

**CONTRATOS DE EMPRESAS ESTRANGEIRAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A VIABILIZAÇÃO DE OBRAS DE INFRAESTRUTURA PARA A COPA DO MUNDO DE 2014 UM ESTUDO DE CASO SOBRE O LEILÃO DOS AEROPORTOS DE GUARULHOS, VIRACOPOS E BRASÍLIA.**

*INTERNATIONAL COMPANIES' CONTRACTS WITH THE PUBLIC ADMINISTRATION IN ORDER TO ENABLE INFRASTRUCTURE WORKS TO THE 2014 WORLD CUP  
A STUDY ON THE PUBLIC CONCESSION OF THE AIRPORTS OF GUARULHOS, VIRACOPOS AND BRASÍLIA*

**Michele Alessandra Hastreiter<sup>1</sup>  
Luís Alexandre Carta Winter<sup>2</sup>**

**Sumário:** Introdução. 1 Os investimentos estrangeiros diretos no Brasil. 1.1 Panorama atual. 1.2 Regulamentação internacional. 1.3 Regulamentação nacional. 2 Contratos de empresas estrangeiras com o Estado. 2.1 Fase pré-contratual – a licitação internacional. 2.1.1 Participação de empresas estrangeiras em licitações e licitações internacionais. 2.1.2 Preferência a licitantes brasileiros e do Mercosul. 2.1.3 Consórcios de licitantes. 2.2 O contrato entre Administração Pública e empresa estrangeira privada. 2.2.1 Legislação aplicável. 2.2.2 A arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. 2.2.3 Principais cláusulas contratuais. 2.2.3.1 Legislação aplicável. 2.2.3.2 Cláusula de *hardship*. 2.2.3.3 Arbitragem. 2.2.3.4 Eleição de foro. 3 Obras de infraestrutura da Copa do Mundo e Olimpíadas. 3.1 Estudo de caso – concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília. 3.1.1 Requisição de habilitação de empresa estrangeira. 3.1.2 Requisição de habilitação técnica. 3.1.3 Contrato. 3.1.3.1 Cláusula de legislação aplicável. 3.1.3.2 Cláusula de *hardship*. 3.1.3.3 Cláusula de arbitragem. 3.1.3.4 Cláusula de foro. 3.1.4 Empresas vencedoras. Considerações finais. Referências.

**Resumo:** Os megaeventos esportivos a serem realizados no Brasil nos próximos anos podem, mediante uma adequada administração dos empreendimentos, consistir em uma importante ferramenta propulsora do desenvolvimento econômico do país. A necessidade de realização de obras de infraestrutura colocou o Brasil na rota dos investidores estrangeiros e a contratação destes pelo Estado suscita diversas questões jurídicas relevantes. O presente trabalho pretende traçar um panorama legislativo dos regulamentos concernentes a essas contratações e, ao final, como um exemplo prático, analisou um dos investimentos estrangeiros recebido recentemente pelo Brasil: o Leilão para concessão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

**Palavras-chave:** Contratos Internacionais. Licitação Internacional. Copa do Mundo. Aeroportos.

**Abstract:** The sporting events that will be held in Brazil in the coming years may, if properly managed, consist of an important tool for economic development. Due to the need to carry out infrastructure projects, the country has now a central position in the route of investors. Contracts between Brazilian Public Administration and international companies raise many significant legal questions. This paper aims to provide an overview of the legal regulations concerning these contracts and, ultimately provide a practical example of one important foreign investment recently occurred in Brazil: the public concession of the Airports of Guarulhos, Viracopos and Brasilia.

**Keywords:** International Contracts. International Bidding. World Cup. Airports.

## **Introdução**

A internacionalização das atividades empresariais é um dos aspectos mais marcantes do mundo globalizado. Além da intensificação das trocas comerciais e das migrações, é também cada vez mais frequente a presença de empresas que investem em países diferentes ao de suas origens. Em suma, estas empresas buscam oportunidades de aplicar seus recursos e obter vantagens competitivas, o que pode acontecer de diversas maneiras, seja na injeção de recursos em Bolsas de Valores alienígenas (investimento de *portfolio*), seja na aquisição de controle acionário de uma empresa de outro país ou pela instalação de uma nova empresa ou unidade, utilizando-se de recursos externos (investimentos diretos). Com isso, os investimentos estrangeiros tornaram-se um dos mais importantes fatores econômicos do mundo contemporâneo.

<sup>1</sup> Pós-graduanda em Direito, Logística e Negócios Internacionais pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestranda em Direito. E-mail: michele.hastreiter@gmail.com.

<sup>2</sup> Professor do Mestrado e Doutorado da PUCPR em Direito Econômico Internacional. E-mail: lacwad@gmail.com.

Além disso, são muitas as oportunidades para empresas estrangeiras além de suas fronteiras nacionais. A participação em licitações internacionais e a consequente contratação com a Administração Pública é um exemplo. Esta contratação é, muitas vezes, uma necessidade para os Estados, já que as economias nacionais estão em diferentes estágios de desenvolvimento e uma atividade necessária à realização de determinado empreendimento ou serviço público pode não possuir um fornecedor nacional com a adequada *expertise*. Sem embargo, nas relações entre Estados são os tratados que estabelecem normas de conduta recíproca – estando ambos, pelo menos em tese, em idênticas condições para transigir sobre seus termos. Porém quando o Estado interage com uma empresa privada estrangeira, o instrumento utilizado para disciplinar esta relação é um contrato, cujo alcance da autonomia privada pode ser limitado pela prevalência do interesse estatal. Ainda, questões como a legislação a ser aplicada e o mecanismo de solução de controvérsias apto para solucionar os conflitos são objeto de intensa discussão na doutrina.

Na realidade brasileira, verificou-se um grande aumento na quantidade de investimentos externos recebidos nos últimos anos, o que se atribui ao fortalecimento de nossas instituições políticas, jurídicas e econômicas. Além disto, os eventos esportivos que terão sede no Brasil em 2014 e 2016 – Copa do Mundo e Olimpíadas, respectivamente – abriram um grande leque de possibilidades para a iniciativa privada, nacional ou estrangeira. Para fazer destes eventos um sucesso, além das instalações esportivas, será necessária obras de infraestrutura não só nas cidades que receberão os jogos, mas também nas que abrigarão turistas, atletas e equipes de apoio. Por isto, o governo brasileiro se vê compelido a realizar muitas obras e concessões que há muito tempo aguardavam para sair do papel. O assunto, portanto, reveste-se de importância neste contexto, já que empresas do mundo todo estão interessadas em conhecer as regras para investir no país e contratar com o Estado brasileiro.

Ao longo deste trabalho, será traçado um panorama do cenário atual dos investimentos estrangeiros diretos recebidos pelo Brasil, passando pelos principais pontos legislativos acerca dos contratos firmados entre a Administração Pública e empresas estrangeiras. Por fim, será apresentado um importante processo licitatório ocorrido recentemente, o qual teve a participação de diversas empresas estrangeiras: o Leilão para a Concessão dos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

## 1 Os investimentos estrangeiros diretos no Brasil

A abertura das economias mundiais aos investimentos externos é uma realidade em ascensão, uma vez que diversos países ao redor do mundo buscam atrair estes investimentos, que podem – se aplicados e gerenciados de forma correta – ser importantes ferramentas propulsoras do desenvolvimento.

De acordo com Karla Closs Fonseca,<sup>3</sup> investimento é a aplicação de recursos com expectativa de lucro. Esta aplicação de recursos pode ocorrer sob a forma de empreendimentos que renderão juros ou lucros, pela compra de equipamentos para a instalação de unidades produtivas ou pela compra de títulos financeiros. O investimento será estrangeiro quando realizado por indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas) provenientes de outro país.

A Lei nº 4.131/62 é o instrumento normativo que regula o investimento estrangeiro no Brasil. Em seu artigo 1º, o referido diploma legal conceitua essa modalidade de investimentos como

os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior.

Portanto, de acordo com Mauro Sérgio dos Santos,<sup>4</sup> para a caracterização do investimento estrangeiro não se exige que o capital internacional seja proveniente de uma pessoa física ou jurídica estrangeira, pois o critério determinante para a identificação do investimento como estrangeiro é a procedência do capital, e não de sua fonte.

---

<sup>3</sup> FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros** – Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008. p. 34.

