

A Infra-estrutura, as PPPs e a Arbitragem

ARNOLDO WALD

I. Breve introdução histórica - II. A abertura da economia brasileira - III. O sentido da concessão e da parceria - IV. Dez anos da aplicação da legislação de concessões - V. As PPPs - A) As finalidades e os objetivos, B) As Condições, B1) Os marcos regulatórios estáveis, B2) As garantias, B3) A Arbitragem - VI. Conclusões

"A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através de taxação ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos."

PETER DRUCKER ⁽¹⁾

"Para oferecer maior segurança ao setor privado, o projeto de lei oferece a possibilidade da adoção da arbitragem, como forma de solução de conflitos que atentem para o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. As grandes firmas de engenharia, nacionais ou estrangeiras, hesitariam em firmar contratos de grande monta e, por vezes, de complexa execução no plano técnico, sem que as eventuais controvérsias pudessem ter solução em tempo razoável."

JULIAN M. CHACEL ⁽²⁾

I. BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA

1. No momento em que a Segunda Guerra Mundial terminou e quando cinco anos depois se iniciou a segunda metade do século passado, o Brasil se apresentava com mais de um século de atraso em relação aos países industrializados. Tínhamos uma agricultura obsoleta, uma indústria incipiente,

⁽¹⁾ *Administrando em tempos de grandes mudanças*. Tradução brasileira. São Paulo: Pioneira, 1995, p. 118.

⁽²⁾ "Entidades públicas e a arbitragem", *Gazeta Mercantil, Legal & Jurisprudência*, 23.06.2004, p. 1.

uma infra-estrutura totalmente insuficiente e uma ausência de verdadeira vivência democrática. A legislação da época era uma superposição de disposições que correspondiam a alguns projetos elaborados no meio e no fim do século XIX (os Códigos Civil e Comercial) e de normas da ditadura Vargas, algumas de exacerbado nacionalismo e até inspiradas no fascismo dos anos 1930.

2. As concessões de serviço público que permitiram o desenvolvimento do país no período anterior (1850-1950) estavam desaparecendo, terminando seja por decurso de prazo, seja em virtude de encampação ou de acordos, por não mais haver interesse dos concessionários. Efetivamente, o abandono da cláusula-ouro, que lhes dava a estabilidade financeira, e uma política populista de tarifas reduzidas, consideradas políticas e confiscatórias, desincentivaram as empresas concessionárias, em geral europeias e canadenses, que participaram do desenvolvimento da nossa infra-estrutura na época, operando em áreas como a telefonia, a eletricidade, o gás, as estradas de ferro e o transporte urbano.

3. Houve, assim, a estatização das concessionárias, passando, outrossim, o Estado a ser o motor inicial da industrialização e cabendo-lhe também manter e ampliar a infra-estrutura. As quatro primeiras décadas da segunda metade do século XX se caracterizam pelo predomínio do Estado na economia brasileira, que fez grandes esforços para se integrar no plano internacional. Era uma economia no fundo autárquica, protegendo as empresas nacionais às quais assegurava o mercado interno, em virtude de medidas protecionistas. As grandes companhias eram, em geral, estatais ou sociedades de economia mista e o país pretendeu realizar o seu desenvolvimento mediante a utilização de financiamentos internacionais e utilizando o seu poder monetário, para emitir papel-moeda, sempre que necessário.

4. Não houve incentivos ao capital estrangeiro, que sofria importantes restrições, e poucas foram as *joint-ventures* realizadas pelo Poder Público com empresas estrangeiras. Pode ser citado como um dos raros exemplos a criação da indústria petroquímica com a utilização do tripé – empresa estatal, companhia privada nacional e sociedade estrangeira, tendo inicialmente, cada uma delas, um terço do capital das empresas.

5. Durante o regime militar, deu-se preferência, em matéria de infra-estrutura, às grandes obras e os custos com os quais o Estado teve que arcar foram muito altos, gerando um clima inflacionário. Esses custos decorriam tanto da gestão pública e de sua relativa rigidez quanto da falta de velocidade e das sucessivas paralisações na realização das obras, em virtude de falta de planejamento e de ausência de recursos. No campo da eletricidade, várias obras chegaram a demorar algumas décadas até ficarem prontas, encarecendo enormemente o preço da energia.

6. Dentro deste quadro, coube ao Estado, ao qual faltavam os recursos necessários, optar entre desenvolver a infra-estrutura, emitindo papel-moeda e mantendo e aumentando a inflação, ou abandoná-la num estado de progressiva degradação, fazendo com que perdesse parte substancial do seu valor. Em certos casos, o investimento real superou o planejado de tal modo que o preço das

obras se tornou incompatível com o do mercado, criando problemas insolúveis para a sua amortização.

7. Surgiu, pois, para os poderes públicos, uma difícil escolha entre o **déficit público** (realizar obras sem ter dinheiro e financiá-las com empréstimos, ou até, se necessário, emitindo papel-moeda) e o **déficit de infra-estrutura** (não realizar as obras e não manter em níveis adequados os serviços mas evitar o recrudescimento da inflação). O dilema era tanto mais sério que a existência de uma boa infra-estrutura, além do valor que representa em si mesma, é condição básica ao desenvolvimento da economia nacional.

