

VII. ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Ana Carolina Weber¹

SUMÁRIO: 1.1 - A Evolução do Estado; 1.2 As Parcerias entre o setor Público e o setor Privado; 1.3 O modelo de PPP adotado no Brasil; 1.3.1 Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa; 1.3.2 A Escolha do Parceiro Privado; 1.3.3 As garantias contratuais; 2.1 A evolução legislativa e a consagração do instituto na lei das PPPs; 2.2 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva nas PPPs; 2.2.1 Sigilo X Publicidade Pública; 2.2.2 Pagamento X Precatório; 3. Artigo 11 inciso III; 4. Conclusão

1.1 - A Evolução do Estado

O Senador Afonso Arinos de Melo Franco, falando na sessão de 16 de dezembro de 1966, se reportava à

*“contradição na apresentação do problema econômico, à contradição entre este autoritarismo político e o liberalismo econômico da Constituição. Isto atribui certo sabor reacionário. A constituição pode ser definida como social e economicamente reacionária por esta razão: porque fortalece, indiscutivelmente, o poder político do Executivo, e afrouxa, enormemente, o controle do Estado, no campo da economia e no campo das relações sociais.”*²

Traço marcante de toda a história mundial constitui a tentativa de o Estado conciliar políticas que atendam ao interesse público a decisões que sejam economicamente e financeiramente viáveis à nação. Com esse norte, o ente estatal, constantemente, depara-se com a necessidade de coadunar sua capacidade de agir ativamente na economia com a sua vertente reguladora e defensora dos interesses públicos e sociais.³

Uma breve digressão histórica nos permite vislumbrar, no campo das Ciências Sociais, um esforço por identificar modelos estatais que consigam equilibrar os dois objetivos

¹ Mestranda em Direito Internacional na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

² FILHO, Alberto Venâncio. Intervenção do Estado e liberdade econômica no direito constitucional brasileiro. In: *As tendências atuais do direito público – estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Melo Franco*. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 1976. p.421.

³ *“É atribuída ao Estado, portanto, uma série de funções na organização do processo econômico. Situando-as de maneira sintética, correspondem a dois grandes grupos: aquelas em que o Estado aparece como empresário, ou seja, como produtor ou distribuidor de bens e serviços e aquelas em que ele se apresenta como regulador, enquadrando nesse âmbito as medidas de cunho legislativo e administrativo por meio das quais determina, controla e influencia o comportamento dos agentes econômicos, tendo em vista orientá-los em direções desejáveis e evitar efeitos lesivos aos interesses socialmente legítimos. Nessa perspectiva ampla, a idéia de regulação inclui toda forma de organização da atividade econômica por intermédio do Estado, seja a intervenção por meio de concessão de serviço público, seja o exercício de poder de polícia.”* CARVALHO, Vinícius Marques de. Regulação de serviços públicos e intervenção estatal na economia. In: *Regulação, Direito e Democracia*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 13.

anteriormente mencionados. Assim, é que a partir da constatação da falência do Welfare State (modelo estatal que privilegiava as políticas governamentais relativas ao desenvolvimento social dos países e, por assim ser, de suas populações) e das incongruências do Fordismo, estudiosos vêm tentando traçar as linhas mestres do que seria um Estado mais eficiente e menos oneroso.⁴

Antes da década de 1980, o Estado apresentava-se como controlador, diretor, produtor direto de bens e serviços, planejador e até mesmo árbitro dos conflitos nos quais era parte, de forma a garantir o pleno emprego nas economias relativamente fechadas e auto-centradas, ajustando a demanda às necessidades criadas pela oferta e mantendo a negociação coletiva dentro dos limites compatíveis com os níveis de crescimento. Era um Estado pleno, que se fazia presente na vida pública e na particular.

Na década imediatamente seguinte, em razão da falência dessa excessiva centralização, percebe-se uma nova e diferente vertente nos modelos estatais. Os governos passam a enfatizar a desregulamentação da economia, a abertura comercial a importações e à entrada de empresas estrangeiras, a revogação dos monopólios públicos, possibilitando uma maior concorrência entre as empresas privadas e, com isso, um incremento na dinâmica da economia, e a privatização de empresas públicas. Foi em decorrência deste cenário, estruturado na década de 1990, que se produzem os reflexos atuais, os quais qualificam e identificam o perfil estatal hodierno.⁵

Entretanto, em razão de fatores sociais, políticos e econômicos, o modelo estatal ainda não chega perto do que se pode considerar ideal. Diversos problemas caracterizam nações como o Brasil, tornando recorrentes temas como o da reforma do Estado. Os debates, na verdade, ganham nova dimensão: procura-se estruturar os governos e suas políticas internas e internacionais, tendo por norte a internacionalização dos fluxos financeiros, a integração das economias periféricas aos mercados globais e a reorganização dos padrões de produção.⁶

⁴ ROCHA, Sérgio Diniz. O equilíbrio econômico financeiro nas Parcerias Público Privadas. In: *Finanças Públicas. II Prêmio STN de monografias – Ministério da Fazenda – Secretaria do Tesouro Nacional*. Brasília. 1998. p.509.

⁵ José Eduardo Faria ao tratar deste aspecto destaca que o Estado passa a agir como: “... *regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico.*” FÁRIA, José Eduardo. Introdução. In: *Regulação, Direito e Democracia*. José Eduardo Faria (org.). São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo. 2002. p. 7.

⁶ Não é só o Estado brasileiro que se depara com tal situação. Giuseppe Pericu nos traz as seguintes considerações. “*Resumidamente, faz-se necessário partir de uma consideração de caráter geral. Não há dúvida de que as administrações públicas, sobretudo as das grandes cidades em nosso sistema, acham-se em situação difícil, de crise; mas penso que seja um elemento presente em vários países. No que concerne ao perfil estritamente jurídico, e com referência especial à situação italiana, está em crise o próprio modelo de operação da administração pública, modelo que descrevo em poucas palavras: pressupõe uma escolha livre, mas no âmbito de um quadro legislativamente predeterminado; e direcionada para a consecução de uma finalidade de interesse público; de modo que seja possível um dia verificar-se, na realidade, a escolha foi compatível com o interesse público, ou incorreta e ilegítima. Bem, esse modelo de operação da administração pública, tradicional para nós, o modelo baseado em medidas e atos administrativos, encontra-se, neste momento, em grandes dificuldades, relacionadas, antes de mais nada, com o fato de que o interesse da administração pública é muitas vezes um interesse internamente conflitivo, no sentido de que a administração pública é portadora de interesses*”

1.2 As Parcerias entre o setor Público e o setor Privado

O Estado depara-se, neste instante, com um desafio ainda maior: dar condições a sua economia para que ela se mantenha competitiva no cenário internacional. Contudo, e por isso mesmo trata-se de um desafio, há diversos embaraços e dificuldades que se colocam aos governos a fim de propiciarem uma conjuntura favorável ao desenvolvimento econômico. Busca-se a redução dos índices de endividamento, porém, em razão do aumento das produções e da necessidade de permitir que os bens cheguem aos seus consumidores finais, faz-se necessário o dispêndio de grandes quantias para viabilizar uma infra-estrutura que sustente todo esse crescimento.

