

A ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: REFLEXÕES DOS MODELOS ESPANHOL E BRASILEIRO

JULIANA FONTANA

Doutoranda em Direito Público pertencente ao programa de doutorado “Sociedad Plural y Nuevos Retos del Derecho” pela Universidade de Burgos, Espanha.

Abstract

A presente comunicação aborda a Arbitragem em matéria de contratos de Parcerias Público-Privadas, apresentando conceitos, princípios e desafios para sua aplicação. Foram pesquisados, em estudo comparado, os textos legais de Arbitragem (Lei 60/2003/ Espanha e Lei 9.307/96/Brasil) e de Contratação Pública (Lei 11.079/2004 PPP's/Brasil e Lei 30/2007 de Contratação entre o Setor Público e o Sector Privado/Espanha). Ao refletir sobre os desafios para ambos modelos, destaca a necessidade de câmbios legislativos e esclarecer o papel dos integrantes no sistema para uma arbitragem com segurança jurídica¹.

Introdução

O modelo de Contrato de Parceria Público-Privada (PPP), conhecido na Espanha como Contrato de Colaboração Público-Privada (CPP), está disposto no artigo 11² da Lei 30/2007, que trata dos Contratos do Setor Público (LCSP).

¹ O Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro de 2011, que aprova o texto compilado da lei de contratação pública na Espanha não faz parte da comunicação.

² Ley 30/2007, Artículo 11. Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. 1. Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado aquéllos en que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión. b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas. c) La fabricación de bienes y la prestación de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado. d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado. 2. Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la

A sua análise passa a ter grande relevância diante do cenário atual da economia espanhola. O desafio maior, enfrentado pelos gestores públicos, é o de limitar os efeitos da recessão sobre os cidadãos e a economia real, buscando a recuperação e a retomada do crescimento através da criação de novos postos de trabalho.

No caso brasileiro, a Lei nº 11.079/2004 institui normas gerais para a licitação e a contratação de parceria público-privada, no âmbito da Administração Pública. Confere às PPPs a legalidade necessária, ao configurar no sistema jurídico brasileiro, e a permissão ao gestor público de pôr, em marcha, este modelo de contrato específico. O desafio brasileiro pode ser descrito como o de promover o desenvolvimento econômico, mantendo o equilíbrio e o controle de macro fundamentos, entre eles o controle da inflação e dos gastos internos governamentais, sem desmotivar investimentos produtivos.

Os direitos adquiridos, em ambos os países, pela via constitucional, precisam ser concretizados, mediante a criação de políticas públicas esperadas socialmente, como, por exemplo, os direitos à educação, à saúde e à segurança. Somam-se a estes, a necessidade dos gestores em criar infraestruturas públicas em transporte, segurança, atendimento hospitalar, etc. A realidade financeira, encontrada pelos administradores, é uma limitação orçamentária evidente, para fazer frente ao chamamento de tais políticas públicas. Adequar tais necessidades e demandas, representadas pela instalação de equipamentos públicos adequados, são os desafios impostos neste momento global. Uma das alternativas possíveis para os administradores públicos é o uso do modelo de gestão e de financiamento, proposto pelo Contrato de Parceria Público-Privada.

De maneira resumida, podemos considerar que este modelo de contratação permite a participação da iniciativa privada no financiamento de projetos públicos. Sendo assim, os riscos e as responsabilidades se repartem entre ambos os setores. A principal vantagem para a Administração Pública é que a dívida, gerada pelo investimento, não se consolida contabilmente em seus orçamentos. Também evita que o gestor público necessite sobrecarregar o sistema de tributação, como fonte de ingressos, a fim de fazer frente ao capital necessário para a execução da estrutura pública. Por outro lado, o concessionário recupera tal investimento por meio de pagamentos fixos, garantidos pelo parceiro público.

forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. 3. El contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. 4. La contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Disponível em <http://www.boe.es>. Acesso em 10 de mai 2011

Quiseram os legisladores, em ambos os países, permitir, de maneira expressa, a possibilidade de recorrer à arbitragem como método alternativo de resolução nestes contratos de PPP. A lei de contratos espanhola trata do tema no artigo 39 da Lei 30/2007, enquanto a lei brasileira apresenta tal possibilidade no artigo 11, III da Lei 11.079/2004, permitindo o emprego da arbitragem a ser realizada no Brasil, em língua portuguesa, segundo a Lei nº 9.307/96, com o propósito de dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Cronologicamente, constatamos que, enquanto a Espanha recepciona o instituto da arbitragem em seu sistema desde 1953³, no Brasil, apesar de idas e vindas da arbitragem em constituições e códigos pretéritos, passa a ser integrada no sistema jurídico interno em 1996, com lei específica.

