



Escola de Governo da Fundação João Pinheiro

TEXTO PARA DISCUSSÃO N.28

**A ARBITRAGEM NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO
SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: POSSIBILIDADES _
REPENSANDO AS CONCEPÇÕES DE INTERESSE PÚBLICO E
DISPONIBILIDADE DE DIREITOS**

Sulamita Crespo Carrilho Machado
(EG / FJP)
Antônio Eduardo de Noronha Amabile
(EG / FJP)

Belo Horizonte, fevereiro de 2007

**A ARBITRAGEM NA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA
NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: possibilidades _
repensando as concepções de interesse público e
disponibilidade de direitos**

Sulamita Crespo Carrilho Machado

Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Professora Pesquisadora em Ciência e Tecnologia do Direito
Escola de Governo
Fundação João Pinheiro

Antônio Eduardo de Noronha Amabile

Mestre em Administração Pública
Professor de Direito Econômico
Escola de Governo
Fundação João Pinheiro

ABSTRACT

The article aims at analyzing the applicability of arbitration in administrative contracts of public/private partnerships in Brazil, rethinking public-interest conceptions and the availability of rights that involve the use of the instrument by the Public Administration, and, pointing out to possible reflexes of legal order and of the national institutional environment in the contractual posture of the partners. Arbitration is emphasized as an instrument used to strengthen the efficiency of public concessions in the ambience of partnerships, as it reduces risks resulting from the Judiciary's institutional inefficiency, and creates incentives for the parties to reach, in a clearer and less costly manner, the objectives that they intend with inter-sector arrangement, without, however, harming the search of the public interest. Finally, four institutional arrangements are presented as alternatives to operate arbitration in accordance with degrees more or less elevated of costs, risks, incentives and benefits, in the attempt of adapting the means to the ends and in the pursuit of public interest as a necessity, utility and reasonability in the management of the *res publicae*.

Keywords: Arbitration, public contracts, public-private partnership, public interest, rights available, institutional environment, contract economy, economical analysis of law, new institutionalism.

RESUMO

O artigo visa analisar a aplicabilidade da arbitragem aos contratos administrativos de parceria público-privadas no Brasil, repensando as concepções de interesse público e disponibilidade de direitos que envolvem a utilização do instrumento pela Administração Pública, apontando para possíveis reflexos do ordenamento jurídico e do ambiente institucional nacional na postura contratual dos parceiros. A arbitragem é relevada como instrumento de potencialização da eficiência de contratos públicos de concessão na modalidade de parceria, na medida em que mitiga riscos decorrentes da ineficiência institucional do Poder Judiciário e cria incentivos a que as partes traduzam, de forma mais clara e com menos custos, os objetivos que pretendem com a avença inter-setorial sem, no entanto, prejudicar a busca do interesse público. Finalmente, são apresentadas quatro alternativas de arranjo institucional para operacionalização da arbitragem segundo graus mais ou menos elevados de custos, riscos, incentivos e benefícios, na tentativa de adequar os meios aos fins e na persecução do interesse público como necessidade, utilidade e razoabilidade na gestão da coisa pública.

Palavras-chave: Arbitragem, contratos públicos, parceria público-privada, interesse público, direitos disponíveis, ambiente institucional, economia dos contratos, análise econômica do direito, novo institucionalismo

1. INTRODUÇÃO

Que os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitros convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo.

Platão, **De legibus**, Livros 6 e 12.

O instituto da arbitragem tem sido objeto de muitas considerações no Brasil a propósito das críticas ao Poder Judiciário nacional no que se refere à questão da qualidade da prestação jurisdicional e, após sua regulamentação mais recente, em especial através da Lei n. 9.307, de 1996, cuja constitucionalidade foi amplamente discutida até posicionamento pacificador do Supremo Tribunal Federal. A morosidade do processo, a falta de segurança jurídica e outros problemas têm requerido soluções que vão desde a forma de gestão até a qualificação dos profissionais da carreira, a fim de que cumpra seu papel jurisdicional, em outras palavras, de instrumento de decisão na solução de conflitos e, via de consequência, de neutralizador de crises de governabilidade, de modo a garantir segurança jurídica e institucional.