Todavia, os recursos públicos que podem ser destinados a investimentos de infra-estrutura são ínfimos perto das necessidades que produzem tal crescimento econômico. Por conta disto o Estado brasileiro veio a aprovar a Lei nº 11.079/2004: chegou-se à conclusão de que a solução estaria em obter uma forma de parceria entre a Administração Pública e os interesses lucrativos das empresas.⁷

O governo federal encontrou no instituto das Parcerias Público-Privadas o meio para manter o crescimento nacional, dando condições logísticas para o mesmo, sem onerar demasiadamente os cofres públicos. Xavier Borges, assim, nos ensina:

“A PPP envolve, por um lado, a utilização de recursos privados para que o Estado atinja seus objetivos e, por outro, permite que o setor privado realize negócios em atividades cuja natureza sempre foi mais afeitas, exclusivamente, ao setor público. (...)

A possibilidade de atração de capitais privados em um cenário de relativa escassez de recursos públicos viabiliza a realização de investimentos e permite a redução de gargalos da infra-estruturura econômica.”⁸

O modelo que o Brasil acabou por adotar não foi inovação do legislador nacional. O instituto das Parcerias Público-Privadas teve seu nascedouro na Inglaterra, onde já opera há mais de dez anos e tendo sido responsável por investimentos ordem de mais de 30 bilhões de libras esterlinas.

contraditórios e em choque entre si. Por exemplo: visa ao desenvolvimento produtivo e à preservação do meio ambiente.

*Além disso, a administração pública é portadora de interesses que não são exclusivamente seus, mas são também dos particulares; isto é, ela se apresenta como titular de exigências que incluem as do setor privado. Temos uma série de objetivos almejados pelas administrações públicas, ou de presenças até relevantes, que certamente não são estranhas ao âmbito privado.” PERICU, Giuseppe. Rumo a novos modelos jurídicos na relação público-privado. In: *Anais do Seminário Público e Privado: cooperação financeira e organizacional entre o setor privado e administrações públicas nas áreas urbanas*. Milão. 1998. p. 95.*

⁷ SOARES, Ricardo Pereira; NETO, Carlos Álvares da Silva Campos. Considerações sobre o projeto de lei de Parceria Público Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil. In: *Sumário executivo – texto para discussão no IPEA*. Brasília. 2004. p. 7.

⁸ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10, Rio de Janeiro. 2003. p. 174.

O modelo inglês foi estruturado como uma opção à privatização e ao sistema anterior, que matinha a autoridade governamental como responsável pela propriedade, manutenção e operação de ativos de interesse público.⁹

Os trabalhos ingleses surgiram a partir de uma “célula” no âmbito interno do Ministério da Fazenda: uma equipe denominada Treasury Task Force (Força Tarefa do Tesouro), constituída por pessoas qualificadas, provenientes tanto do setor público quanto do setor privado. A Treasury Task Force desenvolveu suas atividades como uma Unidade PPP da Administração Pública, sendo transformada, agora em 2001, em uma companhia mista na qual participam capitais públicos e privados¹⁰.

A experiência das PPPs foi se expandindo para outros países. Na Alemanha, por exemplo, até recentemente, havia pouco interesse nas parcerias público-privadas, à exceção de um pequeno número de projetos de transporte de grande visibilidade. A reforma fiscal, contudo, provocou significativa queda na arrecadação, o que, somado à elevação dos custos de reestruturação, levou o poder público a olhar com mais seriedade para esta opção. Hoje, alguns projetos-piloto já começam a surgir na esfera estadual, especialmente em áreas como a de educação.¹¹

A experiência das PPPs também foi adotada como instrumento de integração da União Européia. O Banco Europeu de Investimento valeu-se da mesma para a realização do Programa Trans European Networks (TENs), lançado pela União Européia para permitir e incentivar a integração e o desenvolvimento da infra-estrutura pan-européia nos setores de transportes, energia e telecomunicações.¹²

1.3 O modelo de PPP adotado no Brasil

O projeto de lei das PPPs, depois da devida tramitação, restou aprovado em 23 de dezembro de 2004. Com relação aos Estados e Municípios, a lei federal apenas estabelece normas de caráter geral, as quais carecem de detalhamento e regulamentação em muitos aspectos, sobretudo no que concerne à instituição de órgão gestor do programa, normas específicas de controle e fiscalização e viabilização de garantias por parte do setor público.

⁹ PASIN, Jorge Antonio Bozoti; BORGES, Luiz Ferreira Xavier. A Nova definição de parceria público-privada e sua aplicabilidade na gestão de infra-estrutura pública. In: *Revista do BNDES*, vol. 10. Rio de Janeiro. 2003. p. 176.

¹⁰ *Unidade PPP Brasil*. Estudo apresentado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2003. p. 4. Atualmente, na Inglaterra, os projeto de PPPs evoluíram e se sofisticaram para projetos de Iniciativa Financeiro Privada (Private Finance Initiative), os quais podem ser descritos como projetos em que há a assunção de responsabilidades por parte do setor privado sobre o desenho, construção, financiamento, operação e manutenção dos ativos relevantes, sendo o Poder Público o cliente responsável pelo pagamento dos serviços prestados.

¹¹ DINIZ, Débora. A experiência internacional em PPP. In: *Fundos de Pensão – Revista da ABRAPP/SINDAPP*, ano XXIII, nº 294. São Paulo. 2004. p. 22. No Japão, a iniciativa de financiamento privado começou a ser desenvolvida em 1999 e transformada em lei em março de 2000, seguindo o exemplo britânico. Diversos projetos já foram aprovados, especialmente, nas áreas de geração de energia, telecomunicações e tratamento de água. Ainda estão em andamento diversos projetos municipais nas áreas de saúde, administração pública, informática e transporte.

¹² *Unidade PPP Brasil*. Estudo apresentado pela Secretaria de Planejamento e Investimentos Estratégicos – Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. 2003. p. 5.