Na Espanha atualmente, é a Lei 60/2003 que está vigente. Segundo as exposições de motivos, este diploma legal adequa as pautas da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional e regula, de forma unitária, tanto a arbitragem interna quanto a internacional. A atual legislação brasileira de arbitragem, Lei nº 9.307/96, inspirada na Lei de Arbitragem Internacional, formulada pela UNCITRAL, surge como requisito de adequação legislativa frente ao bloco do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL).⁴ Ambas as leis arbitrais são anteriores às leis de PPPs e, desta forma, não estabelecem, de maneira objetiva, tratamento para os procedimentos arbitrais específicos em tais resoluções contratuais.

Passa, então, ser indispensável analisar os procedimentos arbitrais possíveis, legítimos e viáveis em casos concretos, bem como observar o amadurecimento da arbitragem como instituição e o seu respectivo papel jurídico-social nos devidos contextos. Não faz parte do escopo deste trabalho analisar outros aspectos das leis de contratação pública, dentre os quais aqueles relacionados à viabilidade econômico financeira de uma PPP.

Com este estudo, pretendemos analisar como seriam tais procedimentos e quais cláusulas ou matérias são possíveis de ser arbitradas. Por exemplo, refletir sobre como se daria um procedimento arbitral em Contrato de PPP sendo o sigilo ou confidencialidade uma das características da arbitragem. Ou então, de que maneira pode interagir a arbitragem com interesses públicos e privados, objetivando segurança jurídica para o sistema arbitral.

³ OLIVENCIA RUIZ, *Arbitraje: una justicia alternativa*, Universidad de Córdoba, Servicio de publicaciones, Córdoba, 2006.

⁴ MACIEL, “Exposição de motivos da Lei de Arbitragem”. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, núm. 9, pág. 64, 2006.

I – Contratos de Colaboração Público-Privada na Espanha

Podemos definir e caracterizar os contratos de PPP como complexos, tanto nas prestações que incorporam quanto aos sujeitos que nele participam. Sendo assim, o papel da Administração Pública deixa de ser o de protagonista, exigindo a divisão adequada dos riscos – sejam estes derivados do projeto, da construção ou da exploração da atividade. Também o modo de financiamento e a longa duração da relação contratual entre os sócios demarcam esta modalidade contratual.⁵

O conceito matriz deste modelo contratual, atualmente aplicado, teve origem por volta de 1992, no Reino Unido, tendo por base os projetos *Private Finance Initiative* (PFI), com foco nas áreas sociais deficitárias, como saúde e transportes públicos. Em um período de dez anos, o governo britânico firmou 564 projetos de PFI.⁶

Na Espanha, este modelo recebeu grande impulso a partir das resoluções das autoridades comunitárias, em especial, a conclusão do Conselho Europeu de março de 2005⁷. De maneira clara e veemente, o relatório aborda que, “de forma geral, os investimentos em infraestruturas favorecerão o crescimento e implicarão uma maior convergência nos planos econômico, social e meio ambiental”.

A Comissão Européia, por sua vez, trata as diretivas comunitárias sobre contratos públicos, a partir do Livro Verde sobre PPP, e o Direito Comunitário, em matéria de contratação pública e concessões (Bruxelas, 30/04/2004), estabelece uma série de normas, reguladoras dos procedimentos de contratação e iniciadas com as anteriores Diretivas 89/337/CEE e 92/13/CEE.⁸

Entre outras instruções, recopila os elementos comuns às operações de PPP⁹: Ao tratar sobre a duração, relativamente longa da relação contratual, define que estão implicados em cooperar os sócios público e privado, em diferentes aspectos do projeto que irão realizar. O modo de financiamento do projeto é, em parte, garantido pelo setor privado em muitas ocasiões, através de uma complexa organização entre os diversos participantes financiadores. Porém, não exclui a possibilidade de financiamento público como forma de complemento do montante. Desta maneira, aparece, na prática, o operador econômico, com papel importante, participando em diferentes etapas da PPP desde o projeto, incluídas desde as etapas de construção, execução, constituídos

⁵ SANZ GANDASEGUI, *El concepto de contrato de concesión de obras públicas*, Madrid, Civitas, 2010.