<sup>4</sup> SANTOS, Mauro Sérgio. **Investimento Estrangeiro e Desenvolvimento Econômico**: Breve Análise dos Efeitos Benéficos e Nocivos Do Capital Estrangeiro. Revista do Mestrado em Direito – UCB. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2608/1598>. Acesso em 22 de julho de 2012. p. 136.

É de grande relevância conceitual, também, a distinção entre o investimento estrangeiro direto do investimento em *portfolio* ou em carteira. Para Karla Closs Fonseca<sup>5</sup> o investimento estrangeiro direto é uma das principais fontes de financiamento externo dos países em desenvolvimento e ocorre quando os residentes de um determinado país – pessoas físicas ou jurídicas – adquirem controle sobre uma sociedade em outro país e passam então a determinar sua atividade. Esta modalidade de investimento pode ocorrer por meio da compra de ações, pela detenção de ativos da sociedade ou pela construção de um novo empreendimento. O investimento de *portfolio*, por sua vez, ocorre quando se adquire apenas uma pequena parcela das ações, sem controle acionário. Esta modalidade de investimento pode ter caráter especulativo, já que o aporte não necessariamente acarreta no desenvolvimento de atividade produtiva.

Nesse sentido, no investimento estrangeiro direto há um controle gerencial da empresa por parte do investidor estrangeiro, o qual tem poder de decisão capaz de nortear os destinos da empresa conforme seus interesses, ao contrário do investimento de *portfolio*, que se restringe a uma mera aplicação de recursos financeiros.

Para os fins deste estudo, importa a análise jurídica dos investimentos estrangeiros diretos, sobretudo os aplicados nas obras de infraestrutura que viabilizarão a realização dos eventos esportivos no Brasil nos próximos anos. Para melhor compreensão do tema, é importante analisar, sem a pretensão de esgotar a temática, o cenário econômico atual, no qual tais investimentos são realizados.

## 1.1 Panorama atual

Segundo dados da UNCTAD (2011),<sup>6</sup> o fluxo mundial de investimento direto estrangeiro cresceu 5% em 2010. Esse crescimento é modesto, se comparado ao que vinha acontecendo no período anterior à crise de 2009, o que se atribui ao ambiente econômico no pós-crise, ainda baseado em incertezas. Riscos como a imprevisibilidade dos rumos econômicos mundiais, a possibilidade de uma crise econômica, financeira e fiscal em alguns países desenvolvidos, o aumento da inflação e os sinais de superaquecimento das economias de mercado emergentes dificultam a recuperação dos índices de investimento estrangeiro.

Nesse contexto de crise nas economias desenvolvidas, os países em desenvolvimento têm aumentado gradativamente seu papel no cenário mundial de investimentos estrangeiros, tanto na condição de receptores dos investimentos, quanto como investidores. O supracitado levantamento realizado pela UNCTAD indicou que, no período de 2010, pela primeira vez, essas economias absorveram mais da metade do fluxo mundial de investimentos. Os investidores provenientes de países em desenvolvimento também aumentaram significativamente no período e são responsáveis atualmente por 29% dos fluxos internacionais de investimento. Este crescimento contrasta com a redução de investimentos provenientes de economias desenvolvidas. Na Europa, por exemplo, as remessas de capital ao exterior foram reduzidas à metade dos valores de 2007.

O Brasil tem adquirido grande relevância no cenário dos investimentos estrangeiros. No *ranking* da UNCTAD, das 20 maiores economias receptoras de investimentos externos, o Brasil passou da 15ª posição, em 2009, para a 5ª posição em 2010, tendo recebido 48 bilhões de dólares no período, ficando atrás apenas de Estados Unidos, China, Hong Kong e Bélgica no *ranking* das economias que mais atraem investimentos no mundo.

O crescimento nos índices de investimento estrangeiro continuou ao longo de 2011. Segundo dados da CEPAL,<sup>7</sup> em 2011, a América Latina e Caribe receberam 153,448 bilhões de dólares em investimento estrangeiro direto (IED), o que representa um aumento de 31% em relação a 2010. A maior parte desse incremento ocorreu no Brasil, onde o IED alcançou 66,660 bilhões de dólares, quase a metade do total regional.

Não se pode negar que as oportunidades que advieram da realização da Copa do Mundo em 2014 e das Olimpíadas em 2016 contribuíram para colocar o país em uma posição central na rota dos

---

<sup>5</sup> FONSECA, Karla Closs. Op. cit. p. 34.

<sup>6</sup> UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report** – 2011. Non equity modes of International Production and Development. New York and Geneva: UNCTAD, 2011. Disponível em: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>, p. 13.

<sup>7</sup> COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **O investimento estrangeiro direto na América Latina e Caribe** 2011. CEPAL, 2012. Disponível em: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/46571/P46571.xml&xsl=/ddpe/tpl-p/p9f.xsl&base=/tpl-p/top-bottom.xsl>. Acesso em 04 de junho de 2012.

investimentos. Segundo estudo realizado pela Deloitte e pelo Instituto Brasileiro de Relações com Investidores (IBRI),<sup>8</sup> os megaeventos esportivos mundiais são elementos catalisadores de oportunidades para empresas e investidores, uma vez que influenciam diretamente o desempenho econômico, político e social de um país. Este estudo defende que o legado desses eventos transcende o campo meramente esportivo, já que têm a qualidade de conduzir a realização de programas e projetos que levariam décadas para ser concebidos e concluídos, tendo em vista as exigências feitas por parte dos organizadores e o aumento na demanda local e estrangeira. A realização desses eventos também tem o condão de promover uma maior colaboração entre o setor público e a iniciativa privada, o que gera maior eficiência e resultados.

O IBRI e a Deloitte<sup>9</sup> defendem que os setores da construção civil, hotelaria, transporte aéreo e infraestrutura aeroportuária serão os maiores receptores de investimentos. Para atingir os objetivos traçados, o governo tem utilizado de parcerias com a iniciativa privada para construção e modernização das operações. Em alguns casos, após o evento, as empresas passarão a operar tais instalações sob o regime de concessão. É o caso do Leilão dos Aeroportos, o qual será detalhado a fundo na parte final deste estudo. Antes de fazê-lo, porém, importa analisar os aspectos jurídicos para a concretização desses importantes investimentos.

## 1.2 Regulamentação internacional

As trocas de capital entre países deram ensejo para a celebração de diversos instrumentos normativos internacionais, com diferentes graus de alcance e eficácia. Estes dispositivos objetivam, sobretudo, a proteção jurídica dos investimentos. Conforme ensina José Augusto Fontoura Costa,<sup>10</sup> essa proteção internacional é de primordial importância, principalmente quando se percebe a presença de riscos políticos e econômicos no país receptor do investimento. Esta proteção pode ser um meio de se administrar a falta de confiabilidade nas instituições nacionais, bem como atuar como um instrumento de homogeneização dos padrões de tratamento dos investimentos, induzindo os Estados a adotar sistemas internos de proteção.

O autor afirma que, ainda que seja natural que o Estado proteja com mais afinco os direitos de seus nacionais, é possível verificar a existência de padrões mínimos no Direito Internacional, visando à proteção da propriedade dos estrangeiros. Embora a propriedade do estrangeiro seja, de modo geral, protegida pela legislação interna do Estado receptor, “somam-se à ordem interna estes padrões mínimos, originados do Direito Internacional, os quais lançam seus fundamentos à proteção dos Direitos Humanos, com o respaldo, por exemplo, do artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1946, do artigo 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de 1969, e do artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos Humanos”.<sup>11</sup> Neste sentido, a proteção internacional dos investimentos estrangeiros não implica no reconhecimento de que o Estado não pode expropriar licitamente a propriedade dos estrangeiros. Essa expropriação, porém, não pode ser arbitrária. Deve ser fundada em interesse público, ocorrer de forma não discriminatória e ser devidamente compensada, independentemente da existência de acordos que expressamente assim determinem.

Além desses padrões mínimos, de acordo com Karla Closs Fonseca,<sup>12</sup> os acordos regionais e bilaterais são os principais mecanismos dedicados a tratar especificamente tais questões. O Brasil, no entanto, tem se recusado a reconhecer esses instrumentos na ordem jurídica interna.