Por conta deste caráter genérico da Lei e em razão da morosidade do Legislativo federal em aprovar a Lei das PPPs, diversos Estados, antes mesmo da promulgação da Lei nº 11.079/2004, já tinham publicado leis estaduais instituindo as Parcerias Público-Privadas em seus territórios.¹³

A Lei nº 11.079/2004 limitou ao tratar do conceito de Parceria¹⁴ Público-privada em seu artigo 2º, que assim dispôs:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.”

Na verdade, não foi preocupação do legislador trazer um conceito de parceria público-privada. Ele restringiu-se a dizer que se trata de um contrato administrativo e a elencar suas modalidades, das quais trataremos em seguida. Entretanto, para fins acadêmicos, seria possível visualizar a Parceria Público-Privada típica como sendo a situação em que o particular assume o risco de projetar e construir uma determinada obra para, mantendo a propriedade desta após a sua conclusão, colocar os seus frutos à disposição do Estado ou da comunidade mediante um contrato de operação de longo prazo, fazendo jus a uma remuneração periódica do Estado se atender às metas e requisitos de qualidade previamente acordados.¹⁵

Em razão da não fixação de um conceito fechado de PPPs pela Lei nº 11.079/2004, seria possível vislumbrar aí uma maior facilidade e maior amplitude de atividades que poderiam ser beneficiadas pelas parcerias.¹⁶

¹³ Coube ao estado de Minas Gerais a aprovação da primeira norma legal sobre a matéria. Trata-se da Lei nº 14.868, de 16 de dezembro de 2003. O Estado de Minas Gerais atento à necessidade do estabelecimento de um marco regulatório completo, capaz de propiciar uma efetividade à celebração das Parcerias, promulgou outros diplomas legais, que caracterizam o sistema regulatório das Parcerias Público-Privadas deste estado. Destaca-se, desta forma, a lei que instituiu o Programa Estadual de PPPs (Lei nº 14.868), a lei que criou o Fundo de PPPs (Lei nº 14.869), a lei que ampliou o objeto da Companhia Mineradora de Minas Gerais (COMIG), rebatizada de Companhia de Desenvolvimento de Minas Gerais (CODEMIG) – a lei nº 14.892 – e o decreto que instalou o conselho gestor de PPPs no estado (Decreto 43.702). Relevante também são os avanços realizados no Estado de São Paulo. A Lei estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004, cuidou de instituir o programa de PPPs. O marco legal do Estado foi publicado tendo em vista três grandes projetos já anunciados pelo governo: a) o corredor de importação/exportação Campinas- São José dos Campos – Porto de São Sebastião; b) a linha 4 do Metrô¹³ e c) a remodelação do complexo desportivo do Ibirapuera. Além dos estados de Minas Gerais e São Paulo, também já promulgaram leis sobre Parcerias Público-Privadas os estados de Santa Catarina (Lei Estadual nº 12.930, de 04.02.2004), Goiás (Lei Estadual nº 14.910, de 11.08.2004), Bahia (Lei Estadual nº 9.290, de 27.12.2004), Ceará (Lei Estadual nº 13.557, de 30.12.2004), Rio Grande do Sul (Lei Estadual nº 12.234, de 13.01.2004) e o Distrito federal (Lei Distrital nº 3.418, de 04.08.2004). MAWAKDIYE, Alberto. Procuram-se Parceiros. In: *Problemas Brasileiros*, nº 365. São Paulo. 2004. p. 4.

¹⁴ “A palavra parceria, do latim *partiaris*, participante, vem sendo empregada tradicionalmente em direito para designar uma forma *sui generis* de sociedade em que não se dá a composição de um capital social nem a instituição de uma nova pessoa, mas, apenas uma relação negocial em que uma das partes assume obrigações determinadas com vistas a participar de lucros alcançados.” NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense. 2004. p. 149.

¹⁵ MEYER, Antônio Corrêa; ENEL, José Virgílio Lopes. *As parcerias público-privadas*. Artigo publicado no jornal Valor Econômico, numa série de 15 artigos sobre as parcerias público-privadas. Publicado em 26 de março de 2004.

¹⁶ S“O trabalho evidencia, também, que os Planos Plurianuais não consideram como parceria uma série de ações nas quais a iniciativa privada tem execução e/ou gerenciamento, mas não aloca recursos financeiros. São parcerias na área social, como as de saúde e de educação, em que, normalmente, os recursos financeiros são alocados pelo setor público e a administração fica a cargo de organizações não-governamentais e/ou de instituições filantrópicas sem fins lucrativos, com atuação voltada ao interesse público. Outro tipo de parceria

Desta forma, percebe-se que a ausência de uma previsão expressa na Lei nº 11.079/2004 e previsões incompletas e incertas no Plano Plurianual, permitem aos futuros parceiros vislumbrar um leque de atividades mais amplo a ser beneficiado pelas PPPs.¹⁷

1.3.1 Concessão Patrocinada e Concessão Administrativa

O artigo 2º da Lei nº 11.079/2004 dispõe:

“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”

Em linhas gerais, a diferença entre uma PPP e uma concessão (ou uma autorização ou permissão) de serviços públicos é que, na primeira, o particular constrói a obra de infraestrutura necessária e, contratualmente, em troca de uma remuneração a ser paga pelo Poder Público, coloca tal obra à disposição do Governo, para que este preste diretamente o serviço público em lugar da Administração que lhe concede esse direito.

Numa concessão, de forma diversa, o Governo concede ao particular o direito de, por exemplo, prestar serviços de telefonia ao público em geral, de acordo com normas e padrões pré-estabelecidos. O serviço é prestado diretamente pelo particular e a sua receita advém dos pagamentos das tarifas que o público usuário daquele serviço irá pagar por sua utilização¹⁸.

não considerada nos PPAs é implementada pela Universidade de Brasília, que faz parceria com a iniciativa privada para maximizar o retorno financeiro da alienação de seu bens imóveis, com a finalidade de ampliar investimentos em ensino e pesquisa. Além dessas, cabe mencionar que todas as licitações promovidas pela Agência Nacional do Petróleo também não foram consideradas como parcerias.

(...) Constata-se elevado número de parcerias relacionadas no Plano que não vingaram, enquanto outras que não constavam dele foram implementadas.

Essa dificuldade de o Plano prever os empreendimentos em PPP deve-se, em parte, à própria lógica do setor privado, que somente investe seus recursos após se convencer de que escolheu a melhor opção em termos de rentabilidade, segurança e estratégia operacional. Por isso, projetos que não estavam previstos foram licitados ou autorizados porque os empresários consideraram-nos rentáveis ou estratégicos para as suas atividades e apresentaram-se à agência reguladora como interessados no investimento. Em síntese, há uma dinâmica própria do setor privado na identificação de projetos que não foi contemplada na elaboração do Plano, gerando essa discrepância entre o planejado e o executado.” SOARES, Ricardo Pereira; NETO, Carlos Álvares da Silva Campos. Considerações sobre o projeto de lei de Parceria Público Privada (PPP) em face da experiência recente do Brasil. In: *Sumário executivo – texto para discussão no IPEA*. Brasília. 2004. p. 9-10.