II. A ABERTURA DA ECONOMIA BRASILEIRA

8. Chegamos assim à abertura da economia brasileira, que ocorreu simultaneamente com o fim do regime militar e a redemocratização do país. Embora a Constituição de 1988, na sua versão inicial (hoje modificada por 45 emendas constitucionais), fosse relativamente estatizante e nacionalista, já se admitia, a partir do fim dos anos 1980, a necessidade de privatizar a maioria dos serviços públicos que integravam a infra-estrutura do país. A privatização ocorreu menos por motivos ideológicos ou políticos do que em virtude da falta de recursos do Estado, para mantê-los e desenvolvê-los de acordo com as necessidades da economia nacional.

9. O Brasil tinha chegado à convicção que não mais podia continuar sendo uma economia fechada, no mundo globalizado, e que necessitava do capital estrangeiro para recuperar o seu atraso tecnológico e modificar as bases de sua economia. Um Presidente da República chegou a dizer-me que “Faremos a privatização não por motivos ideológicos, mas por necessidade fisiológica, ou seja, por absoluta falta de recursos”.

10. Durante a moratória brasileira, algumas fórmulas criativas de abertura da economia já tinham sido experimentadas com relativo sucesso, como foi o caso da conversão da dívida em participação acionária. Concluiu-se que o interesse do capital estrangeiro para ser investido no Brasil poderia ser a grande solução da qual o país necessitava para garantir a estabilidade monetária e dar um grande impulso à modernização da nossa infra-estrutura.

11. O exemplo do que estava ocorrendo no exterior, em particular na Inglaterra, não deixou, por sua vez, de influenciar o direito brasileiro. Efetivamente, como já se afirmou, o conceito de concessão levou dez séculos para se sedimentar e, em seguida, bastaram dez anos para que passasse a ser utilizada no mundo inteiro.⁽⁹⁾

12. Por outro lado, durante longos anos, o Brasil conviveu com uma inflação patológica, que atingiu mais de 1000% ao ano, utilizando a indexação. Um dos nossos economistas chegou a dizer, naquela época, que o Brasil não tendo

⁽⁹⁾ CHRISTIAN BETTINGER, *La gestion déléguée, des service publics dans le monde*, Paris, Berger-Levrault editor, 1997, p. 13.

conseguido alcançar a virtude (estabilidade do poder aquisitivo da moeda) acabou neutralizando o vício com a correção monetária.⁽⁴⁾ Mas a indexação, além de corrigir o passado, influenciava os preços futuros fazendo com que nunca se pudesse sair do caos inflacionário.

13. O Plano Real, que, depois de várias tentativas infrutíferas cortou, em 1994, o impulso inflacionário da economia brasileira, se baseou em vários pilares, entre os quais se destaca a privatização da maioria dos serviços públicos. Ela não só garantiu ao Estado o recebimento de importantes recursos nos leilões da privatização, como ainda reduziu as necessidades de desembolso do Tesouro Nacional, para atender tanto aos custos como aos investimentos necessários e indispensáveis em várias áreas dos serviços públicos, algumas das quais estavam sofrendo uma revolução tecnológica, como aconteceu nas telecomunicações.

14. Uma nova fase tanto da economia como do direito brasileiro se iniciou, pois, com as privatizações e a legislação sobre concessões de 1995 (Leis nº 8.987 e 9.074/95), com as várias emendas constitucionais que permitiram a privatização e com a Lei de Arbitragem de 1996 (Lei nº 9.307).

15. O Presidente Juscelino Kubitschek costumava dizer que pretendia nos cinco anos do seu mandato fazer o Brasil progredir cinquenta anos. Talvez, parafraseando-o, possamos dizer que, tanto em relação às concessões quanto à arbitragem, em menos de dez anos, demos um salto, realizando uma evolução que, em outros países, necessitou de quase um século.

16. Efetivamente, houve, no Brasil, na matéria, em relativamente pouco tempo, uma verdadeira revolução cultural, jurídica, econômica e política com, de um lado, a privatização dos serviços públicos e a concessão, e, de outro, a implantação e institucionalização da arbitragem, que não deixa de ser uma privatização do setor de solução dos litígios, que anteriormente dependia da Justiça estatal.

III. O SENTIDO DA CONCESSÃO E DA PARCERIA (PPP)

17. Na realidade, a lei referente às parcerias público-privadas que complementa as leis anteriores referentes à concessão, é da maior importância. Efetivamente, após o restabelecimento da *estabilidade monetária*, pelo Plano Real e pela lei da responsabilidade fiscal (Lei nº 10.028/2000), a nova fase da política governamental passou a ter como finalidade o *crescimento econômico* para o qual o *desenvolvimento da infra-estrutura* é essencial.

18. Tratou-se, pois, de encontrar a fórmula adequada para evitar tanto o *déficit público* quanto o *déficit de infra-estrutura*, realizando as importantes obras das quais necessitamos e eliminando os gargalos de estrangulamento da economia nacional, sem obrigar o Estado a fazer investimentos com recursos que atualmente

⁽⁴⁾ ROBERTO CAMPOS, prefácio ao livro de SIMONSEN, CHACEL E WALD, *Da correção monetária*, Rio de Janeiro, APEC, 1970, p. 11.

não possui.

