimos discutiendo la posición de brasil como los tratados internacionales en materia de arbitraje , con especial atención a los procedimientos del ciadi para la resolución de controversias derivadas de acuerdos internacionales de inversión entre el estado y la empresa privada. Estudiar la viabilidad de adoptar al ciadi como un medio para resolver surgen labores en los contratos públicos de asociaciones público-privadas en Brasil.

**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje. Privadas Pública. Administración Pública. Icsid.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2</b>	<b>MARCO METODOLOGICO E TEÓRICO</b> .....	17
<b>2.1</b>	<b>Metodologia</b> .....	17
2.1.1	Coleta e Análise de Dados.....	18
2.1.2	Revisão Bibliográfica.....	19
2.1.3	Organização das Informações.....	20
<b>2.2</b>	<b>Revisão da Literatura</b> .....	20
<b>3</b>	<b>ARBITRAGEM</b> .....	22
<b>3.1</b>	<b>As Origens do Procedimento Arbitral até o Momento Atual</b> .....	22
<b>3.2</b>	<b>A Arbitragem no Âmbito Internacional e sua Inserção no Brasil</b> .....	27
<b>3.3</b>	<b>A Lei de Arbitragem Brasileira</b> .....	34
<b>3.4</b>	<b>As Convenções Internacionais de Arbitragem e a Posição Brasileira</b> .....	37
<b>3.5</b>	<b>A Arbitragem e a Questionada Presença Estatal em Conflitos Arbitrados</b> .....	38
3.5.1	O Estado Sendo Parte na Arbitragem .....	41
<b>4</b>	<b>AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS</b> .....	46
<b>4.1</b>	<b>Direito Administrativo <i>versus</i> Direito Privado</b> .....	46
4.1.1	As Parcerias Público Privadas no Brasil .....	47
<b>4.2</b>	<b>Previsões Legais para Utilização da Arbitragem nos Contratos de PPP's e a Participação do Estado Como Parte</b> .....	51
<b>5</b>	<b>O BRASIL E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS</b> .....	56
<b>5.1</b>	<b>As Parcerias Público Privadas e as Perspectivas dos Investimentos Internacionais</b> .....	58
<b>5.2</b>	<b>Centro Internacional para Resolução de Conflitos Sobre Investimentos - ICSID, uma Possibilidade</b> .....	61
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	64
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	68
	<b>ANEXO A - GRÁFICOS</b> .....	70
	<b>ANEXO B – LEI DA ARBITRAGEM</b> .....	71

<b>ANEXO C – LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004.....</b>	<b>83</b>
--	-----------

## 1 INTRODUÇÃO

Objetivou-se, através da presente pesquisa, estabelecer o melhor caminho para adoção da arbitragem como meio mais eficaz para a solução de controvérsias surgidas em contratos, especialmente naqueles envolvendo investimentos entre Estados e empresas privadas, tendo como foco central, o estudo dos contratos das Parcerias Público Privadas no Brasil, analisando ainda os impactos gerados pela adoção desta ferramenta extrajudicial pelo Estado e a sua repercussão no contexto jurídico e internacional.

Dessa forma, fundamentado na nova realidade mundial, na qual não apenas os Estados são os atores das relações internacionais, mas sim novos sujeitos de Direito Internacional e que se consolidaram de forma efetiva e, com total segurança, podemos afirmar que as empresas, pessoas jurídicas de direito privado, também são entidades jurídicas de direito internacional.

Tal progresso ocorreu ao longo da história, em especial nas últimas décadas do século passado, onde se consolidou a ideia de conferir as empresas o papel de entidades jurídicas de direito internacional privado, possuidoras de capacidade jurídica, tornando a arbitragem internacional o meio mais paritário para resolução de controvérsias entre atores distintos do cenário internacional.

Sendo a arbitragem um mecanismo de resolução de controvérsias bastante antigo, tendo como uma de suas bases, a *Lex Mercatoria*<sup>1</sup>, a mesma sempre esteve presente no ordenamento jurídico brasileiro, já sendo prevista em nossa primeira Constituição Federal de 1824, em seu artigo 164<sup>2</sup>. O instituto ganhou respaldo e maior notoriedade no período feudal, momento o qual não havia Estados com autoridades definidas, os monarcas nesse período não exerciam o poder concentrado em seus

---

<sup>1</sup> Constata-se uma grande divergência entre autores na busca de um conceito ou definição para tal conjunto ou sistema de regras. A extensão, profundidade ou mesmo os fundamentos para uma definição de *Lex Mercatoria*, variam assim como varia a própria aplicabilidade do conceito. Goldman, o mais notável precursor da chamada *Lex Mercatoria*, entende-a como um conjunto ou sistema de regras costumeiras aplicadas espontaneamente ou elaboradas no comércio internacional., sem se referir a um específico sistema de direito nacional. (KUCK, 1994)

<sup>2</sup> Art. 164. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Árbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

territórios, pois não havia autoridades as quais exercessem poder jurisdicional para realização de um efetivo julgamento das questões comerciais surgidas ao tempo, fazendo-se necessário, então, uma forma de resolução das lides com base nos costumes comerciais.

Deve-se salientar que, diante dos fatos narrados, a arbitragem tem suas bases ligadas ao próprio Direito Comercial, ao passo que é notável seu progresso e consolidação juntamente a evolução das relações comerciais e, porque não, das relações oriundas dos contratos cíveis.

Mais especificamente, procurou-se demonstrar por meio do presente estudo, que a arbitragem é um meio alternativo de solução de conflitos eficaz paralelo à jurisdição estatal. É importante afirmar que os contratantes têm liberdade de escolherem os árbitros, os quais julgarão os possíveis conflitos futuros, principalmente em contratos de Parcerias Público Privadas que envolverem Estados e entes jurídicos de Direito Privado, sendo possível, inclusive, escolher-se o regulamento que regerá o procedimento arbitral, desde que, em acordo com as diretrizes da Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996 (Lei da Arbitragem).

Sendo a arbitragem uma ferramenta pouco utilizada no Brasil, no momento da celebração destes contratos, vez que estes têm suas bases determinadas no momento inicial do processo licitatório, elaborados exclusivamente pelo ente público sem qualquer participação do contratante, reconhece-se que o mecanismo arbitral é legalmente previsto para os contratos de Parceria Público Privadas, na Lei nº 11.079 de 30 de Dezembro de 2004 (Lei das Parcerias Público Privadas) que possibilita a sua adoção, com base nas normas brasileiras do instituto arbitral.

Dessa forma, as dificuldades para efetivação da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil, foi reduzida significativamente com o advento da Lei de Arbitragem cessando as barreiras, antes existentes, para esses procedimentos, tal como a obrigatoriedade de homologação das sentenças arbitrais e a dificuldade de se levar a lide para a arbitragem somente com a cláusula arbitral.

Todavia, ainda há resistência a este meio processual pelo Poder Judiciário, embora cada vez menor, uma vez que dia-a-dia os seus magistrados componentes vem compreendendo que não lhe estão sendo retiradas as suas funções exclusivas, que é a

função jurisdicional, pois esta não é transmitida a arbitragem. O poder jurisdicional que lhe é conferido pelo Estado em nada se altera, permanecendo responsável por todas as questões referentes aos direitos indisponíveis. Assim, é a arbitragem, mera escolha das partes contratantes, consistindo em um novo meio de prestação de justiça restrita aos direitos e deveres avençados contratualmente.

Notemos a enorme quantidade de normas nacionais nos ordenamentos jurídicos de cada país, com soluções distintas para problemas semelhantes. No entanto, não há, no plano internacional, uma regra ou tratado que regule e abranja todos os Estados e atores internacionais, na sociedade internacional de forma única, homogênea e também não há uma soberania as entidades internacionais, fazendo com que estejamos diante de uma verdadeira anarquia internacional<sup>3</sup>. Não haveria como essa regulamentação atingir a todos os ordenamentos jurídicos de forma supranacional, conferindo-nos uma garantia jurídica universal, comum a todos os seus participantes.

Por tal razão, não há no cenário internacional atual um Poder Judiciário comum a todos, que assegure efetivamente todas as garantias constitucionais, até mesmo, porque cada constituição possui direito e deveres distintos. Impossível imaginarmos uma jurisdição que consiga abarcar todas as normas legais em plena harmonia, esta é uma utopia de globalização pouco provável de ser atingida.

Como exemplo desta diversidade de legislações, temos a homologação automática das sentenças estrangeiras resultantes ou não de processos arbitrais, que em vários países não é aceita devido aos seus regulamentos jurídicos, necessitando preencher uma série de requisitos internos, para só então, serem válidas perante as partes no ordenamento jurídico o qual deverá vigorar.

A jurisprudência e as diversas regulamentações, nos países, são mais um empecilho para esse tipo de contratação, pois algo que venha a ser legal em um determinado território, pode vir a ser inconstitucional em relação ao país da outra parte.

---

<sup>3</sup> Entende-se por anarquia a falta de Governo estabelecido. No contexto internacional, segundo Seidenfus (2004), um traço fundamental das relações internacionais consiste na inexistência de uma ordem legal e de subordinação dos Estados às instancias coletivas superiores. A ausência de um poder comum e de uma ordem centralizada no âmbito externo, ao contrario do que ocorre no plano interno, conduz o Estado a cooperar, competir ou mostrar-se indiferente em relação aos outros integrantes do sistema internacional.

Este é mais um quesito para a adoção da arbitragem, ou seja, não sendo as partes domiciliadas no mesmo território, a deliberação de comum acordo pelas normas as quais irão reger este contrato, parece ser a forma mais correta para a resolução de conflitos contratuais que, porventura surjam entre as partes contratantes em um ambiente mais imparcial e juridicamente seguro.

Com base nos pontos ora levantados, a presente pesquisa busca demonstrar que, em contratos celebrados entre Estados e Empresas Privadas, a arbitragem pode ser a pedra de toque para a solução de lide oriunda da relação contratual em tela. No Brasil, a Lei das Parcerias Público Privadas, alvo de discussão da presente pesquisa, prevê esta possibilidade nos contratos os quais regulamenta.

São inúmeras as dificuldades enfrentadas, as quais serão abordadas adiante, por aqueles entes privados que desejam contratar junto a Administração Pública, especialmente, no tocante a eleição de uma regulamentação diversa ao ordenamento jurídico interno para reger o contrato em questão. Estar-se-á frente a vício do direito, pois, o contratante está se obrigando a submeter-se exclusivamente ao julgamento do Estado, parte contratante, através de seu próprio Poder Judiciário.

Um país, ao possibilitar a adoção de regulamentos diversos ao seu interno, quando, na celebração de um contrato com uma empresa privada poderia abrir um precedente de ameaça a sua soberania. Outro Estado, numa futura negociação diplomática com o primeiro ou mesmo durante um conflito, poderia, por abuso, argumentar que a utilização de seu ordenamento interno seria mais o mais conveniente, uma vez que o outro Estado, na celebração de outros contratos, optou pela adoção de um ordenamento diferente, em detrimento de seu pátrio.

Este é um pensamento já superado no ordenamento jurídico brasileiro, pois devemos ter em mente que a arbitragem é um meio paraestatal, legalmente regulamentado e em acordo com as disposições constitucionais, não a infringindo em nenhuma esfera. Entendimento confirmado sobre este mecanismo é legalmente previsto para os contratos de Parcerias Público Privadas.

Devemos ter em mente que o igualmente a Lei de Arbitragem, a Lei que implementa e regulamenta as Parcerias Público Privadas nacional é um novo avanço

no ordenamento jurídico brasileiro. Possibilita a celebração de concessões de serviços públicos ou mesmo a realização de grandes obras publicas as empresas privadas.

É um grande progresso não apenas a seara jurídica, como também econômica, vez que promove um maior interesse dos entes de direito privado em participarem, através destas parcerias, de atividades antes exclusivas do Estado.

Dentro das duas modalidades previstas promove uma maior inclusão do ente privado nas prestações à sociedade e, temos como exemplo destes contratos a construção de autoestradas, hospitais, aeroportos e algumas praças de eventos. Em regra, estes serviços tem sido de grande destaque e amplamente aceitos pela população, sendo bem avaliados pela sociedade.

Neste diapasão, temos a Administração entrando no âmbito do Direito Privado, o que faz surgir o questionamento quanto ao respeito do interesse da coletividade, como seriam estes protegidos diante dos laços que se formam nos contratos individuais que, a principio, levariam em consideração apenas a vontade das partes.

É partindo deste ponto, do conflito de interesses, que, a presente pesquisa buscou demonstrar os possíveis meios a serem utilizados nesta modalidade de contrato, envolvendo os países e as empresas privadas nacionais ou não, mais precisamente com foco na celebração dos contratos de Parcerias Público Privadas no Brasil.

Assim, serão analisadas as questões envolvendo os direitos disponíveis entre as partes, figurando o ente publico na sua atividade civil, as quais exercem em igualdade com as demais pessoas jurídicas de direito privado, em especial atenção àquelas que estejam envolvidas em Parcerias Público Privadas no Brasil.

Observou-se que estas mudanças no posicionamento dos Estados dão-se pouco a pouco, tal como ocorreu no Brasil, conforme será abordado no decorrer do presente estudo, o trabalho de compatibilização da legislação brasileira, aos parâmetros internacionais, vigentes sobre este assunto, deverá ser simultâneo a um consenso entre os órgãos jurídicos e os responsáveis pelas negociações para trazer novos investimentos estrangeiros ao país, é uma tarefa árdua, pois envolve os três poderes do Estado, entretanto, não é algo impossível de ser concretizado em nosso ordenamento.

Um país como o Brasil, não pode manter-se alheio por muito tempo às importantes questões do plano internacional, bem como a sua dinâmica jurídica, dando, o presente trabalho, especial atenção para o estudo sobre o uso da arbitragem como meio de resolução de controvérsias nos contratos relativos a investimentos traduzidos em Parcerias Público Privadas.

Baseado no preconceito para adoção da arbitragem como meio para a solução de controvérsias nestes contratos que se levantou, nesta pesquisa, a questão sobre as dificuldades para a efetiva utilização deste meio processual.

Buscou-se, portanto, responder se existem dificuldades reais para a adoção da arbitragem nos contratos entre Estados e empresa privada, como forma de solucionar eventuais controvérsias entre as partes contratantes nos contratos de Parceria Público Privadas. Caso existam, como é possível que as dificuldades sejam superadas? Não estaria o Brasil colocando impedimentos para se utilizar dos benefícios gerados pelo procedimento arbitral?

Tendo entre os objetivos, a verificação da viabilidade do uso da arbitragem, como meio de solução de controvérsias no Brasil, analisar-se-ão o uso, as vantagens e dificuldades da adoção desse procedimento para as Parcerias Público Privadas no país.

## **2 MARCO METODOLOGICO E TEÓRICO**

### **2.1 Metodologia**

Pode-se definir que, a metodologia científica adotada na pesquisa, foi o caminho escolhido para se chegar à conclusão que: a arbitragem é o melhor meio para solucionar possíveis controvérsias originárias de contratos de Parceria Público Privados celebrados com os entes políticos no Brasil..

