

## A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NAS PPP

### THE EXTRAJUDICIAL SOLUTION OF CONFLICTS IN PPP

Júlio Cesar Torquato dos Santos<sup>1</sup>

#### RESUMO

São os princípios do direito administrativo que permitem ao judiciário e à administração equilibrar os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração, unificando e sistematizando a disciplina. Ainda há controvérsia sobre a possibilidade de adoção de meios alternativos de solução de conflito no seio da Administração Pública especialmente com lastro nos princípios da legalidade e do interesse público. Por sua vez as parcerias público-privadas são contratos por meio dos quais a Administração Pública acorda para que um privado preste serviços de médio e longo prazo. A Lei nº 11.079/2004 é um dos diplomas que peritem a solução extrajudicial de controvérsias no país, sendo assim necessário analisar essa realidade no artigo.

**Palavras-chave:** PPP, Princípios administrativos, soluções extrajudiciais de controvérsia.

#### ABSTRACT

It is the principles of administrative law that allow the judiciary and administration to balance the rights of the administration and the prerogatives of the administration, unifying and systematizing the discipline. There is still controversy about the possibility of the adoption of alternative means of resolving conflict within the public administration, especially with ballast on the principles of legality and the public interest. In turn, public-private partnerships are contracts through which the public administration agrees for a private sector to provide medium and long-term services. Law No. 11,079/2004 is one of the diplomas that stop the out-of-court settlement of disputes in the country, so it is necessary to analyze this reality in the article.

**Keywords:** PPP, Administrative principles, out-of-court solutions of controversy.

#### INTRODUÇÃO

A eficácia da justiça, o direito ao acesso e a celeridade e segurança jurídica estavam em xeque no Brasil, o engarrafamento do poder judiciário relegava quaisquer disputas a levarem anos para serem solucionadas fazendo com que não existisse mais aproveitamento prático da decisão, ou ao menos diminuindo seus impactos.

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito, Especialista em administração pelo Insper, Especialista em cadeia de suprimentos pela BSP, Certificado Exin em privacidade de dados, Advogado. E-mail: juliocesar@torquatodossantos.com.br.

Exatamente por isso em 2004 foi inserida na Constituição Brasileira a Emenda Constitucional – EC nº 45, a chamada reforma do judiciário que visava implementar alternativas que tornassem a busca pela justiça mais célere, justa, equânime e efetiva. Entre as soluções buscadas estava exatamente a procura por fomentar uma cultura de soluções alternativas de disputas no país.

A Administração Pública é responsável pela maior parte dos litígios em curso no Poder Judiciário brasileiro, sendo uma litigante habitual. Tal circunstância faz com que qualquer proposta de “desengarrafamento” do poder judiciário necessite da possibilidade de adoção de soluções alternativas pela administração pública.

Não obstante, os princípios administrativos, diretrizes que pautam toda a atuação administrativa vinham operando como um obstaculizador ou ofensor dessa adoção, especialmente aqueles da legalidade e do interesse público e a responsabilização do Agente Público. Contudo, a evolução e releitura de tais princípios acirrou as discussões sobre a possibilidade de soluções extrajudiciais de controvérsia pela administração.

Ao lado disso, a crise nos estados de bem-estar social levou a que estabelecesse entre nós um estado regulatório que procura estabelecer parcerias com pessoas privadas como forma de prestar serviço a médio prazo em atividades tipicamente estatais.

A pesquisa que aqui se resume em artigo procura investigar a adoção de soluções pacíficas de controvérsia pela Administração Pública brasileira nos contratos de parceria público-privados.

## **1. PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Princípios são as bases sobre as quais se fundamenta uma ciência, e no caso do Direito Administrativo, os princípios que o sustentam combinam alguns princípios específicos com outros que informam a outros setores do direito, especialmente o direito público.

Di Pietro (2020, p. 219) nos ensina que uma vez que o Direito Administrativo possui “origens, de elaboração pretoriana e não codificado, os princípios sempre representaram papel relevante nesse ramo do direito”. São, assim, os princípios do direito administrativo que possibilitam ao judiciário e à administração equilibrar os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração.