19. A solução foi a criação de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada. *Utilizam-se, assim, no interesse público, os recursos dos investidores, a sua capacidade administrativa, a técnica empresarial de gestão e o know-how das empresas privadas.*

20. Nessa matéria, um primeiro passo importante foi feito com a legislação das concessões de 1995. Mas, decorridos dez anos, sentiu-se a necessidade de reformular e complementar normas que passaram a constituir um verdadeiro direito novo - o de parceria. Trata-se de um direito flexível, de natureza regulatória e, em grande parte, contratual, no qual predominam, além do espírito público, o respeito à boa-fé e o dever de negociação para garantir, de modo contínuo, o equilíbrio econômico-financeiro das operações.

21. A revolução cultural à qual aludimos está impondo uma nova relação jurídica entre o Estado e a empresa privada. Trata-se do espírito de parceria que caracteriza a *joint venture*, a cooperação das partes, que dividem equitativamente obrigações, responsabilidades e riscos em virtude de um instrumento flexível, evolutivo e adaptável às novas circunstâncias.

22. O Estado renuncia, assim, ao uso das suas prerrogativas de soberano, deixando de ser o poder que impõe a sua vontade, para transformar-se num interlocutor que negocia contratos, dando um crédito de confiança ao seu parceiro, e aceita discutir cláusulas e condições, renegociando-as sempre que for útil ou necessário. ⁽⁵⁾ Na realidade, numa fase de rápido desenvolvimento tecnológico, o Poder Público não mais se pode considerar como onisciente, sabendo tudo e certamente mais do que o seu parceiro. É preciso que a administração reconheça a competência técnica e financeira dos seus parceiros, restringindo-se a estabelecer regras gerais e a fiscalizar o cumprimento do contrato.

23. Cabe esclarecer que em várias legislações, inclusive a inglesa, as PPPs são consideradas como contratos de direito privado, pois neles o Estado se despe do seu *imperium*, da sua soberania.

24. As palavras chaves da parceria, os seus princípios fundamentais são, pois, a cooperação, a concertação e a flexibilidade. Nas relações que se travam na chamada "sociedade de risco" ⁽⁶⁾ entre uma empresa flexível ⁽⁷⁾ e um governo flexível, num mundo incerto ⁽⁸⁾ e descontínuo ⁽⁹⁾, impõe-se um direito amoldável, dúctil e flexível. ⁽¹⁰⁾

25. Para tanto, devemos ter princípios básicos definidos, um regime jurídico claro e respeitado por ambas as partes, a boa-fé na renegociação sempre que

⁽⁵⁾ A doutrina francesa tem salientado que o Estado abandona o uniforme para se colocar à paisana ("L'État se met en civil").

⁽⁶⁾ ULRICH BECK, *Risk Society, Towards a New Modernity* (tradução inglesa do original alemão intitulado *Risikogesellschaft*, Sage publications, Londres, 1992).

⁽⁷⁾ ALVIN TOFFLER, *A empresa flexível*, tradução brasileira, Rio de Janeiro, Editora Record, s/data.

⁽⁸⁾ JOHN KENNETH GALBRAITH, *The age of uncertainty*, Londres, BBC (editor), 1977.

⁽⁹⁾ PETER F. DRÜCKER, *The age of discontinuity*, New York, Harper & Row, 1968.

⁽¹⁰⁾ JEAN CARBONNIER, *Fléxible droit*, 7ª ed., LGDJ editor, Paris, 1992 e GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Il diritto mitte*, Roma, Torino, Giulio Einaudi ed., 1992.

necessário, e soluções equilibradas que correspondam aos interesses tanto dos parceiros privados, como da própria coletividade e dos usuários. Deve-se almejar sacrifícios de todos eles, garantindo-se, ao mesmo tempo, condições econômicas para a sobrevivência do contrato de parceria.

26. É preciso salientar que a Constituição Brasileira é a única ou uma das poucas do mundo que trata da concessão, definindo-a como *contrato de natureza especial* ⁽¹¹⁾ e *da manutenção nos contratos de concessão e parceria, tanto do equilíbrio econômico* (rentabilidade final do concessionário nos termos em que foi inicialmente definida), *como financeiro* (manutenção do fluxo de caixa, ingresso dos *inputs* e desembolso dos *outputs* na forma inicialmente prevista) ⁽¹²⁾.

27. Cabe salientar que se aplicam às PPPs ambas as disposições – o caráter especial do contrato e a garantia do equilíbrio econômico-financeiro – embora referindo-se a primeira ao contrato de concessão e a segunda às contratações da administração pública direta e indireta de todas as pessoas jurídicas de direito público interno. Efetivamente, a PPP não deixa de ser uma forma especial de concessão, conforme esclarece o próprio texto legal (art. 2º da Lei nº 11.079/2004).