¹⁷ Alguns exemplos seriam as áreas de saúde, segurança pública e educação, construção e operação de rodovias, ferrovias, aeroportos, sistemas de tratamento de água e esgoto, usinas geradoras de eletricidade, hospitais, presídios, universidades e escolas públicas.

¹⁸ “A distinção fundamental, portanto, entre a nova concessão administrativa e a concessão comum (regida pela Lei nº 8.987/95) está na forma de remuneração do concessionário: na primeira, o Poder Público comparece

No caso da Lei 11.079, definiu-se as PPPs como sendo concessões nas modalidades patrocinada e administrativa.

A concessão patrocinada, de acordo com a definição legal efetuada pelo parágrafo 1º do art. 2º, é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Neste caso, como o próprio nome indica, o parceiro público patrocina a concessão mediante um pagamento ao parceiro privado, independente da tarifa cobrada dos usuários.

Já na concessão administrativa, há contrato de prestação de serviços em que a Administração Pública será usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento de instalação de bens (parágrafo 2º do art. 2º da Lei nº 11.079/2004). Nesta circunstância, como não há tarifa a ser cobrada de usuário particular; usuária direta ou indireta é a própria Administração, devendo, portanto, a concessão prever as circunstâncias para a amortização do investimento realizado pelo parceiro privado.¹⁹

1.3.2 A Escolha do Parceiro Privado

A seleção, pela Administração Pública, do parceiro privado nos projetos de Parceria Público Privada será realizada através de processo licitatório, na modalidade de concorrência. Nesse sentido, aponta-se o artigo 10 da Lei 11.079/2004, *in verbis*:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:”

Seguindo em caminho diverso ao adotado pela Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), que adota, praticamente, sem alterações o procedimento tradicional da concorrência da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), a Lei das PPPs introduz à concorrência uma série de modificações, incluindo a adoção de mecanismos dinâmicos inspirados na modalidade de licitação denominada pregão.

Alguns pontos diferenciais se destacam:

- Na concorrência estabelecida pela Lei das PPPs, o edital poderá prever que a fase de julgamento das propostas ocorrerá antes da habilitação dos licitantes – tal como ocorre no pregão. Uma vez analisadas e julgadas as propostas, é verificada a habilitação apenas do licitante que apresentou a melhor proposta. Se esse licitante for habilitado, sagra-se vencedor.²⁰

com pagamentos de natureza pecuniária, complementares à tarifa: na segunda, além da cobrança de tarifas pode o concessionário ser remunerado por receitas alternativas (Lei nº 8.987/95), desde que estas não envolvam pagamentos de natureza pecuniária feitos pela Administração Pública.” BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Número 2. maio/julho 2005.

¹⁹ MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p. 4-6.

²⁰ Lei nº 11.079/2004: *“Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:*

I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

- poderá o edital prever o oferecimento de lances sucessivos em viva voz pelos licitantes, após a abertura dos envelopes com as propostas econômicas. Trata-se, na verdade, de inovação que não houvera sido aplicada na modalidade de concorrência antes. Tem por objetivo aumentar a competitividade entre os licitantes, propiciando, dessa forma, uma melhora na proposta final.²¹

- na licitação das PPPs, o edital poderá prever que a proposta técnica será eliminatória – e não apenas classificatória, como no modelo tradicional da Lei nº 8.666/1993. Isso permitirá à Administração certificar-se de que os licitantes darão a devida importância à proposta técnica. Propiciará, ainda, que a participação em eventuais lances em viva voz para propostas econômicas seja restrita apenas àqueles licitantes cuja proposta técnica tenha atingido a pontuação mínima exigida.²²

Essas inovações no modelo licitatório demonstram a tendência da Administração em buscar uma negociação prévia e uma parceria muito mais dinâmica e voltada para a celebração de contratos a evitar conflitos com o futuro parceiro.

1.3.3 As garantias contratuais

Um dos pontos mais nevrálgicos, e que mais dificultou a aprovação da Lei nº 11.079/2004, foi a definição das garantias que seriam oferecidas pelo Poder Público ao parceiro privado, quando da celebração de um contrato de PPP. Isso porque as garantias a serem ofertadas pela Administração significam um sinal que o Estado dá ao particular, no caso de descumprimento de suas obrigações contratuais, que aquele terá condições de ressarcir, de maneira rápida e eficaz, os prejuízos que tal inadimplência o tenha causado.

Os projetos de PPPs serão necessariamente implantados e geridos por uma sociedade de propósito específico (SPE), cuja maioria do capital votante não pode, por lei, ser detida por órgão da administração pública. Muito embora a transferência do controle da SPE dependa de autorização expressa da Administração, os requisitos e condições para que a transferência ocorra para os financiadores do projeto, visando promover sua reestruturação financeira e a continuidade dos serviços, poderão estar previstos no contrato de PPP.

II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;

III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.”

²¹ Lei nº 11.079/2004: “Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

III – o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo: I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances; II – o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.”

²² Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I – o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

No mesmo sentido, a Lei permite que o contrato estabeleça, nos termos do artigo 5º:

“Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

II – a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III – a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.”

Desta forma, a norma legal procurou estabelecer um espectro de proteção tanto ao parceiro como aos financiadores do projeto. E ainda foi além, estabelecendo em seu artigo 8º as garantias diretas às obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Público. Assim dispõe:

“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.”

Quanto à vinculação de receitas, esta deverá ser realizada observando-se as limitações constitucionais, que impedem a vinculação de receitas de impostos. Contudo, as receitas decorrentes dos demais tributos e de outras fontes poderão ser vinculadas para garantir as obrigações assumidas.

De outro modo, a lei permite a celebração de seguro garantia, o qual deverá ser contratado com companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público²³. É uma garantia forte do ponto de vista da liquidez e dos riscos por ela cobertos, embora, muitas vezes, seja altamente custosa.

A prestação de garantia em projetos de PPP por fundo garantidor constituído para este fim mereceu disposições específicas na Lei nº 11.079/2004. No Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP), a União, suas autarquias e fundações públicas poderão

²³ Lei nº 11.079/04: *“Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante: III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;”*

participar como quotistas, até o limite global de seis bilhões de reais, integralizando suas respectivas participações com aporte de dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal, excedentes ao necessário para manutenção do seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial. Esse FGP terá por única finalidade garantir as obrigações pecuniárias da Administração Pública Federal em contratos de PPPs.²⁴

²⁴ Lei nº 11.079/04: “Art. 16. Ficam a União, suas autarquias e fundações públicas autorizadas a participar, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude das parcerias de que trata esta Lei.