São diretrizes unificadoras e sistematizadoras do Direito administrativo, consubstanciando-se em valores fundamentais do sistema que ao mesmo tempo comunicam o núcleo valorativo e definem a feição deste ramo jurídico (MAZZA, 2021, p. 189).

Princípios administrativo são, portanto, importantes para determinar a atuação do Estado, orientando condutas dos agentes públicos com vistas a satisfazer os interesses coletivos (CARVALHO, 2020, p.68), tendo a constituição federal positivado alguns deles em seu artigo 37.

As leis infraconstitucionais, que regulam o processo administrativo, também elencam outros princípios do Direito Administrativo. Em âmbito federal, o art. 2.º da Lei 9.784/1999 menciona os seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (OLIVEIRA, 2021, p. 102)

Esses princípios, assim como os implícitos, devem ser observados por todas as pessoas administrativas dos entes federativos. Os constitucionais expressos na Constituição são a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sendo que, o primeiro deles, o princípio da legalidade, “significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 95)

Baseia-se que o Estado deve respeitar as leis que emanam dele próprio, determinando que os agentes públicos se submetam inteiramente à lei, o administrador só atua quando a lei o autoriza. É necessário pontuar que a Legalidade não significa supressão da discricionariedade do administrador, sendo esta última considerada quando da ponderação de conveniência e oportunidade em favor do interesse público.

Eficiência, por sua vez, é um dos deveres da Administração Pública que impõe que os agentes efetuem suas atividades com presteza de forma a trazer “resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (DI PIETRO *apud*. MEIRELLES, 2020 p. 250)

Há uma dupla feição no princípio da eficiência, se por um lado ele se refere a esse modo de atuação dos agentes, de outro diz respeito à forma com que a administração se organiza para obter melhores resultados na prestação do serviço público.

Conquanto todos esses princípios sejam igualmente relevantes e todos tenham algum grau de interseccionalidade (conexão) com o tema aqui abordado, selecionamos a legalidade e a eficiência em conjunto com o *supra princípio* da supremacia do interesse público e a indisponibilidade do interesse para pensar na solução alterativa de controvérsia quando aplicada em circunstâncias em que existe uma parceria público-privada entabulada pela administração pública.

A supremacia do Interesse público parte da ideia de que as atividades da administração devem ser desenvolvidas em benefício da coletividade, seu objetivo, portanto, deve ser a consecução do interesse público, tendo por destinatário todo o grupo social, trata-se

“do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais” (CARVALHO FILHO, 2020, p. 116).

Interesse público é um conceito indeterminado devendo ser aferido caso-a-caso qual o resultado que melhor atende à sociedade, a prevalência do interesse público está ligada ao direito público não sendo possível suplantá-lo por interesses subjetivos.

Alexandre Mazza informa que a indisponibilidade do interesse público tem por enunciado a máxima de que os agentes públicos não dispõem dos interesses que defendem, mas devem agir da forma com que a lei determina, ainda conforme o mesmo autor “não se admite tampouco que os agentes renunciem aos poderes legalmente conferidos ou que transacionem em juízo. (MAZZA, 2021, p.201)

Desta forma, não se admite que o Poder Público celebre acordos judiciais, mesmo quando benéficos, sem que exista expressa autorização legal. Atualmente existe autorização legal para que a administração transija em alguns casos, apontando para alguma relativização do princípio, as exceções estão constantes da Lei nº 20.259/01 que possibilita aos representantes da fazenda pública a transigir e conciliar em causas no âmbito dos Juizados Especiais Federais, em adição, os artigos 23-A da Lei nº 8.987/95 e 11, III, da Lei nº 11.079/2004 legitimam a utilização de soluções adequadas de controvérsia nos contratos de concessão de serviço público e nas parcerias público-privadas (PPP), exatamente este último caso que passaremos a analisar.

## **2. LEI DAS PPP**

Parcerias Público-Privadas (PPP) são uma espécie de concessão especial de serviços públicos e estão submetidas ao regime diferenciado regulamentado pela Lei nº11.079/04. Em sentido amplo se refere a acordos entre poder público e particulares para a consecução do serviço público, de forma mais restrita tem por referência as parcerias que se entabulam sob a modalidade patrocinada ou administrativa, esta a regida pela Lei das PPP.