IV. DEZ ANOS DA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE CONCESSÕES

28. Nos dez anos em que se desenvolveu, no Brasil, a concessão na sua conceituação moderna, houve sempre a preocupação do Estado de respeitar os contratos. A própria campanha do Presidente Lula se baseou, em grande parte, na garantia do respeito aos contratos firmados pelo Poder Público, que aliás, decorre das normas constitucionais referentes ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI), ao chamado *due process of law* substantivo ou material (em oposição ao processual) (art. 5º, LIV) e da proteção assegurada ao direito de propriedade (art. 5º, XXII, XXIII e XXIV).

29. Mesmo em fases críticas, como a que existiu em virtude do racionamento da eletricidade, o Governo tentou evitar o uso de soluções impostas aos concessionários, tendo, ao contrário, encontrado formas negociadas de acerto com distribuidores e geradoras, mediante transação acertada com as partes com base em Medida Provisória ⁽¹³⁾, cuja validade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal. ⁽¹⁴⁾

30. Posteriormente, o Governo decidiu realizar uma mudança de modelo no sistema elétrico e, na revisão, abandonou alguns padrões inicialmente estabelecidos. Após um início de decisão da matéria pelo Supremo Tribunal Federal ⁽¹⁵⁾, encontrou-se solução negociada que foi considerada, *a grosso modo*, aceitável pelas partes.

⁽¹¹⁾ Art. 175, I da Constituição de 1988.

⁽¹²⁾ Art. 37, XXI da Constituição de 1988.

⁽¹³⁾ MP nº 2152-2.

⁽¹⁴⁾ ADC nº 9.

⁽¹⁵⁾ Adins nº 3090 e 3100.

31. Em matéria de telefonia, houve indevida intervenção do Poder Judiciário, mediante sentenças de primeira e segunda instância, que afastaram a indexação das tarifas com base na variação cambial da moeda. Essa posição foi corrigida rapidamente pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a necessidade de manter as garantias dadas aos investidores.⁽¹⁶⁾

32. Podemos, pois, concluir que a experiência brasileira, no que diz respeito às concessões, foi muito feliz em alguns campos, como a telefonia, e permitiu importantes progressos na construção e conservação de estradas de rodagem e na produção e distribuição de energia, sem todavia alcançar soluções definitivas nessas duas últimas áreas, nas quais são necessários novos investimentos.

33. Acresce que, em certas atividades e em determinadas regiões do país, a concessão propriamente dita, como foi consolidada em 1995 não funciona adequadamente, sendo um instrumento insuficiente. Efetivamente, trata-se de situações nas quais o poder aquisitivo do usuário não é compatível com as tarifas que o concessionário deve cobrar para amortizar o seu capital.

34. Justifica-se, pois, a complementação e modernização legislativa, que se realiza com a concepção das PPPs.

V. AS PPPs

A) As Finalidades e os Objetivos

35. Na realidade, havia duas situações que não encontravam soluções na legislação das concessões:

a) os serviços públicos em relação aos quais os usuários poderiam pagar uma determinada tarifa, mas não tinham condições de arcar com o pagamento do valor necessário para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, havendo necessidade de subsídio;

b) os serviços públicos que deviam ser da responsabilidade exclusiva do Estado, seja em virtude de sua própria natureza ou de determinações legais ou constitucionais.

36. Como exemplos, incluímos, no campo dos primeiros, determinados transportes de massa, como o metrô, e em certos casos, os serviços de água e saneamento. Entre os segundos, enquadram-se as prisões e a atuação do Estado, que complementa a iniciativa privada, nas áreas de saúde e educação.

37. Dez anos após a aprovação da legislação sobre concessões, reconhece-se, pois, a necessidade de ampliar a parceria entre o Estado e as empresas a fim de atender as situações não abrangidas pelos diplomas anteriores. Essa imperatividade se faz sentir especialmente num momento em que o Estado

⁽¹⁶⁾ Ag Rg na Suspensão de Liminar nº 57 - DF.

pretende utilizar a maior parte dos seus recursos para resolver problemas sociais. E, por outro lado, os investimentos na infra-estrutura tornaram-se mais pesados para o Estado em razão da evolução tecnológica e das transformações sofridas pela nossa economia que criaram novas necessidades, como é o caso do significativo aumento das nossas exportações.

38. Cabe acrescentar que as PPPs são mais importantes e fecundas nos países em desenvolvimento do que nos Estados industrializados do primeiro mundo. Efetivamente, necessitamos mais agudamente de recursos para recuperar o nosso atraso em infra-estrutura. É especialmente o que ocorre em setores nos quais, há muito tempo, não tinha havido investimentos relevantes e que passaram a ter uma transformação radical, como aconteceu em relação às empresas de transporte ferroviário e às companhias que administram os portos, ambas tendo sido um tanto quanto abandonadas durante longos anos.

39. As PPPs foram utilizadas, inicialmente, na Grã-Bretanha para reduzir os custos da infra-estrutura e, atualmente, são também consideradas, em outros países europeus, como um meio de realizar investimentos sem infringir as normas referentes ao seu déficit público. São, em parte, consequência dos tratados da União Européia que limitam as despesas públicas dos países que a integram.