Déborah Bithiah de Azevedo<sup>13</sup> afirma que acordos bilaterais de investimento já existem há vários anos no cenário internacional, mas o governo brasileiro apenas iniciou negociações nesse sentido em

---

<sup>8</sup> IBRI (Instituto Brasileiro de Relação com Investidores) e DELOITTE. Brasil, bola da vez. Negócios e Investimentos a caminho dos megaeventos esportivos. Disponível em: [http://www.sebrae2014.com.br/Sebrae/Sebrae%202014/Estudos%20e%20Pesquisas/Pesquisa\\_BrasilBola\\_da\\_vez\\_Deloitte\\_IBRI.pdf](http://www.sebrae2014.com.br/Sebrae/Sebrae%202014/Estudos%20e%20Pesquisas/Pesquisa_BrasilBola_da_vez_Deloitte_IBRI.pdf). Acesso em 14 de julho de 2012. p. 3.

<sup>9</sup> Ibid. p. 8.

<sup>10</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p.57

<sup>11</sup> Ibid. p. 63.

<sup>12</sup> FONSECA, Karla Closs. Op. cit. p. 36-52.

<sup>13</sup> AZEVEDO, Déborah Bithiah. **Os Acordos Para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos Assinados Pelo Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos\\_promocao\\_azevedo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1). Acesso em 24 de julho de 2012.

1994. A partir dessa data, o Brasil assinou diversos tratados, porém, por não terem sido ratificados, não produzem efeitos no ordenamento jurídico interno. Thaís Sundfeld Lima<sup>14</sup> afirma que

o Brasil permanece afastado dos instrumentos internacionais de regulamentação do investimento estrangeiro, principalmente pelo método de solução de conflitos definido. Acredita-se que as estruturas internas, como o mercado em expansão, o crescimento da economia, a estabilidade econômica e política são fatores que pesam muito mais para a decisão do investidor estrangeiro do que a adesão aos BITs (...).

No âmbito do Mercosul existem dois protocolos sobre investimento estrangeiro. São eles: a) O Protocolo de Colônia para a promoção e a proteção recíproca de investimentos no Mercosul, de 17 de janeiro de 1994 e b) o Protocolo sobre a promoção e proteção a investimentos provenientes de estados não membros do Mercosul, de 05 de agosto de 1994. Ambos os protocolos tratam de regras para promoção e admissão, tratamento, expropriação e sub-rogação, transferências e solução de controvérsias quanto aos investimentos estrangeiros.

Eduardo Teixeira Silveira<sup>15</sup> afirma que a intenção desses tratados é a de estimular o fluxo de capital estrangeiro entre seus membros e de terceiros estados. No entanto, é necessária a recepção dos tratados pelos ordenamentos jurídicos internos para que tenham validade e produzam efeitos. Apesar de o Brasil ter firmado ambos os protocolos, nenhum deles foi ratificado internamente.

Para Karla Closs Fonseca<sup>16</sup> a resistência brasileira para a ratificação desses protocolos decorre, principalmente, da ampla definição de investimentos que contêm, pois podem abranger também os investimentos de *portfolio*. Também preocupam as autoridades brasileiras os eventuais problemas gerados por indenizações em caso de expropriação, a obrigação de livre transferência de fundos e, principalmente, o mecanismo de solução de controvérsias, que feriria o princípio do esgotamento dos recursos internos e causaria uma discriminação entre o investidor nacional e o estrangeiro, já que apenas o estrangeiro teria acesso ao sistema de arbitragem internacional.

Já para José Augusto Fontoura Costa,<sup>17</sup> o Brasil tem-se recusado a ratificar os acordos regionais e bilaterais por acreditar que esses acordos poderiam ter efeitos inesperados à economia. Além disso, a entrada de capital estrangeiro no país nos últimos anos fez com que as autoridades brasileiras considerassem que a ratificação dos instrumentos não se faz necessária.

No âmbito da OMC, o Acordo sobre Medidas de Investimento Relacionadas ao Comércio (Acordo TRIMs), elaborado na Rodada Uruguai, em 1991, é um importante mecanismo multilateral sobre o tema, pois esclarece o relacionamento entre o Gatt (General Agreement on Tariffs and Trade) e as medidas de investimento e estabelece que os membros da OMC devem observar as disposições do Gatt quanto ao tratamento nacional e a eliminação de restrições quantitativas. O Acordo também estabelece uma lista de medidas normativas de investimentos incompatíveis com o Gatt. Saliente-se que o Acordo inclui apenas medidas de investimento relacionadas ao comércio de bens, não incluindo medidas de investimentos relacionadas ao comércio de serviços. Não obstante, no entender de Karla Closs Fonseca,<sup>18</sup> o Acordo TRIMs representou um avanço por colocar em pauta as medidas de investimento nos organismos multilaterais e por constituir-se em uma norma com capacidade de limitar o poder de regulamentação estatal.

Entretanto, conforme leciona Karla Closs Fonseca,<sup>19</sup> inexistente um conjunto de regras amplo regulamentando a questão dos investimentos de forma multilateral, ao contrário do que ocorre com as regras de comércio.

Uma das tentativas mais ambiciosas de regulamentação multilateral foi promovida pela OCDE (Organização de Cooperação de Desenvolvimento Econômico). A Organização em questão propôs, em 1995, o Acordo Multilateral de Investimentos (MAI). Segundo Eduardo Teixeira Silveira,<sup>20</sup> os principais objetivos deste Acordo eram a liberalização do fluxo de capital internacional, a proteção dos investimentos e a unificação nos procedimentos de resolução de controvérsia entre os estados e os investidores.

---

<sup>14</sup> SUNDFELD LIMA, Thaís. Op. cit.

<sup>15</sup> SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. cit p. 180.

<sup>16</sup> FONSECA, Karla Closs. Op. cit. p. 55.

<sup>17</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p. 264.

<sup>18</sup> Ibid.p. 36.

<sup>19</sup> Ibid.p. 36.

<sup>20</sup> SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. cit. p.195.

Karla Closs Fonseca<sup>21</sup> afirma que os países em desenvolvimento apresentaram oposições ao acordo, afirmando que violava sua soberania, na medida em que possuía a cláusula do tratamento nacional, dando, aos investidores estrangeiros, acesso irrestrito ao mercado e a determinados setores da economia cuja participação era vedada pelo ordenamento interno. A previsão de que as disputas deveriam ser levadas a um tribunal internacional também preocupou os países subdesenvolvidos. Diante das dificuldades para sua implementação, em 1998 divulgou-se a suspensão por prazo indeterminado das negociações.

Outra tentativa de regulamentação multilateral dos investimentos estrangeiros que merece destaque é o Código de Conduta das Empresas Transnacionais da ONU. Conforme Eduardo Teixeira Silveira,<sup>22</sup> este instrumento foi elaborado na década 1970, quando a consciência dos malefícios das atividades de empresas transnacionais evidenciou a necessidade de se regulamentar a atuação dessas empresas. Por isso, ao longo do texto, o Código de Conduta estabelecia uma série de obrigações às empresas transnacionais, como o respeito à soberania nacional, o cumprimento das leis e regulamentos, o respeito ao meio ambiente e às metas econômicas locais, a não corrupção, entre outros. Segundo Karla Closs Fonseca,<sup>23</sup> apesar de o Código de Conduta ter tido o mesmo destino do MAI (a não aprovação), sua relevância reside no fato de ser uma das poucas tentativas de regulamentação da atividade do investidor, e não do Estado receptor como de modo geral se percebe nas outras regulamentações internacionais.

### 1.3 Regulamentação nacional

A questão dos investimentos estrangeiros no Brasil reveste-se de caráter constitucional, já que a soberania nacional é um dos princípios basilares da ordem econômica brasileira, estabelecido pelo artigo 170 da Constituição Federal. Com isso, fica reconhecido o direito do Estado brasileiro de regulamentar o investimento estrangeiro, impondo-lhe os limites e definindo as políticas necessárias para atingir os demais objetivos da República. De acordo com Eduardo Teixeira Silveira,<sup>24</sup> devido ao princípio da soberania, pode-se concluir que a colaboração internacional não pode subtrair as possibilidades de autodeterminação do país.

Ainda no tocante aos princípios constitucionais, tem-se que o princípio da igualdade, preconizado pelo artigo 5º da Constituição da República, também deve ser observado na regulamentação dos investimentos estrangeiros. O supracitado autor, porém, defende que se deve observar a máxima de que a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Neste sentido, o artigo 170 da Constituição autorizaria a diferenciação entre empresas nacionais e estrangeiras quando afirma pressupor a busca pelo desenvolvimento nacional na adoção das políticas econômicas.