A Constituição Federal em seu artigo 21, incisos XI e XII, dispõe como competência da União:

(...) XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão

Em adição, o artigo 175 do mesmo diploma impõe que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

O ordenamento jurídico brasileiro assentou em suas leis três principais instrumentos que regulamentam a delegação, a concessão comum (leis 8.987/1995 e 9.074/1995), a concessão patrocinada (PPP) (lei nº 11.079/2004) e concessão administrativa (PPP) (Lei nº 11.079/2004)

A inserção do quadro legal inaugurado em 2004 pela lei das PPP teve em vista algumas circunstâncias que se aferiam na conjuntura do país, desta forma, o esgotamento da capacidade de endividamento do Estado cujos limites estão dispostos pela lei de Responsabilidade Fiscal (101/00) desaguando na impossibilidade de o poder público investir na prestação de serviços e na construção e manutenção de infraestrutura adequada. (OLIVEIRA, 2021, p. 339)

Ao lado desta, a necessidade de prestação de serviços não autossustentáveis, ou seja, aqueles que importam em investimentos de grande vulto sem que seja possível a cobrança de tarifa dos usuários, por fim, o princípio da subsidiariedade e necessidade de eficiência na prestação dos serviços, em outras palavras, a atuação privada era considerada mais eficiente que a pública. (OLIVEIRA, 2021, p. 339)

A contratação deste tipo de parceria ocorre sob licitação e abarca o âmbito de atuação de todos os três níveis federativos, consoante Carvalho Filho:

O conceito procura abranger os elementos básicos do instituto. Trata-se de acordo de natureza contratual, já que resultante da manifestação volitiva da Administração e do concessionário privado. A delegação implica o serviço de implantação e gestão de empreendimentos públicos normalmente de grande vulto. Dependendo da natureza do serviço, pode ocorrer que sua execução reclame eventual realização de obras e fornecimento de bens; ainda assim, o objeto básico é o serviço de interesse público a ser prestado. O dispêndio, total ou parcial, com a prestação do serviço incumbe à pessoa privada, que será devidamente ressarcida no curso do contrato. Aliás, se o contrato não prevê a contraprestação pecuniária do concedente ao concessionário, não será concessão especial (ou parceria público-privada, como diz a lei), e sim concessão comum, sendo regulada pela Lei no 8.987/1995. (art. 2o, § 3o).<sup>152</sup> Por fim, riscos e ganhos são compartilhados, indicando responsabilidade solidária entre as partes. (2020, p. 792)

Há duas modalidades de PPP, a concessão patrocinada e a administrativa. A primeira tem por característica o concessionário receber a partir de duas fontes distintas, as tarifas pagas pelos usuários e uma contraprestação adicional paga pelo concedente ao contratado (art 2º § 1º). Essa modalidade assemelha-se à concessão comum, a diferença é exatamente a possibilidade de pagamento adicional por parte do poder público.

Já a concessão administrativa disposta no art 2º § 2º não possibilita o recebimento através de tarifas, uma vez que é a administração a usuária do serviço, caso em que o pagamento é realizado pelo próprio concedente. Significa dizer que neste caso a lei autoriza a contratação por particulares de serviços que se constituem em atividades tipicamente administrativas (CARVALHO FILHO, 2020, p. 795)

A condição de usuária da Administração Pública pode se configurar de forma direta e indireta, ainda que envolva a execução de obras ou o fornecimento de bens, existindo grande vulto de emprego financeiro pelo parceiro privado, que é responsável por todos os custos de execução, além disso, nesta modalidade não é possível a celebração do contrato apenas para a prestação de serviço, necessariamente deve existir a execução de obras ou fornecimento de bens como parte do objeto contratado (CARVALHO, 2020, p. 701)

A Lei Federal nº 8.987/1995 aplica-se subsidiariamente às PPP, nela estando previsto a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro o contrato pode ser alterado unilateralmente pela Administração Pública, mas deve ser compensado o impacto financeiro, além disso, o art. 6º dispõe sobre a mutabilidade do contrato de concessão para a “prestação adequada dos serviços”, especialmente tendo em conta os avanços na técnica.