40. No Brasil, trata-se de criar uma nova infra-estrutura, que é necessária e indispensável, não apenas em alguns casos pontuais, mas abrangendo a malha ferroviária, a recuperação e construção de dois terços das nossas estradas de rodagem, a maioria dos nossos portos, a construção de armazéns gerais etc. Toda a política governamental de exportações assim como a substituição de parte das nossas importações pela produção nacional e até parte da atividade de pesquisa encorajada pela Lei da Inovação (Lei n. 10.973, de 02.12.2004) dependem, em certo sentido, de investimentos relevantes, que poderão ser realizados mediante parcerias público-privadas.

B) As Condições

41. Acresce que a tradição de credibilidade do Tesouro Público brasileiro ainda não é idêntica à da maioria dos países industrializados. Tivemos, no passado, a moratória em relação aos débitos externos e, posteriormente, o Plano Collor que atingiu a poupança interna. Finalmente, o contexto latino-americano, no qual nos enquadrámos, não nos ajuda, embora tenhamos resistido, com galhardia e inteligência, ao risco de contaminação da crise Argentina.

42. Por todos esses motivos, têm sido suscitadas algumas dúvidas, em vários países, quanto à segurança jurídica dada pelas PPPs, abrangendo não só o regime jurídico das mesmas, mas também as garantias dadas aos parceiros privados e a definição dos meios de solução dos eventuais conflitos que poderão surgir entre o Poder Público e a empresa privada.

43. Podemos até afirmar que as PPPs, para terem sucesso, dependem da construção e manutenção de tais pilares que devem ser eficientes e sempre atualizados:

- a) os marcos regulatórios;
- b) as garantias;
- c) a solução dos litígios por arbitragem.

B.1.) Os marcos regulatórios estáveis

44. Quanto ao primeiro aspecto, não há dúvida que a Lei nº 11.079 amplia o leque de fórmulas de cooperação entre o Estado e os particulares, multiplicando as suas formas e aumentando substancialmente as garantias do investidor. É incontestável que, em certas áreas, o marco regulatório faz falta e, em outros, esteve ou está em fase de reformulação. Ora, não há regulação sem direito, nem possibilidade de investimento em infra-estrutura sem regulação.

45. É, pois, essencial que, desde logo, sejam estabelecidos marcos regulatórios estáveis e que, em tese, não serão modificados durante a vigência dos contratos. Poder-se-á, eventualmente, até garantir a manutenção dos já existentes e, caso tenham que ser modificados, é preciso encontrar fórmulas negociais de modo a obter a adesão do parceiro privado ou indenizá-lo prévia e adequadamente pelos seus prejuízos ou lucros cessantes.

46. Se as modificações não forem negociadas adequadamente ou os prejuízos do parceiro privado não forem previamente indenizados, haverá violação das normas constitucionais já referidas (art. 5º, incisos XXII, XXIV, XXXVI e LIV e art. 37, XXI).

47. Caracteriza-se o novo diploma pela sua flexibilidade. As diretrizes fixadas pelo legislador na Lei nº 11.079, de 30.12.2004, são claras, estabelecendo uma equação adequada entre o atendimento do interesse público e os direitos e interesses tanto dos destinatários do serviço quanto das empresas concessionárias (art. 4º, II) sem prevalência de uns sobre os outros. As soluções, todavia, devem garantir a manutenção do serviço público, não podendo obrigar o concessionário a realizar um investimento maior do que aquele ao qual se obrigou ou a financiar o serviço por mais tempo sem um retorno adequado.

48. Talvez coubesse uma referência específica na lei ao princípio constitucional da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicialmente estabelecido no acordo entre as partes. Trata-se de um dos pressupostos da parceria que, oriundo do direito administrativo, já agora foi generalizado para ser aplicado em todas as relações jurídicas, em virtude do que dispõe o novo Código Civil (arts. 421 e 422). Mas, de qualquer modo, se aplica ao caso das PPPs, por ser determinação constitucional (art. 37, XXI da Constituição Federal).

49. Nas diretrizes da Lei das PPPs também se prevê a repartição objetiva dos riscos (art. 4º, VI), o que é oportuno e válido. Entendemos que numa fase de evolução imprevisível tanto da economia quanto da tecnologia, a matéria deverá ser regida pelo edital de licitação, pelo contrato ou pelo acordo, dando maior segurança à operação para ambos os contratantes.

B.2) As garantias

50. As garantias, que já devem ser mencionadas no edital e no contrato, são dadas pelo Fundo Garantidor de PPP – FGP, do qual tratam os arts. 16 e seguintes da Lei, tendo natureza privada.

51. Embora a sua gestão caiba a instituição financeira controlada pela União (art. 17) seria importante que dos seus Conselhos participassem representantes dos parceiros privados e da sociedade civil, como ocorre, por exemplo, no caso do Fundo Garantidor dos Créditos (FGC) do sistema financeiro.

B.3) A Arbitragem

52. A lei, no seu art. 11, inciso III, faculta a adoção da arbitragem para solução dos conflitos decorrentes da execução do contrato, no que foi particularmente feliz.

