



A presente obra versa sobre o uso da arbitragem pela Administração Pública. A partir de um estudo de caso, delimitado pelos contratos de Parcerias Público-Privadas celebrados pelo Estado de São Paulo, busca-se compreender em que medida as vantagens tradicionalmente apontadas pelo manejo de cláusulas compromissórias realmente se verificam na prática dos projetos de infraestrutura. Questões como redução de custos de transação para as partes, eficiência administrativa e mitigação de riscos contratuais são examinadas com profundidade em torno da investigação qualitativa realizada pelo autor.

O livro é a versão comercial de dissertação de mestrado defendida em dezembro de 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), aprovada “com distinção” em razão da qualidade da pesquisa apresentada.

Autor
André Rodrigues Junqueira

ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Um estudo de caso

Prefácio
Gustavo Justino de Oliveira

Área específica
DIREITO ADMINISTRATIVO.

Áreas afins
DIREITO PÚBLICO, DIREITO ADMINISTRATIVO E
ARBITRAGEM.

Público-alvo/consumidores
O PÚBLICO-ALVO SÃO PROFISSIONAIS
QUE MILITAM EM ARBITRAGENS COM
PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADES PÚBLICAS E
ACADÊMICOS INTERESSADOS EM PESQUISAS
SOBRE A UTILIZAÇÃO DE MEIOS PRIVADOS DE
SOLUÇÃO DE DISPUTAIS CONTRATUAIS PELA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

FORMATO: 14,5 × 21,5 cm
CÓDIGO: 10001603

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.

André Rodrigues Junqueira é Procurador do Estado de São Paulo e possui os títulos de mestre em Direito do Estado e Bacharel em Direito, ambos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). A atuação profissional do autor compreende a defesa da Administração Pública Paulista em procedimentos arbitrais e o assessoramento jurídico do Poder Executivo em projetos de concessões e Parcerias Público-Privadas. Palestrante em congressos e autor de artigos publicados em periódicos especializados. Integrante da lista referencial de árbitros de diversas instituições de renome.

PREFÁCIO	
Gustavo Justino de Oliveira	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
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
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