Neste sentido, Matheus Carvalho informa que existe a necessidade de “respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos de sua execução, não sendo admitida, por exemplo, a diminuição do lucro do parceiro privado por normas unilaterais impostas pela Administração” (2020, p. 706)

As obrigações dos concessionários são dotadas de liberdade na seleção dos meios que considerar eficazes para a consecução dos resultados, sendo necessária a “eficiência no cumprimento das missões do estado assim como no emprego dos recursos da sociedade” (CARVALHO, 2020), sendo indispensável a satisfação dos interesses comuns.

Além disso, existe a possibilidade de delegação da prestação de serviços indivisíveis ou cuja demanda era insuficiente para cobrir a totalidade dos investimentos em tempo adequado, assim, existe a inelegibilidade das funções de regulação, jurisdicional, do poder de polícia e demais atividades que sejam exclusivas do Estado.

Reparte-se objetivamente os riscos entre concessionário e administração, incluindo os que se relacionam com a teoria da imprevisão à matriz de riscos. Enseja-se, portanto, a solidariedade na responsabilidade por prejuízos decorrentes da execução do contrato, assegurando, com isso, a diminuição dos custos na prestação de serviços.

As premissas previstas na Lei das PPP, particularmente, assim como em todo o ordenamento jurídico devem reger as contratações, sendo certo que as controvérsias que decorram do contrato podem ser solucionadas através de arbitragem, nos termos do art 10, III.

### **3. SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

A legislação brasileira inspirou-se nas *Alternative Dispute Resolutions* - ADR, construída pelo direito Norte-Americano com base no sistema de solução de disputas familiaritas sueco (SANDERS, 2012). Foram traduzidas no Brasil como Soluções Alternativas de Controvérsia, Soluções Adequadas de Controvérsia, ou ainda, Resolução Apropriadas de Disputas – RADs, referindo-se ao uso de expedientes extrajudiciais para a solução de conflitos (CNJ, 2016). Exemplos adotados ente nós são a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Inobstante tenha ganhado força nos últimos anos, há dados que apontam para a existência da utilização de soluções extrajudiciárias de controvérsias pelo Brasil há muitos anos, tendo advindo a partir da década de 1990 as previsões mais robustas, especialmente iniciando na seara do direito do trabalho através de soluções mediadas. Esses métodos, entretanto, não foram incorporados como almejado à nossa cultura e os brasileiros continuam a procurar, de forma majoritária, as soluções do poder judiciário.

É marco na construção do sistema nacional a Resolução nº 125 do CNJ – Conselho Nacional de Justiça, colocada como parte das reformas no sistema judiciário que tiveram ensejo a partir da EC – Emenda Complementar nº 45/04, o afogamento do poder judiciário causava extrema morosidade e, com isso, falta de efetividade nas decisões relegando os brasileiros à falta de acesso à justiça (BRASIL, 2016).

De acordo com o CNJ, a Política Pública de Resolução Apropriada de Disputas reflete um movimento de busca por consensualização ao estabelecer como prioridade a autocomposição na solução de conflitos com base na ideia de que a maior parte das disputas poderiam ser solucionadas por meios consensuais, desafogando, com isso, o Poder judiciário que ganharia não apenas em celeridade, mas que possibilitaria ao corpo técnico e decisório dedicar-se a demandas mais complexas (BRASIL, 2016)

Apenas em 2010, com a Resolução nº 125 do CNJ é que houve o início da construção de um pavimento mais robusto através do qual repousaria a feição jurídica das soluções alternativas de controvérsia, desenho este ainda não terminado, mas que culmina com a criação de um aparente sistema multiportas brasileiro em 2015, com a promulgação do CPC.

Em 2015, com a instituição do novo Código de Processo Civil, restou evidente a preocupação do legislador com a necessidade de se efetivar a solução de conflitos em âmbito (extra)judicial, principalmente os que giram em torno de demandas repetitivas e persistentes. Dessa forma, o Código reforça a importância da arbitragem e institutos como a mediação e conciliação se tornaram a primeira via na tentativa de resolução dos litígios. (SOUZA, 2020, p. 193)

No Código de Processo de 2015 há o direcionamento expresso no artigo 174 que impõe à União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a criação de câmaras de mediação e conciliação para atuar no âmbito administrativo. Essas soluções por meio de RADs devem ser adaptadas quando uma das partes é a Administração Pública em razão exatamente dos princípios que regem o direito administrativo.