A metodologia ora empregada parte de princípios e estudos reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis, possibilitou às conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica. Todavia, mesmo do ponto de vista lógico podem ser apresentadas várias objeções às conclusões e análise realizadas no presente estudo, o que será de grande enriquecimento para o debate sobre a matéria aqui abordada.

Lembrando que, por mais profundas que sejam as análises realizadas, poder-se-á chegar a conclusões distintas por interpretações diversas das legislações apresentadas.

Sendo a presente pesquisa de cunho exploratório e, através da utilização do método indutivo, foi elaborada com base na coleta e estudo da legislação nacional, do entendimento jurisprudencial pátrio, do entendimento doutrinário acerca da matéria abordada, dos dados, da revisão bibliográfica, e da organização e sistematização das informações colhidas.

No método indutivo, parte-se da observação de fatos ou fenômenos cujas causas desejam conhecer, seguindo da comparação dos dados colhidos com finalidade de descobrir as relações existentes entre eles. Este foi o método adotado na presente pesquisa, visando estudar o particular e colando de forma generalizada como produto posterior do trabalho de coleta dos dados particulares (GIL, 1999).

Portanto, o presente trabalho monográfico, baseia-se na observação dos fenômenos contratuais que envolvam a arbitragem como meio efetivo nos contratos de Parceria Pública-Privada.

### 2.1.1 Coleta e Análise de Dados

Visando alcançar o objetivo proposto nesta pesquisa, foi utilizado o método indutivo fundamentado em uma metodologia com base na coleta bibliográfica sobre a temática abordada, assim como também em informações coletadas em artigos e material retirado da Internet. Desta forma as informações ajudam a responder a seguinte questão de pesquisa:

- Buscou-se, portanto, responder se existem dificuldades reais para a adoção da arbitragem nos contratos entre Estados e empresa privada, como forma de solucionar eventuais controvérsias entre as partes contratantes nos contratos de Parceria Público Privadas. Caso existam, como é possível que as dificuldades sejam superadas? Não estaria o Brasil colocando impedimentos para se utilizar dos benefícios gerados pelo procedimento arbitral?

Esse processo vem assegurar que as informações necessárias à elaboração da pesquisa sejam coletadas, reverberando na identificação da solução ao problema pesquisado. Sendo estes dados apresentados de forma objetiva, exata, clara e logicamente interligados.

Como poderá ser verificado ao longo deste trabalho, foi realizado um exame cuidadoso dos dados, tendo sido analisadas todas as informações pertinentes e necessárias a sua conclusão, que poderiam ser confusas, distorcidas ou mesmo incompletas. Através de um estudo minucioso e detalhado das fontes para a elaboração do presente trabalho monográfico, por meio de uma rigorosa seleção das informações coletadas, foram inseridas no texto apenas aquelas relevantes e pertinentes às questões ora abordadas para que as questões propostas sejam devidamente esclarecidas e respondidas de forma segura e clara, visando um melhor entendimento do tema abordado.

Para a argumentação e adequada explanação das proposições abordadas na presente pesquisa, o estudo aprofundado da doutrina, jurisprudências e legislações, nesta utilizado como dados, foram pedra de toque para a devida fundamentação das proposições ora abordadas. Tal como fundamenta Lori Alice Gressler:

A análise e interpretação dos dados representa a aplicação da lógica dedutiva do processo de investigação. Os dados são classificados por divisão em subgrupos, e reunidos de modos que as hipóteses podem ser confirmadas ou rejeitadas (2004, p.186).

Concluída a interpretação e análise dos dados com o fito de realizar a verificação do que fora coletado durante a realização da pesquisa em que buscou o esclarecimento das fontes selecionadas, com o objetivo de chegar a uma explicação da relação entre as variáveis existentes no tema abordado e se a esta correlação dessas variáveis é válida para obtenção do objetivo geral da pesquisa, que é o de destacar as vantagens e as dificuldades da utilização da arbitragem internacional nos contratos entre estado e empresa privada, bem como avultar qual o impacto do uso de tal instituto no âmbito nas relações internacionais.

### 2.1.2 Revisão Bibliográfica

A necessidade de consultar o material publicado manifestou-se ao longo de todo o processo de elaboração desse trabalho monográfico.

Para que a pesquisa seja bem sucedida, além do conhecimento prévio do assunto, necessita-se de uma a revisão bibliográfica, bem como de uma integração dos dados coletados. Para tanto, buscou-se suporte teórico nos autores favoráveis a questão, como também aqueles que contradizem as afirmações pesquisadas (GRESSELES, 2004).

A revisão bibliográfica possibilitou uma melhor posição para a interpretação dos resultados que foram apresentados, e permitiu implementações teóricas e comparações úteis à apresentação dos resultados obtidos nesse trabalho.

Impende destacar que a fonte bibliográfica nessa pesquisa não foram apenas os os dados obtidos em livros. No intento de alcançar os objetivos foram utilizados, também, artigos sobre a temática abordada, informações colhidas na internet, sentenças proferidas sobre a matéria, tratados e acordos assinados pelo Brasil.

Desta forma através da revisão bibliografia todas as informações puderam ser catalogadas e fichadas para a sua aplicação ao presente estudo.

### 2.1.3 Organização das Informações

As informações que foram obtidas para a realização dessa pesquisa estão organizadas de maneira sistemática, objetivando a obtenção de uma conclusão relativa a questão levantada.

Os elementos importantes obtidos a partir do material foram fichados, pois eles constituíram matéria-prima para o presente trabalho monográfico. As anotações e observações, bem como os resumos e apontamentos dos dados foram transcritos para as fichas de documentação (GIL, 1999), a fim de melhor discutir as questões envolvendo os contratos entre empresas privadas e Estados e a adoção da arbitragem como o meio de dirimção das controvérsias decorrentes de tais relações.

Sendo assim, a coleta dos dados e a revisão bibliográfica ajudaram a compor os fatos e argumentos para a elaboração do presente estudo por meio do método indutivo já destaque anteriormente.

Dessa forma, com a finalização da presente pesquisa, procurou-se contribuir, com a exploração desse campo de estudo que ainda é tratado de maneira não aprofundada por parte das mais diversas fontes do direito que versam sobre tal matéria.

## 2.2 Revisão da Literatura

Esta pesquisa consiste no estudo das dificuldades e vantagens da arbitragem como meio efetivo de resolução de controvérsias contratuais nos contratos de Parcerias Público Privadas celebrados no Brasil, nos termos da Lei nº 9.307 de 1996, e análise dos benefícios e possíveis consequências de sua utilização.

Portanto, através da análise e estudo da legislação vigente, doutrina, jurisprudências é que o presente estudo foi embasado, buscando posicionar-se quanto

a questão da efetiva utilização nos contratos de Parceria Público Privadas celebrados no Brasil entre os entes políticos (das mais diversas esferas) e pessoas jurídicas de direito privado.

### 3 ARBITRAGEM

#### 3.1 As Origens do Procedimento Arbitral até o Momento Atual

A primeira grande questão sobre a arbitragem é saber, com exatidão, quando se originou. Desde as primeiras formas da sociedade, a lei que imperava era sempre a do mais forte, sem propriamente uma solução justa das lides existentes, pois sempre se dava por imposição da força física e não de justiça. A arbitragem inclusive é um processo anterior, inclusive aos juízes ou tribunais estatais, tendo sua raiz voltada para o Direito Romano, à Grécia Antiga e aos Babilônicos.

É possível encontrar registros de processos arbitrais, ainda, na Babilônia, há 3.000 anos a.C.. Na Grécia Antiga e em Roma, estas civilizações já se utilizavam da justiça privada como meio para solução de questões entre seus cidadãos. Buscava-se uma forma pacífica para sanar lides oriundas das próprias relações sociais existentes à época.

Na Idade média, igualmente, existem registros da utilização da arbitragem e da conciliação para solucionar os conflitos entre particulares. Neste período a agricultura era o meio de sobrevivência, bem como, pilar econômico deste tempo e, com as sobras da produção passou-se então a existir uma cultura de trocas. Assim, bastava aos agricultores dedicarem-se apenas à uma única cultura, as demais necessárias para o seu sustento, eram conseguidas através da troca da sobra de sua produção com os demais e, principalmente, com o senhor Feudal.

Os Estados não detinham o poder, não tinham força coercitiva, não havia um poder central, não tinham os monarcas como fazerem uso do poder de polícia, tal como conhecemos hoje, de modo que não havia um sistema comum a todos e imparcial para resolução dos litígios surgidos nas relações interpessoais que ocorriam nestes moldes de sociedades. Não havia como o monarca exercer um controle, uma jurisdição em seu território.

Assim, instituto da Arbitragem ganhou força na Idade Média, quando os sacerdotes passaram a figurar como os julgadores destas questões, pois, baseados nas leis divinas, poderiam realizar um julgamento mais justo a lide. O apoio da Igreja

para essa forma de justiça fazia com que os senhores feudais e, principalmente, os comerciantes, optassem por esse meio jurisdicional e não pela confusa justiça estatal do período, quando o Estado não detinha o poder.

Logo, a arbitragem não é um procedimento inovador para a solução de lides entre as partes contratantes, findou por ganhar força com os mercadores, através da adoção da *Lex Mercatoria*, pois é considerada como um meio justo de julgamento. E, é nesta, que possui a sua base:

Então, a arbitragem não é um instituto novo equivocadamente é muitas vezes apresentada. Ela sempre esteve presente, desde os tempos mais remotos, e é apenas resgatada com mais ênfase em determinadas épocas. Por exemplo, os duelos que levavam a morte passaram a ser arbitrados por um terceiro, que tinha como uma das obrigações aproximar os litigantes e apresentar uma solução que fosse satisfatória a ambos (SILVA, 2005, p. 7).

Desta forma, com o fomento do comércio internacional, a arbitragem foi redescoberta, ganhou destaque em muitos ordenamentos jurídicos e passou a ser amplamente adotada pelas empresas em contratos internacionais ou não, pois esta intimamente ligada ao direito comercial e sua evolução. Com o maior destaque desta área específica do direito, passou a arbitragem a ser mais significativa nos ordenamentos jurídicos.

E, o crescente comércio internacional, apenas acelerou este fenômeno, arbitragem passou a ser novamente utilizada pelas partes nos contratos, principalmente naqueles que envolvem investimentos privados. Por exemplo, *Joint Ventures*<sup>4</sup>, junções, aquisições e, atualmente, tem ganhado destaque na sua utilização no âmbito da Administração Pública no Brasil. Sendo legalmente prevista a sua adoção pelas Parcerias Público Privadas, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que posteriormente também passou a ser adotado pelo Tribunal de Contas da União. Passou a ser vista pelas empresas envolvidas e pelo próprio ente público, como meio mais justo para a solução de possíveis controvérsias originadas desses contratos.

---

<sup>4</sup> *Joint Venture* ou empreendimento conjunto é uma associação de empresas, que pode ser definitiva ou não, com fins lucrativos, para explorar determinado(s) negócio(s), sem que nenhuma delas perca sua personalidade jurídica.

Ricardo Almeida explana, através de dados, o fomento da adoção deste meio:

Não tememos exagerar ao dizer que a arbitragem é hoje o meio mais utilizado para a solução de litígios oriundos dos contratos internacionais. Bem o ilustram as estatísticas da Câmara de Comércio Internacional (CCI) referentes ao ano de 2.001. Somente neste ano, a Corte Internacional de Arbitragem da CCI processou 566 pedidos de arbitragem, em que figuram 1.492 partes, domiciliadas em 116 países diferentes. Tais arbitragens tiveram sede em 42 países nos cinco continentes, tendo nelas atuado árbitros de 61 nacionalidades diversas. Como o ano calendário tem cerca de 265 dias úteis, temos em média mais de 2 pedidos de arbitragem por dia, processados perante a CCI. Isso sem considerar as arbitragens administrativas pelas demais instituições, como a Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA), a Associação Americana de Arbitragem (AAA), Corte Internacional de Resolução de Disputas sobre Investimentos (ICSID) e outras grandes instituições, e ainda as arbitragens “ad hoc” (ALMEIDA, 2004, p.4).

Nos contratos de Parceria Público Privadas, em que as partes contratantes possuem nacionalidades distintas, a arbitragem é único meio de solução de conflitos capaz de oferecer garantias e a segurança jurídica necessária a ambas para a celebração do acordo, pois, em conjunto, determinam como eventuais lides serão resolvidas, e, no Brasil, tais decisões possuem força equivalente de sentença estatal.

Há liberdade inclusive, para que as partes escolham a forma de procedimento adotada pelo árbitro, desde que em concordância com as bases legais previstas na Lei de Arbitragem. Poderão ainda optar pela escolha e uso apenas dos princípios do direito comercial, usos e costumes comerciais, ou mesmo elegerem uma Câmara ou Instituto arbitral para o julgamento das questões de acordo com regimento interno próprio para a formação do procedimento arbitral.

Esta liberdade de escolha dada aos envolvidos pela arbitragem deu grande destaque a este meio extrajudicial nas últimas décadas. Sobretudo, porque a ligação com as práticas, usos e costumes comerciais, são muito relevantes no novo cenário global, agregando grande influência no Direito Internacional.

No procedimento arbitral as partes quem decidem o julgador ou o critério para escolha do mesmo, a forma como a questão será julgada e as regras de direito que nela serão aplicadas, não correndo o risco de se depararem com um ordenamento jurídico estrangeiro que seria natural à apenas uma das partes na demanda (ALMEIDA, 2004).

Segundo Carlos Alberto Carmona, este seria, porém, o ponto fundamental a ser considerado na arbitragem, que é a liberdade conferida aos contratantes de estabelecerem o modo pelo qual a lide será solucionada, possibilitando aos envolvidos, nos contratos de Parceria Público Privadas, a faculdade de escolherem a legislação à qual irão se submeter para o julgamento da contenda.

Esta não pode ser considerada apenas como uma garantia às partes de acesso ao Judiciário, mas sim, uma garantia de acesso à ordem jurídica mais justa para a resolução do litígio. Para Carmona o conceito de arbitragem seria:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor (2004, p. 51).

Este é um mecanismo que foge do Poder Judiciário, ou seja, é privativo para a resolução dos litígios que possam vir a surgir entre as partes contratantes. Nesse processo, as partes possuem a liberdade de escolherem quem serão os responsáveis pelo julgamento da questão. Dessa forma, de comum acordo, poderão escolher especialistas para julgar, não ficando à sorte da Justiça Estatal que inúmeras vezes não detêm o conhecimento técnico necessário para sanar a questão, e, não proporciona essa facilidade aos envolvidos.

Este fato se dá, com base no princípio da autonomia da vontade, garantido no Brasil pela Lei de Arbitragem que permite às partes escolherem livremente as regras de direito que serão aplicadas no processo arbitral, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

A liberdade das partes na escolha dos árbitros garante-lhes a solução mais adequada para a lide, dando maior segurança jurídica aos envolvidos. A decisão arbitral deverá estar de acordo com o ordenamento jurídico, eleito pelas partes, e não deve ferir a ordem pública dos demais aos quais onde venha a ser executada. Para Ricardo Almeida:

A ordem pública é considerada o princípio mais importante de Direito Internacional Privado, onde funciona como principal critério de compatibilidade

entre ordenamentos jurídicos distintos e atua na salvaguarda dos interesses fundamentais da sociedade (2004, p. 129).