Não obstante, em sua redação original, a própria Constituição Federal fazia essa diferenciação. O artigo 171 da Carta Magna estabelecia a diferença entre empresas nacionais e estrangeiras, facultando ao poder público a concessão de proteção e benefícios à empresa nacional, além de tratamentos preferenciais em licitações. Porém, este artigo, seus parágrafos e incisos foram integralmente revogados pela Emenda Constitucional 6/1995. No entendimento de José Augusto Fontoura Costa,<sup>25</sup> a revogação deste artigo não implica na impossibilidade de adoção dos critérios de distinção entre as empresas em uma legislação infraconstitucional, mas apenas afastou essa distinção de eventuais vedações constitucionais.

No mesmo sentido, Eduardo Teixeira Silveira<sup>26</sup> afirma que, apesar da revogação, não é vedado à lei ordinária efetuar distinções entre a empresa nacional e a controlada por estrangeiros. Tal afirmação é, inclusive, corroborada pela Exposição de Motivos nº 37/95, que acompanhou a proposta da Emenda Constitucional.

Segundo o referido documento, as alterações propostas não impedem que a legislação ordinária confira incentivos e benefícios em setores estratégicos, inexistindo qualquer vedação constitucional nesse sentido. Ou seja, a revogação do art. 171 desconstitucionalizou o conceito de empresa nacional, mas não impediu a proposição de novos conceitos pela legislação infraconstitucional. Além disto, permitiu que a legislação ordinária passasse a estabelecer diferenças entre as empresas sem estarem balizadas pelos parâmetros da Constituição.

---

<sup>21</sup> FONSECA, Karla Closs. Op. cit. p. 36.

<sup>22</sup> SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. cit. p. 183.

<sup>23</sup> FONSECA, Karla Closs. Op. cit. p. 44.

<sup>24</sup> Ibid. p. 110.

<sup>25</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p. 50.

<sup>26</sup> SILVEIRA, Eduardo Teixeira. Op. cit. p. 110.

A partir de 1995, foram diversas as Emendas Constitucionais que visaram o estímulo ao ingresso de investimentos estrangeiros no País. Além da supracitada Emenda n° 6, a Emenda n° 5 extinguiu o monopólio do Estado para exploração do gás, a Emenda n° 7 extinguiu o monopólio das embarcações nacionais na navegação de cabotagem, a Emenda n° 8 extinguiu o controle estatal sobre os serviços de telecomunicações e a Emenda n° 9, sobre a exploração de petróleo.

Permanece, porém, a abordagem do artigo 172 da Constituição Federal sobre a questão dos investimentos estrangeiros, o qual prevê expressamente a necessidade de regulamentação do tema com base no interesse nacional.

A Lei que hoje regulamenta o tema é a Lei n° 4.131/62, a qual prevê as formas de ingresso, registro, remessas, reinvestimento e repatriação do investimento estrangeiro. Segundo Eduardo Teixeira Silveira,<sup>27</sup> ao longo dos anos foram tantas as modificações efetuadas na redação original desta lei, muitas vezes por atos administrativos, o que faz com que a disciplina normativa dos investimentos estrangeiros no Brasil tenha se tornado uma “colcha de retalhos” de difícil aplicação.

Para a atuação específica de empresas estrangeiras em determinados setores da economia e, em especial, para contratação com entes públicos, existem ainda outros diplomas legais com disposições específicas para reger a situação.

## **2 Contratos de empresas estrangeiras com o Estado**

Conforme afirmação de José Augusto Fontoura Costa,<sup>28</sup> os investimentos estrangeiros muitas vezes se consolidam através da celebração de contratos internacionais, muitos dos quais contêm o Estado em um dos seus polos, principalmente quando se fala de exploração de recursos naturais e a oferta de serviços públicos.

Para José Carlos de Magalhães,<sup>29</sup> o contrato nesse caso assume a dimensão de instrumento regulador de relações internacionais, envolvendo o interesse público de um determinado Estado de um lado e o interesse privado da empresa de outro.

Analisar-se-á a seguir os principais aspectos referentes às contratações entre o Estado e investidores estrangeiros.

### **2.1 Fase pré-contratual – a licitação internacional**

Para Sidney Bittencourt,<sup>30</sup> na fase pré-contratual, ou seja, na licitação, não restam dúvidas de que a legislação a ser aplicada poderá ser a brasileira e, excepcionalmente, regras dispostas por entidade estrangeira financiadora. Para o autor, a aplicação da lei brasileira é a regra, sendo a segunda hipótese respaldada na ideia de que, havendo financiamento externo, não há como se determinar a adoção da legislação nacional se a entidade financiadora impuser a adoção de suas próprias regras.

Nesse caso, as regras da entidade não podem ser contrárias aos dispositivos constitucionais, em respeito à soberania nacional. O que deve prevalecer, no entendimento do autor, é a adoção das regras do financiador internacional em conjunto com as normas brasileiras, já que geralmente as normas da entidade estrangeira são restritas e reportam-se a apenas alguns aspectos, sendo, então, os demais contornos legais definidos pelo lei local.

A regra geral brasileira encontra-se na Lei n° 8.666/1993, que disciplina assuntos de Direito Interno brasileiro, com a prevalência dos interesses do Estado, “tendo como finalidade única a preservação do interesse da coletividade”.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Ibid., p. 97.

<sup>28</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p. 115.

<sup>29</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **Direito Econômico Internacional** – Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 298.

<sup>30</sup> BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Internacionais** – Considerando a Lei Brasileira: Lei n° 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 44.

<sup>31</sup> Id.

Recentemente, o aumento significativo no número de contratações que devem ser realizadas pelo poder público para viabilização das obras de infraestrutura para a Copa do Mundo levou à promulgação da Lei nº 12.462/2011, a qual criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas.

Em suma, a nova Lei trouxe mecanismos para conceder maior celeridade aos processos licitatórios, permitindo, por exemplo, que todas as etapas de uma obra sejam realizadas por uma mesma empresa, que fará tanto os projetos básico e executivo quanto a execução da obra, ao contrário da Lei 8.666/1993, que previa a necessidade de execução dos projetos por empresas diferentes. Outro importante exemplo de alteração realizada para conceder maior rapidez aos procedimentos é a inversão de fases estabelecida pela Lei nova, que determinou que a fase de habilitação dos proponentes ocorra apenas após o julgamento das propostas, cobrando a apresentação dos documentos apenas ao vencedor do certame, ao contrário do que ocorria na Lei anterior, quando a habilitação era fase eliminatória a todos os proponentes, já no início dos procedimentos.

Os desdobramentos desses dois instrumentos legislativos para os investidores estrangeiros, especificamente, serão analisados a seguir.

### 2.1.1 Participação de empresas estrangeiras em licitações e licitações internacionais

Preenchidos os requisitos de habilitação, a Lei 8.666/1993 faculta às empresas estrangeiras a possibilidade de participar de licitações. Tais requisitos encontram-se expressos no artigo 28, inciso V, do referido diploma legal.

Art. 28. A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em: (...)

V – decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

William Romero<sup>32</sup> afirma que o supramencionado dispositivo veicula disposição direcionada a licitantes estrangeiros que efetivamente possuam autorização para funcionar no Brasil. Tal autorização disciplina-se pelo Código Civil, nos artigos 1134 e seguintes. No entanto, a Lei de Licitações prevê, também, a possibilidade de sociedades sem autorização para funcionar no Brasil participarem de licitações, desde que atendam aos requisitos do artigo 32, § 4º, do referido diploma legal. É o caso das licitações internacionais, como se depreende abaixo:

§ 4º As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

De acordo com Sidney Bittencourt,<sup>33</sup> “licitação internacional é o procedimento competitivo formal que a Administração Pública está obrigada a estabelecer quando busca adquirir um bem ou contratar um serviço que pode ser fornecido ou prestado tanto por uma empresa brasileira quanto por uma empresa estrangeira”. O procedimento em si transcorre nos mesmos moldes de uma licitação nacional, com a única diferença de que deverá ter publicidade internacional para viabilizar a participação de licitantes estrangeiros.

O supracitado autor afirma que tal modalidade licitatória deve ser instaurada quando identificado que o objeto pretendido será mais viável se fornecido por empresa estrangeira, ou quando o objeto almejado não puder ser encontrado no Brasil. Trata-se de uma discricionariedade do administrador que, observado os critérios da conveniência e oportunidade, definirá se para o caso em concreto, deverá ser

<sup>32</sup> ROMERO, William. **Participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil**. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 23, janeiro 2009, disponível em: <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=23&artigo=397>. Acesso em 22/05/2012.