53. Cabe lembrar que a legislação anterior das concessões se referia, genericamente, “ao modo amigável de solução das divergências contratuais” (art. 23, XV da Lei nº 8.987), o que ensejou algumas posições discordantes na jurisprudência, embora tenhamos entendido que a previsão abrangia também a possibilidade de utilizar a arbitragem ⁽¹⁷⁾. De qualquer modo, a explicitação foi útil, constituindo incontestável progresso.

54. Para que não houvesse futuras discussões, a lei federal poderia ter sido um pouco mais completa no assunto, não se limitando a fixar o princípio, mas determinando que se previsse, desde logo, o modo de funcionamento do procedimento arbitral. Neste sentido, a lei estadual das PPPs de Minas Gerais acrescenta uma fórmula sintética que poderia ser introduzida na legislação federal ou até na sua regulamentação. Efetivamente, esclarece-se, no mencionado diploma, que deverá “o procedimento ser realizado de conformidade com regras de arbitragem de órgão arbitral institucional”. Evita-se, assim, a eventual discussão entre as partes e a necessidade de intervenção prévia do Poder Judiciário para determinar o modo pelo qual a arbitragem deverá ocorrer.

55. Para que se admitisse a arbitragem nas PPPs, foi importante afastar a redação inicialmente aprovada pela Câmara dos Deputados no projeto da Reforma do Judiciário (PEC 96 de 1992), mediante proposta de emenda constitucional, que vedava o seu uso pelo Estado e demais pessoas de direito público (nova redação proposta para o art. 98 § 4º da CF). Tratava-se de norma que contrariava tanto as nossas tradições jurídicas como os verdadeiros interesses do país. Representava, pois, um evidente retrocesso em relação à legislação vigente. Justifica-se, pois, plenamente, o repúdio que provocou nos meios

⁽¹⁷⁾ ARNOLDO WALD, LUÍZA RANGEL DE MORAES E ALEXANDRE DE M. WALD, *O direito de parceria e a lei de concessões (análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente)*, 2ª edição, São Paulo, 2004, 15.139 e segs, pp. 268-270.

jurídicos e financeiros do país e no próprio Ministério da Justiça. Oportunamente, o destaque, pedido pelo Senador Romeu Tuma (Requerimento nº 935), ensejou a rejeição do mencionado artigo, que, assim, deixou de constar na Emenda Constitucional nº 45, de 8.12.2004 ⁽¹⁸⁾.

56. Por outro lado, foi feliz o legislador pátrio ao exigir que a arbitragem se realizasse no Brasil e em língua portuguesa, evitando-se que a legislação brasileira fosse aplicada por juristas que desconhecem o nosso idioma e ignoram as normas do nosso direito e a realidade sócio-econômica brasileira.

57. Entendemos que, em tese, a aceitação ou a proibição do uso da arbitragem pelo Poder Público não deve ser matéria tratada na Constituição Federal. Estamos reagindo contra o excesso de regras constitucionais, que acabam formando uma camisa-de-força, impedindo o desenvolvimento nacional. Normas conjunturais, ou que não correspondem a princípios básicos na vida nacional, não devem ser introduzidas no texto constitucional, sob pena de nos obrigar a mudar constantemente a Constituição, como, aliás, tem acontecido nos últimos anos, ensejando a aprovação de quarenta e cinco emendas à nossa Magna Carta em menos de vinte anos. Como assinala o Ministro Nelson Jobim, é preciso fazer uma "lipoaspiração" do texto constitucional.

58. Por outro lado, como já assinalamos, a globalização proporcionou a criação de um direito flexível, correspondendo a uma economia em constante mudança, que se caracteriza pela descontinuidade e pela incerteza. Ora, a arbitragem é, por excelência, um instrumento flexível e sob medida, podendo ser utilizado sob as mais diferentes formas, seja obedecendo às normas legais, seja respeitando regras de entidades especializadas ou, ainda, mediante a adoção de um processamento próprio nas chamadas arbitragens *ad hoc*.

59. Existe, aliás, uma importante tradição brasileira em matéria de arbitragem internacional, que foi consagrada nas constituições brasileiras, desde 1824, considerando-a como a melhor forma de solução dos litígios internacionais.

60. A matéria também foi apreciada pelos nossos tribunais quando, em 1983, foi intentada ação popular para declarar a nulidade da cláusula de arbitragem incluída no denominado 'Acordo Dois', então celebrado para pôr fim à moratória brasileira. Tratava-se de um acordo internacional (*Deposit Facility Agreement*), assinado em 25.2.1983, entre o Banco Central (devedor) e a República Federativa do Brasil (garantidora) de um lado, e bancos estrangeiros liderados pelo Citibank, de outro. Funcionamos como advogados no feito, defendendo as autoridades brasileiras signatárias do acordo, e obtivemos decisão reconhecendo a constitucionalidade da cláusula, tanto em primeira instância, como, em segunda, no Tribunal Federal de Recursos, que, na época, julgava, em segunda instância, os processos de interesse da União, em decisão que transitou em julgado.