De sua parte, a lei de mediação autorizou expressamente o autorizou expressamente o uso dessa técnica pelos poderes públicos de todas as esferas da Federação (CUÉLLAR, MOREIRA, 2019, p. 26), desta forma, o artigo 1º menciona que a lei dispõe “sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública” e nos artigos 32 a 39 traz previsões que se aplicam especificamente à administração.

Desde então as discussões em torno das RADs no meio jurídico e acadêmico têm se ampliado significativamente, principalmente por conta da busca por soluções para o engarrafamento de processos no poder judiciário. Há, contudo aspectos controvertidos que tem resultado em debates sobre o uso das ferramentas, eles partem “da contraposição dos princípios da supremacia e da indisponibilidade do direito público” (BEÇAK, CAPUCELLI, 2018, p. 29)

No entanto, o conjunto de ferramentas para a solução adequada de controvérsias no âmbito privado, “pode ser utilizado pelo Estado não só na busca de atender o princípio da eficiência, mas também como uma aproximação da Administração Pública com a sociedade, aumentando a participação ativa dos cidadãos e agindo através de vias consensuais” (BEÇAK, CAPUCELLI, 2018, p. 29).

Neste sentido, existe atualmente um déficit na atuação do estado-juiz uma vez que o judiciário tem sido insuficiente na distribuição da justiça, fazendo com que a sociedade exija soluções eficientes para concretizar o direito de acesso à justiça.

A despeito dessa diminuição, persiste a realidade de que grandes litigantes habituais permanecem engarrafando o poder judiciário, especialmente tendo em vista exatamente a administração pública, litigante que encontra obstáculos na entabulação de soluções adequadas de controvérsia, especialmente no que se refere ao princípio da indisponibilidade e da supremacia do interesse público.

Neste sentido, a Administração Pública nacional é grande fonte de conflito e dispõe de um volume expressivo de casos em trâmite no poder judiciário, sendo considerada uma

“litigante habitual”. Souza informa que “segundo interessante pesquisa divulgada pela AMB (Associação dos Magistrados do Brasil), a Administração Pública pode ser considerada responsável por mais de 50% dos processos distribuídos em determinadas unidades da Federação (2020, p. 199).

Em 2011, o Conselho Nacional de Justiça elaborou uma lista com os 100 maiores litigantes do Brasil encontrando nas seis primeiras posições a Administração Pública INSS – Instituto Nacional do Seguro Social (22,33% das ações nacionais); CEF - Caixa Econômica Federal (8,50%); Fazenda Nacional (7,45%), União (6,97%); Banco do Brasil S/A (4,24%) e Estado do Rio Grande do Sul (4,24%); sendo que 77% dos processos em tramite na justiça federal tinham como parte o setor público federal, constituindo-se a administração como maior litigante também nas justiças do trabalho e estadual. (BRASIL, 2011)

Pesquisas apontam para as vantagens aos litigantes habituais em solucionar seus conflitos extrajudicialmente (SOUZA, 2020, p. 201), além disso, a sociedade custeia a justiça direta e indiretamente, desta forma, a justiça custa aos brasileiros cerca de 2,7% do PIB (DAL ROS, 2015, p. 2), respondendo à questão sobre o custo do conjunto das instituições do sistema de justiça para a sociedade brasileira, Dal Ros responde que “é muito caro”, e continua “começando pelo Poder Judiciário propriamente dito, ao considerarmos todos os diferentes “ramos” da justiça – i.e., estadual, federal, trabalhista, militar e eleitoral – e todos seus níveis hierárquicos – i.e., da primeira instância ao Supremo Tribunal Federal (STF), incluindo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ)” (2015, p. 2)

Além disso, seu funcionamento compõe o chamado “Custo Brasil”, ou seja, índice que mede a atratividade do ambiente de negócios brasileiro, e, portanto, na atratividade de empresas a fim de entabular PPP. Custo Brasil é “o custo adicional de transacionar, de realizar negócios, no Brasil em comparação com o custo em um país em que as instituições funcionam adequadamente” (PINHEIRO, 2014 p. 144) Rosa e Gasques explicam que as instituições têm muita influência sobre a capacidade dos países se desenvolverem uma vez que definem as regras do jogo da sociedade, além disso que o Poder Judiciário ocupa uma “posição proeminente” por ter um maior impacto na economia do país (2020, p. 604)