⁶ ALVARENGA, *Parcerias Público-Privadas: Comentários à lei brasileira*, São Paulo, Martins Fontes, 2005.

⁷ Commission of the European Communities. *Report on the Public Consultation on the Green Paper on PPP and Community Law on public contracts and concessions*. Disponível em <http://www.sigmaweb.org>. Acesso em 9 mai. 2011

⁸ MORENO MOLINA, “La administración pública comunitaria”, *Revista Administración Pública*, v. jan./abr., pág. 148, 1999.

⁹ Public Finances in EMU, DG Economic and Financial Affairs.

em pareceres de viabilidades e, mais especificadamente, no financiamento. O sócio público se concentra essencialmente na definição dos objetivos que devem ser alcançados em matéria de interesse público, na qualidade dos serviços propostos e da política de preços. Assim, garante o controle no cumprimento dos objetivos inerentes à sua função pública.

A divisão dos riscos entre os sócios também é abordada no referido Livro Verde. De maneira efetiva, estabelece que as operações de PPP não implicam que o sócio privado assuma todos os riscos derivados da operação, nem sequer a maior parte deles. A divisão de tais riscos se realiza caso a caso, em função das capacidades, respectivas das partes em questão, para avaliá-los, controlá-los e gestioná-los.

Cabe um apartado especial sobre o princípio geral, consagrado no Livro Verde, que expressa todo ato, em virtude da qual uma entidade pública confia a prestação de uma atividade econômica a um terceiro, de ser examinado, em função dos princípios e das normas do Tratado CE, especialmente no que se refere à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços (arts. 43 e 49 do Tratado CE). Estes princípios incluem transparência, igualdade de trato, proporcionalidade e reconhecimento mútuo.

Neste sentido, as instituições européias não somente motivaram o investimento direto através das PPPs, em todos os países no âmbito europeu, como também fomentaram o uso de projetos nesses modelos, como fórmula de Gestão Pública, estimulando a aproximação entre parceiros públicos e privados. A Comissão Européia segue elaborando uma série de normas e esboços de trabalho, com o propósito de facilitar a difusão deste tipo de operação em todos os países membros¹⁰.

Mais recentemente, no Plano de Recuperação Econômica, lançado pela Comissão Européia em 2008, destaca-se a importância de estimular a competitividade, lançando bases e definindo três PPP nos setores mais afetados pela crise financeira, ou seja: os edifícios inteligentes, as fábricas do futuro e os carros verdes. Uma vez mais, define e desenha caminhos que serão seguidos pelos Estados Membros, por meio de aplicação em políticas públicas internas.

Seguindo as regras do Direito Comunitário, restava a Espanha adequar a sua legislação em matéria de contratação pública, incluindo na Lei 30/2007, em seu artigo 11, que integra ao sistema de contratação pública os contratos de PPP.

Muitos gestores passam a ver, neste modelo de gestão pública, uma alternativa para alcançar os objetivos sociopolíticos, passando a estabelecer políticas e definir os contratos de PPPs.

¹⁰ ESTEBAN GALARZA, "La Colaboración Público-Privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional", *Economías*, núm. 63, pág. 35, 2006.

Segundo informe da empresa de consultoria PricewaterhouseCoopers¹¹, nos últimos cinco anos, a Espanha foi o segundo país da União Européia mais ativo na utilização de fórmulas de financiamento público-privadas em infraestruturas. Revela ainda que, nos últimos três anos, foram licitados, na Espanha, 183 projetos através de PPP, com valor de 14.229 milhões de euros, sendo 54 % deste valor em projetos liderados por Comunidades Autônomas. Em especial, referencia sobre a área de saúde, e, em outro trabalho, é ressaltado que as múltiplas oportunidades de formatação contratual entre setor público e privado¹² podem ser destacadas com estímulo às PPPs.

Ganha também importância interna a necessidade de conhecer mais sobre o tema, promovendo ajustes e adequando a realidade legislativa frente as novas práticas, para pôr em marcha os projetos de PPP. Prova do destaque recebido e apostando neste modelo de contrato, salientamos as alterações, promovidas na Espanha, posterior à publicação da LCSP, em especial, a mais recentemente, a Lei 2/2011, de 4 de março, conhecida como Lei de Economia Sustentável (LES).