De modo correlato, discutiu-se até bem pouco tempo a possibilidade de aplicação da arbitragem nos conflitos envolvendo a Administração Pública, questão já ultrapassada pelo posicionamento favorável do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Aqui, o reconhecimento de que a arbitragem não afasta o direito de ação e o recurso ao Poder Judiciário para resguardo da legalidade, sendo instrumento de colaboração para com o Estado.

Questão subsequente surge com a previsão da aplicação da arbitragem nas parcerias público-privadas pelas leis brasileiras, quando passa-se a debater acerca dos limites representados pelo interesse público e os interesses dos agentes econômicos. A legislação vigente prevê a aplicabilidade da arbitragem aos contratos de parceria público-privada na somente na hipótese de direitos disponíveis, na observância do princípio do interesse público e, em consonância com a legislação de arbitragem também em vigor, a qual considera direitos indisponíveis como elementos de questionamento prejudicial ao prosseguimento do procedimento arbitral.

Fato é que tanto a arbitragem quanto a parceria público-privada são procedimentos historicamente já registrados desde a Antigüidade e, no Brasil, desde o período colonial, mas, em se considerando as peculiaridades da sociedade contemporânea, caracterizada pelas influências das Revoluções Francesa e Industrial e, em específico, da realidade brasileira, marcada pela incerteza, requerem trato teórico que venha a contribuir para o avanço na compreensão de sua extensão institucional e que reflita em resultados práticos positivos.

O presente artigo visa analisar a possibilidade e as vantagens da arbitragem nos contratos de parceria público-privada a partir do marco regulatório brasileiro, pois, ainda que expressa referida possibilidade na Lei de Parcerias, não ressoa unânime na doutrina, sendo que, mais que a autorização, desafio é a definição dos limites do instituto, do ponto de vista institucional, e, principalmente, conceitual.

Trataremos, no propósito, dos conceitos balizadores do tema, quais sejam, arbitragem, direitos disponíveis e interesse público, buscando desenvolver as definições destes conceitos de acordo com a realidade e as concepções hodiernas acerca do Estado, da sociedade e do Direito, contextualizando-os e atualizando-os, através de análise legal e doutrinária interdisciplinar.

Veremos que a arbitragem pode ser fator de incentivo para os parceiros privados na medida em que o desenho contratual da parceria público-privada e da convenção arbitral por si sós não eliminam todos os riscos diante da possibilidade de álea, requerendo mecanismos que confirmam segurança jurídica ao sistema econômico, viabilizando, assim, ambiente favorável ao crescimento econômico e ao desenvolvimento social. Dadas as condições atuais de incerteza, o país tem perdido oportunidades neste sentido, diante da retração dos agentes econômicos, não realizando transações pelo alto nível de risco potencial, preferindo realizá-las em outros países, como tem ocorrido na África.

2. A HISTORICIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

A solução de conflitos é necessária para todas as sociedades na medida em que reestabelece a paz social, ambiente propício a relações mais seguras, vez que mais previsíveis, na perspectiva da racionalidade econômica, ambiente de maiores

possibilidades de normalidade, logo, de observância dos pactos (*pacta sunt servanda*).

O juízo arbitral, juízo de caráter normativo, como instrumento de solução de conflitos, surge no período da primeira concepção da Lei de Talião, havendo sido previsto também pelo Código de Hamurabi, pela civilização grega, por volta de 2000 a.C, e, posteriormente, em Roma, na Lei de XII Tábuas, no Código de Justiniano e no Digesto. Na Idade Média, era utilizada entre cavaleiros, proprietários feudais, soberanos e pela Igreja Católica. Desde o primeiro momento, ora nas relações privadas, ora nas relações públicas, inclusive de direito internacional.

