FGV DIREITO SP

MESTRADO PROFISSIONAL

Caminhos em busca da eficácia da consensualidade em contratos de concessão e PPP no Estado de São Paulo

Sofia Sampaio

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP

Versão de 03.07.2023

1. Tema, contexto e delimitação de escopo

A dissertação abordará os caminhos percorridos pelo Estado de São Paulo em busca da eficácia da consensualidade em contratos de concessão e Parcerias Público-Privadas, com o objetivo central de responder como aumentar a eficácia e a aplicabilidade desses métodos consensuais de resolução de disputas em contratos de concessão e PPP do Estado.

Apesar de haver autorização legal da possibilidade de utilização de mecanismos privados de resolução de disputas, com previsão expressa em âmbito federal na Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995[1]) e na Lei de PPPs (Lei nº 11.079/2004[2]) e, no Estado de São Paulo, na Lei de

[1] Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos provados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, 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.

[2] Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:
III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

concessões e PPPs estaduais (Leis estaduais nº 7.835/1992[3] e nº 11.688/04[4]), além de haver previsão contratual na grande maioria dos instrumentos em que o Estado de São Paulo é parte, nunca foi instaurado método consensual de resolução de disputas formal no âmbito dos contratos de concessão e PPP do Estado.

O Estado de São Paulo representa um dos estados mais inovadores no que diz respeito a arranjos contratuais, especialmente de concessão e de PPP, e tem grande número de contratos desse tipo em execução, então fica a pergunta de se tais previsões legais e contratuais têm realmente alguma eficácia e, se a resposta for negativa, qual o motivo por trás de tal inaplicabilidade recorrente, dadas as vantagens existentes nas Alternative Dispute Resolution (ADR).

Inclusive, de acordo com o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo, cujo objetivo é orientar as atividades dos órgãos e entidades envolvidos no âmbito do Programa Estadual de Concessões e PPPs, deve-se privilegiar a composição de conflitos de forma amigável. O documento ainda menciona nove contratos de PPP do Estado de São Paulo em que há previsão de mecanismos de solução amigável de conflitos, a maioria deles através da instituição de Comissão Técnica5.

É inegável, no entanto, que o Estado de São Paulo realiza acordos, sim, mas de maneira informal, muitas vezes exigindo a elaboração de termos aditivos e que, por não seguir ritos preestabelecidos pelas partes contratantes, apresenta falhas e altos custos de transação que se tornam prejudiciais à negociação, dificultando a consensualidade e a eficácia da resolução do conflito.

Para alcançar o objetivo aqui proposto, pretendo analisar não apenas a doutrina que envolve o tema, mas principalmente a prática dos contratos do Estado de São Paulo, de outros Estados do Brasil e também no direito comparado. A análise da prática, e não apenas da teoria, é que vai

---

[3] Art. 8º, inciso XXI. São cláusulas essenciais no contrato as relativas a: **XXI -** foro competente e modo amigável para solução das divergências contratuais.

[4] Art. 11. Os instrumentos de parceria público-privada poderão prever mecanismos amigáveis de solução das divergências contratuais, inclusive por meio de arbitragem, nos termos da legislação em vigor.

[5] São eles: PPP Alto Tietê, PPP dos Complexos Hospitalares do Estado de São Paulo, PPP da Linha 4 – Amarela do Metrô do Estado de São Paulo, PPP da Linha 6 – Laranja do Metrô do Estado de São Paulo, PPP da Frota de Trens da Linha 8 – Diamante da CPTM, PPP da Linha 18-Bronze do Metrô do Estado de São Paulo, PPP da Habitação Social do Estado de São Paulo, PPP da Fabricação de Medicamentos (FURP) e a PPP Nova Tamoios.

permitir identificar o que está impedindo a efetiva utilização de instrumentos de consensualidade previstos em contratos de concessão e PPP do Estado de São Paulo.