Após a sua publicação, a Lei 30/2007 de 30 de outubro já sofreu três reformas. A primeira, com a Lei 34/2010 de 5 de agosto, que modificou os recursos em matéria de contratação pública; a segunda, com a Lei 15/2010, que alterou a Lei 3/2004, estabelecendo medidas contra a morosidade nas operações comerciais; e a última, a Lei 2/2011 de 4 de março, Lei de Economia Sustentável, modificando a disposição adicional 16^a, com o objetivo de adaptar o regime de contratos às previsões do Direito da União Européia, seguindo a Diretiva 2004/18/CE sobre a coordenação dos procedimentos de adjudicação dos contratos públicos de obras, de fornecimento e de serviços¹³. Tais reformas têm como escopo a adequação no mecanismo de compras públicas, buscando gerar atrativos econômicos para os fornecedores e os futuros parceiros. Infelizmente, em nenhuma modificação, podemos encontrar respostas quanto ao mecanismo de resolução de conflito contratual, caso seja eleita a arbitragem para tal fim.

Adolfo Menéndez Menéndez, ao analisar o significado atual do contrato de concessão de obras públicas, destaca a necessidade de reforma em tal seara, para, pelo menos, discutir alguns problemas, considerados clássicos pelo autor, como, por exemplo, a duplicidade de jurisdição (civil e contencioso-administrativa) que, além de não simplificar, complica ainda mais a aplicação

¹¹ *Delivering the PPP promise A review of PPP issues and activity*. Dossie disponível em <http://www.pwc.com>. Acesso em 09 de mai. 2011

¹² RIESGO; GONZÁLEZ-ESTÉFANI, *Diez temas candentes de la Sanidad Española en 2011*. Disponível em <http://www.riberasalud.com>. Acesso em 9 de mai 2011

¹³ LOZANO, "Limitación Del ius variandi y otras modificaciones de La Ley de Contratos Del Sector Público." *Diario La Ley*, núm. 7615, Seção Tribuna. 20 Abr. 2011. Ano XXXII. Editorial La Ley.

prática dos artigos 21¹⁴ e 39¹⁵ da Lei LCSP. Ressalta que tais enfrentamentos traduziriam ao sistema espanhol maior homogeneidade internacional, favorecendo a competitividade das empresas espanholas e tornando o mais atrativo para os investidores estrangeiros¹⁶.

Podemos definir arbitragem como um mecanismo extrajudicial de solução de conflitos, via convenção privada, no qual as partes concedem poder a terceiro eleito por elas para decidir tal conflito. São características do procedimento arbitral a celeridade, o sigilo, a especialização dos árbitros quanto às matérias que serão arbitradas; assim como a força executória, garantida pelo sistema jurídico, como um todo.

No entanto, ao revisitarmos as diferenças entre o direito público e o privado, em relação aos princípios que os permeiam, podemos considerar que, enquanto o primeiro é regido pelos princípios da supremacia do interesse público, da publicidade, da estrita legalidade, entre outros; o segundo é formado pela autonomia da vontade e da licitude ampla, com base na boa-fé, etc.

É claro que, em um contrato de PPP, os atores diretos buscam o equilíbrio da relação e dos interesses, visando à viabilidade econômica do negócio. Mesmo o sócio público, mantendo as prerrogativas acima mencionadas, pode, na prática e de certo modo, mitigá-las, utilizando a construção de cláusulas contratuais complexas. Tais cláusulas e determinadas matérias, durante a duração deste contrato, poderiam gerar dúvidas e discórdias, sendo necessário o seu arbitramento, se pactado como opção livre dos contratantes.