É, portanto, indubitável que um Poder Judiciário independente, competente e eficiente é crucial para o desenvolvimento econômico.<sup>12</sup> Tanto é assim, que o Poder Judiciário é uma das variáveis consideradas quando da aferição dos principais índices, rankings e relatórios efetuados acerca da qualidade do ambiente negocial e de investimentos no país. (ROSA, GUASQUES, 2020, p. 606)

A má qualidade do setor público é um dos índices pior avaliados quando se trata dos componentes do Custo Brasil e o ambiente de negócios tende a não investir em locais com

alto nível de risco jurídico, refletido pela ineficiência no funcionamento da justiça, ou quando investe procura diminuir riscos majorando os ganhos financeiros em desfavor da sociedade (PINHEIRO, p. 152).

A eficácia da justiça e da administração pública, portanto, traduz-se em impactos diretos na vida da sociedade brasileira, sendo a morosidade do judiciário um dos índices que mais elevam o custo Brasil, além disso, o custeio direto do poder judiciário representando, como indicado acima, cerca de 2,7% do PIB.

Essa realidade faz com que o interesse social precise ser visto através dessas lentes, fazendo vantajosa a possibilidade de que a Administração Pública procure por soluções alternativas de controvérsia como forma de diminuir o custo da justiça. Desta feita, a adoção de RADs pela administração pública, quando autorizada em lei deve, ser analisada em confronto com os princípios da administração pública.

#### **4. SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS NAS PPP**

A tendência de utilização de RADs está se intensificando no Brasil, inclusive na administração pública, o que, segundo Leila Cuellar e Egon Bockmann Moreira, há exemplos que comprovam que existe este novo encaminhamento institucional. Assim, a criação da CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal, a realizada no âmbito do Poder Judiciário através dos CEJUSC e “a paulatina e persistente criação de câmaras de autocomposição dentro da própria estrutura dos entes públicos federais, estaduais e municipais” (2019, p. 20)

Conquanto essa não fosse uma hipótese vedada anteriormente, o confronto com o princípio da legalidade ao determinar que a Administração Pública somente pode agir autorizada em lei inibia a implementação de solução pacífica de controvérsia no âmbito administrativo.

Essa inibição foi posta por terra com a promulgação de duas leis de suma importância (CPC e Lei de Mediação), que desfazem com clareza qualquer dúvida que porventura pudesse existir quanto à mediação e autocomposição em temas que envolvam os poderes públicos. Ambas surgiram com o impulso do próprio Judiciário, que detectou ser indispensável a redução das demandas judicializadas como meio de consagrar a paz social. Afinal, o gigantesco número de ações judiciais em que a Administração Pública é parte não prejudica apenas os sujeitos daqueles processos, mas todos os outros (litígios privados), que precisam enfrentar a fila de processos para ter o seu *day in Court*. Mais: tal aumento desproporcional de demandas faz com que a prestação jurisdicional se torne mais cara e muito mais lenta. Todos perdem com isso. (CUELLAR, 2019, p.22)

A possibilidade de adoção das soluções consensuais está prevista na lei das PPP que flexibilizou as normas contratuais para que houvesse um maior equilíbrio entre as partes e maior segurança na solução dos conflitos, assim, a Lei nº 11.079, em seu artigo 11, III prevê “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”.

No ano subsequente a Lei nº 9.037/1996 (Lei da arbitragem) foi alterada para incluir, em suas disposições gerais, que “A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos materiais disponíveis” (art. 1º, § 1º).

As partes poderão então adotar mecanismos autocompositivos para dirimir as controvérsias e, caso não consigam chegar a um consenso, podem optar pela arbitragem (OLIVEIRA, 2012, p. 48). Com tais mecanismos há a desburocratização e flexibilização na contratação tornando o negócio mais atrativo.

Tem-se tornado mais frequente a adoção de Mediação e os chamados *Dispute Boards* - comitês técnicos de solução, para que um facilitador promova essas formas autocompositivas nos contratos de Parceria Público Privadas. Os *Dispute Boards* são comissões à qual o contrato atribui a competência para apreciar as controvérsias, sendo certo que o assunto poderá ser posteriormente levado à conhecimento do poder judiciário ou da arbitragem como forma de solução definitiva em consonância com o que restar disposto no contrato.