<sup>33</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. cit. p. 47.

utilizada uma licitação nacional ou internacional. O Poder Público tem, portanto, a faculdade de privilegiar segmentos econômicos nacionais em suas contratações. Tal interpretação decorre do fato de a lei diferenciar licitações nacionais de internacionais. Caso contrário, se em todas as licitações fosse obrigatório permitir a participação de empresas internacionais, não haveria necessidade de a lei estabelecer distinção entre o procedimento nacional e internacional.

### 2.1.2 Preferência a licitantes brasileiros e do Mercosul

O § 5º do artigo 3º da Lei 8.666/1993 prevê a possibilidade de o procedimento licitatório conceder margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais. A Lei nº 12.349/10 introduziu o § 10º no mesmo artigo, com a previsão de que esta margem de preferência poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços cuja origem seja de um dos Estados Parte do Mercosul. Sidney Bittencourt<sup>34</sup> classificou esta mudança legislativa como um grande progresso no âmbito do Mercosul.

### 2.1.3 Consórcios de licitantes

Além de participarem individualmente, também é permitida a organização de empresas nacionais ou estrangeiras sob a forma de consórcio. De acordo com Egon Bockmann Moreira,<sup>35</sup> o consórcio é uma “integração horizontal entre empresas, a estabelecer uma relação de coordenação de interesses autônomos, visando a um fim específico e comum”. Este modo de organização empresarial é regido pelo art. 278 e seguintes da Lei 6.404/76. No entendimento do autor é através de um contrato de consórcio que um grupo de empresas formaliza uma associação de interesses, com obrigações recíprocas que visam atingir um fim comum, o qual provavelmente não seria alcançado pela capacidade individual de cada uma delas.

O artigo 33 da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) permite que o edital de um certame licitatório admita a oferta de propostas através de consórcios. Conforme entendimento de Egon Bockmann Moreira,<sup>36</sup> o objetivo da constituição de consórcios para participação em licitações é habilitar as consorciadas, com a soma de seus recursos e aptidões. Para esse autor, a autorização para a participação de um consórcio em um processo licitatório regido pela Lei 8.666/1993 é uma discricionariedade da Administração, pois fica a seu critério escolher, caso a caso, o cabimento da participação de empresas organizadas sob a forma de consórcios. Esta decisão ocorre no momento da criação e definição do edital, que deve expressamente permitir a admissão de tal modalidade de organização societária.

É por isso que uma das principais inovações do Regime Diferenciado de Contratações Públicas, de acordo com Marçal Justen Filho,<sup>37</sup> reside na determinação de que sempre será cabível a participação de consórcios de empresas em licitações (art. 14, parágrafo único, I, da Lei nº 12.462/2011), ao contrário do que previa a Lei 8666/1993. Esta alteração reveste-se de importância neste estudo, uma vez que a participação de empresas estrangeiras em licitações ocorre, muitas vezes, em Consórcio com empresas brasileiras. Neste caso, deve ser observado o disposto no parágrafo primeiro do art. 33 da Lei 8.666/1993:

§ 1º No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, observado o disposto no inciso II deste artigo.

Segundo Marçal Justen Filho,<sup>38</sup> essa exigência seria inconstitucional, já que violaria o princípio da livre empresa e da liberdade comercial. No entanto, como já se verificou anteriormente, não existe vedação constitucional para o estabelecimento de distinções pela legislação ordinária entre empresas

<sup>34</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. cit. p. 47.

<sup>35</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2012.

<sup>36</sup> <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>

<sup>37</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. Consórcio de Licitantes. In: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coords.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas** – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 220.

<sup>38</sup> Idem.

nacionais e estrangeiras, sendo que a revogação do artigo 171 da Constituição Federal apenas retirou essa diferenciação da esfera constitucional. Além disto, o artigo 2º da Lei 4.131/1962, que prevê a igualdade entre investimentos estrangeiros e nacionais, faz a ressalva de que o tratamento idêntico é garantido apenas quando houver igualdade de condições entre os investidores, o que na maioria dos casos não se verifica, pois as empresas transnacionais de modo geral possuem maior poder econômico. Sendo assim, embora discutível na doutrina, a regra da liderança da empresa brasileira em consórcio segue sendo observada.

## 2.2 O contrato entre Administração Pública e empresa estrangeira privada

Como vimos, a lei brasileira possibilita que empresas estrangeiras participem de certames licitatórios no Brasil, desde que assim previsto no edital. Caso se consagre vencedora, esta empresa firmará um contrato com a Administração Pública, situação esta que dá ensejo a diversas questões jurídicas relevantes. As principais questões serão abordadas a seguir.

### 2.2.1 Legislação aplicável

Como vimos, a lei brasileira é a regra aplicável às licitações internacionais, sobretudo às que independem de entidade financiadora externa. A grande dúvida acerca da legislação aplicável reside, portanto, no que concerne aos contratos que resultam dessa licitação e que englobam os entes públicos e o particular estrangeiro.

José Carlos de Magalhães<sup>39</sup> afirma que, em contratos entre o Estado e empresa privada, deverão ser observadas as normas de direito interno do país contratante, o que resulta em uma assimetria inexistente nas contratações entre entes privados, já que este mesmo Estado contratante é capaz de alterar suas leis e, assim, interferir no equilíbrio do contrato do qual é parte. A aplicação da lei nacional do Estado Contratante é fundamentada sobretudo em uma decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional, datada de 1929, sobre os empréstimos sérvios e brasileiros, a qual consagrou a tese de que o Direito Internacional Público não poderia servir de base para solução de conflitos contratuais quando firmados entre o Estado e o particular. Desde então, existe o entendimento de que um contrato que não seja entre países tem seu fundamento obrigatoriamente numa lei nacional.

Como já mencionado, o problema de adotar essa regra para definição da legislação aplicável seria o de que a aplicação da lei nacional da nação contratante geraria um desequilíbrio, uma vez que quem ditaria as normas aplicáveis sempre seria um dos contratantes. No entendimento de Eliane Maria Octaviano Martins e Fernando Passos,<sup>40</sup> “a soberania lhe confere, inclusive, unilateralidade sobre as normas que irão regular estes contratos, bem como a alteração das mesmas, mesmo após o avançado, em proveito exclusivo desta parte: o Estado”.

A despeito da decisão de 1929, José Carlos de Magalhães<sup>41</sup> afirma que as nacionalizações ocorridas nas décadas de 1970 e 1980 aumentaram a pressão externa para que, pelo menos a rescisão ou modificação unilateral pelo Estado, fosse considerada uma violação do direito internacional.

É por isso que José Augusto Fontoura Costa<sup>42</sup> ressalva que

a aplicação do Direito do Estado receptor não implica o afastamento da doutrina do padrão mínimo de tratamento do investimento estrangeiro em conformidade com o Direito Internacional, aplicada para a proteção da propriedade dos alienígenas. Com efeito, a noção de que um Direito Interno se aplica, inclusive com as normas atinentes ao contrato administrativo, não afasta a possibilidade de limitar, em casos excepcionais, essa aplicação em virtude de discriminação ou violação patente da proteção mínima do estrangeiro.

<sup>39</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **Direito Econômico Internacional** – Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 298.

<sup>40</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos Internacionais com o Estado** – Princípio da Moralidade Universal. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em 26 de julho de 2012.

<sup>41</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **Direito Econômico Internacional** – Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 299.

<sup>42</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p. 115.

Entretanto, com a intensificação desses contratos e da globalização da economia, o posicionamento que defende a internacionalização dos contratos tem ganhado força. Eliane Maria Octaviano Martins e Fernando Passos<sup>43</sup> defendem a existência de um “verdadeiro confronto inconciliável entre as teorias monistas internacionalistas e nacionalistas”.