A ordem pública pode não ser um conceito fixo, estabelecido de forma uniforme entre a Sociedade Internacional, sofrendo variações de um Sujeito Internacional para o outro, pois, algo legalmente aceitável em um país pode não ser visto e, principalmente, aceito da mesma forma por outro, exigindo, dessa forma, cautela das partes ao elegerem o sistema que regulamentará a lide.

As partes também deverão ficar atentas para não ferirem a ordem pública e os bons costumes, quando na celebração do contrato e da cláusula arbitral. Tal fato poderá anular a sentença arbitral, e, se no ordenamento jurídico escolhido for necessária à homologação da sentença, também sendo permitido às partes e, também lhes for permitido recorrer da sentença, com o fito de obter a sua anulação. Estará o procedimento arbitral prejudicado pela não observância das exigências legais do ordenamento jurídico o qual venha ser executada, gerando uma insegurança as partes contratantes, por não garantirem a sua eficácia.

Com a adoção cada vez mais ampla da arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos internacionais, em especial, nos contratos comerciais, as Nações Unidas, através da UNICTRAL (*United States Commission on International Trade Law*), órgão responsável pela regulamentação do comércio internacional, elaborou, em 11 de dezembro de 1985, um texto base para nortear os países na elaboração das suas regulamentações internas para o tema, a Lei Modelo<sup>5</sup>, como ficou conhecida, versa sobre Arbitragem Comercial Internacional, visando, alcançar uma desejável uniformidade entre as leis nacionais sobre o tema da arbitragem, favorecendo o comércio entre os sujeitos internacionais.

As Nações Unidas, através da UNCITRAL, têm o objetivo de uniformizar as condições entre os Estados e tornar o comércio entre particulares de nacionalidades diferentes, mais fácil, justo, igualitário, possibilitando aos países menos desenvolvidos

---

<sup>5</sup> Vários Estados, inclusive o Brasil, ao elaborarem suas leis internas sobre arbitragem, têm-se orientado pela Lei Modelo da UNCITRAL. Até 1999, 29 países haviam adotado leis baseadas na Lei Modelo, tais como a Holanda, a Suíça, Hong Kong, a Suécia, 8 Estados dos Estados Unidos da América e todas as 12 províncias do Canadá. Pode-se afirmar que a UNCITRAL logrou em grande parte o seu desiderato de uniformizar e modernizar as leis nacionais sobre arbitragem (ALMEIDA, 2004, p 33).

utilizarem-se desta ferramenta para angariar mais investimentos em seus territórios e fomentarem o seu crescimento.

Dessa forma, colocam-se ambas as partes, Estados e empresas privadas, em uma mesma posição para negociação igualitária. E, numa futura lide que surja desta relação, estarão equivalentes perante o julgador, através do processo arbitral.

### **3.2 A Arbitragem no Âmbito Internacional e sua Inserção no Brasil**

Atualmente, podemos dizer que a arbitragem no âmbito internacional, sem cometer excessos, é uma forma cada vez mais utilizada para a solução de litígios surgidos advindos de contratos envolvendo direitos disponíveis por entidades jurídicas de direito privado e de direito público. Sendo acionada com frequência pelas garantias às quais oferece aos envolvidos no tocante ao modo como será realizada, bem como, quanto à execução das sentenças proferidas neste procedimento.

Nas situações que venham a envolver relações comerciais internacionais a arbitragem é ainda mais significativa, pois é o único meio de garantir aos contratantes a segurança jurídica mínima para a celebração de contratos internacionais que, em regra, giram em torno de investimentos e contratações envolvendo importâncias elevadas.

Logo, a arbitragem internacional é um mecanismo baste utilizado tanto pelas entidades publicas internacionais quanto privadas pela segurança jurídica dada aos seus envolvidos tem destaque significativo no cenário internacional. Permite aos seus envolvidos elegerem as normas as quais regeram a relação contratual independente das suas origens e das suas regulamentações pátrias.

Assim, permite que chineses contratem com árabes e adotem as leis francesas para solução do litigio que será julgado na Câmara Arbitral sediada na Holanda. Este é um exemplo das inúmeras possibilidades possíveis para a elaboração de uma clausula arbitral envolvendo atores internacionais distintos, entre eles podemos, sim, enquadrar os Estados Nações.

Desta maneira, a arbitragem ocupa espaço significativo no âmbito das relações comerciais e nos contratos oriundos deste meio, especialmente quando

estamos diante de contratantes com nacionalidades distintas, como vem sendo analisado mais profundamente no presente estudo.

Por que a arbitragem vicejou tão fortemente no campo das relações comerciais internacionais? Porque é um meio de vencer as incertezas e inseguranças que naturalmente surgem quando uma parte domiciliada em um país acerta um negócio com outra, domiciliada em outro país. Em tais circunstâncias somente a arbitragem é capaz de assegurar que nenhuma das partes incorrerá no risco de uma possível controvérsia sobre o negócio internacional ser decidida por um tribunal do país parte ex-adversa (ALMEIDA, 2004, p.4).

Pelas razões expostas, a arbitragem finda por ser o meio mais justo para a solução de possíveis controvérsias ao contrato estabelecido, pois se estabelece através do consenso entre as partes. Para tanto, no momento da celebração do negócio deve ser criada a cláusula arbitral ou compromisso arbitral, que corresponde a uma cláusula inserida no contrato ou independente, que obriga às partes a irem resolverem todas as questões que venham a surgir nesta relação jurídica através da arbitragem de acordo com o estipulado por elas.

Ao elaborarem a cláusula compromissória, as partes contratantes, em comum acordo, decidirão quem será o árbitro ou o critério para a sua nomeação, a forma como será julgada a questão, quais regras serão adotadas, podendo inclusive, optarem pela adoção de uma Câmara Arbitral optando por seguirem as normas internas da eleita, sempre, prevalecendo a vontade das mesmas, frente aos ditames do Estado. Todas estas diretrizes podem ser determinadas pelas partes de acordo com a Lei de Arbitragem, ressaltando que esta liberdade de eleição em nada afronta os princípios processuais constitucionalmente tutelados, e, portanto, em total harmonia com a legislação nacional.

Em outros termos, pode-se dizer que a arbitragem é um meio de solução de conflitos alternativo à via jurídica caracterizado por dois aspectos essenciais: são as partes da controvérsia que escolhem livremente quem vai decidi-lo, os árbitros, e são também as partes que conferem a eles o poder e a autoridade para conferir tal decisão (CÂMARA, 2004, p.9).

A arbitragem já era legalmente prevista no Brasil desde a primeira Constituição nacional. Entretanto, apenas há pouco tempo esta ferramenta processual passou a ser acionada com frequência no país. A lei brasileira dificultava a utilização da

arbitragem, pois o Código de Processo Civil não conferia à cláusula compromissória, os efeitos de afastar o juízo estatal e instituir a arbitragem.

Foram grandes as barreiras ao uso da arbitragem, em momentos distintos do seu desenvolvimento no sistema jurídico brasileiro. Anteriormente ao advento da Lei de Arbitragem havia, por exemplo, a necessidade de homologação do laudo arbitral no Brasil e a possibilidade de interpor recurso contra a decisão arbitral no Brasil. E, diante da notória morosidade do sistema jurisdicional nacional, a arbitragem findava por perder as suas características fundamentais: a celeridade e o sigilo para a solução das questões as quais lhe fossem submetidas.

Assim, findavam as partes envolvidas no procedimento arbitral expostas publicamente quanto às divergências surgidas nos contratos em discussão, bem como, não as conseguiam finalizar no tempo desejado, devido aos empecilhos legais existentes à época.

Criou-se, portanto, a sensação de que a falta de tradição no manejo da arbitragem, como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil, e o fundado receio de que, fadaria o juízo arbitral ao total abandono. A arbitragem, no Brasil, na América Latina e no resto do mundo, não se revelou um método selvagem e abusivo para resolver litígios, como muitos juristas alegavam. Não houve a tão propalada revolta do Poder Judiciário contra este mecanismo; ao contrário, os juízes perceberam que a somatória de esforços para vencer a maré montante de pleitos e demandas, trouxe benefícios para todo o país (CARMONA, 2004).

Sendo, atualmente, um meio amplamente aceito e difundido no país, cada vez mais seguro, como veremos adiante.

Essas polêmicas, que hoje são águas passadas, estavam em pauta nos instantes iniciais de vigência da Lei de Arbitragem. Hoje, tudo isso tem sabor histórico, já que na prática venceu a resistência dos mais ferrenhos conservadores, superando-se também os temores manifestados por alguns dos mais ilustres ministros do Supremo Tribunal Federal, que finalmente se manifestou sobre a inexistência de qualquer inconstitucionalidade na Lei 9.307/96 (CARMONA, 2004, p.20).

Segundo Alexandre Câmara, a arbitragem, no Brasil, chega ao direito brasileiro em boa hora. A renovação da prestação de justiça, que vem ocorrendo um intenso trabalho doutrinário em que se busca ampliar ao máximo a garantia do acesso à

justiça, fato que até então no Brasil a era defasada, pois nada fora publicado ou elaborado por mais de uma década sobre a matéria.

A Constituição de 1988 autorizava a sua utilização para os conflitos originários de causas trabalhistas, referentes aos conflitos coletivos. Todavia, a arbitragem no país limitou-se sempre a alguns poucos artigos do Código de Processo Civil, como já dito outrora, e não era dada a devida atenção aos processos ligados à matéria, fato que resultava no frequente desuso do instituto arbitral.

Apenas com o advento da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96 de 23/09/1996), o Brasil elaborou de forma definitiva, a regulamentação para a matéria no país, colocando-a em alinhamento com as necessidades reais para a sua efetiva concretização em nosso ordenamento, bem como em concordância com os avanços do cenário internacional.

Sendo assim, a arbitragem finalmente recebeu o destaque que se vinha requisitando há algum tempo. Não há distinções fortes entre os procedimentos internacionais e os casos de arbitragem nacional, pois são fundamentados nos mesmos princípios do Direito.

A resistência histórica à arbitragem, por conta dos empecilhos criados pelo antigo Código Civil, que maltratava o compromisso arbitral, seguido pelo Código de Processo de 1939 (que não avançava muito em termos de juízo arbitral), culminando com o Código de Processo de 1973 (monumento jurídico, sem dúvida, mas que ficou devendo tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral), era justificável, criando-se entre nós a sensação de falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral em total abandono (CARMONA; 2004, p 19).

A arbitragem no Brasil, num primeiro momento em que a lei passou a vigorar, caiu em desuso, em virtude dos entraves para a sua adoção. As sentenças deveriam ser homologadas pelo Judiciário, o que anulava as vantagens desse procedimento, abrindo margem para recursos e atrasando a execução das decisões, ou mesmo as modificando. Tal fato acabava com o sigilo do processo, o que, em muitos casos, não interessava às partes envolvidas. Assim o processo arbitral perdia os atrativos àqueles que o adotavam como meio para solução de litígios.

A Lei nº 9.307/96 supera essas barreiras legais, processuais e procedimentais, estabelecendo que a *convenção de arbitragem* é composta pela *cláusula*

*compromissória* e também pelo *compromisso arbitral* e também porque dispensa o laudo de homologação pelo Judiciário (grifos do autor, CRETELLA NETO, 2007, p 17).

Assim, a convenção de arbitragem, celebrada pela livre vontade das partes as compromete em solucionar qualquer demanda da relação jurídica ali estabelecida através do procedimento arbitral, não podendo o Judiciário ser acionado para saná-la, pois, neste caso, não seria este órgão competente para o seu julgamento. Bastando para tanto, que as partes contratantes sejam legalmente capazes, conforme art. 1º da Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.

Art. 1 As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir os litígios relativos a direitos patrimoniais.

Logo, o Poder Legislativo brasileiro conferiu o poder de julgar, também, ao particular em determinadas matérias, significando dizer que, em nosso ordenamento jurídico atual, existem dois meios para solucionar um litígio, a jurisdição e arbitragem (CRETELLA NETO, 2004).

Dessa forma, nos contratos, as questões relacionadas ao direito das coisas, direitos disponíveis, permitem que as partes envolvidas escolham a forma a qual submeterão o contrato por elas celebrado, ou ao Poder Judiciário do Estado, ou a Arbitragem através da cláusula arbitral com base no art. 2º da lei supramencionada.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.  
§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.  
§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Esta possibilidade de escolha das regras as quais regerem as controvérsias contratuais foi bastante discutida ao tempo da publicação da Lei de Arbitragem. Entretanto, este já é um ponto pacificado em nosso ordenamento interno. Não há, para o Supremo Tribunal Federal, qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade nesta lei, sendo, portanto, passível a submissão das questões relativas a estes direitos ao julgamento de um órgão estranho ao Poder Judiciário nacional.

Tendo sido sanada esta controvérsia apenas no ano de 2001, quando não haveria qualquer inconstitucionalidade frente ao art. 5º, XXXV, pois a arbitragem apenas é permitida para solucionar as lides relativas aos direitos disponíveis das partes contratantes, cabendo a estas a liberdade de decidirem, em comum acordo, como serão julgadas as futuras questões que envolvam estes direitos. Este é o entendimento da mais alta instância judiciária brasileira.

O Ministro Carlos Velloso esclareceu, com precisão, que, como a lei trata de *direitos patrimoniais*, portanto *disponíveis*, as partes podem perfeitamente *renunciar ao direito de recorrer à Justiça estatal*. É o que o inciso XXXV do referido art. 5º representa um *direito* à ação, e não um *dever*. (grifos do autor) (CRETELLA NETO, 2007, p 21).

Assim, o Brasil finalmente passou a figurar entre as nações mais desenvolvidas, quanto à arbitragem. Sendo uma das nações a adotar este mecanismo processual de forma equivalente àqueles que o abraçam como forma de julgamento para as demandas contratuais que venham a surgir no decorrer da relação contratual.

Conclui-se, portanto, que, a Lei de Arbitragem colocou o Brasil em um patamar que já deveria ocupar anteriormente. Um país de destaque e liderança político-econômica na América Latina não poderia mais se manter à margem das necessidades jurídicas do cenário internacional, em especial, no que diz respeito ao comércio e investimentos. Desta feita, as empresas e os investidores estrangeiros ganhavam maiores garantias jurídicas em seus investimentos, tornando o país ainda mais atrativo.

O indiscutível sucesso da arbitragem no Brasil leva-me, pois, a reeditar os comentários que submeti à comunidade jurídica em 1998. Muita coisa mudou desde então: o que era teoria pura passou a ser prática e cotidiano; o que era impressão passou a ser fato; o que era cogitação, entrou para o mundo dos acontecimentos. Com base nessa experiência, passo a reexaminar tudo o que disse em 1998, na primeira edição deste compêndio, agora à luz da experiência. Considero-me plenamente satisfeito, pois aconteceu tudo o que estava previsto: vencido o medo (reação normal ao desconhecido), a arbitragem foi redescoberta (CARMONA, 2004, p. 21).