Em um Contrato de PPP, além dos interesses dos dois atores principais, sócio privado e público, estão presentes também os interesses do financia-

¹⁴ Ley 30/2007. Artículo 21. Jurisdicción competente.1. El orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Igualmente corresponderá a este orden jurisdiccional el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con la preparación y adjudicación de los contratos privados de las Administraciones Públicas y de los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados a que se refiere el artículo 17. 2. El orden jurisdiccional civil será el competente para resolver las controversias que surjan entre las partes en relación con los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos privados. Este orden jurisdiccional será igualmente competente para conocer de cuantas cuestiones litigiosas afecten a la preparación y adjudicación de los contratos privados que se celebren por los entes y entidades sometidos a esta Ley que no tengan el carácter de Administración Pública, siempre que estos contratos no estén sujetos a una regulación armonizada. Disponível em <http://www.boe.es>. Acesso em 10 de mai 2011

¹⁵ Ley 30/2007. Artículo 39. Arbitraje. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan el carácter de Administraciones Públicas podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren. Disponível em <http://www.boe.es>. Acesso em 10 de mai 2011

¹⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, *Instrumentos Españoles de Colaboración Público-Privada: el contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, Navarra, 2 ed., 2010.

dor –em geral, uma entidade financeira ou investidora– e os do usuário do sistema, isto é, o usuário final do serviço.

Analisando os interesses dos quatro atores, podemos resumir que os do sócio privado estão em combinar o seu conhecimento técnico e de gestão privada com os recursos financeiros de mercado viáveis, preservando a integridade do negócio, com regras claras e garantidoras e que tenham, por finalidade, minimizar os riscos. Também devem permitir lucratividade compensatória e prestar serviço adequado e de qualidade, para estabelecer melhores vínculos com os consumidores, os usuários do serviço. Já o interesse do gestor público será em escolher o melhor parceiro dentro dos critérios da legalidade e viabilidade econômica-financeira, para fazer frente a realização do equipamento público, planejado em uma política pública transparente. Por outro lado, o financiador da PPP busca segurança no recebimento do total montante aplicado, incluído, é claro, o lucro esperado com a operação. Para tanto, procura segurança financeira e jurídica, com o propósito de garantir o cumprimento das obrigações contratuais. Por sua vez, o usuário procura poder usufruir do melhor serviço possível pela tarifa que considere razoável.

São quatro integrantes, diretos ou indiretos, com interesses públicos e privados, todos diferentes em gradação e finalidade. Em suma, personagens que, durante longo tempo, estarão convivendo em uma infraestrutura pública.

II – Contratos de Parceria Público Privada no Brasil

Embora o instrumento chamado de “Parceria Público-Privada” seja similar em ambos os países aqui analisados, podemos considerar algumas peculiaridades do modelo brasileiro. Diferente do modelo legislativo espanhol que trata, em uma única lei, as diferentes formas e procedimentos de contratos públicos, permitidos para a Administração Pública, a lei brasileira ao tratar esta matéria é menos complexa, enquanto técnica legislativa.

Com 30 artigos, introduz, no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito, as características, as modalidades, as bases legais, para algumas cláusulas contratuais e de licitação, assim como regras aplicáveis à União.

Apresenta, como modelo de garantia para as obrigações pecuniárias, contraídas pela Administração Pública em contrato de PPP, dentre outras, o Fundo Garantidor de Parceria (FGP), instituído pelo Decreto nº 5.385 de 4 de março de 2005.¹⁷

¹⁷ Presidência da República do Brasil. Casa Civil. *Decreto nº 5.385/2005 que institui o Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal – CGP e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai 2011

O objetivo da instalação do FGP é o de minimizar as incertezas típicas de um projeto de longo prazo e de contornar possíveis desconfiças do setor privado frente as obrigações assumidas no contrato.

Mais especificadamente, a estrutura patrimonial do FGP está alicerçada nos seguintes aspectos: a gestão profissional e a política de investimento que são geridas pelo Banco do Brasil, entidade financeira, credenciada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A qualidade dos ativos é feita por empresa independente, seguindo normas determinadas pelo Banco Central do Brasil e pela CVM. Em caso de eventual inadimplemento, o FGP deve sub-rogar-se nos direitos do parceiro privado. A garantia de equilíbrio, a qualidade da garantia, as regras para liquidação, as restrições a decisões discricionárias de cotistas e o comprometimento jurídico fundamentam também o regulamento do FGP. Em especial, expressa a admissão de uso de arbitragem, desde que pactuado no contrato de PPP, como método de resolução sobre regras para a liquidação.