Vale ressaltar que o instituto da arbitragem não será objeto de análise da pesquisa ora proposta. uma vez que se apresenta como típica heterocomposição. De fato, a arbitragem apresenta uma base consensual quanto à opção pelo método, escolha de características do procedimento e seleção do terceiro neutro que adjudicará o conflito. Todavia, para além disso, a arbitragem se apresenta como o exercício de verdadeira jurisdição, sendo a decisão tomada de forma imperativa e definitiva pelo terceiro neutro escolhido pelas partes.

O contexto em que se insere a pesquisa, que pretende ser exploratória, é o de busca pelo aumento da consensualidade em contratos administrativos, visando obter resultados menos custosos e mais céleres, assegurando a concretização de forma mais eficaz da finalidade social e econômica das concessões e PPPs.

O presente estudo tem como escopo identificar os empecilhos à aplicação dos métodos consensuais, detectar falhas porventura existentes na legislação específica e na modulação de contratos estaduais, relatar os caminhos já tomados pelo Estados de São Paulo no sentido de aumentar a consensualidade nos contratos de concessão e PPP e propor, como recomendação prática, instrumentos contratuais e práticas administrativas que tenham a capacidade de aumentar o uso e a eficácia dos métodos consensuais de resolução de disputas.

2. Quesitos, fontes de consulta e formas de acesso

O trabalho se propõe a responder aos quesitos indicados abaixo.

Quesito 1. Como aumentar a eficácia e aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de disputas em contratos de concessão e PPP do Estado de São Paulo?

Quesito 2. Que métodos consensuais de resolução de disputas são previstos atualmente em contratos de concessão e PPP do Estado de São Paulo?

Quesito 3. Qual é a real eficácia dos métodos consensuais de resolução de disputas em contratos de concessão e PPP no Estado de São Paulo?

Quesito 4. Como ocorre a utilização dos métodos consensuais de resolução de disputas em contratos administrativos no direito comparado?

Quesito 5. Qual a legislação aplicável e quais são as cláusulas contratuais que preveem métodos consensuais de resolução de disputas em contratos de concessão e PPP no Estado de São Paulo?

Quesito 6. Quais os principais desafios na aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de disputas no âmbito dos contratos de concessão e PPP no Estado de São Paulo?

Quesito 7. Quais são as providências necessárias para aumentar a eficácia dos métodos consensuais de resolução de disputas em contratos de concessão e PPP?

A principal fonte de doutrina será a análise da prática administrativa, ou seja, dos contratos de concessão e de PPP do Estado de São Paulo e da execução desses contratos, com ênfase nos acordos celebrados e nas disputas contratuais existentes.

O acesso será possível através de buscas nos sistemas de pesquisa da Procuradoria do Estado de São Paulo, disponibilizadas aos Procuradores do Estado de São Paulo, bem como através de entrevistas com Procuradores do Estado e agentes públicos diretamente ligados à elaboração e execução dos contratos de concessão e PPP do Estado.

Também será fonte de pesquisa a prática em outros estados do Brasil, no direito comparado, contratos administrativos nacionais e estrangeiros, a legislação nacional e estrangeira e a doutrina especializada na matéria.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância prática do presente trabalho reside no importante papel que os contratos de concessão e de PPP têm no Estado de São Paulo. Resolver os conflitos contratuais surgidos desses pactos de maneira célere e com baixo custo é uma pauta de grande interesse não só da Administração Pública, mas também dos concessionários e parceiros privados do Estado, bem como da sociedade em geral.

Há muitas pesquisas doutrinárias e teóricas acerca do tema. Há propostas de cláusulas contratuais e estudos do direito comparado. No entanto, apesar de grande quantidade de estudos

envolvendo métodos consensuais de resolução de disputas e contratos administrativos, poucas pesquisas têm enfoque prático, de análise da realidade e da eficácia real desses instrumentos.