Muitos juristas não aceitavam a inclusão do instituto da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, tal como foi promovido pela Lei de Arbitragem, como visto nos ensinamentos de Carlos Alberto Carmona, por exemplo, defendia a arbitragem como a melhor forma de solução de conflitos.

Igualmente, foi questionada a liberdade dada pelo legislador as partes para a escolha das regras as quais regerão o procedimento arbitral garantido na celebração da cláusula arbitral. Esta liberdade, como foi questionada inicialmente, é constitucionalmente tutelada pelo caput do art. 5º da Carta Magna brasileira.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes: [...]

Novamente, superado o questionamento de inconstitucionalidade deste instituto, uma vez que as partes são livres para dispor dos seus direitos patrimoniais e, de acordo com o direito a liberdade constitucionalmente tutelado, são livres para determinar se colocarão estes direitos sob a jurisdição estadual ou optarão pela adoção do instituto arbitral.

Todavia, após os primeiros anos da implementação da Lei de Arbitragem, o que era apenas teoria passou a ser colocado em prática e com frequência, tornando esta uma opção viável e real as partes quando da elaboração de um contrato. A arbitragem deixou de ser apenas eficaz e passou a ser também eficiente.

Não há distinção entre a arbitragem interna e os procedimentos internacionais no Brasil. Ambas são vistas da mesma forma pela Lei de Arbitragem brasileira. Mas, é necessário chamar-se a atenção pelo detalhe apontado por João Bosco Lee. Senão, vejamos:

Ao unificar o tratamento legislativo da arbitragem interna e da arbitragem internacional num mesmo Diploma Legal, o legislador fomentou dúvidas quanto à aplicação do princípio da autonomia da vontade na determinação do direito aplicável ao mérito do litígio. O princípio da autonomia da vontade das partes, como princípio fundamental do direito internacional privado, deve-se restringir às relações contratuais internacionais. Quando uma arbitragem apresenta conexão exclusivamente com um único País, deve-se aplicar imperativamente o direito interno deste Estado” (DE MARCO, 2005, p. 91).

Sendo interno ou internacional, o processo arbitral não poderá ferir os costumes e a ordem pública que são os princípios básicos do Direito Internacional. Como podemos verificar, não há diferenças nos procedimentos arbitrais, mas sim, exigências diversas de Estado para Estado. Conforme prevê o art. 2º da Lei de

Arbitragem supracitado, o procedimento arbitral escolhido pelas partes não poderá ferir a ordem pública, devendo estar de acordo com a moral e os bons costumes de nosso ordenamento.

O fato é que, desde a entrada em vigor da Lei de Arbitragem, muita coisa mudou, a arbitragem passou a ter um papel de fato, deixando de ser apenas teoria, voltando a ser utilizada nos contratos como mecanismo para a solução de controvérsias, entrando para o mundo dos acontecimentos. Tornou-se um mecanismo não apenas eficaz, mas verdadeiramente eficiente dentro de nosso ordenamento jurídico.

### **3.3 A Lei de Arbitragem Brasileira**

Como já verificamos, a promulgação da Lei de Arbitragem no Brasil foi um grande avanço para a efetivação deste mecanismo no país, mas vamos agora abordar alguns pontos da própria lei significantes para o presente estudo.

Já em seu primeiro artigo a lei esclarece que poderá ser adotada por qualquer pessoa capaz de contratar para solucionar litígios no tocante aos direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, não há qualquer limitação as partes a adorem este mecanismo, sendo possível para pessoas físicas, jurídicas e, não diferentemente, a Administração Pública.

Questões relativas a alimentos, por exemplo, já podem ser dirimidas através da Arbitragem, entretanto, apenas as questões relativas ao seu quantitativo. Assim, se já há definido o direito aos alimentos pelo Judiciário, visto que este não é um direito disponível, poderá sim, a questão relativa ao seu quantitativo ser revista em sede arbitral, desde que seja esta a vontade de ambas as partes.

Igualmente, prevê que a arbitragem poderá ser por equidade ou por direito, a critério das partes. Entretanto, para que seja realizada a arbitragem de direito, um dos árbitros deve ser jurista, pessoa esta que deverá dominar os conhecimentos técnicos jurídicos do ordenamento o qual a decisão será executada para que a mesma não agrida o ordenamento, a ordem pública e, também, a moral e os bons costumes locais.

Assim a decisão proferida estará legalmente de acordo com o ordenamento jurídico regente da situação, bem como aos qual será aplicado, pois, como já visto, as partes poderão convencionar que o procedimento arbitral se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comercio. Sendo assim regida pelas praticas habituais do comercio internacional ou mesmo dos costumes internacionais entre os contratantes.

Determina que as partes, caso desejem submeter os seus conflitos ao procedimento arbitral, deverão elaborar a convenção de arbitragem através de cláusula ou compromisso arbitral que será autônoma em relação ao contrato. Podendo ser anexa ao contrato ou estar disposta nele, mas vigorará, inclusive, quando a relação contratual for nula ou detenha vícios de direito, mesmo assim, o compromisso arbitral será valido entre as partes que assim se comprometeram entre si, por ser um compromisso autônomo.

O compromisso arbitral poderá determinar como se dará detalhadamente o procedimento arbitral ou poderá determinar o órgão institucional arbitral ou entidade a qual será submetida. Entretanto, deverá, obrigatoriamente, conter as seguintes informações: a) nome, profissão, estado civil e domicilio das partes; b) nome, profissão e domicilio do arbitro, ou dos árbitros, ou se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação dos árbitros; c) a matéria que será objeto da arbitragem; d) o lugar em que será proferida a sentença arbitral. E, a critério das partes, poderá informar: a) o local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem; b) a autorização ara que o árbitro ou os árbitros julguem, por equidade, se assim for convencionado pelas partes; c) o prazo para a apresentação da sentença arbitral; d) a indicação da lei nacional ou regras corporativas aplicáveis ao procedimento; e) a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, como também dos árbitros e despesas com a arbitragem. Conforme prevê os artigos 10º e 11 da referida Lei.

Logo, atendidas as informações obrigatórias para a validade do compromisso arbitral, as demais serão dispostas apenas por vontade das partes, que, desta forma, detêm total liberdade para determinarem como possíveis conflitos da relação contratual entre elas serão resolvidos, sem haver a necessidade de se submeterem as

deficiências e a lentidão do Poder Judiciário, que por vezes, prejudica o bom andamento dos contratos debatidos.

Poderá ser arbitro qualquer pessoa capaz que detenha a confiança das partes e, por muitas vezes, seja conhecedor da matéria englobada no contrato. Assim, especialistas que no Poder Judiciário iram figurar apenas como auxiliares do juízo podem dirimir as questões de forma técnica e mais adequada aos contratantes. Deverão ser nomeados um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, para que não haja empates nas decisões, e seus respectivos suplentes.

Devemos notar que aos árbitros haverá as mesmas limitações e penalidades pelas regras aplicadas aos funcionários públicos tanto os efeitos da legislação penal e cível. Atentando para os casos de suspeição e impedimento dos árbitros conforme o Código de Processo Civil.

Notemos que, conforme o art. 18 da Lei de Arbitragem, o arbitro é juiz de fato e de direito e, a sentença proferida não ficará passível de recurso ou homologação pelo Poder Judiciário. Em regra, as sentenças arbitrais são irrecorríveis, a menos que o recurso para apropria instituição arbitral ou ao arbitro eleito, seja previsto pelas partes no compromisso arbitral. Sendo este um mecanismo pouco visto nas arbitragens.

O procedimento arbitral, independentemente se por equidade ou por direito, deverá respeitar os princípios constitucionais e processuais do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do arbitro e do seu livre convencimento. Não sendo a revelia empecilho para a prolação da sentença arbitral.

A sentença arbitral é título executivo para as partes e seus sucessores, possuindo exatamente os mesmos efeitos de uma sentença proferida pelo Poder Judiciário, conforme art. 31 da Lei de Arbitragem.

Nos casos de sentenças arbitrais estrangeiras que venham a ser executadas no Brasil, deverão estas estar de acordo com a lei nacional de arbitragem, bem como, deverão ser homologadas unicamente pelo Superior Tribunal de Justiça do país. Anteriormente, esta competência era do Supremo Tribunal Federal, mas diante de novo entendimento, fora migrada para o primeiro.

Como podemos verificar, a Lei de Arbitragem promoveu grandes avanços jurídicos no Brasil, de fato tornou a arbitragem um mecanismo viável para adoção de

contratantes, em grandes contratos, que, tem pressa e necessidades técnicas específicas a serem atendidas nas suas relações contratuais. Especialmente, no contexto internacional, a liberdade dada aos envolvidos rompe barreiras territoriais que dificultam a adoção de um ordenamento jurídico específico para reger o contrato em questão.

### **3.4 As Convenções Internacionais de Arbitragem e a Posição Brasileira**

Entretanto, existe o interesse entre as Nações em buscar a uniformização das regulamentações de arbitragem e para tanto foram elaboradas diversas convenções sobre a matéria sendo esse o principal instrumento para atingir este objetivo.

Podem as convenções internacionais ser universais ou regionais. A primeira está aberta à adesão de todos os países do mundo, por exemplo, a Convenção de Nova Iorque. As regionais, por sua vez, vinculam apenas países de uma determinada região geoeconômica, por exemplo, a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial (ALMEIDA, 2004).

A Assembleia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1985, recomendou que “todos os países levem, na devida consideração, a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, em vista da desejável uniformidade das leis sobre procedimentos da arbitragem e necessidades específicas da prática da arbitragem comercial internacional”. Vários Estados, incluindo o Brasil, ao elaborar em suas leis sobre arbitragem, têm-se guiado pela Lei Modelo (ALMEIDA, 2004).

O Brasil têm adotado algumas convenções internacionais sobre a matéria, muito embora, há de se destacar, que há um notório atraso a Convenção de Nova Iorque que foi ratificada pelo Brasil. Este acordo é visto como o documento básico da arbitragem comercial internacional.

A Convenção de Nova Iorque dispõe sobre a liberdade para a definição da convenção de arbitragem, possibilitando a escolha pelas partes das normas jurídicas convenientes as partes, mesmo que celebrada fora do seu território, e, conferindo a

arbitragem o poder de determinar a execução e reconhecimento por parte das autoridades jurídicas das sentenças arbitrais estrangeiras, de modo que possibilite as partes garantirem a liberdade presente nos processos arbitrais internacionais.

Com a ratificação da Convenção de Nova Iorque, o Brasil assegura as partes envolvidas em processos que envolvam arbitragem internacional, que as suas sentenças serão acatadas em sua totalidade pelo sistema jurídico brasileiro. Não ocorrendo apenas quando o que for proferido na sentença ferir a ordem pública nacional.

Não podemos aqui tratar a Lei Modelo da UNCITRAL como um tratado ou convenção, pois apenas é um guia para a uniformização das legislações nacionais buscando uma harmonização no sistema jurídico internacional. De forma que, apenas venha a facilitar os atores internacionais a realizarem suas transações a nível mundial, sem estarem preocupados em entender os mais diversos sistemas jurídicos aos quais se submetem facilitando a celebração dos contratos internacionais, ou mesmo dos contratos internacionais que envolvam entes jurídicos de nacionalidades distintas.

Por fim, não podemos deixar de mencionar a vasta quantidade de tratados e convenções sobre a matéria ora abordada, muitos de significativa importância que tiveram a participação do Brasil na sua criação e elaboração, em alguns casos, figurando como signatário. Entretanto, alguns destes tratados não foram até o presente momento alguns tratados de significativa importância para o instituto arbitral não foram homologados ou recepcionados em nosso ordenamento interno, portanto, não figuram como parâmetros legais para as questões arbitrais no Brasil que venham a envolver os contratos de Parceria Público Privadas, a exemplo do tratado de criação do ICSID. Todavia, não podemos negar que outras convenções valiosas e de suma importância já vigoram em nosso ordenamento jurídico sobre a matéria.

### **3.5 A Arbitragem e a Questionada Presença Estatal em Conflitos Arbitrados**

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que, o direito administrativo originou-se do direito civil, tendo os seus pilares, suas bases formadas nas relações civis que existiam anteriormente o seu surgimento.

Desta forma, o retorno do direito administrativo as suas origens devido a sua própria evolução é um caminho sensato e real na conjuntura atual do sistema administrativo. Cada vez mais os Estados necessitam dos investimentos e parcerias realizadas através do capital privado, esta é uma mola propulsora do desenvolvimento dos países no cenário internacional deste novo século.

Logo, a primitiva ideia jurídica de que o Estado não poderia estar sujeito à arbitragem privada encontra-se superada. Nos séculos passados, ao longo da história, em momentos distintos se questionou: Como um particular poderia julgar o “poderoso” Estado, detentor do poder central<sup>6</sup>, abrindo mão de todos os privilégios que dele surgiam? Como o monarca se submeteria ao julgamento de um terceiro que não ele próprio, detentor de todo o poder? Estas seriam ideias não apenas inaceitáveis, mas sim inadmissíveis aos primórdios dos Estados.

Porém, com o final de Segunda Guerra Mundial, os Estados passaram a ter conexão direta com a economia, antigas questões e posicionamentos foram superados. Surge então, um novo cenário internacional, com novos atores, com uma globalização consolidada e em pleno crescimento. Surgem os Organismos Internacionais, empresas privadas ganham maior notoriedade e representatividade neste contexto, os entes jurídicos de direito internacional deixam de existir apenas na seara pública, passando a figurar também os sujeitos de direito internacional privado.

No Brasil, esta realidade fora reconhecida já na Constituição Federal de 1969, que permitia às empresas privadas maior aproximação ao Estado. Surge então,

---

<sup>6</sup> Para entender a evolução do conceito de arbitragem através da História é preciso lembrar que, os primórdios da História humana inexistia o conceito “Estado”, sendo o poder centralizado nas mãos do monarca e de classes nobres, sacerdotes e funcionários encarregados da administração do reino. Tampouco existia uma autoridade julgadora independente e leis gerais, abstratas e impessoais, aplicáveis a todos os súditos (CRETELLA NETO, 2004). Deve-se notar ainda que, a falta de um poder centralizado em muito prejudicava a formação do Estado Nação como o temos nos dias atuais, não havia a jurisdição, apenas as vontades impostas pelo monarca e seu clero aos demais. Eis que com o fomento do comércio oriundo dos mercadores, necessitava-se de um meio alternativo para a solução de controvérsias – a arbitragem então passa a tomar as suas primeiras formas, passa a se tornar um meio alternativo ao poder exercido até então.

com frequência, a figura do contrato privado entre a empresa e o Estado (CRETTELA NETO, 2004).