§ 1º O FGP terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios.

§ 2º O patrimônio do Fundo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração.

§ 3º Os bens e direitos transferidos ao Fundo serão avaliados por empresa especializada, que deverá apresentar laudo fundamentado, com indicação dos critérios de avaliação adotados e instruído com os documentos relativos aos bens avaliados.

§ 4º A integralização das cotas poderá ser realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União, ou outros direitos com valor patrimonial.

§ 5º O FGP responderá por suas obrigações com os bens e direitos integrantes de seu patrimônio, não respondendo os cotistas por qualquer obrigação do Fundo, salvo pela integralização das cotas que subscreverem.

§ 6º A integralização com bens a que se refere o § 4º deste artigo será feita independentemente de licitação, mediante prévia avaliação e autorização específica do Presidente da República, por proposta do Ministro da Fazenda.

§ 7º O aporte de bens de uso especial ou de uso comum no FGP será condicionado a sua desafetação de forma individualizada.”

“Art. 18. As garantias do FGP serão prestadas proporcionalmente ao valor da participação de cada cotista, sendo vedada a concessão de garantia cujo valor presente líquido, somado ao das garantias anteriormente prestadas e demais obrigações, supere o ativo total do FGP.

§ 1º A garantia será prestada na forma aprovada pela assembléia dos cotistas, nas seguintes modalidades:

I – fiança, sem benefício de ordem para o fiador;

II – penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

III – hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

IV – alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

V – outros contratos que produzam efeito de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

VI – garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

§ 2º O FGP poderá prestar contra-garantias a seguradoras, instituições financeiras e organismos internacionais que garantirem o cumprimento das obrigações pecuniárias dos cotistas em contratos de parceria público-privadas.

§ 3º A quitação pelo parceiro público de cada parcela de débito garantido pelo FGP importará exoneração proporcional da garantia.

§ 4º No caso de crédito líquido e certo, constante de título exigível aceito e não pago pelo parceiro público, a garantia poderá ser acionada pelo parceiro privado a partir do 45º (quadragésimo quinto) dia do seu vencimento.

Dessa forma, a implementação desse fundo significa grande atrativo aos parceiros privados, uma vez que, em havendo disputas e conflitos entre eles e o Poder Público e em havendo solução pela via arbitral favorável ao particular, eles terão uma fonte certa para ressarcir prejuízos que tenham sido reconhecidos.

Desta forma, tais características demonstram a riqueza de uma Parceria Público-Privada. Mas a ausência de conceitos bem definidos e uma grande incerteza de qual será o posicionamento da iniciativa privada diante das ofertas do Poder Público, fazem ainda do tema um desafio.

Ademais, por uma parceria significar a união de interesses antagônicos, mas que apresentam um objetivo comum, faz-se necessário, a partir de agora, tratar do mecanismo de solução de litígios, que venham a surgir entre esses parceiros, mais adequado ao cenário criado pelas PPPs.

2.1 A evolução legislativa e a consagração do instituto na lei das PPPs

O legislador pátrio vem firmando uma tendência de fixar nos instrumentos legislativos a possibilidade de o ente público se submeter à arbitragem.

Na Lei 5.662/71, previu-se a possibilidade de o BNDES (Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social), empresa pública federal, submeter litígios advindos de suas contratações à arbitragem. Entre as leis mais recentes, a Lei 8.987/95, relativa à concessão e permissão de prestação de serviços públicos, em seu art. 23, XV, autoriza o recurso à composição amigável, para a solução dos conflitos relativos aos contratos que especifica. Diversos autores entendem que o legislador referiu-se tanto à conciliação como à arbitragem.

Entretanto, esse entendimento encontra-se superado em razão da modificação operada na Lei de Concessões. A partir de agora a Lei 8.987/95 dispõe:

“Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados 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.” (grifo acrescentado)

Desta forma, resta evidente que a Lei de Concessões adotou posição *favor arbitratis*. Na verdade, podemos, inclusive, dizer que a modificação de Lei 8.987/95 acompanhou a tendência que já vinha sendo implementada. Além disso, a nova redação seguiu o que fora disposto na Lei de PPPs.

Com relação ao setor de energia elétrica, a Lei 9.427/96, em seu art. 3º, V, prevê a competência da Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel para, no âmbito administrativo,

§ 5º O parceiro privado poderá acionar a garantia relativa a débitos constantes de faturas emitidas e ainda não aceitas pelo parceiro público, desde que, transcorridos mais de 90 (noventa) dias de seu vencimento, não tenha havido sua rejeição expressa por ato motivado.

§ 6º A quitação de débito pelo FGP importará sua subrogação nos direitos do parceiro privado.

§ 7º Em caso de inadimplemento, os bens e direitos do Fundo poderão ser objeto de constrição judicial e alienação para satisfazer as obrigações garantidas.”

resolver os conflitos “entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”.

Quanto ao setor de telecomunicações, cumpre salientar que a Lei 9.472/97, em seu artigo 19, XVII, reconhece a competência da Anatel para compor, em sede administrativa, os conflitos de interesses entre as prestadoras de serviço de telecomunicações.

Na mesma esteira, a Lei 9.478/97, relativa à Política Energética Nacional e atividades ligadas ao monopólio do petróleo, em seu art. 43, X, exige a inserção, nos contratos de concessão do setor, de cláusula prevendo a composição de litígios relativos ao contrato e a sua execução, mediante a utilização de meios alternativos, mais especificamente, a conciliação e a arbitragem.

A consagração da arbitragem como forma de solução de litígios por entes públicos, mais recentemente, veio com a própria Lei das Parcerias Público-Privadas. O projeto de PPP também sofreu diversas alterações, mas prevaleceu a proposta de que a arbitragem seja feita no Brasil, em língua portuguesa e com base na Lei 9.307, que trata do assunto, tendo sido retirada do texto a exigência de que os árbitros sejam brasileiros²⁵.

Essencial foi a consagração da arbitragem como meio de solução de controvérsias nos contratos de PPP. Isto porque, tendo que recorrer à via judicial, o investidor enfrentaria o risco de morosidade que no caso de ações contra a administração pública direta, é agravado pela impenhorabilidade dos bens públicos e pela execução via precatório. Mais uma vez, garantias bem estruturadas podem acelerar o resultado. Adicionalmente, o uso de uma empresa estatal para celebrar os contratos de PPP, em nome do Estado, pode dispensar o rito do precatório.