No ordenamento jurídico pátrio, o procedimento arbitral é adotado desde as Ordenações Filipinas e Manuelinas. A Constituição Imperial de 1824 o prevê, seguida pelo Regulamento n. 737 de 1850, o qual regulamentou a aplicação do instituto ao comércio e distinguiu arbitragem voluntária e necessária. A Lei n. 556, do mesmo ano, tornou-a obrigatória para contratos de locação mercantil e sociedades mercantis, previsão esta revogada pela Lei n. 1350 do ano subsequente. O Decreto n. 3900 de 1867 torna a regulamentar o instituto, assim como o Código Civil de 1916, os Código de Processo Civil, de 1937 e de 1973, a requerer intervenção obrigatória do Poder Judiciário, a Lei das Sociedades Anônimas de 1976 e a Lei de Greve de 1989. Mais recentemente, a Lei dos Portos de 1993, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais de 1995, a Lei Federal n. 9307 de 1996, específica sobre a matéria, de aplicação geral, após anteprojetos de 1981, 1986, 1988 e 1991, para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, e também a Lei das Comissões de Conciliação Prévia de 2000, a Lei de Participação nos Lucros de 2000 e o Código Civil vigente.

A arbitragem da parceria público-privada encontra-se regulamentada pela Constituição de 1988; pela Lei n. 8.666, de 21/06/1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública; pela Lei n. 9.307, de 23/09/1996, que dispõe sobre a arbitragem; pela Lei n. 10406, de 10/01/2002, que institui o Código Civil; e pela Lei n. 11.079, de 30/12/2004, que, em normas gerais, regulamenta a licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública; e outras leis de âmbito estadual, municipal e do Distrito Federal. No Estado de Minas Gerais, antes mesmo da edição da lei federal sobre o tema, houve a instituição das Leis n. 14.868 e n. 14. 869 em dezembro de 2003, criando o programa e o fundo das

parcerias público-privadas no âmbito estadual, com a previsão de aplicabilidade do instrumento arbitral.

Como se verifica, a composição de litígios por terceiro indicado pela via consensual é prática que, observado o bom senso e a liberdade das partes, registra-se como algo comum desde as civilizações mais antigas, num primeiro momento, em estágio da tecnologia jurídica dito primário em comparação com a “sofisticação” dos sistemas jurídicos, especialmente, os ocidentais e romano-germânicos, e, a posteriori, no sentido da simplificação de procedimentos, dada a idiosincrasia dos sistemas complexos de prestação jurisdicional, em outros termos, dado o alto custo destes e o baixo grau de benefícios. Procedimento dotado de atos simples, calcado na máxima racionalidade, a arbitragem propicia a otimização na persecução da equidade.

3. POLÊMICA: ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A necessidade de solução célere de conflitos interessou e ainda interessa não apenas à iniciativa privada. A Administração Pública, responsável por grande parte dos contratos firmados em âmbito nacional, também busca maiores benefícios em termos de eficácia, tempo e custos contratuais.

A aplicabilidade da arbitragem aos contratos em que a Administração Pública se faz parte manteve a doutrina dividida em posicionamentos antagônicos quando da publicação da Lei n. 9307/96, por um lado, a teoria resistente à possibilidade da aplicação, sustentada no argumento da inexistência de autorização legislativa para tal e, conseqüentemente, da inobservância do princípio da legalidade previsto pela norma do caput do artigo 37 da Constituição vigente; de outro lado, teoria menos restritiva, perspectiva na qual as paraestatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, seriam pessoas jurídicas capazes de firmar negócio jurídico com cláusula de arbitragem, pelo regime jurídico das empresas privadas a que se sujeitam por determinação constitucional, inclusive quanto a direitos e obrigações civis e comerciais, além de contarem com patrimônio próprio.

O Tribunal de Contas da União, no Acórdão n. 587/2003, apresenta entendimento no sentido de que a inclusão em edital de cláusulas que estipulem a arbitragem para a solução de conflitos

entre a Administração Pública e empresas privadas é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro porque a Lei n. 9307/96 trata de direitos disponíveis, sendo que o interesse tutelado na relação em pauta é de natureza pública, portanto, indisponível. Considera, portanto, nulas as cláusulas de editais e contratos públicos que determinem a utilização do instrumento arbitral para solução de conflitos por contrárias ao interesse público, posicionamento que pode conduzir à elevação dos custos de transação para os contratos de parceria público-privada.

4. QUAL POSICIONAMENTO ADOTAR?

Pelo exposto, nota-se que limites da arbitragem em contratos nos quais figure a Administração Pública como parte podem ser de natureza institucional e conceitual ou concernem ao sujeito e ao objeto do contrato.