Os investimentos externos, conforme como os conhecemos hoje são fenômenos relativamente recentes, como já citados, e que emergiram na segunda metade do século passado. As fronteiras sempre que foram barreiras para a imigração de indivíduos e divisas de um país para o outro, foram transpassadas. O investimento estrangeiro se tornou de suma importância, especialmente, para os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Todavia, os investimentos aqui realizados não são vistos com bons olhos por muitos, pois estes não permanecem no país, há o retorno destas divisas aos seus países de origem na forma de lucro dos investidores privados.

Então, por que a viabilidade da arbitragem é tão importante para os investidores estrangeiros? Por inúmeros motivos que apenas retardam a iniciativa privada, nacional ou estrangeira, de investir no Brasil. Os investidores internacionais têm dificuldades extremas para compreender e adaptarem-se a legislação nacional, as exigências legais impostas pelos mais diversos entes administrativos, gerando uma insegurança jurídica tamanha a afrontar os investidores a celebrarem contratos em nosso território, especialmente, quando a parte contratante é o próprio Estado.

Em paralelo, e não menos importante, as diferenças entre os sistemas jurídicos, através das suas leis, costumes e culturas divergentes dificultam a aceitação de uma legislação específica para reger o contrato. Assim, a arbitragem se apresenta como a melhor ferramenta para regulamentar o contrato entre um Estado e uma empresa privada,...

Segundo a *Internacional Chamber of Commerce* (Câmara de Comercio Internacional – CCI), 54% (cinquenta e quatro por cento) dos casos versando sobre investimentos internacionais submetidos a julgamento em sua Corte de Arbitragem no ano de 2001, possuem valores médios superiores a um milhão de dólares. Já os contratos regidos pela arbitragem de investimentos do ICSID submetidos ao seu crivo até o ano de 1997, têm, em média, o valor de cento e dez milhões de dólares, sendo estes projetos concentrados nas áreas de energia, infraestrutura e indústrias (ALMEIDA, 2003).

Grande parte dos contratos, envolvendo Estados e empresas privadas apresentam altos valores, necessitam, portanto, serem julgados com certo critério e imparcialidade, o que não ocorre quando as controvérsias surgidas são julgadas pelo judiciário do Estado contratante. Assim, arbitragem se apresenta como a forma mais eficaz para regulamentar e julgar as lides que surjam durante a sua vigência, como Noah D. Rubins, em seu artigo sobre *Investment Arbitration in Brazil*:

Arbitration has many advantages in dealing with these peculiarities of international investment disputes. Perhaps most important of all arbitration gives parties a neutral decision-maker operating on neutral territory. Without suggesting that judges in most countries will in fact be more sympathetic to their countrymen than to the foreigners, that perception is common, and in some cases no doubt with good reason (ALMEIDA, 2003, p.100)<sup>7</sup>.

Assim, estamos diante de um ponto basilar para a presente pesquisa, há sempre o receio do contratante em submeter às possíveis questões que surjam durante o período contratual e, submetê-las ao crivo da jurisdição estatal é o mesmo que dar a uma das partes contratantes uma vantagem frente à outra.

Não estamos aqui afirmando que a Justiça, quando acionada, se posicionará sempre em favor do ente público, mas apenas destacando uma insegurança jurídica gerada para o ente privado frente aos montantes que envolvem os contratos de Parcerias Público Privadas e, o afastamento de qualquer risco é fundamental para o seu interesse na celebração.

### 3.5.1 O Estado Sendo Parte na Arbitragem

Até bem pouco tempo, a ideia de se ter o Estado como parte em um processo arbitral seria algo inaceitável. Em especial, após a Segunda Guerra Mundial, com o advento da Guerra Fria, onde, ao mesmo tempo, os países deixaram de ser os únicos atores da sociedade internacional.

---

<sup>7</sup> A arbitragem tem muitas vantagens para a resolução de controvérsias envolvendo investimentos, e suas peculiaridades. Talvez, o aspecto mais relevante da arbitragem seja a possibilidade das partes escolherem o território neutro onde será submetida. Não sugerindo que os juízes, na maioria dos países, são favoráveis aos interesses do seu Estado, esta é uma percepção comum, e em alguns casos não há dúvidas por uma boa razão. Tradução livre da autora.

A administração pública poderá celebrar duas espécies de contratos: os privados e os públicos. Cada um deles é regulamentado e submetido a direito diferente; os contratos privados são submetidos ao direito privado e os contratos públicos deverão ser submetidos, obrigatoriamente, ao regime jurídico de Direito Público.

Em princípio, portanto, pode-se instituir arbitragem entre particular e Estado apenas quando o contrato que tiverem celebrado estiver sujeito ao regime jurídico do Direito Privado (CRETELLA NETO, 2004, p. 149).

Nos contratos privados, os Estados se colocam assim como partes privadas como qualquer outra, podendo, em comum acordo com a outra parte, que poderá ser um segundo Estado ou uma empresa privada, elaborar a cláusula compromissória arbitral, quando da celebração do mesmo.

Sendo possível devido a liberdade das partes de disporem sobre os seus direitos disponíveis, no caso da Administração pública dos direitos patrimoniais e comerciais, apenas. A arbitragem apenas poderá ser o meio mais efetivo para a solução de controvérsias quando estivermos diante destas situações pontuais.

Atualmente, a grande questão da arbitragem no Brasil é a possibilidade da sua adoção pelos entes públicos nos casos citados, entretanto, já há o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que as Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas podem sim, dispor destes direitos através da arbitragem.

E, da mesma forma, vem se adotando postura semelhante para a própria Administração, a Lei de Parceria Público Privada já trás no seu texto esta possibilidade.

Art. 11, III – o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive 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.

Há uma resistência quanto à aceitação da possibilidade de solucionar conflitos os quais o Estado seja parte através de um mecanismo privado, entretanto, o próprio legislador nacional, sabiamente, permitiu este uso.

A adoção do meio arbitral para os contratos de Parcerias Público Privadas só trazem benefícios ao país e aos estados envolvidos nesta relação. A celeridade na solução das demandas é fundamental para que possam dar a devida continuidade aos

serviços públicos que estejam englobados pela relação, gerando economias significativas para a Administração pública, conforme verificaremos adiante.

Entretanto, é notável a grande resistência dos Estados para se submeterem ao processo arbitral. Como o Estado soberano se colocaria para ser julgado por um terceiro, em um processo privado e aos auspícios de um ordenamento jurídico diferente ao seu? Estaria este abrindo margem para numa futura negociação, não conseguir impor a sua vontade? Carmona, em seu escólio, tece alguns comentários a respeito. Senão, vejamos:

Se a premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir litígios que possam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: aos atos, portanto "tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza" (CARMONA, 2004, p.62 e 63).

Portanto, quando da celebração de um contrato administrativo, não há obstáculos para que o Estado seja visto e se coloque como uma parte como qualquer outra, não havendo motivos para que haja algum tratamento especial por se tratar de um país ou ente político, salvo as exceções legais do regime de Direito Público.

Uma questão que poderia ser levantada contra a adoção da arbitragem nos contratos envolvendo o Estado, é no tocante ao sigilo presente nos procedimentos arbitrais, fato que vai de encontro as atividades da nação, pois, como é sabido, tudo o que venha a envolver o país deverá ser público.

É notável que algo que envolva o Estado seja do interesse de todos que dele fazem parte, e, apenas com a publicação das informações e procedimentos adotados pelo mesmo é que há o controle popular.

Para Carmona este não seria um grande obstáculo a ser superado, sendo solucionado através do acesso dos interessados à decisão e aos atos basilares do processo arbitral, mantendo em sigilo apenas os debates e os documentos que formaram o processo arbitral.

É possível, inclusive, que uma empresa estatal ao celebrar um contrato de mesma natureza, seja livre para se submeter à arbitragem a fim de solucionar possíveis lides, devendo respeitar a regra constitucional inserida no art. 173, § 1º, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

Dessa forma, as empresas privadas e estatais são colocadas exatamente da mesma forma para a celebrarem um contrato administrativo, com distinção pela natureza da entidade.

A possibilidade de participação do Estado, como parte do processo arbitral, é um reflexo direto das mudanças nas Relações Internacionais, em especial, as ocorridas no último século. A grande mudança foi deixar de ser ator único e central do cenário internacional, em que outros atores ganharam igual personalidade jurídica e, assim, também ganharam autonomia no Direito Internacional.

Os litígios dessa natureza anteriormente eram submetidos ao julgamento do Jurisdição Estatal do próprio Estado-Parte e acaso não se chegasse a uma resolução, uma outra nação era acionada para mediar a questão, o que poderia causar um incidente de proporções diplomáticas entre os países.

Não há, atualmente, na comunidade internacional, um órgão ou tribunal ou, ainda, uma ordem que regule a todos os Estados de forma uniforme. Nesse ínterim, há a questão da soberania das nações e esta deverá ser respeitada, principalmente, quando a lide envolver diretamente o país.

Neste cenário, um novo quadro vem se desenhando na sociedade internacional: Empresas Transnacionais, Organizações Internacionais, ONG's e outras entidades ganharam papel de destaque ao tornarem-se, também, atores das relações internacionais.

A arbitragem entre Estados e particular, mais recente, vem crescendo de importância, embora encontre certa resistência, pois envolve, não raro, de um lado, poderosas empresas transnacionais, e de outro, Estados economicamente mais fracos ou subdesenvolvidos, ou ainda, juridicamente não muito bem desenvolvidos, caso dos países árabes produtores de petróleo, cuja riqueza material contrasta com seus sistemas jurídicos arcaicos e muitas vezes regidos por normas religiosas. (CRETELLA NETO, 2004, p. 151).

Portanto, um Estado ao se submeter a um processo arbitral para solucionar litígios com uma empresa privada não estaria ferindo a sua soberania, mas sim, acompanhando as mudanças do cenário internacional atual.

## 4 AS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS

### 4.1 Direito Administrativo *versus* Direito Privado

Muito se fala no grande influencia do Direito Privado no seara do Direito Administrativo, não há como negar os traços e heranças pelo primeiro deixados no ultimo ramo jurídico. Não para menos, ao revisitarmos a historia e analisarmos a criação do Direito Administrativo, poderemos verificar que este, como todas as demais áreas do direito, têm as suas origens no Direito Civil.

O direito romano já previa esta separação dos ramos do direito, puramente para diferenciar as relações jurídicas dos indivíduos e aquelas realizadas pelo Estado. Entretanto, na Idade Média esta distinção deixa de existir, pois a figura do Estado perde força e esta diretamente ligada as ações do seu monarca ou mesmo submetida as vontades dos senhores feudais.

Surge efetivamente com a criação do estado democrático de direito, no mesmo momento em que é criado o Direito Constitucional. Estes dois novos ramos são de fundamental importância para a ordem publica e a manutenção do Estado e ambos estão baseados nos princípios da separação dos poderes e da legalidade.

Todavia, o Direito Civil é basilar para todos os ramos do direito e apenas com a evolução necessária e própria de cada um deles é que surgem as suas particularidades e singularidades. Não sendo diferente no Direito Administrativo, que, inicialmente, teve as suas bases criadas pelas simples transposição dos institutos do direito civil.

Aos poucos, esses institutos, embora ainda utilizados, foram sofrendo alterações com base em teorias e princípios que foram sendo elaborados no âmbito do direito público (especialmente no direito constitucional e administrativo) (DI PIETRO, 2013, p. 3).

O Direito Civil protege os interesses individuais, a propriedade privada, já o Direito Administrativo visa a proteção dos interesses públicos, da coletividade e defende que estes devem ser prioritários aos fins privados através de normas impositivas a toda coletividade.

Ao compararmos estes ramos do direito, estamos diante de dois opostos, o Direito Privado rege-se pela vontade das partes, em comum acordo, e o que por elas é determinado terá nesta relação força de lei através do *pacta sunt servanda*. Já no Direito Administrativo tanto as normas quanto as diretrizes contratuais são impositivas, não há que se falar na vontade das partes nestes casos.

Embora este cenário venha se alterando no contexto atual, a possibilidade das partes celebrarem o compromisso arbitral nos Contratos de Parcerias Público Privada, por exemplo.

Embora típica no Direito Privado, a instituição do *contrato* é utilizado pela Administração Pública na sua pureza originária (contratos privados realizados pela Administração) ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos (contratos administrativos propriamente ditos). Daí por que a teoria geral do contrato é a mesma tanto para contratos administrativos e os acordos internacionais. (MEIRELES, 2011, p. 216).

Assim, estamos diante de um novo quadro para o Direito Administrativo, o Direito Administrativo Privado, onde o ente público se coloca em igualdade com os particulares na defesa dos seus interesses através do uso dos seus direitos patrimoniais, direitos estes disponíveis, surge uma nova demanda jurídica, ainda não sedimentada em sua amplitude, porém, já aceita pela doutrina e pela jurisprudência.

Logo, respeitando os princípios que norteiam o Direito Administrativo, poderá a Administração atuar de forma efetiva no âmbito privado, pois é notável em nosso ordenamento pátrio a estreita ligação deste ramo do direito com o Direito Privado, por depender deste para realizar de forma completa as suas premissas constitucionais.

Para que seja construída uma escola, um posto de saúde, por exemplo, é necessário antes de tudo que seja adquirido o terreno ou imóvel, ou mesmo a sua locação, nessas situações, o ente público estará agindo sob a judice do Direito Privado, mesmo que a finalidade da sua ação seja o interesse da coletividade.

#### 4.1.1 As Parcerias Público Privadas no Brasil

Como citado anteriormente, um grande exemplo da interdisciplinaridade do Direito Administrativo com o Direito Privado é o contrato administrativo de concessão

das Parcerias Público Privadas. E é sobre ela que especificamente o alvo do presente trabalho monográfico.

A promulgação da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, a Lei das Parcerias Público Privadas foi um novo significativo avanço no ordenamento jurídico brasileiro ao abordar e permitir a Administração pública uma modalidade de contratação inédita afim de oferecer a sociedade serviços públicos atuando de forma conjunta a entes privados.

Para que seja entendido esse avanço, precisamos relatar a evolução do ramo do Direito Administrativo, que, atualmente, encontra-se em transformação, numa evolução com a quebra de antigos paradigmas e passando prever legalmente uma nova modalidade de contratação para os entes públicos.

Os contratos de Parceria Público Privadas surgem para sanar um deficiência dos entes públicos para o devido atendimento dos serviços sociais básicos, pode ser celebrado nas esferas federal, estadual, municipal ou pelo Distrito Federal.

Deve envolver investimentos superiores ou iguais a 20 (vinte) milhões de reais, tendo duração mínima de 5 (cinco) anos e máxima de 35 (trinta e cinco) anos. Diverge das concessões, pois o ressarcimento dos contratados pode ser realizado parte pela arrecadação de tarifas, somadas aos valores contratuais pagos pela Administração na modalidade de Concessão Patrocinada, ou ainda, sendo integralmente paga pelo ente publico na modalidade de Concessão Pública.

As cláusulas nos contratos de Parceria Público Privadas devem atender os dispositivos legais previstos na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a Lei de Concessão e Permissão de Serviços Públicos em seu art. 5º, infra citado, informando a todos os termos e bases gerais do contrato antes mesmo da realização do procedimento licitatório.