61. A sentença então proferida reconheceu a constitucionalidade da previsão legal de solução arbitral em contratos firmados pelo Poder Público, especialmente

⁽¹⁸⁾ ARNOLDO WALD, "A decisão do Congresso garante a arbitragem", *Valor*, 2.12.2004, p. b-4.

tratando-se de atos praticados no exercício do chamado *ius gestionis*, ou seja, na gestão comercial ou financeira dos negócios. Reconheceu-se, pois, que além do Brasil ter decidido importantes problemas de fronteiras pela via arbitral, "ao legislador constitucional não pareceu que a matéria exigisse norma desse nível", devendo, pois, prevalecer o princípio da autonomia da vontade, observados tão somente os limites legais. Acrescentou a decisão judicial que, no caso, existia legislação específica permitindo expressamente, nas operações externas do Tesouro Nacional, "o compromisso geral e antecipado de dirimir por arbitramento todas as dúvidas e controvérsias derivadas dos respectivos contratos".⁽¹⁹⁾

62. Mais recentemente, numerosas leis específicas têm admitido a arbitragem para solução de controvérsias tanto das entidades públicas como das sociedades de economia mista. Há, também, importante decisão do qual foi relatora a Ministra Nancy Andrighi⁽²⁰⁾, além de vários outros acórdãos dos nossos tribunais, assim como decisões arbitrais internacionais recentes, uma das quais baseada em parecer do hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor Eros Grau⁽²¹⁾ e a outra recentíssima referente ao caso Copel.

63. Acresce que, em numerosas operações de financiamento e investimento, especialmente quando há interesse de entidades internacionais, a cláusula compromissória é condição necessária e imprescindível da realização dos negócios que interessam ao país.

64. É preciso salientar que a maioria das legislações admite a arbitragem nos contratos administrativos. Se, já há tempos, os Estados Unidos, a Inglaterra, a Alemanha, os países escandinavos e a Holanda consideravam válida a convenção de arbitragem firmada por entidades públicas, foi mais recentemente que a França adotou tal princípio que consta na recentíssima lei francesa referente às PPPs.⁽²²⁾

65. Na realidade, a arbitragem é o meio mais adequado para a solução de questões jurídicas complexas, nas quais é preciso que os julgadores conheçam profundamente o contexto no qual as discussões se travam.

66. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que o investimento privado nas PPPs é voluntário e se fundamenta numa escolha que o investidor faz considerando as possibilidades que se lhe oferecem num mundo competitivo e

⁽¹⁹⁾ AGUSTINHO FERNANDES DIAS DA SILVA, Sentença que extinguiu a ação popular anulatória do acordo de dívida externa. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 2, n. 4, jan./abr. 1999, p. 285.

⁽²⁰⁾ CLÁVIO VALENÇA FILHO, Arbitragem e contratos administrativos, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 3, n. 8, abr./jun. 2000, pp. 359-365.

⁽²¹⁾ Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 18, oct./dez. 2002, pp. 395-405.

⁽²²⁾ Trata-se da *Ordonnance* de 17.6.2004 (art. 11). A respeito, existe comentário de MATHIAS AUDIT, "Le contrat de partenariat ou l'essor de l'arbitrage en matière administrative", in *Revue de l'Arbitrage*, 2004, n. 3, p. 541 e seg.

globalizado, no qual busca simultaneamente a melhor rentabilidade e a maior segurança.

67. A segurança jurídica pressupõe uma previsão de forma adequada de solução de litígios e de adaptação do contrato às novas circunstâncias, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo nos quais muitos fatores são incertos e imprevisíveis.

68. Essa solução deve poder ser rápida e decorrer da atuação de órgão imparcial não vinculado a qualquer uma das partes, o que favorece a arbitragem, sob todas as suas formas.

69. Acresce que os árbitros são juízes especializados, escolhidos para o caso, juízes sob medida. São presumidamente conhecedores não só do direito, mas também dos aspectos técnicos, econômicos e sociais dos problemas que discutem.

70. Por outro lado, em virtude da confidencialidade da arbitragem e do clima que a cerca, distinto do existente nos litígios apresentados perante o Poder Judiciário, as divergências podem ser submetidas à arbitragem, sem afetar a continuidade do contrato, evitando maiores despesas, gastos e prejuízos.

71. Algumas formas especiais de arbitragem podem ser estruturadas para casos especiais como é o caso do *Dispute Adjudication Board* ou das medidas cautelares pré-arbitrais previstas no regulamento da CCI.

72. Criado nos Estados Unidos, em 1975, e utilizado, pela primeira vez, no campo internacional em 1981, o "*Dispute Board*" (DB) é um instrumento de conciliação e arbitragem que acompanha a vida do contrato, resolvendo os problemas na medida em que surgem.

73. Trata-se de um painel, com normalmente três membros, nomeados no início da obra, que devem ser pessoas independentes que têm boa compreensão do contrato e ajudam as partes a resolver as divergências que surgem no curso do mesmo. O painel do DB pode ter competência para mediar os litígios ou para arbitrá-los de modo provisório ou definitivo. Em muitos casos, proferem decisões vinculatórias para as partes, como se fossem tutelas antecipadas, que vigoram desde logo e só são suscetíveis de serem rediscutidas ou sujeitas à arbitragem quando concluídos os trabalhos.