A inclusão de cláusula arbitral no contrato de PPP pode favorecer a celeridade e a tomada de decisões mais técnicas, resultantes de árbitros especializados em projetos dessa natureza. Desta forma, características ínsitas à arbitragem permitem que o instituto seja o mais adequado no cenário das Parcerias Público-Privadas.

2.2 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva nas PPPs

Tem prevalecido em doutrina e jurisprudência o entendimento de que para que um ente público se submeta à arbitragem é necessária autorização legislativa para este fim. Destacam-se os ensinamentos de Luis Roberto Barroso:

“É razoável considerar que a mesma lei que autoriza a Administração a clausular arbitragem em determinado espaço de atuação (como, e.g., a Lei de Concessões) implicitamente considera

²⁵ A mesma exigência encontra-se na Lei espanhola:

“Los contratos también deben incluir mecanismos de solución alternativa de conflictos, evitando que los casos tengan que ser presentados a la justicia ordinaria, con los correspondientes riesgos de dilatación de los procesos judiciales. Este requisito ha sido parte importante de las nuevas normas legales, pero su inclusión en los contratos ha enfrentado interpretaciones opuestas sobre la validez constitucional, lo cual ha disminuido la seguridad de implantación de estas normas contractuales en caso de conflicto entre las partes.” RUBIO, Luis A. Conceptualización y Formas de Financiamiento. In: *Seminário Internacional de Parcerias Público-Privadas para a provisão de serviços de infra-estrutura*. Rio de Janeiro. 2003.

como disponíveis os interesses públicos ali envolvidos; caso contrário, eles não poderiam estar sujeitos ao juízo arbitral. Isto é: não são necessárias duas manifestações legislativas autônomas.”²⁶

No caso das Parcerias Público-Privadas, o legislador trouxe a autorização legislativa no artigo 11 inciso III da Lei 11.079/2004²⁷. A redação final do dispositivo é a que se segue:

“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.”

Desta forma, do ponto de vista da arbitrabilidade subjetiva, o Estado já teria sua capacidade de submissão configurada, em razão da existência de lei autorizativa específica²⁸. Cabe agora analisar a arbitrabilidade objetiva dos eventuais litígios que venham a surgir.

Deverão ser submetidas à arbitragem as lides que estejam relacionadas a direito patrimoniais disponíveis, como no caso de equação econômica-financeira (solução de aplicação de índices de reajuste, modificações na relação encargo benefício), mas não nos casos de prestação do serviço público pelo ente particular (condições de qualidade, prestação do serviço)²⁹

Assim, o exame da arbitrabilidade objetiva perpassa pela consagração das disputas que podem ser submetidas à arbitragem. Para isto, resta evidente a aplicação do artigo 1º da Lei de Arbitragem.³⁰

Entretanto, devemos manter uma análise cautelosa a respeito dos litígios arbitráveis. Alguns pontos devem ser levados em consideração:

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. In: *Temas de direito constitucional*, Tomo II. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003 p. 628.

²⁷ Consideramos que está presente também na nova redação da Lei de Concessões a autorização que configura a arbitrabilidade subjetiva para o Estado nos contratos de concessão. V. Art. 23-A Lei 8.987/95.

²⁸ Há quem entenda não ser necessária a promulgação da referida lei autorizativa: “A autorização legal (geral e orçamentária) para a realização de despesas pela Administração, mediante celebração de contratos com particulares, importa, a fortiori, a autorização para que o administrador faça uso de todos os meios negociais disponíveis para a melhor consecução dos interesses da coletividade. Assim, v.g., pode a Administração Pública proceder ao acerto direto de seus conflitos com os particulares, o que não ofende à legalidade. Por igual razão, pode a Administração pactuar a realização de procedimento arbitral, como o meio mais eficiente de solução de suas controvérsias com particulares. Trata-se de um poder implícito ao dever de bem administrar o patrimônio público e promover o interesse público aquele de obrigar-se à solução arbitral de litígios.”

²⁹ SERRANO, Pedro Estevam. Opiniões emitidas em entrevista concedida ao site InvestNews (www.investnews.com.br) em 22 de setembro de 2004.

³⁰ “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

2.2.1 Sigilo X Publicidade Pública

Suzana Domingues Medeiros comentando esse aparente conflito entre o sigilo característico das arbitragens e o princípio da publicidade que informa o direito administrativo, afirma:

“A privacidade e o sigilo são características inerentes a um procedimento arbitral. Contudo, quando o Estado figura em um dos pólos da relação jurídica, essas prerrogativas terão de ser relativizadas. A atividade da Administração, como sabemos deve sempre se pautar pelos princípios da publicidade e da transparência.”³¹

Desta forma, o sigilo característicos dos procedimentos arbitrais não pode ser visto aprioristicamente como um entrave à utilização da arbitragem por entes da administração pública. Deve haver, no entanto, um sopesar entre este caracter e o princípio da publicidade de modo que tanto os interesses públicos devem ser respeitados como a decisão arbitral deve receber a divulgação pertinente quando determinado por lei, mas também os interesses do concessionário deverão ser preservados, no sentido de manter a adequada privacidade nas audiências, bem como quanto aos documentos comerciais e estratégicos das empresas que instruírem o processo arbitral, salvo disposição em contrário das partes ou determinação legal.

Desta forma, é aconselhável que o contrato a ser celebrado entre os parceiros deva prever, na cláusula arbitral, o nível de publicidade que se dará a arbitragem caso ela venha a ser instituída. Essa precaução permite evitar problemas maiores no momento de eventual litígio.³²

2.2.2 Pagamento X Precatório

Um dos grandes riscos que se coloca ao Parceiro Privado ao celebrar um contrato de PPP, é o de não ter satisfeitos seus créditos quando o acordo se desfaz. Ainda que o acordo não tenha sido desfeito é possível que a administração deixe de adimplir com suas obrigações financeiras. O que se coloca é: teria que o parceiro se submeter ao falho sistema de precatórios para fazer valer o seu crédito?

³¹ MEDEIROS, Suzana Domingues. Algumas questões sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol.5, nº 17. Rio de Janeiro. 2004. p. 101.

³² “Outro ponto a destacar em relação ao tema da solução de conflitos nos contratos administrativos é o que diz respeito à transparência de que devem se revestir os atos da administração pública, em consonância com o princípio da publicidade. Nesse sentido, Marcelo de Oliveira Mello ressalta que não há exigência legal para que o procedimento arbitral seja conduzido em regime de confidencialidade, assinalando que esta não é característica essencial da arbitragem privada. Dessa forma, na cláusula compromissória dos contratos administrativos deverá constar dispositivo expresso que determine a publicidade dos atos do procedimento arbitral, em conformidade com o disposto nos arts. 5º, LX e 37 da Constituição Federal.” BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p. 15.