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a concessão ou permissão, caracterizando seu objetivo, área e prazo.

Hoje, temos vários contratos de Parcerias Público Privadas, em ambas as modalidades, em vigor em todo território nacional, a saber:

Os estados podem elaborar suas próprias leis de PPP. Há diversos projetos pelo Brasil, desde ações nacionais até estaduais, como no Rio Grande Sul, Santa Catarina, Piauí, São Paulo, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe e Pernambuco. Conheça alguns:

- Construção do Complexo Datacenter do Banco do Brasil e Caixa em Brasília
- Construção do Complexo Prisional de Ribeirão das Neves, em Minas Gerais
- Reforma no estádio do Mineirão, em Belo Horizonte
- Fornecimento e manutenção de trens da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos (CPTM) de São Paulo
- Construção do Hospital do Subúrbio (HS) em Salvador, já em funcionamento. É a primeira unidade hospitalar pública do Brasil viabilizada por uma Parceria Público-Privada<sup>8</sup>

Algumas das obras citadas já estão finalizadas e em pleno funcionamento, em Pernambuco temos as obras de acesso ao complexo de Suape e região, bem como a construção e administração da Arena Pernambuco.

Conforme podemos verificar, esta é uma forma de contratação benéfica a todos os envolvidos. A Administração pode voltar a sua atenção as suas funções indelegáveis, voltando-se para problemas relevantes em nossa sociedade (os quais não nos cabe no presente estudo aprofundar sobre este assunto), ganha a sociedade ao ter acesso aos serviços públicos essenciais de qualidade e efetivos, os quais eram realizados de forma precária ou mesmo inexistentes, como também ganham os investidores particulares que, se de fato não obtivessem lucro nesta transação não se interessariam por esta modalidade contratual.

Eis que a Lei das Parcerias Público Privadas é o marco de criação desta nova modalidade contratual no país e, como supramencionado, fundamental para o desenvolvimento jurídico do Direito Administrativo.

Como citado anteriormente, um grande exemplo da interdisciplinaridade do Direito Administrativo com o Direito Privado é o contrato administrativo de concessão das Parcerias Público Privadas. E é sobre ela que especificamente o alvo do presente trabalho monográfico.

As parcerias público privadas são uma nova opção de contrato que gera maior eficiência microeconômica por ser uma combinação de licitações e concessões. Faz com que o parceiro privado tenha o incentivo de minimizar os custos da construção

---

<sup>8</sup>Fonte: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2012/04/parceria-publico-privada-ppp> (Consultado em 20.04.2014)

do ativo e maximizar a sua qualidade, sem que o Governo tenha que fiscalizar a obra de forma constante (CAMARGO, 2004).

Dessa forma, esse tipo de parceria é um novo meio de captação de investimentos, ao fazer uma avaliação das experiências internacionais devem ser feitas com algumas ressalvas, para entender o que se deseja para o Brasil.

Nas economias onde sua aplicação é mais antiga, um fator crítico de seu sucesso é o avanço do ambiente institucional, o que dificulta antecipar resultados para países da América Latina, como no Brasil, que não tem um grande histórico de respeito às instituições.

É possível realizar diversos tipos de contratos de Parcerias Público Privadas, envolvendo governos federais, estaduais ou municipais, escolas e empresas privadas na realização de projetos que vão desde o apoio a programas de escolas públicas até a construção e operação de hospitais ou grandes projetos de infraestrutura (JOSLIN, 2004).

A arbitragem ganha espaço justamente com as parcerias Público Privadas, pois a legislação estimula o uso desse instrumento para a solução de controvérsias, mas esquecem de detalhar o procedimento arbitral destas, envolvidas nesse tipo de contratação.

Contratos, incluindo a administração pública, quase sempre sofrem intervenções políticas, com consequências na liberação de verbas e no cumprimento do cronograma das obras, que podem dificultar a execução do contrato e a amortização dos investimentos nos prazos previstos. Nesse cenário, a arbitragem ganha importância, pois representa a segurança de que o contrato será respeitado e que os conflitos envolvendo as partes, serão resolvidos de forma mais célere e por árbitros especializados, diferentemente do que ocorre no Poder Judiciário.

O uso da arbitragem pelo poder público, é uma inovação em nosso ordenamento jurídico e muitas questões polêmicas, aqui, são levantadas. É preciso viabilizar o uso da arbitragem pelo Estado e garantir seu sucesso, em que alguns princípios administrativos deverão ser migrados, visando compatibilizar aspectos do direito com os princípios do direito arbitral. Deverá ser dado novo enfoque ao direito administrativo, possibilitando uma harmonização entre prerrogativas da administração

pública e autonomia da vontade das partes, além de conciliar os interesses do Governo com o concessionário.

#### **4.2 Previsões Legais para Utilização da Arbitragem nos Contratos de PPP's e a Participação do Estado Como Parte**

No presente estudo, tentaremos demonstrar de forma breve as possibilidades da utilização da arbitragem pela Administração, mais especificamente nos contratos de Parcerias Público Privadas.

Como já estudado, o já há o entendimento pacífico da utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias para os contratos onde a Administração figure como parte, conforme podemos verificar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF.
2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ.
4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF.
5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.
6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.
7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.
8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.
9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e

disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido. (STJ, 3ª Turma, REsp 904813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Julgado em 20/10/2011).

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93.

2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo "compromisso arbitral", se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do "atentado" (art. 880 do CPC).

3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (qui continuat non attentat). Assim, v.g., 'em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1637/1638)

5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris:

"Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração."

Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos.

A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas

causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

[...]13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

**14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais". (Precedentes do Supremo Tribunal Federal:**

**SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e Al. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - "Caso Lage". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andriqhi, DJ 18.08.1999.)**

[...] 17. Destarte, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18

da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.

[...] 20. A título de argumento *obiter dictum*, pretendesse a parte afastar a cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal.

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, verbis: "In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis." (fls. 472/473)

22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes. (STJ, 1ª Seção, MS 11308/DF, Min. Luiz Fux, Julgado em 09/04/2008).

Portanto, resta claro o entendimento quanto a utilização da Arbitragem pela Administração, sendo sim possível desde que envolvendo, como para qualquer outro, os seus direitos disponíveis.

Não se resumindo esta possibilidade a Lei das Parcerias Público Privadas, igualmente preveem este instituto para a solução de controvérsias nas leis: a) Lei nº 9.472 de 16 de julho de 1997, que prevê no contrato de concessão de telecomunicações o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais; b) a Lei nº 9.488 de 06 de agosto de 1997, que diz que o contrato de concessão de atividades relativas ao petróleo terá cláusula essencial versando sobre as regras de solução de controvérsias relacionadas ao contrato, inclusive através da arbitragem internacional; c) a Lei nº 10.233 de 05 de junho de 2001, que versa sobre o transporte aquaviário e terrestre a qual prevê entre suas cláusulas essenciais as que versam sobre solução de controvérsias possibilitando inclusive arbitragem; d) a Lei nº 11.909 de 04 de março de 2009, sobre exploração de atividade econômica que envolva a extração de gás natural, prevê a arbitragem e conciliação como meio de solução de conflitos.

Estes são alguns exemplos que se somam a lei das Parcerias Público Privadas, na utilização da arbitragem na solução de conflitos advindos dos respectivos contratos.

## 5 O BRASIL E INVESTIMENTOS INTERNACIONAIS

Na década de 90, com a implementação do plano de estabilização da economia, os fluxos de capitais voltaram a se intensificar. Nesse período, o Brasil voltou a ser um dos maiores receptores do capital produtivo ou investimento direto estrangeiro. Chegando, ainda, em 1996, como o segundo maior receptor de Investimentos Diretos Estrangeiros entre os países em desenvolvimento, sendo ultrapassado apenas pelos investimentos realizados na China. E em 1998 teve o seu recorde de investimentos, provocado pelo grande número de privatizações ocorridas no período.

Atualmente, o Brasil continua sendo um país com grande potencial para a atração e captação de investimentos, em especial, os Investimentos Diretos Estrangeiros (IDE); sendo visto, por estudiosos, como uma das futuras potências, juntamente com a China, Índia e Rússia.

Segundo estudo realizado pelo banco de investimentos norte-americano Goldman Sachs, antes de 2040, Brasil, Rússia, Índia e China se converterão, em conjunto, na maior força da economia mundial. E, em 2050, apenas os EUA e Japão conseguirão manter o seu atual posto entre as seis maiores economias mundiais (HMS MANAGEMENT, 2004).

Em 2004, segundo o relatório da UNCTAD o IDE, cresceu, no Brasil, cerca de 79%, e foi o país da América Latina que mais investimentos realizou no exterior, colocando-se, assim, de forma definitiva no cenário internacional.

Segundo a UNCTAD<sup>9</sup> existem no mundo atualmente 70.000 empresas multinacionais que detêm um capital na ordem de 9 trilhões de dólares. Hoje, a UNCTAD nomeia como empresas transnacionais os grandes conglomerados, como forma de diferenciar das empresas multinacionais de menor porte.

Estas empresas representam parcela significativa do PIB (produto interno bruto) global, chegando a alcançar 22% no ano de 2004. Ano no qual as IED as empresas voltaram a direcionar seus investimentos nos países em desenvolvimento. Quando se compara o estoque de capital existente nesses países com o seu PIB, esta

---

<sup>9</sup> UNCTAD, Conferencia das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (2005).

relação chega a ser superior, em torno de 1/3, o que mostra a maior dependência por parte dessas economias para atraírem capitais externos (BARBOSA, 2005).

O crescimento das IED's é algo notório não apenas nos países em desenvolvimento, mas no nível mundial. Chegando a representar 7% dos investimentos totais em 2004. As empresas buscam cada vez mais formar novos mercados e buscam novas medidas para diminuir os custos de produção de bens.

Conforme gráfico 1 em anexo, evidencia-se os indicadores da internacionalização da economia mundial, onde os valores investidos internacionalmente superam-se com o passar dos anos.

Percebe-se, desta forma, que o capital privado nacional e os investimentos de empresas estatais continuam importantes – perfazendo mais de 90% dos investimentos globais – ainda que dependam, para se manter competitivos, cada vez mais de políticas e desenvolvimento nacionais e de arranjos estabelecidos com as próprias empresas multinacionais (BARBOSA, 2005, p.3).

Sendo implementada em boa hora a Lei que regulamenta as Parcerias Público Privadas no Brasil, pois motivado pelo fluxo dos investimentos externos aos países em desenvolvimento finda por tornar-se mais um atrativo para as empresas privadas.

É necessário, também, que o país ofereça aos investidores a segurança para permanecerem investindo no Brasil. A implementação da Lei de Arbitragem foi um grande passo dado como já foi verificado anteriormente, agora, com a versão definitiva da Lei de Parcerias Público Privadas tornando-se mais um atrativo para esses investidores estrangeiros.

Além disso, houve uma mudança no âmbito da gestão, isto é, as empresas aprenderam a operar de forma integrada - a partir de uma nova divisão internacional do trabalho entre produção e inovação de processo e produto – e fragmentada segundo o cálculo de custos e produtividade, organizando-se, portanto, “sobre” os países, e não mais apenas “dentro” deles. Ou seja, as empresas multinacionais acabam por criar o seu próprio mercado interno, o qual ultrapassa as fronteiras nacionais de vários países (BARBOSA, 2005, p. 4).

Portanto, as empresas multinacionais não buscam mais expandir no mercado internacional dentro do seu país de origem, buscam cada vez mais atingir e criar novos

mercados, investir cada vez mais em tecnologia e procuram a melhor logística e garantia para seus investimentos independentemente do local em que ocorra.

E os países em desenvolvimento têm se apresentado como o melhor local para receberem esses IED's, entre eles o Brasil. Recebendo ainda mais destaque quando comparado às demais nações latino-americanas, ocupando a 12ª posição para o recebimento de investimentos como se pode verificar no gráfico 2 em anexo.

### **5.1 As Parcerias Público Privadas e as Perspectivas dos Investimentos Internacionais**

As Parcerias Público Privadas são amplamente disseminadas internacionalmente. Muitos países fazem dessa parceria uma forma de atrair investimentos internacionais, oferecendo garantias e segurança no investimento a ambas as partes.

Para Michel Barnier, no manual sobre as Parcerias Público Privadas Bem Sucedidas, o setor privado é um parceiro que, em razão de sua experiência e recursos financeiros, deve ser privilegiado tanto no que se refere ao financiamento quanto à realização e à gestão direta delegada de missões e serviços públicos.

As Parcerias Público Privadas promovem a garantia necessária aos investidores privados por se tratarem de contratos em parceria com o Estado promovem o retorno dos investimentos em longo prazo, enquanto os países se beneficiam do know-how do setor privado.

Nos países membros da União Europeia, as Parcerias Público Privadas não são mais novidade, possuem um longo histórico. Tornaram-se os meios mais utilizados pelas nações candidatas para angariar recursos, a fim de atingirem o crescimento econômico e de infraestrutura, exigido pelo bloco econômico europeu.

Nos últimos anos houve um sensível aumento na cooperação entre os setores público e privado para o desenvolvimento e a operação de infraestrutura em uma ampla diversidade de atividades econômicas. Os arranjos de Parcerias Público Privadas (PPP) foram determinadas pela limitação dos recursos públicos para cobrir as necessidades de investimentos, mas também pelos esforços para se ampliar a qualidade e a eficiência dos serviços públicos. (COMISSÃO EUROPEIA, 2003, p. 4).

O conceito para este tipo de acordo, inicialmente, foi introduzido no Reino Unido em 1992. Os objetivos, que eram de aumentar os investimentos nas áreas sociais, como a saúde, se tornou frustrada pela falta de planejamento, excesso de projetos simultâneos e pressa na execução dos projetos, mas impulsionaram o interesse privado para o fornecimento de serviços ao governo (ALVARENGA, 2005)

Inspirado nos exemplos bem sucedidos do direito estrangeiro, em especial no direito comunitário europeu, o Brasil instituiu a Lei das Parcerias Público Privadas (Lei nº 11.079, de 30/12/2004). Possibilitando a criação de novos contratos administrativos que seriam na verdade um misto de concessões e licitações.

Nele, a parceria público privada (PPP) é concebida como um acordo firmado entre a administração pública e entes privados, que estabelece vínculo jurídico entre eles, visando à implantação ou gestão, no todo ou em parte, de serviços, empreendimentos e atividades de interesse público (PPPs: UMA BOA IDEIA?, 2004).

No Brasil, a versão definitiva da Lei das Parcerias Público Privadas, veio a regulamentar a matéria, trazendo consigo, algumas modificações que aperfeiçoaram a versão que fora aprovada na Câmara dos Deputados.

As Parcerias Público no país, seriam uma opção de contrato, baseada na combinação das licitações e concessões, tornando-se uma opção de contratação de maior eficiência macroeconômica, tendo por vantagem, o interesse do parceiro privado em minimizar os custos, otimizar o tempo e maximizar a sua qualidade, sem que o Governo precise se desgastar fiscalizando a obra.