São características gerais do modelo de PPP brasileira contratos maiores de 20 milhões de reais e com duração de 5 a 35 anos. Engloba tanto a realização do projeto, a sua construção, o financiamento, a operação e a transferência, necessária dos bens no prazo final de contrato, para o Poder Público. Há permissão de complemento da arrecadação via tarifas a serem pagas pelos usuários ou contra prestação pública. Este complemento financeiro está condicionado à efetiva prestação dos serviços esperados que, por conseguinte, está aliada ao nível de desempenho qualitativo do parceiro privado. Igualmente, permite o pagamento público, garantido por seguro ou pelas garantias emitidas pelo fundo garantidor. Entretanto, por restrição legal, não se pode contratar via PPP para mera contratação de pessoal ou aquisição de equipamentos ou manutenção e reconstrução de obras públicas.

Ao analisar o procedimento de licitação de uma PPP, podemos considerar certa flexibilização diante de formalidades tradicionais¹⁸, como, por exemplo, com a possibilidade de aplicar a inversão de fases na licitação, em que o edital pode ser corrigido de erros formais ou não substanciais. Quanto ao gerenciamento de inadimplementos ou aos eventuais conflitos, o artigo 11, III possibilita o uso da arbitragem, abrindo caminho para o procedimento arbitral nos termos da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996.

A lei arbitral brasileira expressa, em seu primeiro artigo, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

¹⁸ PORTUGAL RIBEIRO, *A Lei Federal de PPP: Contextualização e Principais Características*. International Finance Corporation World Bank Group. Brasília. 2008.

Em face deste, ensina Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira¹⁹ que a doutrina brasileira alude a uma arbitralidade subjetiva (capacidade para firmar convênio ou cláusula arbitral) e a uma arbitralidade objetiva (referindo-se a controvérsia atinentes a direitos patrimoniais disponíveis). Neste ponto, estaríamos tratando também sobre a indisponibilidade do interesse público.

Para fins deste estudo, apresentamos respeitável corrente doutrinária sobre a arbitragem, com acento de constitucionalidade²⁰ nos tribunais superiores brasileiros. Embora não majoritária, ganha espaço com a evolução, tanto legislativa quanto gestora, de defender o direito administrativo contemporâneo, tendo por finalidade a efetivação das garantias constitucionais.

Eros Roberto Grau, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, ao tratar acerca do interesse público, expõe que “não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”.²¹ Parte o autor de uma linha interpretativa comum, a da doutrinadora Selma Lemes²², discorrendo sobre a disponibilidade patrimonial, estabelecendo como indisponível o interesse público primário –aquele cuja satisfação deve ser a perseguida pela Administração Pública, por estar relacionado com a segurança, o bem-estar da sociedade. Porém, o interesse público secundário é compreendido como o aparato organizacional, constituídas pelas instituições públicas e pelas empresas estatais responsáveis pela gestão e administração da coisa pública. A funcionalidade destas é a satisfação do interesse público primário. Concluem os doutos que, enquanto o interesse público primário é indisponível, o secundário é disponível e, assim, matéria possível de ser arbitrada.

Desta maneira, poderíamos seguir com as conclusões de Prof. Justino de Oliveira, o qual constata que nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da Administração. Isto significa que os contratos de PPP estariam classificados como natureza de interesse público secundário. Importante também citar as ressalvas feitas pelo Professor, quanto à compatibilização do procedimento arbitral, previsto na Lei 9.469/97, e as peculiaridades dos contratos de PPP. Para obedecer a regras e obter segurança jurídica, sugere que seja previsto, em edital, a opção pela arbitragem feita pelas partes, assim como a não permissão do uso da equidade como critério de

¹⁹ JUSTINO DE OLIVEIRA, “A arbitragem e as parcerias público-privadas”, *Revista eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, 2005.

²⁰ Supremo Tribunal Federal declara a constitucionalidade da Lei de Arbitragem em súmula, publicada em 19/12/2001, a partir do entendimento firmado no julgamento de recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5.206). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro, para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral, resultante do acordo, não precisa ser homologado por autoridade judicial.

²¹ GRAU, “Arbitragem e contrato administrativo”, *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, São Paulo, 2002.

²² LEMES, *Arbitragem na Administração Pública*, São Paulo, Quartier Lantin, 2007

tomada de decisão arbitral, visto que os contratos são regidos por legislação especial que os disciplinam.

Semelhante à estrutura contratual espanhola, o contrato de PPP brasileiro é complexo, com modelo estruturado nos britânicos FPI. Há os sócios diretos, o gestor público e o empreendedor privado que firmarão um contrato principal de parceria. Estarão relacionados, de maneira indireta, mas, não menos importante, o agente financiador ou investidor do projeto e a satisfação do usuário final do serviço do equipamento público concessionado, motivo pelo qual a Administração Pública optou por escolher para implantar a PPP.