Nota-se que a Lei de Licitações nº 14.133/21 prevê entre os meios alternativos de soluções de controvérsia previstos pelos artigos 151 a 154 a utilização da conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas (*dispute board*) e arbitragem, tornando explícita a possibilidade de adoção deles nos conflitos da administração pública.

Através da adoção a Administração Pública se dispõe à composição com o setor privado “tornando-se um Estado Gerencial, que compatibiliza a observância do princípio da legalidade, bem como os princípios da eficiência e eficácia da administração” (CAVALCANTI, 2017, p. 28)

Com este movimento acaba por atrair capital privado e o uso de técnicas e tecnologias avançadas nas obras e serviços públicos. Neste sentido, Fortini (2021) atesta que após a determinação expressa da Lei Geral de Parceria Públicos Privadas e o reposicionamento das forças contratuais a demanda por infraestrutura – portos, escolas, hospitais, aeroportos, estradas de ferro – passaram a ser executados por pessoas privadas exatamente pela fixação de

um ambiente de estabilidade e segurança aos contratos. Ainda essa mesma autora vê vantagens na adoção da cláusula arbitral nos contratos de PPP:

Embora imponha a transferência do poder de solucionar litígios a um terceiro alheio à situação, nisso se aproximando do “porém” das decisões judiciais, a arbitragem representa um importante diferencial ligado ao aspecto técnico. Árbitros que possuem expertise e afinidade com o tema se debruçarão com maior facilidade sobre o ponto de discórdia. (2021)

Trata-se, portanto, de medida salutar pois a um só tempo pode atender ao interesse público e à supremacia do interesse, em uma visão mais atualizada dos institutos, além disso, dota a administração de maior eficiência, sem que com isso se desrespeite o princípio da legalidade, uma vez que há previsões expressas no sentido da possibilidade de adoção das soluções adequadas de resoluções de disputas pela Administração Pública e especialmente no âmbito das PPP.

Há, desta forma, uma grande importância da previsão contratual da forma de dirimir conflitos nas PPP, podendo-se adotar uma primeira fase em que existe uma tentativa prévia de acordo e uma segunda em que está previsto o encaminhamento definitivo por arbitragem.

Nota-se que a previsão dessas cláusulas e a possibilidade e segurança jurídica ao adotá-las acaba por fazer com que os contratos de parceria e o próprio ambiente negocial do Brasil se torne mais atrativo, além de desafogar o Poder Judiciário diminuindo o custo da justiça para a sociedade brasileira.

O interesse público aparece ainda na contratação de obras e serviços públicos privados com vantagens técnicas e tecnológicas e execução que o Poder Público encontra limites para implementar, acarretando na concessão de maior infraestrutura e disponibilização de serviços à população.

De se lembrar, por fim, que quaisquer dessas soluções devem respeitar o ordenamento jurídico, especialmente a regulamentação da administração pública. Atualmente o estado transfere parte de suas prestações a particulares que executam atividades tipicamente estatais, contudo atua como regulador balizando e limitando essas atividades.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A realização de acordos e formas de solução autocompositivas e heterocompositivas de controvérsias entre pessoas privadas e a Administração Pública já encontram previsão e guarida em diversos diplomas jurídicos, contudo, permanece até hoje as discussões acerca dos conflitos entre os princípios da legalidade e supremacia do interesse como impeditivos da adoção dessas ferramentas.

Estas dissonâncias vem sendo superadas e paulatinamente adotadas soluções alternativas de controvérsia pela administração como forma de dotar os contratos de maior segurança e atratividade ao mesmo tempo em que possibilita o desafogamento da justiça brasileira, promovendo, com isso, o interesse da sociedade.

Neste aspecto, a adoção das RADs pela Administração Pública atende ao interesse da sociedade, uma vez que diminuem os custos diretos e indiretos da justiça brasileira ao mesmo tempo em que fomentam um ambiente negocial atrativo às parcerias público-privadas.