Os autores afirmam que os monistas nacionalistas defendem a impossibilidade de se internacionalizar os contratos com o Estado, uma vez que: a) existe uma prevalência do interesse público defendido pelo Estado ao interesse privado do investidor; b) o Direito Internacional Público não poderia legitimar a atuação de um particular como contratante, sob pena de dotá-lo de personalidade jurídica internacional, a qual é privativa dos Estados; c) o Estado não poderia submeter-se a regras de Direito Internacional Privado, pois as relações firmadas com o Estado são regidas pelo Direito Internacional Público; d) a eleição de outra legislação nacional, que não a do Estado receptor do investimento, é vedada pelo princípio da imunidade de jurisdição, que proíbe um Estado de julgar outro Estado; e) o Estado não pode submeter-se a corte arbitral, uma vez que defende direitos coletivos e indisponíveis; f) o contrato não poderia ser o único instrumento a reger as obrigações a ele pertinentes, pois o Estado é portador de aspirações coletivas, materializadas em leis internas e a adoção de um "contrato sem lei" seria fruto exclusivo de uma “estratégia montada para a defesa da empresa que contrata com o Estado, defendendo portanto interesses ilegítimos”.<sup>44</sup>

Por outro lado, os mesmos autores<sup>45</sup> sustentam que a internacionalização seria necessária, pois: a) a internacionalização não significaria submissão a interesses privados, mas sim submissão a uma ordem internacional; b) o Direito Internacional Público poderia reger esses contratos, independentemente de reconhecimento de personalidade jurídica estatal ao particular; c) o Estado poderia submeter-se às normas de Direito Internacional Privado quando agindo em caráter privado; d) a soberania estatal seria aceita normalmente, havendo apenas limites éticos ao seu exercício; e) nada obsta aos contratantes, livremente pactuar que eventuais conflitos sejam dirimidos por determinado direito interno neutro, ou seja, que não o do Estado contratante e não o do Estado a que pertença a empresa parceira; f) não há que se falar em direitos indisponíveis na contratação do Estado, sendo então possível a arbitragem internacional; g) a desnacionalização do contrato não significa a adoção de um contrato sem lei, mas apenas na adoção a leis de caráter internacional; h) a aceitação de muitos países à convenção do BIRD para a solução de controvérsias relativas a investimentos entre Estados e empresas nacionais de outros Estados, acrescida das “inúmeras legislações nacionais que internacionalizam espontaneamente esses contratos, são provas mais do que cabais de que os mesmos devam submeter-se ao Direito Internacional e os que já o fizeram produziram excelentes resultados”.<sup>46</sup>

Como se pode perceber, a discussão ainda está longe de chegar a um consenso. Entretanto, no entendimento de José Augusto Fontoura Costa,<sup>47</sup> independentemente da teoria adotada, é de relevante contribuição teórica e aplicação prática a corrente que defende a internacionalização, uma vez que os contratos, que eram tradicionalmente vistos como regidos exclusivamente pelo Direito interno do Estado receptor, passaram a ser considerados como tendo, no mínimo, sua interpretação e suplementação condicionada aos princípios e padrões mínimos internacionais.

## 2.2.2 A arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias

Outra questão que suscita controvérsia na doutrina é a possibilidade de submeter os conflitos oriundos de contratos com o Estado a um mecanismo alternativo de solução de controvérsias, tal qual a arbitragem.

Para José Carlos Magalhães,<sup>48</sup> a polêmica reside sobretudo em dois pontos: a) o fato de que, ao submeter-se à arbitragem em território estrangeiro, o Estado estaria renunciando a sua imunidade de jurisdição; e b) no entendimento de que o Estado não poderia submeter-se a arbitragem privada.

No que diz respeito ao primeiro aspecto, o autor afirma que nem sempre o fato de a arbitragem processar-se em território de outro país significaria que a lei local se aplicaria àquele procedimento arbitral, ou que o Estado teria aceito a jurisdição alheia, uma vez que a jurisdição arbitral é conferida

<sup>43</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Op. cit.

<sup>44</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Op. cit.

<sup>45</sup> Id.

<sup>46</sup> Id.

<sup>47</sup> COSTA, José Augusto Fontoura. Op. cit. p. 115.

<sup>48</sup> MAGALHÃES, José Carlos. **Direito Econômico Internacional** – Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 306.

pelas partes, sendo uma delas o próprio Estado. Sendo assim, ele não se submeteria à jurisdição de outro país, mas sim a uma jurisdição própria, criada pelo próprio Estado em conjunto com a outra parte.

No que concerne ao segundo aspecto controverso, no entendimento de Sidney Bittencourt,<sup>49</sup> a possibilidade de entrega das resoluções de pendências a cortes arbitrais não tem respaldo na legislação brasileira. O autor defende que a arbitragem só pode ser utilizada em litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, de índole particular, conforme determinação da Lei nº 9.307/1996, que trata da adoção do juízo arbitral. No entendimento do autor, portanto:

Não sendo os direitos da Administração Pública (do Estado), em regra, disponíveis, uma vez que tocam profundamente interesses de cunho geral, não resta dúvida que, em princípio, aos contratos administrativos não é permitido tal juízo.<sup>50</sup>

No entanto, como já se verificou, os internacionalistas sustentam que não há que se falar em direitos indisponíveis na contratação do Estado, sendo no entender de Eliane Maria Octaviano Martins e Fernando Passos<sup>51</sup> o procedimento arbitral um mecanismo legítimo, requerido pelo particular, o qual busca na neutralidade da corte arbitral suprimir o direito e a jurisdição nacional do Estado contratante.

A legislação brasileira tem, paulatinamente, criado dispositivos que dão respaldo ao entendimento internacionalista. Segundo Márcio Pestana,<sup>52</sup> o legislador passou a utilizar-se deste mecanismo logo após a criação da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), e passou a intensificar a inclusão da previsão em seus diplomas legais após a decisão do STF pela constitucionalidade do diploma, ocorrida em 2004.

Segundo o supracitado autor, são alguns exemplos da possibilidade de utilização da arbitragem nos seguintes diplomas legais:

A Lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que prevê, no artigo 93, que o *contrato de concessão indicará: (...) XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais;*

A Lei 9.478/1997 (Lei de Petróleo e Gás), cujo artigo 43 previa que o *contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: (...) X – as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional;*

A Lei 10.233/2001 (Lei que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências), a qual estabelece, em seu artigo 35, que o contrato de concessão *deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: (...) XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;*

A Lei 11.079/2004 (Lei da Parceria Público-Privada), a qual expressamente autorizou, no seu art. 11, que o instrumento convocatório da respectiva licitação poderia prever 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*”;

A Lei 11.196/2005, que modificou a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) para autorizar a inserção de previsão nos contratos de concessão para 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;*

A Lei 11.909/2009 (relativa ao transporte de gás natural), a qual mencionava a possibilidade de solução de controvérsias em contratos de concessão por conciliação e arbitragem.

<sup>49</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. cit. p. 189.

<sup>50</sup> BITTENCOURT, Sidney. Op. cit. p. 190.

<sup>51</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Op. cit.

<sup>52</sup> PESTANA, Márcio. **Administração Pública e Arbitragem**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+arbitragem>. Acesso em 24 de setembro de 2012.

Diante do exposto, e de acordo com entendimento de Eduardo Talamini,<sup>53</sup> o é admissível o emprego da arbitragem em conflitos que envolvem interesses patrimoniais da Administração Pública, sendo minoritário o posicionamento oposto.

A seguir, serão abordadas as principais cláusulas constantes em contratos internacionais com o Estado.

### **2.2.3 Principais cláusulas contratuais**

#### **2.2.3.1 Legislação aplicável**

Conforme posicionamento da doutrina internacionalista, é possível que as partes pactuem livremente o direito aplicado ao contrato, como ocorre em contratos internacionais firmados entre entes privados. Neste caso, deverá haver disposição contratual indicando a legislação a ser aplicada.

#### **2.2.3.2 Cláusula de *hardship***

De acordo com Eliane Maria Octaviano Martins e Fernando Passos,<sup>54</sup> “as cláusulas de *hardship* visam garantir a execução de um contrato tal como foi firmado, sem que quaisquer condições futuras e impeditivas de seu fiel cumprimento afrontem o que foi acordado quando da sua assinatura”. Para os autores, esta cláusula também deverá ser incluída em contratos com o Estado, uma vez que tem a finalidade de colocar limites ao desequilíbrio existente entre a pessoa de direito privado e o Estado, garantindo àquela não ser surpreendida por eventuais fatos imprevistos que a deixe em situação de desamparo, frustrando a execução do contrato em suas condições iniciais.