Quanto ao aspecto institucional ou ao sujeito, há que se considerar que apenas as empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens e prestação de serviços públicos podem, por estarem sob o regime jurídico das empresas privadas, contratar com cláusula de arbitragem.

No que se refere ao conceito ou objeto, a utilização limita-se a direitos que sejam patrimoniais disponíveis, nos termos do artigo 25 da Lei n. 9307/96. No curso da arbitragem, sobrevindo controvérsia acerca de direitos indisponíveis, verificada dependência para o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá suspender o procedimento arbitral e remeter à apreciação judicial.

5. A ARBITRAGEM NAS PPPs: A POLÊMICA ELEVADA AO QUADRADO

A parceria público-privada é contrato administrativo de concessão que visa a promoção de serviço público.

Serviços públicos são atividades de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob regime de direito público, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no

sistema normativo¹, ou seja, é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado².

A concessão de serviço público consiste na delegação de sua prestação mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho por sua conta e risco, por prazo determinado.

O contrato administrativo de parceria público-privada tem por objeto serviço público que, por conveniência do Poder Público, ratificada em legislação própria, é prestado indiretamente, sob o regime de concessão. Como política para maior eficiência econômica e justiça social no contexto das reformas administrativas, apresenta problemas, tais como garantias, corrupção governamental e empresarial, dissintonia da agenda pública, marco regulatório e ideologias.

As parcerias público-privadas, tal como regulamentadas na Lei n. 11049/95, podem fazer uso da arbitragem, como disposto no artigo 11, *in verbis*:

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 n. 8987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

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

Não há limitação na Lei de Parcerias em relação à matéria que poderá ser objeto de decisão arbitral. Bastaria, a princípio, que a dúvida ou desavença decorrente ou relacionada ao contrato.

Na Lei de Concessões, também versando sobre os contratos de parceria público-privada, há limitação em relação à matéria sujeita à arbitragem, segundo o disposto no artigo 1º., conforme segue:

¹ BANDEIRA DE MELLO, 2000, p.

² MEIRELLES, 1999, p.....

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

Há que se observar que a prática da arbitragem por contratante público na parceria público-privada não importa na transigência com o interesse público; o interesse público está na estrita observância da lei, na sua adequada aplicação e na justiça concretizada no caso sob julgamento. Logo, pode-se afirmar que significa reforço da segurança jurídica.

6. INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO DE DEFINIÇÃO CLÁSSICA

O interesse público é considerado como um conceito jurídico indeterminado que, por sua natureza, aceita definição material, próxima do caso concreto em que se aplicar.

Segundo Aurélio (1999), em sentido comum da palavra, interesse tem como acepções:

[Subst. do v. lat. interesse, ‘estar entre, no meio’; ‘participar’]. S.m.1. Lucro material ou pecuniário; ganho. 2. Parte ou participação que alguém tem em alguma coisa. 3. Vantagem, proveito, benefício. 4. Aquilo que convém, que importa, seja em que domínio for. (...)” E assim define o conceito de público: “[Do lat. Publicus]. Adj. Do, ou relativo, ou pertencente ou destinado ao povo, à coletividade. (...) 3. Que é do uso de todos; comum.

De Plácido e Silva (1975) assim define público:

Derivado do latim publicus (...), em sentido geral quer significar o que é comum, pertence a todos, é do povo, pelo que, opondo-se a privado, se mostra que não pertence nem se refere ao indivíduo ou ao particular. (...) público e comum possuem acepções próprias e inconfundíveis. Público é o que pertence a todo o povo, considerado coletivamente, isto é, tido em sua expressão de organismo político. Comum é o que pertence ou se estende distributivamente ao povo ou a todos, considerados como indivíduos. Pode ocorrer que público e comum tenham aplicação conjunta, visto que as duas qualidades se apresentarem no mesmo fato: os logradouros são públicos e comuns. Públicos porque não pertencem a ninguém em

