

André Rodrigues Junqueira

Prefácio

*Gustavo Justino de Oliveira*

ARBITRAGEM NAS PARCERIAS  
PÚBLICO-PRIVADAS  
UM ESTUDO DE CASO

Belo Horizonte

**FÓRUM**

CONHECIMENTO JURÍDICO

2019

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virgínia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvania Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto ( <i>in memoriam</i> )	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

# FORUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo  
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012  
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949  
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail [editorial@editoraforum.com.br](mailto:editorial@editoraforum.com.br) para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

115 3019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

J95a Junqueira, André Rodrigues  
Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso/ André Rodrigues Junqueira.- Belo Horizonte : Fórum, 2019.  
306p.: 14,5cm x 21,5cm

ISBN: 978-85-450-0646-6

1. Direito Administrativo. 2. Direito Público. 3. Arbitragem. I. Título.

CDD: 341.3

CDU: 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte – CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas parcerias público-privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. 306p. ISBN 978-85-450-0646-6.

## SUMÁRIO

---

PREFÁCIO	
<b>Gustavo Justino de Oliveira</b> .....	15
APRESENTAÇÃO.....	21
INTRODUÇÃO .....	23
CAPÍTULO 1	
CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA .....	29
1.1 A origem do contrato administrativo .....	32
1.1.1 Teorias sobre a aceitação e a negação do contrato administrativo .....	32
1.1.2 O contrato administrativo do direito francês .....	35
1.1.3 O contrato administrativo do direito brasileiro .....	38
1.2 Os possíveis modelos contratuais com a Administração Pública brasileira.....	40
1.2.1 Os contratos administrativos típicos .....	40
1.2.2 Os contratos de concessão de serviço público.....	43
1.2.3 Os contratos de Parceria Público-Privada.....	44
1.2.4 Demais parcerias com a Administração Pública.....	47
1.3 Infraestruturas públicas.....	49
1.3.1 Histórico das infraestruturas públicas brasileiras .....	51
1.3.2 Arranjos institucionais atuais para implementação de infraestruturas.....	52
1.3.3 Regulação, Defesa da Concorrência e o modelo de concessão de serviço mediante licitação para infraestruturas.....	54
1.4 Conceitos fundamentais nos contratos de infraestruturas .....	56
1.4.1 Financiamento do projeto.....	56
1.4.2 Alocação de riscos.....	58
1.4.3 Critérios de remuneração do contratado .....	61
1.4.4 Manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos	64
1.5 Sínteses parciais .....	67

## CAPÍTULO 2

## ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....

69		69
2.1	Introdução.....	69
2.1.1	Evolução legislativa no Brasil .....	70
2.1.1.1	Legislação relativa às concessões de serviço público .....	78
2.1.1.2	Convenções internacionais .....	81
2.1.2	Estudo comparado de três precedentes.....	84
2.1.2.1	O “Caso Lage” (STF – Agravo de Instrumento em Recurso Extraordinário nº 52.181, rel. Min. Bilac Pinto, j. 14.11.1973) .....	85
2.1.2.2	O “Caso Copel” (Procedimento ICC nº 12656/KGA – Câmara de Comércio Internacional).....	89
2.1.2.3	O “Caso Metrô/SP” (Procedimento ICC nº 15283/JRF – Câmara de Comércio Internacional).....	93
2.1.2.4	Pontos de contato entre os três precedentes .....	96
2.1.3	Uma nota de direito comparado .....	97
2.1.3.1	França e Portugal .....	98
2.1.3.2	Estados Unidos e Inglaterra .....	101
2.1.3.3	Países latino-americanos.....	106
2.2	A arbitragem como instrumento adequado para resolução de determinadas disputas contratuais da Administração Pública ..	110
2.2.1	Potenciais vantagens na utilização da arbitragem pela Administração Pública.....	111
2.2.2	Desafios no uso da arbitragem pela Administração Pública.....	115
2.3	Aspectos procedimentais.....	119
2.3.1	Especificidades procedimentais da arbitragem com a Administração Pública? .....	120
2.3.2	Publicidade.....	125
2.3.3	Possibilidade de participação de terceiros no procedimento arbitral .....	130
2.4	Sínteses parciais .....	135

## CAPÍTULO 3

## MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS EM CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO.....