As PPP's apresentam diversas vantagens reconhecidas a serem exploradas pelo setor público. Elas incluem a possibilidade de se levantar um financiamento adicional em um ambiente de restrições orçamentárias, fazer melhor uso da eficiência operacional do setor privado para reduzir custos e aumentar a qualidade para o público, além da capacidade de acelerar o desenvolvimento de infraestrutura (COMISSÃO EUROPÉIA, 2003, p.6).

Neste tipo de contrato, o investidor poderá arcar com até 70% do investimento, e fica sobre a sua responsabilidade toda a execução da obra, o governo não tem responsabilidade alguma neste período, por ser uma obra de interesse público

deverá, portanto, fiscalizar o seu processo de construção para evitar problemas como o que ocorreu na Linha Amarela em São Paulo. É necessário que o Governo se faça presente a fim de garantir o interesse social da forma mais célere e adequada visando atender as necessidades da população.

As Parcerias Público Privadas surgem pela falta de recursos do Governo para a execução direta das atividades, sendo assim, o próprio Governo procura um parceiro privado para a realização de um investimento necessário. Portanto, fica a cargo do Governo a prestação do serviço quando as obras estiverem acabadas.

O Brasil está entre os países de desenvolvimento que mais recebem investimentos por parte de empresas privadas.

O advento da Lei das Parcerias Público Privadas proporciona as empresas privadas interessadas a investirem no país mais uma garantia e atrativo para os investimentos, por garantir o retorno quando o serviço for colocado à disposição de seus usuários.

Nesse tipo de contratação a arbitragem tem galgado cada vez mais espaço, juntamente ao crescimento das Parcerias Público Privadas, pois a legislação nacional estimula a utilização do processo arbitral para a solução de controvérsias oriundas desses contratos.

Contratos que envolvam a administração pública sempre levantaram dúvidas e sofrem intervenções políticas, o que gera certa insegurança para o investidor privado. Sendo, portanto, a arbitragem o meio mais justo e claro para julgar possíveis lides oriundas dos contratos de Parcerias Público Privadas. Infelizmente esqueceram de detalhar na lei o procedimento arbitral nas controvérsias que envolvam este tipo de contratação.

No Brasil, ainda é prematuro afirmar se as questões geradas pelas Parcerias Público Privadas saíram do papel. Não temos, ainda, nenhum resultado concreto no país para que seja analisado como uma experiência positiva ou negativa, mas, de certo, a adoção da arbitragem, como meio de resolução de controvérsias, é o modo mais seguro para ambas as partes contratantes.

## 5.2 Centro Internacional para Resolução de Conflitos Sobre Investimentos – ICSID, uma Possibilidade

O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (ICSID) foi criado em 1966, em Washington, estando sob os cuidados do Banco Mundial. Seu principal objetivo seria tornar-se uma fonte confiável e eficaz para a solução de conflitos, oriundos de contratos entre Estados e empresas privadas, quando estes tratassem de investimentos.

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro) se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI o Convenio). El Convenio fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucion y Formento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los Directores Ejecutivos submetieron el Convenio con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideracion com vistas a la firma y ratificacion del Convenio. El Convenio entró en vigor el octubre de 1966, cuando fue ratificado el Convenio para convertirse en Estados miembros (CONVENIO CIADI, REGLAMENTO Y REGLAS, 2006, p 5)<sup>10</sup>.

Em 1966, quando foi criado o ICSID, houve a adesão de mais de 100 países, entre os quais, não se encontra o Brasil. Alguns dos motivos da não-adesão brasileira à Convenção são mais de cunho ideológico do que jurídico.

Para que um contrato seja submetido ao processo arbitral do ICSID é preciso que este ultrapasse o valor de vinte milhões de dólares. Além dos contratos de investimento entre Estados e empresas, desde a década de sessenta, já eram firmados Acordos sobre Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos entre países industrializados e países exportadores de capital e as nações de desenvolvimento. Atualmente, este é um recurso cada vez mais acionado pelas empresas e Estados.

---

<sup>10</sup> O Centro Internacional para Arbitragem de Disputas sobre Investimentos (ICSID ou o Centro) está estabelecido pela Convenção para a Resolução de Disputas sobre Investimentos entre Estados e Nacionais de Outros Estados (Convenção ICSID ou convenção) diferenças. A Convenção foi elaborado pela Diretoria Executiva do Banco Internacional para Reconstrução e Fomento (do Banco Mundial). O jovem de 18 março de 1965, Convenção dos Diretores Executivos submeteram com um relatório anexo, os governos membros do Banco Mundial para a sua consideração para com a assinatura e ratificação da Convenção. A Convenção entrou em vigor em outubro 1966, quando foi ratificada a tornar-se os Estados-Membros (tradução livre da autora).

A permanência de conflitos pendentes entre países e investidores, por falta de um instrumento adequado de solução de controvérsias, opera como um grave entrave ao comércio internacional. Os Estados geralmente recusam submeter-se aos tribunais de outros países, enquanto os investidores particulares sentem-se, algumas vezes, em posição desvantajosa ao terem de submeterem-se aos tribunais e leis do local do investimento (PEREIRA, 1998, p. 88).

Por esta razão que ainda em 1963, foi proposto pelos diretores do Banco Mundial, a realização de encontros regionais de especialistas no assunto para a discussão preparatória de uma possível Convenção sobre a matéria, visando atender todas as necessidades das empresas privadas e dos Estados.

O ICSID tem as suas próprias regras de arbitragem e aceita funcionar como “appointing authority” em arbitragens “ad hoc” entre governos e investidores estrangeiros, como, por exemplo, aquelas em que se elegem as Regras da UNCITRAL. Além disso propicia também inquéritos sobre fatos (“fact finding”) de acordo com regras processuais preestabelecidas e investidores neutros, que resultam em um relatório decisório (ALMEIDA, 2004, p. 32).

Dessa forma, busca-se atender da melhor forma as necessidades do comércio internacional, em especial, dos contratos de investimentos entre Estados e empresas privadas, pois seria este o melhor meio para a solução de controvérsias originárias das Parcerias Público Privadas no Brasil.

Atualmente há 134 membros no ICSID. É importante lembrar que o Brasil não está entre eles.

De mais a mais, impender salientar que o ICSID é recomendado pelo tratado do MERCOSUL, como uma das instituições para submeterem os processos arbitrais.

A princípio, os Estados da América Latina exerceram grande resistência para a ratificação da Convenção do ICSID. Este fórum não era considerado como imparcial e era visto como substituto da intenção diplomática contra os Estados da região. Outro motivo para a não adoção seria o art. 42, I, em que atuaria como um corretivo a qualquer lei nacional de um Estado Latino que não estivesse de acordo com o Direito Internacional (PEREIRA, 1998).

Desde a década de 80, porém, essa situação tem mudado: Paraguai (1983), Chile (1991), Costa Rica (1993), Peru (1993) e Argentina (1994), entre outros,

já ratificaram a Convenção; Colômbia e Uruguai assinaram e está em trâmite a ratificação (PEREIRA, 1998, p. 92).

O ICSID tem experimentado uma notável expansão nos últimos anos e as sentenças arbitrais proferidas, segundo suas regras, quase todas publicadas, estão sendo colocadas no cenário internacional como uma fonte segura e eficaz para a solução de controvérsias dos contratos sobre investimentos entre Estado e empresa privada, passando a ser este o centro mais adequado para submeterem as lides originárias das Parcerias Público Privadas.

O Brasil continua sem assinar ou ratificar o ICSID, mas empresas nacionais já fazem uso das atividades do Centro, um grande exemplo disso, é o contrato da Petrobrás para investimentos em exploração de gás e petróleo, junto à Bolívia, em que o ICSID é adotado para regulamentar e realizar o processo arbitral.

## 6 CONCLUSÃO

O Brasil com a implementação da Lei de Arbitragem se colocou de forma definitiva e atual o regulamentando sobre a matéria, com toda segurança se pode afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro se equiparou aos mais avançados do mundo.

Somada a Lei de Parcerias Público Privadas se colocou de forma impar para a atração de investimentos internos e estrangeiros oriundos da iniciativa privada, sobretudo pelas garantias fornecidas pela possibilidade de solução de conflitos pela via arbitral.

Para se chegar ao estágio hoje alcançado, tendo a arbitragem como uma realidade no cenário nacional e, especialmente internacional, barreiras jurídicas precisaram ser transpassadas. O que um dia foi obstáculo, hoje impulsiona a adoção do processo arbitral como um meio mais seguro, célere e justo para a solução de controvérsias oriundas de contratos entre Estados e no caso nacional, a Administração Pública e empresas privadas.

A arbitragem não é um procedimento novo para os ordenamentos jurídicos, já seria utilizada na Grécia Antiga e em Roma, foi disseminada pelos mercadores e ganhando força com o advento da *Lex Mercatoria*, buscava solucionar conflitos comerciais entre os mercadores da Idade Média através dos costumes mercantes e não pelas leis do rei.

É, portanto, o instrumento mais indicado, para a solução de lides contratuais e comerciais quando os mercadores não conseguiam se submeter aos julgamentos dos senhores feudais, sacerdotes ou monarcas.

Atualmente, situação bastante semelhante se repete no cenário internacional, nem os Estados e nem os demais atores internacionais desejam submeterem-se a jurisdição de outrem e, por esta razão, tal matéria é amplamente aceita no comércio internacional. Uma vez que este, como o Direito Internacional, tem a sua fonte principal, os costumes. Dessa forma a arbitragem foi então redescoberta.

A arbitragem proporciona as partes contratantes à liberdade de escolha do ordenamento jurídico que regulará o seu contrato, e até mesmo os juízes que julgarão a

questão, fato que não ocorre em nenhum ordenamento jurídico interno. Dessa maneira finda por fornecer a segurança necessária aos investidores internacionais, de forma a assegurar aos investidores internacionais seus investimentos externos. Vez que é possível, inclusive, a escolha dos costumes mercantis internacionais para regulamentar o processo arbitral.

A arbitragem garante as partes o poder da escolha de um ordenamento que seja de seu conhecimento, e não serão as lides julgadas através de regulamentações as quais não tenham conhecimento. Facilitando e promovendo os investimentos internacionais provenientes de empresas privadas.

Muitas barreiras para a adoção da arbitragem como meio de resolução de controvérsias já foram transpassadas e atualmente figuram como dúvidas justificáveis, para qualquer grande mudança em um ordenamento jurídico. No Brasil, muitas dúvidas cercavam os juristas acerca do processo arbitral, que hoje já não são mais existentes. Não havendo mais motivos para evitar a sua adoção como meio de resolução de lides contratuais.

A Lei das Parcerias Público Privadas no Brasil faz com que haja um maior interesse por parte das empresas privadas em buscarem realizar parcerias com o Governo, pois o segundo fornece as garantias financeiras necessárias aos investidores. E, especialmente, com a possibilidade de adoção da arbitragem para solucionar possíveis lides desses contratos tornou-se mais um atrativo para esse tipo de contratação.

Para os países em desenvolvimento, em especial o Brasil, a implementação de uma regulamentação para o processo arbitral de forma equivalente aos demais ordenamentos sobre a matéria é de extrema importância para a atração de IED's originários de empresas multinacionais e transnacionais. É notável, também, a importância da participação e ratificação desses países nos acordos e tratados internacionais que dispõe sobre os procedimentos arbitrais.

Os tramites legais para assinatura e ratificação acordos internacionais propostos findam em muitos casos, por atrasar a colocação do país perante investidores interessados em investir. É preciso que o preconceito seja cessado e o

país participe de importantes convenções para seu avanço jurídico, não deixando que questões ideológicas interfiram nos avanços internacionais brasileiros.

Foi com atraso injustificável que o Brasil ratificou a Convenção de Nova Iorque, passando a aceitar sem maiores percalços as sentenças arbitrais estrangeiras que anteriormente necessitavam serem homologadas no país, para que só posteriormente fossem executadas. Fenômeno que já não acontecerá em muitos países europeus, e dessa forma aumentando o interesse das empresas pela adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos em seus contratos internacionais.

A arbitragem é meio de viável adoção ainda que presente a Administração Pública no Brasil como uma das partes no procedimento arbitral, por ser um mecanismo constitucionalmente aceito e aplicável com arrimo no princípio da legalidade que dá base para que a Administração Pública figure em um dos polos da contenda em contratos administrativos de Parcerias Público Privadas que versem sobre direitos disponíveis e patrimoniais, restando afastada a jurisdição estatal que julgaria o próprio ente público concedendo tal poder jurisdicional para âmbito da jurisdição voluntaria a qual figura o instituto da arbitragem.

Nos contratos de investimentos entre empresas privadas e Estados, como é o caso das Parcerias Público Privadas, o órgão mais indicado para a regulamentação das lides oriundas desses é o ICSID. Desde 1966, quando foi criado pelo Banco Mundial, o Centro para resolução de lides dessa natureza vem sendo acionado. Os países em desenvolvimento que antes apresentavam receios em ratificar anteriormente estão se conscientizando da importância da participação nessa Convenção para a atração de IED's.

Apesar de o ICSID ser o centro arbitral indicado pelo MERCOSUL para a resolução de controvérsias oriundas de contratos de investimentos entre seus Estados-membros e empresas privadas, o Brasil não é signatário desta Convenção, fato que trás apenas malefícios para o país. Vez que os investidores internacionais não se veem possibilitados de terem as suas questões relativas a investimentos externos no país solucionado pelo órgão mais indicado para esse tipo de controvérsia.

Com o advento da Lei das Parcerias Público Privadas, e a possibilidade de adoção da arbitragem como meio de solução de controvérsias para esses contratos,

faz-se aconselhável que o Brasil adote como meio de solução de controvérsias contratuais o ICSID.

Fornecendo dessa maneira as garantias necessárias aos investidores privados que o julgamento de suas controvérsias serão submetidas a uma Câmara Arbitral imparcial. Todavia, este fato que não ocorreria se a questão contratual fosse submetida ao julgamento do Poder Judiciário do próprio Estado-parte no contrato.

Este é um novo quadro que surge no cenário internacional, os Estados estão passando a serem vistos sem diferença pela parte contratante. Novos atores internacionais têm ganhado cada vez mais força e poder de negociação, dessa forma os países quando assinam contratos de cunho administrativo tem tomado consciência que não mais se submeterão exclusivamente ao seu ordenamento jurídico interno, vez que os IED's são de suma importância para os mesmos, em especial, para as nações em desenvolvimento.

Portanto, nas últimas décadas tem havido uma mudança nas Relações Internacionais, os países para crescerem buscam angariar investimentos privados, e as empresas transnacionais têm se aproveitado da oportunidade para se colocarem de forma igual perante as nações.

Os obstáculos e dificuldades, antes enfrentados para a formação de parcerias entre Estados e empresas privadas, precisam ser transpassados de forma definitiva os países precisam buscar os fundos necessários para seu desenvolvimento, na contra mão estão às empresas privadas que buscam garantias e retorno para os seus investimentos.