O caráter inovador do estudo, portanto, está justamente no enfoque pretendido sobre a análise da prática dos contratos administrativos de concessão e PPP do Estado de São Paulo.

O potencial de impacto é de alta relevância, tendo em vista a quantidade de contratos desse tipo em desenvolvimento no Estado e as perspectivas futuras de aplicabilidade dos achados da pesquisa.

4. Familiaridade com o objeto

Sou Procuradora do Estado de São Paulo e fiz parte, no ano de 2022, de um grupo de pesquisa que teve por objetivo elaborar uma cláusula padrão de resolução consensual de disputas para contratos de concessão e PPPs no Estado de São Paulo, além de um manual de boas práticas direcionado aos gestores.

O tema me interessou e, nas pesquisas feitas, ficou claro o quão pouco sabemos acerca da real eficácia dessas previsões contratuais. Muitas vezes, os acordos em concessões e PPPs são realizados de maneira informal e sem amparo formal em um ou outro método de resolução consensual de disputas, o pode ocasionar dificuldades no desenrolar das transações.

5. Bibliografia preliminar

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. Revista de Processo, nº 74. São Paulo: RT, 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CCBC. Podcast – Mediação com a Administração Pública. Disponível em: https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/noticias-cam-ccbc/novidades-cam-ccbc/podcast/mediacao-e-consensualidade-na-administracao-publica/. Acesso em 25 de junho de 2023.

CNJ. Resolução nº 125 de 29/11/2010, disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156. Acesso em 25 de junho de 2023.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4241820/mod_resource/content/1/cu%C3%A9llar%2C%20leila%3B%20moreira%2C%20egon%20bockmann%20-%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20e%20media%C3%A7%C3%A3o%20....pdf. Acesso em 25 de junho de 2023.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e Alternative Dispute Resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo, Rio Grande do Sul e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ESTADO DE SÃO PAULO. Manual de Parcerias do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em 25 de junho de 2023.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e Administração Pública. Curso de Arbitragem. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu e SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo – Parcerias Público-Privadas, nº 77/78, janeiro/dezembro de 2013.

MEGNA, Bruno Lopes. A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 82, julho/dezembro de 2015.

MEGNA, Bruno Lopes. Notas sobre os princípios da administração pública na consensualidade administrativa e sua relação com as PPPs. Experiências Práticas em Concessões e PPP: Estudos em homenagem aos 25 anos da Lei de Concessões, vol. 1 – Estruturação e Arbitragem. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

MOREIRA, Egon et al (Coord.). Direito administrativo e alternative dispute resolution:arbitragem, dispute board, mediação e negociação. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. Revista de Direito Administrativo, nº 231, p. 129-156. Rio de Janeiro: jan-mar/2003.

OLIVEIRA, Andreia Mara de; CASTANHEIRO, Ivan Carneiro. Mediação na administração pública como medida democrática. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/mp-debate-mediacao-administracao-publica-medida-democratica#sdfootnote7sym. Acesso em 25 de junho de 2023.

SALLES, Carlos Alberto. Arbitragem em contratos administrativos. São Paulo: Forense, 2011.

SALLES, Carlos Alberto. Mediação e conciliação em nova era: conflitos normativos no advento do novo CPC e da Lei de Mediações. Direito intertemporal – Coleção Grandes Temas no Novo CPC. Juspodivm: Salvador, 2016.

6. Cronograma de execução

	2023						2024												2025			
ATIVIDADE	7	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	1	2	3	HORAS
Revisão Bibliográfica e legislação		10	10	10	10	10	4				4	4	4				2	2				70h
Direito comparado			10	10	10	8					4	4	3									49h
Coleta de dados				10	10	6	2	8	8	8	8	4	4	4	4	2	2	2				82h
Redação versão preliminar					9	10	10															29h
Redação versão intermediária										6	10	10	10									36h
Redação versão provisória														10	10	12	10	12				54h
Revisão e redação versão final																			10	10	10	30h
																						350h