Neste sentido, a adoção de cláusulas prevendo este tipo de solução nos contratos de parceria público-privadas está prevista como possível desde o advento da lei das PPP em 2004, tendo sido complementada e reafirmada a possibilidade por diplomas posteriores, inclusive dispondo sobre a possibilidade como remetida a toda atividade administrativa.

Torna-se positivo então a previsão no edital e a construção de bons contratos que dividam a matriz de risco de forma solidária, inclusive no que se refere a solucionar eventuais conflitos advindos dos contratos de PPP.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEÇAK, Rubens; CAPUCELLI, Rodrigo Crepaldi Perez. A (IN)DISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO NA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM **Rev. de Formas Consensuais de Solução De Conflitos** e-ISSN: 2525-9679 Porto Alegre v. 4 nº 2 | p. 28 – 48 Jul/Dez. 2018

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019** Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª Edição Brasília/DF:CNJ, 2016

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Guia de Conciliação e Mediação Orientações para implantação de CEJUSCs, 2015**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf> Acesso em: 28/02/2021

BRASIL. CNJ. Resolução nº 125, de 29 de nov. 2010. Disponível em: . Acesso em: 28 junº 2016.

BRASIL. **Lei nº 11.079/2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos **Manual de direito administrativo**. – 34. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. Salvador: Juspodium, 2020

CAVALCANTI, Marjorie. **A Arbitragem Nos Contratos De Parceria Público Privada** Arbitration In Private Public Partnership Contracts Xxvi Encontro Nacional Do Conpedi Brasília – Df, 2017 Disponível em:

<http://site.conpedi.org.br/publicacoes/roj0xn13/8tggtsv1/0dDDIVEs70v7O6UG.pdf> Acesso em 23/03/2022

CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann<sup>o</sup> Administração Pública e mediação: notas fundamentais. **Revista de Direito Público da Economia - RDPR**, Belo Horizonte: Fórum, v. 16, n<sup>o</sup> 61, pp. 119-146, jan<sup>o</sup>/mar. 2018.

CUELLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann<sup>o</sup> “Câmaras de autocomposição da Administração Pública brasileira: reflexões sobre seu âmbito de atuação” **Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution– RBADR**, Belo Horizonte, n<sup>o</sup> 1, p. 19-35, jan<sup>o</sup>/jun<sup>o</sup> 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FORTINI, Cristiana. **Solução extrajudicial de conflitos com a administração pública: o hoje e o porvir**. Consultor Jurídico, 04 de março de 2021. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-mar-04/interesse-publico-solucao-extrajudicial-conflitos-administracao-publica> Acesso em: 23/03/2022

GAMA JÚNIOR, Lauro. “Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas” **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-158, jul. 2005. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331>

JUNQUEIRA, André R., OLIVEIRA, Mariana Beatriz T. De; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. **R. Proc. Geral Est. São Paulo**, São Paulo, n<sup>o</sup> 77/78:285-313, jan<sup>o</sup>/dez. 2013

MAZZA, Alexandre **Manual de direito administrativo**. - 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende **Curso de direito administrativo**. – 9. ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

OLIVEIRA, B. L. N **A arbitragem nos contratos de parceria público-privados**. Dissertação de mestrado apresentada à faculdade de direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2021.

Pinheiro, A. C. (2014). A justiça e o custo Brasil. **Revista USP**, (101), 141-158. <https://doi.org/10.11606/issn°2316-9036.v0i101p141-158>

ROSA, Alexandre Morais da; GUASQUE, Barbara. PODER JUDICIÁRIO, SPREAD BANCÁRIO E CUSTO BRASIL: o preço da incerteza ou a segurança jurídica como um dos pilares do desenvolvimento econômico. **Revista Humus**. v. 10 n<sup>o</sup> 28 (2020): Pensamento em crise. Porto Alegre: UFRGS, 2020

SANDERS, Frank. **Diálogo entre os professores Frank Sander e Mariana Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas**. Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo Org. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012

SOUZA, Filipe Rodrigues De. O Acesso À Justiça Pela Via Do Litígio Estratégico: enfrentando a litigiosidade habitual predatória **Revista Científica do Superior Tribunal de Justiça**, Escola Corporativa do STJ. -- Nº 1 (ago. 2020)-. -- Brasília: STJ, 2020.

Submetido em 28.04.2022

Aceito em 10.03.2024