#### **2.2.3.3 Arbitragem**

Como vimos, embora não exista consenso, a utilização da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias nos contratos firmados pela Administração Pública tem sido cada vez mais aceita pela doutrina e por legislações específicas. Neste caso, o contrato deverá prever que a solução dos conflitos se dará por arbitragem, podendo desde logo estabelecer a câmara na qual o litígio deverá ser submetido ou condicionando a posterior compromisso arbitral.

Ressalte-se que, conforme abordado no tópico anterior, dependendo da natureza do contrato, podem haver disposições e regras específicas previstas pela lei brasileira.

#### **2.2.3.4 Eleição de foro**

Eliane Maria Octaviano Martins e Fernando Passos<sup>55</sup> defendem que em contratos internacionais não existe um foro pré-determinado e, por isso, o mesmo deve ser estabelecido previamente pelas partes, de forma clara e expressa, para evitar impasses quando houver divergências contratuais.

## **3 Obras de infraestrutura da Copa do Mundo e Olimpíadas**

Os eventos esportivos que terão sede no Brasil nos próximos anos constituem um fator de grande atratividade para a presença de investidores estrangeiros no País. Segundo reportagem da Revista

---

<sup>53</sup> TALAMINI, E. **Arbitragem e parceria público-privada.** Disponível em: [http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166346/Arbitragem\\_e\\_PPP](http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166346/Arbitragem_e_PPP). [11 de set. 2012].

<sup>54</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Op. cit.

<sup>55</sup> MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. Op. cit.

ISTOÉ,<sup>56</sup> “a pressão dos compromissos assumidos pelo governo brasileiro fará os aeroportos, obras de mobilidade urbana, estádios e rodovias saírem do papel. É agora ou agora”. Tais obras de infraestrutura não são importantes tão somente para os eventos esportivos que se realizarão no país, mas também por posicionarem o Brasil no centro dos interesses dos investidores, cuja injeção de capital e esforços não só viabilizam a construção dessas grandes obras necessárias à realização dos eventos, como também geram empregos e ajudam a alavancar a economia local.

De acordo com o site Portal da Transparência,<sup>57</sup> estão sendo realizados investimentos para a Copa de 2014 para construção e melhoria de aeroportos, estádios, no setor de hotelaria, mobilidade urbana, portos, segurança pública e telecomunicações. Neste contexto, diversas são as oportunidades para as empresas privadas, desde as licitações realizadas para construção dos empreendimentos, até as concessões realizadas pelo governo.

No âmbito da rede hoteleira, percebe-se que o setor receberá grandes investimentos provenientes de redes estrangeiras nos próximos anos. Um dos exemplos da expansão de investimentos estrangeiros no setor é a rede de hotéis francesa Accor. De acordo com reportagem do Valor Econômico,<sup>58</sup> a rede irá gerir, até 2014, 17 hotéis só no Rio de Janeiro, mais do que o dobro do número atual de empreendimentos da rede na cidade.

São diversas, também, as reformas a serem realizadas nos estádios, para prepará-los aos eventos esportivos. O site Portal da Transparência<sup>59</sup> conta com toda a relação de obras a serem realizadas nos palácios esportivos que receberão os jogos. O Estádio Mineirão, por exemplo, tem seu projeto de reforma orçado em R\$ 426,1 milhões, e as obras serão de responsabilidade do Governo Estadual e da Minas Arena, em contratação via parceria público-privada. Tais construções representam uma grande oportunidade para empreiteiras nacionais e estrangeiras.

No setor ferroviário, a construção de veículos leves sobre trilhos em diversos locais do Brasil também atrai o interesse do investidor. No Mato Grosso, por exemplo, foi realizada licitação para a construção de 22 quilômetros de trilhos em Cuiabá e Várzea Grande. O consórcio VLT Cuiabá, composto pelas empresas brasileiras CR Almeida e Santa Bárbara e pela espanhola Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) foi o escolhido. De acordo com o portal UOL ECONOMIA,<sup>60</sup> o contrato foi assinado com o governo do Mato Grosso através da Secretaria Extraordinária da Copa 2014 (Secopa) e tem valor total de R\$ 1,477 bilhão, dos quais R\$ 540 milhões serão destinados à CAF, que desenvolveu a plataforma para o veículo. O processo de licitação ocorreu pelo RDC.

Diversas também serão as concessões à iniciativa privada nos próximos anos. De acordo com reportagem da Folha de São Paulo,<sup>61</sup> o governo irá destinar à iniciativa privada diversas atividades, com o objetivo de resolver gargalos em cinco setores da economia, quais sejam: aeroportos, ferrovias, rodovias, portos e energia. No setor portuário, por exemplo, pretende-se entregar à iniciativa privada apenas a operação, mantendo a infraestrutura de acesso sob a tutela da União. Já no setor energético, o governo buscará a renovação das atuais concessões, que começam a vencer a partir de 2015, desde que os concessionários concordem em reduzir as tarifas. No caso das estradas federais, o foco é conceder trechos principalmente em Minas Gerais, no Centro-Oeste e no Nordeste. Já no setor ferroviário, o governo pretende instituir o conceito de ferrovia aberta. No modelo atual, quem ganhava a concessão ferroviária tinha domínio na exploração da malha construída. O que se pretende agora é segregar o transporte de carga da operação da via, de tal forma que qualquer empresa poderá transportar sua carga pelos trilhos construídos, mediante pagamento de uma tarifa ao concessionário.

O setor dos aeroportos, por sua vez, teve grande atenção midiática pelas concessões realizadas nos Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília, cujo modelo se verificará a seguir. O que se estuda agora é a destinação de outros aeroportos também à iniciativa privada.

---

56 ISTOÉ. **O Brasil vai virar um canteiro de obras.** Em “Istoé Dinheiro”. Disponível em: [http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/76110\\_O+BRASIL+VAI+VIRAR+UM+CANTEIRO+DE+OBRAS](http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/76110_O+BRASIL+VAI+VIRAR+UM+CANTEIRO+DE+OBRAS). Acesso em 23 de maio de 2012.

57 BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da transparência** – Copa 2014. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/>. Acesso em 23 de maio de 2012.

58 VALOR ECONÔMICO. **Accor terá mais dois hotéis no Rio.** Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/2732760/accor-tera-mais-dois-hoteis-no-rio>. Acesso em 27 de julho de 2012.

59 BRASIL. Op. cit.

60 UOL ECONOMIA. **Consórcio formado por três empresas vence licitação para VLT em Cuiabá.** Disponível em: <http://economia.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2012/06/30/consorcio-formado-por-tres-empresas-vence-licitacao-para-vlt-em-cuiaba.jhtm>. Acesso em 27 de julho de 2012.

61 FOLHA DE SÃO PAULO. **Governo estuda adotar diversos modelos nas novas concessões.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/1126086-governo-estuda-adotar-diversos-modelos-nas-novas-concessoes.shtml>. Acesso em 27 de julho de 2012.

Como se pode perceber, diversas serão as oportunidades para a atuação de empresas privadas nacionais e estrangeiras nas obras de infraestrutura no País. Como exemplo de investimento estrangeiro para viabilização de obras da Copa, destacou-se a concessão dos aeroportos, cujo processo licitatório e contrato serão analisados em mais detalhes a seguir.

### 3.1 Estudo de caso – concessão dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília

O Decreto nº 7.531/2011 incluiu, no Programa Nacional de Desestatização (PND), os aeroportos internacionais de Guarulhos (SBGR) e Viracopos (SBKP), no Estado de São Paulo e o aeroporto internacional de Brasília (SBBR), no Distrito Federal, e atribuiu à Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) a responsabilidade por executar e acompanhar o processo de concessão dos aeroportos em tela.

De acordo com o site da ANAC,<sup>62</sup> o Governo Federal publicou em 30 de setembro de 2011 a minuta dos editais dos três aeroportos internacionais concedidos à iniciativa privada (Brasília, Guarulhos e Viracopos). Os três aeroportos operam atualmente 30% dos passageiros, 57% das cargas e 19% das aeronaves do tráfego aéreo brasileiro. O edital de Leilão 02/2012<sup>63</sup> deu início ao processo para a concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Internacional de Brasília, Presidente Juscelino Kubitschek, Aeroporto Internacional de Campinas, Viracopos, e Aeroporto Internacional de Guarulhos, Governador André Franco Montoro.