particular, mas a todos; comuns, porque todos participam de suas utilidades. As rendas do Estado, que servem a seus interesses, porém, são públicas, como públicos são os órgãos que o administram. Já os serviços que o Estado presta são comuns, porque todos podem fruir suas utilidades. O público opõe-se ao privado, enquanto que o comum ao particular. (...) o conceito público não se refere simplesmente à condição de ser coisa de interesse comum, mas à íntima conexão ou à identificação da própria coisa com as finalidades do Estado e os interesses superiores do Estado, pairando acima dos interesses particulares e, mesmo, coletivos.” E, interesse público, como termo técnico-jurídico: “Ao contrário do particular; é o que assenta em um fato ou direito de proveito coletivo ou geral. Este, pois, adstrito a todos os fatos ou a todas as coisas que se entendem de benefício comum ou para proveito geral, ou que se imponham por necessidade de ordem coletiva.

No que se refere aos contratos de parceria público-privada, a cláusula de arbitragem pode ser instrumento de alcance do interesse público também em vista da eficiência que pode vir a proporcionar ao negócio jurídico de que a Administração Pública faça parte; trata-se de poupar tempo e outros recursos, otimizar a prestação de serviços públicos, beneficiando a sociedade de maneira direta, na composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos.

7. DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL: O SEGUNDO LIMITE

Um direito patrimonial é um direito de conteúdo econômico. Um direito disponível, por sua vez, significa alienável, transmissível, renunciável, transacionável.

Disponibilidade, assim define Aurélio:

Dispor. [Do lat. Disponere.] V.t.d.(...) 22. Usar livremente; fazer o que se quer (de alguém ou de algo); 23. Desfazer-se (de alguma coisa). 24. Ter a posse; ser senhor. 25. Dar aplicação a; despende. (...).

A disponibilidade ou indisponibilidade de um direito está relacionada ao seu valor social. Direitos que tutelam bens de interesse geral são considerados necessariamente indisponíveis.

Daí concluir-se que, nos contratos públicos, lastreados pelo princípio do interesse público, questões de valor social relevante não poderão ser objeto de arbitragem.

Observação seja feita, que a indisponibilidade de direito ou interesse de natureza pública não é absoluta, pois a Administração pode negociar e transacionar, ainda que de maneira restrita em comparação com o particular, a depender dos reflexos sobre direitos de terceiros e dos termos de decisão, tendo em vista o benefício alcançável pelos cidadãos na sua coletividade.

8. REPENSANDO OS CONCEITOS

Ao considerarmos interesse e disponibilidade é necessário ter em conta que trata-se de conceitos cujas definições, como quaisquer outras, como linguagem, são efeito da historicidade, adequando-se ao tempo e ao espaço, enfim, às condições naturais e humanas.

Se a sociedade vive em processo de ação recíproca, na busca de objetivos comuns de sobrevivência, novos contratos sociais tendem a se estabelecer de tempo a tempo. A sociedade contemporânea tem seguido por uma perspectiva de emancipação, na qual planejamento e acordos em torno de estratégias têm sido cada vez mais comuns, conforme projetos e preferências, de modo que nada mais conseqüente do que a autonomia na sua auto-condução, inclusive na redefinição de limites sociais, políticos, jurídicos e econômicos, na redefinição do que é público, do que é privado, do que seja disponível ou indisponível.

A adoção de formas alternativas de solução de conflitos na sociedade contemporânea corresponde à terceira onda do movimento de acesso à justiça, entendida como exercício do consenso. O direito a decisões céleres e especializadas e a existência de opções de jurisdição fazem parte do núcleo do direito ao desenvolvimento.

O juízo arbitral apresenta sua característica pública, e não privada como muitos a qualificam, dados não apenas à qualidade de sua decisão, que se equipara à sentença da esfera judicial ou à qualidade de juiz de fato e de direito do árbitro, mas, mormente, pela sua função, de pacificação de conflitos, em colaboração com o Estado, mediante sua expressa autorização. Significa, portanto, que não há monopólio de jurisdição na figura do Poder Judiciário.