Mencionamos, anteriormente, que este problema foi antevisto pelo legislador, o qual consagrou na Lei 11.079/2004, artigo 16, o Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas.³³

A existência desse fundo também é um facilitador para o caso de uma arbitragem. O parceiro privado saberá que, havendo litígio, sendo este submetido à arbitragem e sendo ele o vencedor na disputa, ele poderá se valer de um fundo líquido para, de imediato, promover a execução do ente e receber seus créditos.

3. Artigo 11 inciso III

Cabe-nos agora analisar o dispositivo que consagrou a utilização de arbitragem nos contratos de parceria Público-Privada. A redação inicial do projeto de PPPs previa:

“Artigo 10 A contratação de parceria público-privada deve ser precedida de licitação na modalidade de concorrência, observado o seguinte:

III- o edital de licitação, poderá exigir:

e) facultar a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato.”

Esta confusa redação foi substituída, tendo sido incluída, durante a tramitação do projeto a exigência de que os árbitros fossem brasileiros. Essa previsão estava em descompasso com a tradição da liberdade das partes na escolha dos árbitros.³⁴

Todavia, quando da promulgação da Lei das PPPs permaneceu no dispositivo somente as exigências de que a arbitragem seja feita no Brasil, em língua portuguesa e com base na Lei 9.307, que trata do assunto.³⁵

Sobre a vinculação à língua portuguesa destaca-se o entendimento de José Emílio Nunes proferido no Congresso de Arbitragem realizado na Confederação Nacional do Comércio: *para ele não haveria impedimento em utilizar-se de testemunha estrangeira, por exemplo. A exigência da arbitragem ser em português significa que a língua oficial será o*

³³ “De acordo com a proposta da Abdib, cada projeto de PPP seria garantido por uma cota específica do Fundo, que durante a execução do contrato ficaria sob a guarda de um banco privado. Em caso de calote do Governo, a cota seria automaticamente transferida ao parceiro privado, que então poderia vendê-la para receber seu pagamento sem pedir licença ao Governo ou ao banco público encarregado de administrar o FGP.” MUKAI, Toshio. *Parcerias Público-Privadas*. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p. 13.

³⁴ “Note-se que, como as partes são livres para indicar os árbitros que desejam, isso inclui a faculdade de restringir a escolha com base em algumas características pessoais, tais como profissão, nacionalidade e especialização, dentre outros. Assim, a regra fundamental é que a vontade das partes seja respeitada, atendidos, obviamente, os princípios fundamentais do contraditório, ampla defesa e ordem pública.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 19.

³⁵ “Art. 11. 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 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.”(grifo acrescentado) Redação semelhante foi consagrada no Artigo 23-A da Lei 8.987/95: “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados 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.” (grifo acrescentado)

português, devendo eventuais documentos ou depoimentos serem traduzidos para o vernáculo.³⁶

Alguns autores relatam que certas partes já admitiram em sua arbitragem a utilização de mais de uma língua. Por meio de disposição contratual permitia-se que documentos pudessem ser submetidos sem tradução desde que num determinado idioma que o contrato indique. Entretanto, ainda assim, é comum o surgimento de controvérsias em razão da infidelidade de tradução de contratos bilíngües em que a versão da língua em que o contrato foi negociado apresenta discrepâncias em relação à outra versão, em geral feita às pressas.³⁷

Finalmente, o dispositivo vinculou a sede da arbitragem³⁸ ao Brasil. Isso demonstra uma certa parcialidade do Estado Brasileiro. Na verdade, o legislador seguiu a tendência já consagrada em outros diplomas em fixar a sede da solução dos litígios em que a Administração seja parte no Brasil.

O Decreto-lei nº 15.783/1922, que regulamentava o código de contabilidade da União previa no artigo 775 parágrafo 1º a obrigatoriedade de cláusula declarando competente o foro nacional brasileiro nos contratos administrativos. Posteriormente, o Decreto-lei 2.300/86, que regulava as licitações e contratos da Administração, previu a obrigatoriedade de cláusula que declarasse como competente o foro do Distrito Federal para solucionar qualquer litígio contratual. Em 1987, foi promulgado o Decreto-lei 2.348/87, alterando alguns dispositivos do Decreto-lei 2.300/86. Este novo diploma trouxe como inovação o parágrafo único do artigo 45, prevendo a possibilidade do juízo arbitral ser instaurado nas hipóteses de licitação internacional elencadas no parágrafo 13º do artigo 25.³⁹

³⁶ Congresso de Arbitragem realizado na Confederação Nacional do Comércio, Rio de Janeiro, em maio de 2005.

³⁷ BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris. 2002. p. 49.

³⁸ “Adicionalmente, a lei do local da arbitragem poderá determinar a solução para os eventuais incidentes processuais que venham a ocorrer durante o feito. Vale mencionar, ainda, que na hipótese de as partes houverem silenciado ou não chegarem a acordo em relação à lei aplicável, o DIP local poderá indicar a aplicação de uma lei determinada para a execução e interpretação do contrato. Por estas razões e por se tratarem de tradicionais centros de arbitragem internacional, localizando-se em países com legislação arbitral avançada, na maior parte dos contratos internacionais da indústria do petróleo as cidades de Londres, Paris e Genebra são eleitas para a sede do foro arbitral.” BUCHEB, José Alberto. *A Arbitragem Internacional nos Contratos da Indústria do Petróleo*. Lúmen Iuris, Rio de Janeiro. (2002). p. 48. Eduardo Talamini assim se pronunciou: “Trata-se de uma cláusula supérflua e talvez até contraproducente. Historicamente, não há razões para duvidar da idoneidade no desenvolvimento e solução de processos desenvolvidos fora do território nacional e que tenham por objeto questões de interesse público.” TALAMINI, Eduardo. Idioma e local da arbitragem sobre PPP. *Informativo Migalhas*. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=9546. Acesso em 12/05/2005.