De mais a mais, o presente trabalho se inclina para defender a posição da perfeita utilização do instituto nos contratos em que figurem a Administração Pública e pessoas jurídicas de direito privado ainda que existam dificuldades e arestas na conceituação do Direito Administrativo Privado que regulamentaria a matéria, as vantagens concedidas pelo instituto da arbitragem sobrepõem todas as barreiras ainda encontradas para aceitação desse tipo de procedimento, mas a doutrina e a jurisprudência dos tribunais pátrios, bem como a legislação nacional, como amplamente demonstrado, dão perfeita aplicabilidade ao aqui defendido.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem Interna e Internacional: questões de doutrina e da política**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ALVARENGA, José Eduardo Alvarenga. **Parcerias Público Privadas: Comentários à Lei Brasileira inclui Legislação correlata atualizada**. São Paulo: M A.Pontes Editora, 2005.
- BARBOSA, Alexandre de Freitas. **Os Investimentos das Multinacionais no Brasil: Panorama Histórico, Tendências Recentes e o Desafio do Desenvolvimento com Promoção de Direitos**. São Paulo: Observatório Social, 2005.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem – Lei nº 9.307/96**. São Paulo: Lúmen Júris, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem - Lei nº 9.307/96**. 5ª ed. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2009.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2004.
- CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- CRETELLA NETO, JOSE. **Comentários à Lei de Arbitragem Brasileira**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Privado Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- GRESSLER, Lori Alice. **Introdução à pesquisa: projetos e relatórios**. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Loyola, 2004.
- HUCK, Hermes Marcelo. **Sentença estrangeira e lex mercatoria - horizontes e fronteiras do comercio internacional**. São Paulo: Saraiva, 1994.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia do Trabalho Científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MARCO, Camila Fernanda de. **Arbitragem Internacional no Brasil**. São Paulo: RCS Editora, 20005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37ª ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2011.

PEREIRA, Celso de Tarso. **O Centro Internacional para Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIRCI-ICSID)**. Revista de Informação Legislativa: Brasília, 1998.

PUCCI, Adriana Noemi (coord.). **Aspectos Atuais da Arbitragem**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

TIBURCIO, Carmem; BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SEITENFUS, Ricardo. **Relações Internacionais**. São Paulo: Manole, 2004.

\_\_\_\_\_. **Convenio CIADI, Reglamento y Reglas**. CIADI/15, 2006.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes para Parcerias Público Privadas Bem-Sucedidas**. Comissão Européia, 2003.

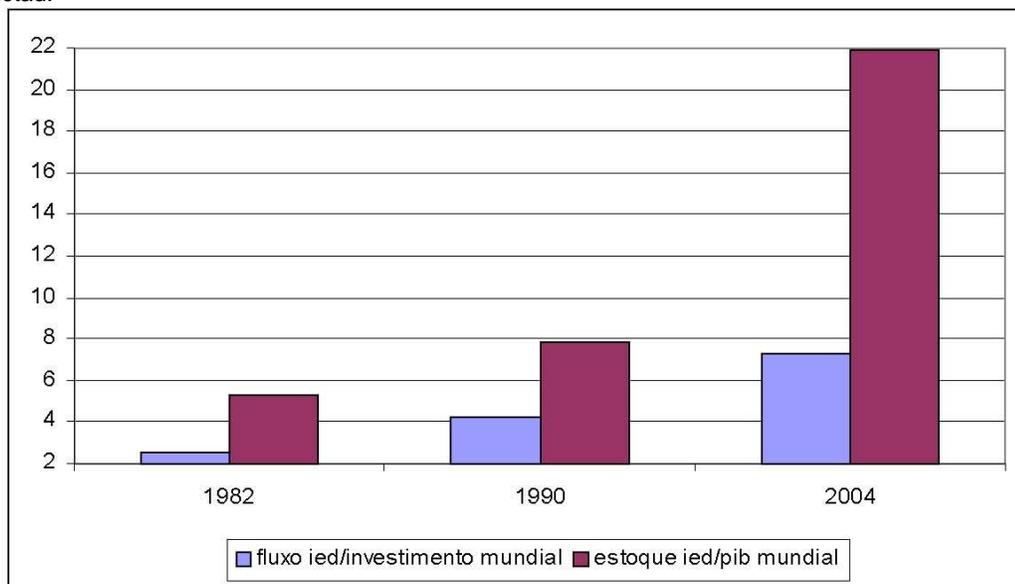
\_\_\_\_\_. **PPP's: Uma boa ideia?** Brasília, 2004. Disponível em:

<[http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/exibir/ppps\\_uma\\_boa\\_ideia/12](http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/exibir/ppps_uma_boa_ideia/12)>. Acesso em 24 de abr. de 2014

## ANEXO A - GRÁFICOS

**Gráfico 1 – Indicadores de Internacionalização da Economia Mundial.**

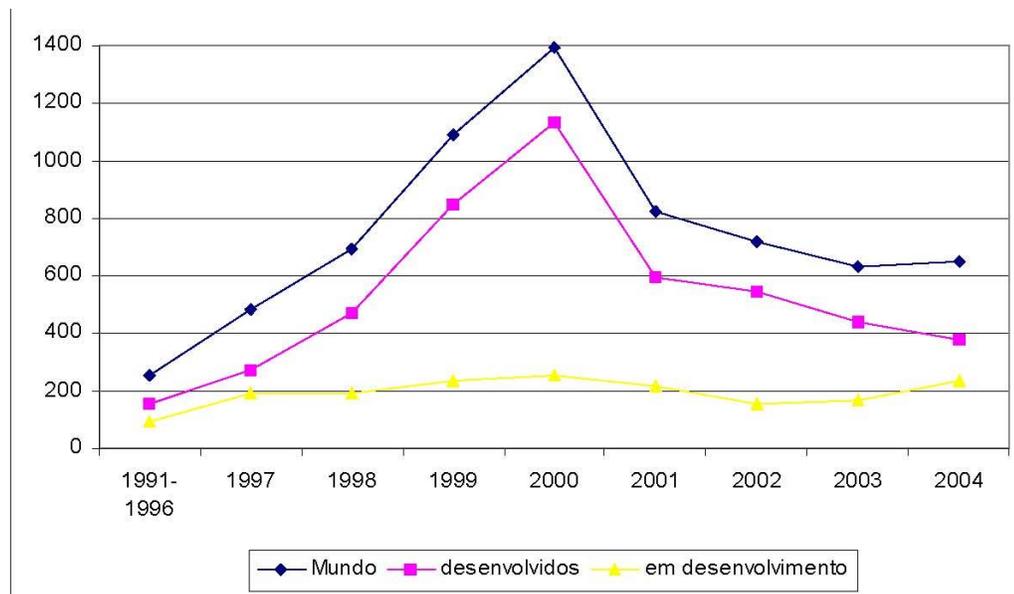
Fonte: Unctad.



\* investimento mundial = formação bruta de capital fixo.

**Gráfico 2 – Fluxos de Investimentos Externos Diretos (em milhões de dólares), por grupos de países.**

Fonte: Unctad.



## ANEXO B – LEI DA ARBITRAGEM

### LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

#### Capítulo I

##### Disposições Gerais

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

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

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

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

#### Capítulo II

##### Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserida no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

### Capítulo III

#### Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocava, originariamente, o julgamento da

causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

## Capítulo IV

### Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a argüição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a argüição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

## Capítulo V

### Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de 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.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterá os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

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.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

## Capítulo VI

### Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

#### Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

## Capítulo VII

### Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267.....

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301.....

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584.....

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520.....

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO  
NELSON A. JOBIM

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.9.1996

## **ANEXO C – LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**

### **LEI Nº 11.079, DE 30 DE DEZEMBRO DE 2004**

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

#### **Capítulo I**

#### **DISPOSIÇÕES PRELIMINARES**

Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

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.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 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);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. (Regulamento)

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.(Regulamento)

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

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

IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V – transparência dos procedimentos e das decisões;

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

## **Capítulo II**

### **DOS CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA**

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;

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões

patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

§ 1º As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

I – ordem bancária;

II – cessão de créditos não tributários;

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

V – outros meios admitidos em lei.

Parágrafo único. O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

### **Capítulo III**

#### **DAS GARANTIAS**

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

### **Capítulo IV**

#### **DA SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO**

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

§ 1º A transferência do controle da sociedade de propósito específico estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato, observado o disposto no parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

§ 2º A sociedade de propósito específico poderá assumir a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos a negociação no mercado.

§ 3º A sociedade de propósito específico deverá obedecer a padrões de governança corporativa e adotar contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas, conforme regulamento.

§ 4º Fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades de que trata este Capítulo.

§ 5º A vedação prevista no § 4º deste artigo não se aplica à eventual aquisição da maioria do capital votante da sociedade de propósito específico por instituição financeira controlada pelo Poder Público em caso de inadimplemento de contratos de financiamento.

## **Capítulo V**

### **DA LICITAÇÃO**

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da atualização dos estudos e demonstrações a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

Art. 11. O instrumento convocatório conterà 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.

Parágrafo único. O edital deverá especificar, quando houver, as garantias da contraprestação do parceiro público a serem concedidas ao parceiro privado.

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV – o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo:

I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

## **Capítulo VI**

### **DISPOSIÇÕES APLICÁVEIS À UNIÃO**

Art. 14. Será instituído, por decreto, órgão gestor de parcerias público-privadas federais, com competência para: (Vide Decreto nº 5.385, de 2005)

I – definir os serviços prioritários para execução no regime de parceria público-privada;

II – disciplinar os procedimentos para celebração desses contratos;

III – autorizar a abertura da licitação e aprovar seu edital;

IV – apreciar os relatórios de execução dos contratos.

§ 1º O órgão mencionado no caput deste artigo será composto por indicação nominal de um representante titular e respectivo suplente de cada um dos seguintes órgãos:

I – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, ao qual cumprirá a tarefa de coordenação das respectivas atividades;

II – Ministério da Fazenda;

### III – Casa Civil da Presidência da República.

§ 2º Das reuniões do órgão a que se refere o caput deste artigo para examinar projetos de parceria público-privada participará um representante do órgão da Administração Pública direta cuja área de competência seja pertinente ao objeto do contrato em análise.

§ 3º Para deliberação do órgão gestor sobre a contratação de parceria público-privada, o expediente deverá estar instruído com pronunciamento prévio e fundamentado:

I – do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, sobre o mérito do projeto;

II – do Ministério da Fazenda, quanto à viabilidade da concessão da garantia e à sua forma, relativamente aos riscos para o Tesouro Nacional e ao cumprimento do limite de que trata o art. 22 desta Lei.

§ 4º Para o desempenho de suas funções, o órgão citado no caput deste artigo poderá criar estrutura de apoio técnico com a presença de representantes de instituições públicas.

§ 5º O órgão de que trata o caput deste artigo remeterá ao Congresso Nacional e ao Tribunal de Contas da União, com periodicidade anual, relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada.

§ 6º Para fins do atendimento do disposto no inciso V do art. 4º desta Lei, ressalvadas as informações classificadas como sigilosas, os relatórios de que trata o § 5º deste artigo serão disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados.

Art. 15. Compete aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor, proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.

Parágrafo único. Os Ministérios e Agências Reguladoras encaminharão ao órgão a que se refere o caput do art. 14 desta Lei, com periodicidade semestral, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de parceria público-privada, na forma definida em regulamento.

Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.

Art. 17. O FGP será criado, administrado, gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pela União, com observância das normas a que se refere o inciso XXII do art. 4º da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

§ 1º O estatuto e o regulamento do FGP serão aprovados em assembléia dos cotistas.

§ 2º A representação da União na assembléia dos cotistas dar-se-á na forma do inciso V do art. 10 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967.

§ 3º Caberá à instituição financeira deliberar sobre a gestão e alienação dos bens e direitos do FGP, zelando pela manutenção de sua rentabilidade e liquidez.

Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

§ 2º O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

§ 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

§ 7º Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.

Art. 19 O FGP não pagará rendimentos a seus cotistas, assegurando-se a qualquer deles o direito de requerer o resgate total ou parcial de suas cotas, correspondente ao patrimônio ainda não utilizado para a concessão de garantias, fazendo-se a liquidação com base na situação patrimonial do Fundo.

Art. 20. A dissolução do FGP, deliberada pela assembléia dos cotistas, ficará condicionada à prévia quitação da totalidade dos débitos garantidos ou liberação das garantias pelos credores.

Parágrafo único. Dissolvido o FGP, o seu patrimônio será rateado entre os cotistas, com base na situação patrimonial à data da dissolução.

Art. 21. É facultada a constituição de patrimônio de afetação que não se comunicará com o restante do patrimônio do FGP, ficando vinculado exclusivamente à garantia em virtude da qual tiver sido constituído, não podendo ser objeto de penhora, arresto, seqüestro, busca e apreensão ou qualquer ato de constrição judicial decorrente de outras obrigações do FGP.

Parágrafo único. A constituição do patrimônio de afetação será feita por registro em Cartório de Registro de Títulos e Documentos ou, no caso de bem imóvel, no Cartório de Registro Imobiliário correspondente.

Art. 22. A União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subseqüentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

## **Capítulo VII**

### **DISPOSIÇÕES FINAIS**

Art. 23. Fica a União autorizada a conceder incentivo, nos termos do Programa de Incentivo à Implementação de Projetos de Interesse Social – PIPS, instituído pela Lei nº 10.735, de 11 de setembro de 2003, às aplicações em fundos de investimento, criados por instituições financeiras, em direitos creditórios provenientes dos contratos de parcerias público-privadas.

Art. 24. O Conselho Monetário Nacional estabelecerá, na forma da legislação pertinente, as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de parcerias público-privadas, bem como para participação de entidades fechadas de previdência complementar.

Art. 25. A Secretaria do Tesouro Nacional editará, na forma da legislação pertinente, normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de parceria público-privada.

Art. 26. O inciso I do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 56 .....

§ 1º .....

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

....." (NR)

Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).

§ 1º Não poderão exceder a 80% (oitenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico ou 90% (noventa por cento) nas áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, as operações de crédito ou contribuições de capital realizadas cumulativamente por:

I – entidades fechadas de previdência complementar;

II – empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União.

§ 2º Para fins do disposto neste artigo, entende-se por fonte de recursos financeiros as operações de crédito e contribuições de capital à sociedade de propósito específico.

Art. 28. A União não poderá conceder garantia e realizar transferência voluntária aos Estados, Distrito Federal e Municípios se a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício ou se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios.

§ 1º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que contratarem empreendimentos por intermédio de parcerias público-privadas deverão encaminhar ao

Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do previsto no caput deste artigo.

§ 2º Na aplicação do limite previsto no caput deste artigo, serão computadas as despesas derivadas de contratos de parceria celebrados pela Administração Pública direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pelo respectivo ente.

§ 3º (VETADO)

Art. 29. Serão aplicáveis, no que couber, as penalidades previstas no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa, na Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000 - Lei dos Crimes Fiscais, no Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, e na Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, sem prejuízo das penalidades financeiras previstas contratualmente.

Art. 30. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 30 de dezembro de 2004; 183º da Independência e 116º da República.

LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA  
*BERNARD APPY*  
*NELSON MACHADO*

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 31.12.2004