137		137
3.1	O contrato da Administração Pública e seu capítulo de solução de disputas.....	137
3.1.1	Desafios na gestão de um contrato público .....	137
3.1.2	Modalidades de soluções de disputas: foro convencional, arbitragem, mediação e conciliação .....	144

3.1.3	Contratos da Administração com capítulo de solução de disputas: redação do instrumento, justificativas apresentadas pelo Estado e a compreensão jurisprudencial .....	149
3.1.3.1	Os efeitos da cláusula arbitral na compreensão de Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman .....	151
3.1.3.2	A primeira fase: o cumprimento das diretrizes dos financiadores internacionais .....	153
3.1.3.3	A segunda fase: o uso indiscriminado da cláusula arbitral.....	155
3.1.3.4	A terceira fase: o aprimoramento da cláusula arbitral.....	159
3.1.3.5	A compreensão do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União .....	164
3.2	Análise da eficiência da cláusula arbitral nas contratações públicas .....	167
3.2.1	Formas de aproximação entre o Direito e a Economia.....	169
3.2.2	A arbitragem como instituição .....	176
3.3	Consequências para a arbitragem com participação da Administração Pública.....	179
3.3.1	Indicação de um ambiente cooperativo entre as partes.....	180
3.3.2	Redução de custos para as partes? .....	182
3.3.3	Introdução da cláusula compromissória na matriz de riscos do contrato.....	187
3.4	Sínteses parciais .....	192

## CAPÍTULO 4

	ESTUDO DE CASO: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS DO ESTADO DE SÃO PAULO.....	195
4.1	Metodologia e objetivos da pesquisa.....	196
4.2	O procedimento prévio à contratação de uma PPP em São Paulo .....	199
4.3	As Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo.....	203
4.3.1	O início: Linha 4 de Metrô.....	204
4.3.2	A opção pela cláusula de foro tradicional: Linha 8 da CPTM ....	210
4.3.3	As Parcerias Público-Privadas da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo.....	214
4.3.4	A tentativa de uniformização: Linha 6 e Linha 18 do Metrô, Fundação para o Remédio Popular, Complexos Hospitalares, SIM da Baixada Santista, Rodovia dos Tamoios e Habitação Popular.....	219
4.4	Os resultados da pesquisa .....	224
4.4.1	A cláusula arbitral foi uma escolha consciente?.....	225
4.4.2	A cláusula arbitral foi uma escolha adequada? .....	228

4.5	Análise da eficiência na utilização da arbitragem (o método de avaliação de Kaldor-Hicks) .....	231
4.5.1	A cláusula compromissória como um instrumento mitigador de risco do contrato .....	235
4.5.2	Delimitação dos contratos públicos em que se recomenda a utilização de cláusula compromissória .....	238
4.6	Sínteses parciais .....	242
CONCLUSÕES .....		245
APÊNDICES E ANEXOS .....		251
APÊNDICE A:	Planilha básica de orientação da entrevista semiestruturada.....	253
APÊNDICE B:	Termo de Consentimento.....	254
APÊNDICE C:	Transcrição das Entrevistas .....	256
ANEXO A:	Parecer da Procuradoria-Geral do Estado GPG n. 4/2013 (republicação do edital da PPP da Linha 6 de Metrô – EXCERTO).....	279
ANEXO B:	Parecer da Procuradoria-Geral do Estado CJ/STM n. 19/2009 (PPP da Linha 8 da CPTM – EXCERTO).....	280
ANEXO C:	Parecer da Procuradoria-Geral do Estado GPG n. 03/2014 (PPP da Rodovia dos Tamoios – EXCERTO).....	281
ANEXO D:	Ata da Oitava Reunião do Conselho Gestor de PPP. <i>Diário Oficial do Estado de São Paulo</i> , 17 de dezembro de 2005, p. 3 (EXCERTO).....	282
ANEXO E:	Relatório de Riscos Fiscais Decorrentes de Parcerias Público-Privadas. <i>Diário Oficial do Estado de São Paulo</i> , 5 de julho de 2013. Caderno Legislativo, p. 26 (EXCERTO) .....	284
ANEXO F:	Ata da Assembleia-Geral Extraordinária da Concessionária da Linha 4 do Metrô de São Paulo, realizada em 6 de julho de 2017 .....	285
ANEXO G:	Ata da Vigésima Sexta Reunião do Conselho Gestor de PPP. <i>Diário Oficial do Estado de São Paulo</i> , 6 de maio de 2009, p. 2 (EXCERTO).....	286
ANEXO H:	Ata da Décima Terceira Reunião do Conselho Gestor de PPP. <i>Diário Oficial do Estado de São Paulo</i> , 8 de agosto de 2006, p. 3 (EXCERTO).....	288
ANEXO I:	Processo STM N. 00070/2012. Consulta Pública da PPP da Linha 6 de Metrô (EXCERTO).....	289
ANEXO J:	Ata da 77ª Reunião Ordinária do Conselho Gestor de PPP. <i>Diário Oficial do Estado de São Paulo</i> , 15 de agosto de 2017, p. 1 (EXCERTO) .....	290
REFERÊNCIAS.....		291