³⁹ “A alteração introduzida pelo Decreto-lei nº 2.348/87 não era satisfatória, pois permitia a adoção da arbitragem apenas em hipóteses muito restritas de licitação internacional. Além disso, importante observar que o referido dispositivo somente previa a obrigatoriedade do foro do Distrito Federal para os contratos celebrados com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no exterior. Todavia, não nos parece que esse dispositivo pudesse ser interpretado a contrario sensu, no sentido de considerar autorizada a arbitragem para os contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no País. Ora, não faria sentido o legislador vedar a adoção da arbitragem para os contratos celebrados com sociedades estrangeiras – em que com mais razão se justificaria a sua adoção – e permitir a sua utilização nos contratos com sociedades brasileiras. Ademais, a autorização para a utilização da arbitragem era prevista em casos excepcionais, devendo toda exceção ser interpretada restritivamente. Note-se, ainda, que a nova redação fazia menção expressa ao juízo arbitral e silenciava a respeito da cláusula de eleição de foro. Indagava-se se essa omissão poderia ser interpretada como uma intenção do legislador de tratar diferentemente as duas questões e considerar a arbitragem como um meio

Com a lei 8.666/93, que se aplica à Administração Pública direta e indireta, previu-se no parágrafo 2º do artigo 55, a fixação do foro da administração para a solução de litígios em que esta seja parte, inclusive os decorrentes de contratos celebrados com pessoas físicas e jurídicas domiciliadas no Brasil.

Entretanto, ainda que a lei das PPPs tenha um caráter inovador ao trazer a previsão da arbitragem, mais uma vez o legislador brasileiro deixou de seguir a moderna normatização da arbitragem.⁴⁰

Há, entretanto, aqueles que encontram no dispositivo a consagração de uma posição *favor arbitratis*. Entende-se que ao fixar que a arbitragem tenha que se realizar no Brasil, buscou-se definir que as sentenças arbitrais, que venham a ser emitidas no bojo de tais arbitragens, recebam o tratamento de sentença nacional, e não estrangeira – a qual necessitaria de homologação do STJ para produzir efeitos executivos. Defende-se ainda que a fixação da arbitragem com sede no Brasil seria benéfica porque facilitaria a obtenção de medidas cautelares e de pedidos de impugnação das sentenças arbitrais.⁴¹

Por derradeiro, cabe analisar a não inserção em diversas leis estaduais da previsão da arbitragem ser realizada no Brasil e em português. O que se deve visualizar é se a previsão da Lei Federal aplica-se a todos os entes federativos.

Inicialmente, destacamos que poderá haver três entendimentos. Se entendermos que a previsão refere-se a regras de direito material, devemos aplicar o artigo 22, inc. XXVII, da Constituição. Isso porque pelo mesmo cabe à União fixar normas gerais sobre contratação administrativa. Por assim ser, o artigo 11 inciso III não traz uma previsão genérica⁴², mas uma regra específica a qual deve ser observada estritamente pela União.

Por outro lado, se entendermos que tal dispositivo refere-se ao direito processual⁴³, temos que este é um tema da competência privativa da União (artigo 22 inciso I da Constituição) e, portanto, seria de observância obrigatória por todos os Estados da Federação. É possível ainda vislumbrar no presente dispositivo mera regra procedimental. Em sendo assim, o artigo 24 inciso XI da Constituição determina que a competência para procedimentos em matéria processual é concorrente entre União, Estados e o Distrito Federal. Desta forma, seria possível aos Estados legislar de forma diversa, inclusive oposta, ao que fora fixado na legislação federal.⁴⁴

neutro de solução de controvérsias, desvinculado do Poder Judiciário, sem qualquer implicação para o princípio da imunidade de jurisdição.” Medeiros, Suzana Domingues. Estudo realizado na dissertação *Submissão do Estado brasileiro à Arbitragem*, defendida em agosto de 2005 no mestrado de Direito da UERJ.

⁴⁰ “(...) Observa-se uma nítida tendência dos tribunais estatais no sentido de desvincular a arbitragem da lei do local de sua sede, no que se refere ao reconhecimento extraterritorial. Assim, decisões que tenham sido declaradas nulas pelo judiciário do local da sede da arbitragem, ainda assim, tiveram reconhecimento extraterritorial.” DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 257.

⁴¹ LUGON, Cecília Viana. Apontamentos Sobre a Arbitragem nos Contratos de Concessão. (no prelo)

⁴² Luis Roberto Barroso se manifesta: “a lei de normas gerais deve ser uma lei quadro, uma moldura legislativa. São normas não exaustivas, incompletas, de modo a não esgotar na competência da União a matéria da legislação concorrente”. BARROSO, Luis Roberto. Apontamentos sobre o Princípio da Legalidade. In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo I. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2002. p. 186.

⁴³ Sobre o tema ver esclarecimentos DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Arbitragem Comercial Internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar. 2003. p. 503 e seg.

⁴⁴ Sobre a previsão na lei mineira: “Os parágrafos do referido art. 13 definem como deverá ser o procedimento em caso de arbitragem. Os árbitros serão escolhidos dentre pessoas naturais de reconhecida idoneidade e

Diante dos posicionamentos expostos, preferimos adotar a posição em que se defende tratar-se de dispositivo que estabelece regras procedimentais. Dessa forma, podem os estados estabelecer regras diferentes da estabelecida no art. 11 inciso III da Lei Federal.

4. Conclusão

O nosso estudo procurou dedicar-se a um tema muito recente e inovador: a conjugação entre as Parcerias Público-Privadas e a arbitragem. O instituto da arbitragem vem, principalmente a partir da publicação da lei 9.307/96, sendo amplamente discutido. Entretanto, a sua aplicação e utilização por entes da Administração Pública ainda é muito controversa, não tendo alcançado sua maturação.

Apesar de tantas indefinições procuramos demonstrar que por meio das PPPs, o governo também estende sua influência a áreas de atuação e a processos decisórios privados a que, de outro modo, ele não alcançaria tão facilmente, permitindo um compartilhamento de custos e de ganhos.

Com o instituto das PPPs os governos federal, estaduais e municipais poderão atingir maior eficiência e qualidade na prestação de serviços, buscar maior competitividade no mercado, melhor qualidade do gasto e possibilidade de implantação dos projetos em menor tempo. Dessa forma, as PPPs se colocaram e se colocam como uma excelente alternativa e solução aos grandes gargalos de infra-estrutura brasileiros.

Consagrada a importância das Parcerias Público-Privadas, buscamos verificar a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos que venham a surgir entre os parceiros. Assim, características da arbitragem como a celeridade, a especialidade e a manutenção do relacionamento entre as partes, aspecto extremamente positivo em determinadas situações, como no caso em que as partes são signatárias de um contrato comercial de longo prazo, fazem da arbitragem o melhor mecanismo para a solução de referidas controvérsias.

conhecimento da matéria, devendo o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional ou entidade especializada. Está previsto, ainda, que a arbitragem terá lugar na capital do Estado, em cujo foro serão ajuizadas, se for o caso, as ações necessárias para assegurar a sua realização e a execução da sentença arbitral.” BOTREL, Karla. Comentário à Lei Estadual nº 14.868, de 16.12.2003 – Minas Gerais. In: Parcerias Público-Privadas. Toshio Mukai (org.). 1ª Edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária. 2005. p.49.