Considerações finais

Os legisladores de Espanha e Brasil introduzem nos sistemas jurídicos internos as leis de CPP/PPP como instrumentos de gestão pública. Mesmo com diferenças culturais, as motivações de adequação e de estabelecimento nas políticas públicas internas dos dois países também seguem a tendência internacional, permitindo a opção pelas partes na eleição da arbitragem, como forma de dirimir conflitos contratuais futuros. Evidente a permissão legal e, considerando a capacidade legítima das partes contratantes da PPP (sócio público e sócio privado), podem optar pela via arbitral, como expressão de vontade.

Contudo, as leis de arbitragem, ao tratarem do procedimento, não preveem especial trato, quando uma das partes é o Estado, representado, neste caso, pelo sócio público da PPP. Por cronologia, na criação e publicação entre as leis de arbitragem e PPP, é evidente não haver tal menção de procedimento.

Por conseguinte, as leis arbitrais não resolvem, por exemplo, o conflito entre o princípio do sigilo/confidencialidade, característico da arbitragem, diante do princípio administrativo basilar da publicidade.

Outra espiral procedimental ocorre no caso da lei brasileira de arbitragem. Por não aclarar quais são os direitos patrimoniais disponíveis, papel este construído pela doutrina contemporânea, promove um vai e vem entre o tribunal arbitral e a justiça estatal. Prova é a instrução do art. 25²³ da Lei 9.307/97. Deverá, assim, o árbitro remeter ao juízo estatal, considerado este a autoridade competente para dirimir controvérsias sobre questões de direitos indisponíveis, a suspensão para o procedimento arbitral. Cremos ser desnecessário comentar

²³ Lei 9.307/96. Art. 25. Sobrevindo, no curso da arbitragem, controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que, de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou o acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10 mai 2011

sobre o que esta remessa processual representa para a celeridade arbitral, assim como a inércia judicial comum da justiça estatal brasileira. Estando diante de procedimento arbitral em um contrato de PPP, espera-se celeridade e não morosidade, aumentando os riscos do contrato e retirando objetividade dos interesses, tanto para os atores diretos, quanto os indiretos.

Passamos, então, a refletir sobre os atores indiretos, financiador/investidor e usuário de uma PPP. Poderiam estes recorrer ao procedimento arbitral? Embora não tenham capacidade postulatória direta, poderiam ser utilizadas regras de Arbitragem de Consumo? E até onde poderia ser utilizado o contrato de PPP como instrumento em pleito arbitral? No caso brasileiro, o sistema de proteção ao consumidor direciona o usuário para a justiça estatal, conforme o regramento do Código de Direitos do Consumidor (CDC). A Espanha, contudo, contempla a legislação de arbitragem de consumo própria e é mais desenvolvida que a do Brasil, com cortes arbitrais próprios e árbitros especializados.

O financiador poderá recorrer a tal procedimento em contrato de PPP, considerando o contrato de financiamento um desdobramento deste? Deverão ser os contratos, agrupados com as obrigações desdobradas entre os contratantes? Quais cláusulas específicas poderão ser ajustadas como arbitráveis?

São múltiplos os interesses presentes entre os atores de um complexo contrato de PPP. Em caso de arbitramento contratual, quais destes interesses poderão ou serão mitigados e em relação às quais atores haverá prevalência? Sem um procedimento arbitral claro, estaremos diante de possível subjetividade e relativismo.

No caso de arbitrar uma PPP, ambos os países necessitam esclarecer quais as matérias e que procedimentos arbitrais poderão as partes recorrer. Para tanto, é necessária uma clara estrutura legislativa que torne a arbitragem de uma PPP com a devida segurança jurídica, própria dos Estados de Direito.

Estas são questões que solicitam leituras e interpretações conexas, não somente entre as leis de PPP e de arbitragem. Ao compreender o direito como fenômeno histórico-cultural, em outras palavras, como o sistema de normas jurídicas, que rege as relações e as condutas sócias, visando ao bem-comum e em determinado momento histórico da sociedade, deverá esta ter participação através de seus representantes legitimados, para não permitir que a arbitragem, nos modelos de gestão de uma PPP, perda o objetivo e a integridade.