A noção de governança pressupõe uma decisão que se legitima pela cooperação, pela participação na definição da vida social. Como prática democrática, auto-determinação, um dos dois maiores objetivos políticos das sociedades contemporâneas, ao lado da eficiência administrativa. A arbitragem, enquanto instrumento de auto-solução, reforço da liberdade e da igualdade entre os indivíduos de uma sociedade, representa estágio de amadurecimento da sociedade, que não necessita da tutela estatal para solução de seus problemas, tutela que reforça, em muitos momentos, a postura paternalista e absoluta do Estado e de vitimização do jurisdicionado.

O modo de assegurar o interesse público consiste no controle da legalidade, da eficiência, da responsabilidade e do desenvolvimento. Em outras palavras, através da existência e atuação de instituições estáveis, e estáveis porque confiáveis, razoáveis e transparentes no exercício do poder.

Quando se diz da observância do princípio do interesse público e da indisponibilidade de direitos, presente o controle da parceria público-privada tanto interno, quanto externo; através da diretriz da eficiência estabelecida pelo legislador, devendo empregar de modo responsável os recursos da sociedade, aqui, a responsabilidade fiscal e o porquê da razoabilidade da solução de ampliação da competência do Tribunal de Contas ou da criação de um tribunal administrativo na estrutura do Poder Legislativo com a extensão do controle decisional de solução de conflitos advindos daquelas, ou mesmo do Ministério Público, fiscal da lei, como alternativas mais conservadoras em relação à adoção das definições renovadas dos conceitos ora em análise.

No atual contexto, dadas as contingências, a liberdade de escolha acerca do que se considera como melhor, inclusive os conteúdos dos conceitos de interesse público e de indisponibilidade de direitos, reforça a responsabilidade dos indivíduos e da sociedade na condução da coisa pública pelo critério de alocação equânime dos recursos, estimulando a confiabilidade nas relações, via de consequência, a qualidade dos contratos, das parcerias e das decisões terminativas.

Na via do consenso simbolizada pela arbitragem, a avaliação da eficiência certamente ainda será ideológica, segundo concepção majoritária, mas, ainda assim, em países de tradição ocidental e de direitos humanos, a justiça é medida da eficiência econômica.

Na medida em que o juízo arbitral é institucionalizado pelo sistema jurídico, passa a ser elemento de estímulo à

eficiência; quando se implementa, observados os critérios formais, o mesmo; operado, culmina na decisão, ali a equidade, justiça no caso concreto, aparadas as arestas da lei. Assim, a correlação necessária entre eficiência e equidade para a correta solução pacífica dos conflitos, no caso, dos conflitos advindos das parcerias público-privadas.

9. EFICIÊNCIA E EQUIDADE

Já é conhecido o impacto da eficiência das instituições nos custos de transação dos contratos celebrados em uma economia. Considerando a importância da minimização dos custos de transação associados aos contratos para o crescimento da economia, Scully³ analisou o impacto das instituições sobre os níveis de eficiência e as taxas de crescimento de cento e cinquenta economias de mercado e concluiu que economias comprometidas com o *rule of law* crescem três vezes mais rápido em termos *per capita* do que países com instituições precárias. Isto porque países com instituições fortes são duas vezes mais eficientes em termos de crescimento que países com instituições frágeis.

As instituições jurídicas influenciam sobremaneira o desempenho econômico, haja vista que a eficiência do Poder Judiciário implicam custos de transação em contratos firmados pelos agentes econômicos. Para que os acordos sejam críveis entre as partes, é necessário que o Poder Judiciário tenha capacidade institucional de compelir as partes a cumprir as obrigações pactuadas a tempo e modo, garantindo a não afetação do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Custos de transação elevam-se na medida do aumento do risco de descumprimento, tornando contratos de parceria público-privadas menos eficientes ou inviáveis.

Sob outro aspecto, temos que considerar que outros problemas, tais como o excesso de normas e a existência de normas incompletas e obscuras também afetam as relações e a qualidade das decisões. É condição da eficiência a qualidade da lei, clara, acessível, eficaz e efetiva, assim como o é para a equidade.