74. Evita-se, assim, tanto a suspensão dos trabalhos ou dos pagamentos como a ameaça da mesma, por qualquer uma das partes. Por outro lado, as decisões proferidas em cada caso, em prazo curto, evitam a possibilidade dos litígios atingirem grandes proporções, somando-se os resultados de pequenos incidentes não resolvidos, de mora ou inadimplemento de cada contratante em relação a determinadas fases contratuais que ensejam retaliações do outro, com base na *exceptio non adimpleti contractus*, fazendo com que a obra demore mais e o seu preço aumente desmedidamente por culpa muitas vezes partilhada. No fim, torna-se difícil dividir as responsabilidades entre as partes e a única certeza consiste na existência de prejuízos nem sempre atribuíveis exclusivamente a um dos contratantes.

75. Foi a existência do DB que permitiu a conclusão das obras do Eurotúnel, como bem esclarece o Professor PHILIPPE MALINVAUD no seu artigo a respeito da matéria. ⁽²³⁾

76. Em 1.09.2004 a CCI baixou um regulamento a respeito do DB, que foi objeto de comentários de CHRISTOPHER KOCH ⁽²⁴⁾.

77. Também mereceria um estudo mais aprofundado a possibilidade de utilizar, nas PPPs, a medida cautelar pré-arbitral concedida por árbitro (*referé pré-arbitral*) também previsto por normas da CCI ⁽²⁵⁾ mas em relação ao qual não há regra específica na legislação brasileira, havendo interpretações contraditórias quanto à competência arbitral na matéria, como já tivemos o ensejo de evidenciar. ⁽²⁶⁾

78. Não há dúvida que a própria legislação brasileira sobre a arbitragem pode ser complementada e aprimorada. Mas com a legislação de 1996, a ratificação da Convenção de Nova Iorque e a lei das PPPs, passa a constituir um instrumento válido e confiável para dirimir os litígios, inclusive entre as pessoas jurídicas de direito público e os seus parceiros privados nacionais ou estrangeiros.

79. Caberia ainda verificar se não seria o caso de rever e renegociar tratados de garantia de investimentos que o Brasil firmou, mas que o Senado não ratificou, questão que fica aberta para o futuro.

VI. CONCLUSÕES

80. No fundo, as PPPs pretendem garantir a realização imediata ou o funcionamento adequado, na área da infra-estrutura, de serviços públicos, que normalmente dependeriam de recursos orçamentários que hoje não possuímos. Fazemos, assim, uma espécie de “zoom”, aproximando o futuro do presente, criando desde logo uma moeda não inflacionária, que ensejará um pagamento pelo Estado, que poderá ser a consequência de uma forma de auto-financiamento, com a cobrança de parte da tarifa pelo Poder Público, ou depender de um pagamento diferido que deve ser previsto nos orçamentos futuros.

81. As vantagens básicas das PPPs consistem em usar o crédito de instituições privadas ou de empresários, sem criar um débito público atual e, por outro lado, reduzir os custos e despesas, em virtude da gestão privada, que se revela mais rápida, flexível, eficiente e barata do que a realizada pelo setor público.

⁽²³⁾ “Refléxions sur le ‘Dispute Adjudication Board’”, in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle - Études offertes à Pierre Catalã*, Paris, Litec, pp. 242 e seg., que consta na presente revista.

⁽²⁴⁾ “The new dispute board rules of the ICC”, *ASA Bulletin*, 2005, v.23, n. 1, p. 53 e ainda “Nouveau règlement de la CCI relatif aux Dispute Boards”, *Bulletin de la Cour Internationale d’Arbitrage de la CCI*, v. 15, n. 2, 2e. semestre 2004, pp.10-40.

⁽²⁵⁾ PIERRE TERCIER, “Le referé pré-arbitral”, in *ASA Bulletin*, 2004, 3, p. 464 e seg. E. BERNARD HANOTIAU, “A experiência cautelar pré-arbitral da CCI”, *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 5, n. 17, jul./set. 2002, pp. 325 e seg.

⁽²⁶⁾ ARNOLDO WALD, “Oito anos de jurisprudência arbitral”, *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 1, n. 3, set./dez. 2004, p. 122.

82. Assim, as PPPs podem incontestavelmente ser úteis no tocante aos investimentos em portos e estradas mas poderiam até abranger *joint ventures* e empresas de *venture capital*, em várias áreas desde a pesquisa para fins farmacêuticos até a mineração, permitindo assim a criação de novas fontes de riquezas que poderiam ser exploradas desde já em vez de se aguardar um futuro remoto, quando o país tivesse recursos disponíveis para fazer os desembolsos necessários à realização das obras.

83. Já no plano social, podem ser usadas as PPPs para construir escola, laboratórios, hospitais e até prisões mediante financiamento privado e eventual gestão empresarial pelo parceiro privado.

84. Não há, pois, dúvida que, com garantias legais, processuais e financeiras adequadas, a inovação jurídica que representam as PPPs pode desempenhar um papel importante no direito do desenvolvimento, do mesmo modo que aconteceu com as concessões, a alienação fiduciária e o *leasing*, que permitiram não só o crescimento mas também o desenvolvimento da nossa economia.