No Brasil, assim como em diversos outros países da América Latina, o descontentamento com o Poder Judiciário já se

³ SCULLY, 1988, p....

tornou nota histórica. Diagnósticos apontam para causas como a instabilidade do marco legal nacional, o excessivo formalismo do procedimento jurisdicional, o abuso no uso da via recursal, a incapacidade de juízes e auxiliares em propor medidas alternativas eficientes. Desta “cultura jurídica” resulta um procedimento judicial lento e burocratizado que pode postergar a prestação jurisdicional por prazos que podem ser contados em décadas.

A Lei n. 11.079/ 2004 faculta o emprego da arbitragem como meio de solução de controvérsias entre parceiro público e parceiro privado.

Todavia, não se trata de questão pacífica na jurisprudência como já visto. O Supremo Tribunal Federal, antes mesmo da edição da supra mencionada lei, reconheceu que não há vedação a que as pessoas jurídicas de direito público participem de arbitragem⁴. O Superior Tribunal de Justiça, em decisão da Segunda Turma, decidiu, por unanimidade, pela validade da arbitragem para contratos firmados com empresas públicas e sociedades de economia mista⁵. Já o Tribunal de Contas da União apresenta julgados⁶ contrários.

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

Além, quanto à incompletude contratual, sabe-se que a imprevisibilidade de todas as condições, fatores naturais e humanos, afeta a execução, de maneira que somente a hermenêutica bem realizada do instrumento e da legislação por profissional competente alcança a finalidade almejada, alocando o risco com eficiência.

10. EM BUSCA DE SOLUÇÕES

⁴ Ag.In. 52.181-GB, RTJ, 68/382.

⁵ Ministros João Octávio de Noronha, Castro Meira, Peçanha Martins e Eliana Calmon, em outubro de 2005, AES Uruguaiana X CEEE.

⁶ Acórdão 587/2003.

Sendo uma parceria público-privada bem sucedida resultado da definição de seu objetivo e das condições de viabilidade pela relação custo-benefício positiva na alocação de recursos, o procedimento arbitral é também fator determinante, no caso brasileiro em especial considerados os problemas já apontados, para a ação determinada dos agentes econômicos a fim de estabelecer parcerias público-privadas e ensejar crescimento.

Se na Administração Pública, não há possibilidade de aplicação do *soft law* em virtude da necessidade de observância do princípio da legalidade, instrumentos de solução pacífica de conflitos pela via da arbitragem devem ser buscados para a melhor realização da justiça, daí as seguintes sugestões, segundo graus mais ou menos elevados de custos, riscos, incentivos e benefícios, na tentativa de adequar os meios aos fins, através do mesmo instrumento arbitral, mas em arranjos institucionais diversificados, à escolha dos interessados, legislador, administrador, agente econômico, no intuito da escolha da melhor forma, segundo a melhor conveniência:

1. Arbitragem típica, prestada por árbitro ou árbitros escolhidos de comum acordo pelos parceiros, na hipótese de observância da legislação vigente, considerados o interesse público e a indisponibilidade de direitos, no sentido clássico ou renovado, sendo maior a liberdade de escolha dos parceiros, aumentando o grau de confiança no procedimento e na sentença e a segurança jurídica;

2. Câmara de arbitragem na estrutura do órgão gestor da parceria público-privada, que estenderia sua competência, em composição mista, com representantes da Administração Pública e do parceiro privado, ainda preservada a indicação dos árbitros para efeito de confiabilidade;

3. Câmara de arbitragem na estrutura do Poder Legislativo, no Tribunal de Contas, cujo controle externo se estenderia, do exame de legalidade, legitimidade, economicidade e receita para decisão sobre o mérito da causa, em atenção ao sentido mais estrito de interesse público e indisponibilidade de direitos;

4. Tribunal administrativo, em jurisdição dual ou apenas como órgão de função judicial, na estrutura do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, composto por agentes do Estado, juiz natural, segundo os princípios do processo administrativo, em prática de arbitragem na resolução de litígios suscitados pela atividade administrativa, incluindo os das parceria público-

privadas, garantindo preservação do interesse público e indisponibilidade de direitos.

11. Considerações Finais

A arbitragem é meio alternativo de solução pacífica de conflitos, de natureza pública, viável no sistema jurídico brasileiro, aplicável aos contratos de parcerias público-privadas através de arranjos arbitrais diversos, como mecanismo de salvaguarda, na persecução do interesse público como necessidade, utilidade e razoabilidade na gestão da coisa pública.

12. REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio Augusto Junho. Aspectos gerais das parcerias público-privadas no contexto da reforma do Estado. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 56, n. 3, jul./set. 2005, p. 173-194.

ARIDA, P. A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma. In: ZYLBERSTAJN, Décio, SZTAJN, Rachel (orgs.). **Direito & Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ASHCROFT, Richard E. **From Public Interest to Political Justice**. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics (2004), 13, 20-27.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: **O direito público em tempos de crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 100-118.

BASILE, Juliano. STJ aceita arbitragem de contratos, **Valor Econômico**, 27/10/2005.

BREWER, Brian; HAYLLAR, Mark R. Building public trust through public-private partnerships, **International Review of Administrative Sciences**, London, v. 71(3): 475-492.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro. Relatório de abertura do Simpósio Jurídico W.G.Hart, Sobre Justiça Civil e suas Alternativas, Londres, **Instituto of Legal Advanced Studies**, 7-9, julho 1992, trad. MOREIRA, José Carlos Barbosa, Revista Forense, v. 236, abril/maio/jun., 1994.

CHEVALLIER, M. Jacques. La gouvernance, um nouveau paradigme étatique?, **Revue Française D'Administration Publique**. ENA. N. 105/106, 2003, p. 203-217.

CIRCO, Carl J. Contract theory and contract practice: allocating design responsibility in the construction industry, **Florida Law Review**. V. 58. N. 3. July. 2006, p. 561-637.

COOTER, Robert D. Diritto ed economia. **Enciclopedia delle Scienze Sociali**. V. III.1993.p. 98-106.

COSTA, Álvaro. Experiência Internacional das Parcerias Público-Privadas: o Exemplo Inglês, **Seminário Internacional Parceria Público-Privada na Prestação de Serviços de Infra-estrutura**, MRE, BID, BNDES, 13 e 14 de novembro de 2003.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. **Boletim de Direito Municipal**. São Paulo: n. 11, nov.2001, p. 798-799.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. V. II. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

DUTRA, Pedro Paulo de Almeida. O controle das parcerias público-privadas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. v. 56., n. 3, jul./set. 2005, p. 133-148.

FAERMAN, M. Perto do Colapso, **Revista Problemas Brasileiros**, jan./fev., 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Arbitragem e prestação de serviços públicos**, Revista de Direito Administrativo, n. 233, 2003.

JÚNIOR, Cretella. Da arbitragem e seu conceito categorial, **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 25, n. 98, 1998.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. A arbitragem como meio de solução de controvérsias, Revista Forense, n. 97, 2001.

_____. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, v. 58, n.1, jan./mar. 2006, p. 15-62.

MARTINS, Ricardo Marcondes. O conceito científico de processo administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 235, p. 321-381, jan./mar.2004.

MIRANDA, Jorge. A administração pública na Constituição Portuguesa, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**. XLIII. N.2. 2002, p. 981-985.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; VILELA SOUTO, Marcos Juruena. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, n. 236, p. 215-261, abr./jun. 2004.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A reforma gerencial do Estado de 1995, **Revista de Administração Pública**. Fev. 34(4): 7-26, jul./ago. 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Texto para discussão n.º 1125. IPEA. Out./2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ROCHA, Gustavo Eugênio Maciel. **As inovações das PPPs**. Azevedo Sette Advogados, Belo Horizonte. Disponível em: http://www.azevedosette.com.br/ppp/artigos/inovacoes_das_ppps.html. Acesso em: 15 jan. 2007.

SCULLY, Gerald W. The Institutional Framework and Economic Development, **Journal of Political Economy**, v. 96, n. 3, 1988.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Uma nova visão da arbitragem. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 387, 29 jul. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5468>. Acesso em: 19 jan. 2007.

TENÓRIO, Fernando G.. Aliança e parceria: uma estratégia em Alves&Cia., **Revista de Administração Pública**. Fev. 34(3):35-52, Maio/Jun. 2000.

<http://www.arbitragem.com.br>, acesso em 19/01/2007.

<http://www.mediator.com.br/arbitragem/curso>