Tais concessões devem ser realizadas por meio de Sociedades de Propósito Específico (SPEs), conforme determinação da Lei nº 11.079, de 2004. A SPE será uma empresa privada, composta pelos investidores privados vencedores da licitação e pela Infraero, detentora de até 49% do Capital Social da sociedade em questão, e ficará responsável por todos os novos investimentos realizados e pela gestão desses aeroportos.<sup>64</sup>

O edital do certame<sup>65</sup> permitiu a participação de proponentes pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras, entidades de previdência complementar e fundos de investimento, isoladamente ou em Consórcio. De acordo com as regras da minuta do edital, o leilão, realizado na Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa), teria como vencedores os proponentes que derem os maiores valores de contribuição ao sistema.

Saliente-se que embora os leilões dos três aeroportos tenham sido realizados simultaneamente, um mesmo grupo econômico ou consórcio só poderia consagrar-se vencedor de um único aeroporto. Além disso, uma mesma empresa não podia participar de mais de um consórcio licitante. Esperava-se, com isto, estimular a concorrência e permitir, posteriormente, a comparação de padrões operacionais entre aeroportos, melhorando a prestação do serviço.<sup>66</sup>

A receita obtida com o leilão foi destinada ao Fundo Nacional de Aviação Civil (FNAC), que tem ou terá como objetivo destinar recursos ao sistema da aviação civil para aplicação em projetos de desenvolvimento e fomento da infraestrutura aeroportuária e aeronáutica civil.

#### 3.1.1 Requisitos de habilitação de empresa estrangeira

A Seção I do edital<sup>67</sup> estabeleceu as exigências para participação de empresas estrangeiras no certame. Para tanto, determinou como necessária a apresentação, tanto para a participação isolada como em Consórcio, dos documentos equivalentes aos documentos exigidos para a habilitação, autenticados pela autoridade consular brasileira de seu país de origem e traduzidos por tradutor juramentado. Para comprovar a equivalência entre os documentos, exigiu-se também o preenchimento de Declaração de Equivalência, no qual o proponente certificaria a correlação entre os documentos administrativos legais e suas validades, considerando os documentos brasileiros exigidos e os normalmente exigidos no país de origem. Na hipótese de inexistirem documentos equivalentes, o proponente deveria preencher Declaração de Inexistência de Documento equivalente. Ainda no que concerne à documentação, o edital determinou a

<sup>62</sup> BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Concessão Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília**. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>. Acesso em 23 de maio de 2012.

<sup>63</sup> Id.

<sup>64</sup> Id.

<sup>65</sup> Id.

<sup>66</sup> BRASIL. **Agência Nacional de Aviação Civil**. Concessão Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília.

<sup>67</sup> Id.

necessidade de o documento se apresentar de forma a possibilitar que se identifique sua validade e exigibilidade.

O edital também exigiu a constituição de representante credenciado no Brasil. Para tanto, esse representante deveria ser pessoa legalmente credenciada e domiciliada no Brasil, munida de poderes expressos, através de procuração por instrumento público ou particular, com o devido reconhecimento de firma realizado por notário ou outra entidade, de acordo com a legislação aplicável aos documentos. O documento deverá prever poderes para receber citação e responder administrativa e judicialmente no Brasil, bem como para representar a empresa em todas as fases do processo licitatório, podendo também assumir compromissos e obrigações em nome da empresa, fazer acordos e renunciar a direitos.

### **3.1.2 Requisitos de habilitação técnica**

Possivelmente, uma das maiores razões que levaram à formação de consórcios entre empresas brasileiras e estrangeiras no certame licitatório em questão foi a dificuldade de encontrar empresas locais que cumpram os requisitos de habilitação técnica constantes na Subseção IV do edital, quais sejam:

- Experiência mínima de 5 (cinco) anos como Operador Aeroportuário, e
- Processamento mínimo de 5 (cinco) milhões de passageiros anuais, considerado o somatório de passageiros embarcados, desembarcados e em conexão, em pelo menos um ano nos últimos 10 (dez) anos.

Tendo em vista as dificuldades para uma empresa nacional atender a esses requisitos, as empresas passaram a reunir-se em consórcios com empresas estrangeiras que atuam como Operadoras Aeroportuárias. O edital também exigiu que o Operador Aeroportuário detivesse pelo menos 10% (dez por cento) da participação no Consórcio.

### **3.1.3 Contrato**

Após o término do leilão, exigiu-se dos consórcios vencedores a apresentação de uma série de documentações acerca da estrutura social da empresa Concessionária, que deve constituir-se sob a forma de sociedade anônima com o propósito específico de explorar o objeto da concessão e sede na cidade do aeroporto a ser explorado. Note-se que a minuta do contrato já estava disponível ao início do processo licitatório e foi exigida garantia de proposta sob a forma de fiança bancária ou seguro garantia para habilitação à licitação. Sendo assim, eventual recusa do Acionista Privado, da Concessionária ou de qualquer de seus acionistas a assinar o Contrato em até 5 (cinco) dias úteis contados da convocação, sem o cumprimento das exigências previstas nesse Edital, e sem justificativa aceita pela ANAC, ocasionaria: a) na aplicação de multa correspondente ao valor integral da Garantia de Proposta, a título de ressarcimento pelos prejuízos causados e a imediata execução da Garantia de Proposta pela ANAC; b) no impedimento de a Adjudicatária Proponente individual, ou, no caso de Consórcio, de todas as empresas membro, em participar de novas licitações e em contratar com a ANAC pelo prazo de vinte e quatro meses; c) na convocação, a critério da ANAC, das Proponentes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo nos prazos ou a revogação da licitação.

Sendo assim, cabia às empresas proponentes verificarem os termos do Contrato de Concessão previamente à licitação, para fundamentar sua decisão de participar ou não da competição, ou impugnar seus termos previamente.

A seguir, aponta-se algumas das principais disposições contratuais relativas ao leilão.

#### **3.1.3.1 Cláusula da legislação aplicável**

Conforme se verificou na análise teórica do tema, existem dúvidas na doutrina acerca da legislação aplicável aos contratos firmados entre investidores estrangeiros e o Estado. Não obstante, no caso em questão, o Contrato de Concessão previu Cláusula de eleição da legislação aplicável, ao estabelecer que o Contrato de Concessão dos aeroportos seria regido e interpretado de acordo com o

ordenamento jurídico vigente na República Federativa do Brasil e em especial pelas Leis Federais nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), nº 8.987/1995 (que versa sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos), nº 9.491/1997 (Programa Nacional de Desestatização), nº 11.182/2005 (Lei de criação da Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC) e nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC), sem prejuízo de outras normas aplicáveis, notadamente os editados pela ANAC e pelo COMAER.

### **3.1.3.2 Cláusula de *hardship***

A minuta do Contrato de Concessão previu a necessidade de revisão extraordinária do Contrato, objetivando a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato, desde que comprovada a ocorrência, com alteração relevante dos custos ou da receita da Concessionária, de uma das seguintes situações: a) mudanças no Projeto Básico por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas; b) mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou nova legislação brasileira; c) restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, salvo se decorrente de fato imputável à Concessionária; d) atrasos na liberação do acesso ao local das obras ou impossibilidade de imissão na posse por fatos não imputáveis à Concessionária; e) criação de benefícios tarifários pelo Poder Público; f) criação ou extinção de Tarifas Aeroportuárias; g) mudança na legislação tributária que aumente custos, exceto em se tratando de imposto de renda; h) ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, desprovidos de seguro; i) existência de sítios ou bens arqueológicos na área do Aeroporto; j) atrasos decorrentes da não obtenção de autorizações, licenças e permissões de órgãos da Administração Pública Federal e/ou ambientais; l) passivos trabalhistas, fiscais ou ambientais anteriores à concessão.

Os demais riscos pertinentes à relação contratual deverão ser assumidos pela Concessionária.

### **3.1.3.3 Cláusula de arbitragem**

Seguindo a corrente majoritária que defende a possibilidade de utilização da Cláusula Arbitral em contratos com a Administração Pública, na Cláusula 16.5 do Contrato de Concessão encontra-se a previsão de que quaisquer litígios, controvérsias ou discordâncias relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato serão definitivamente resolvidos por arbitragem, de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI e a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

O compromisso arbitral prevê que a arbitragem será realizada em Brasília, em língua portuguesa. Havendo parte que queira produzir provas em idioma estrangeiro, ou indicar testemunhas que não falem o Português, será necessário providenciar a tradução ou contratação de intérprete, conforme o caso.

O compromisso arbitral ressalva ainda que serão aplicadas ao mérito da causa normas do ordenamento jurídico brasileiro e os regulamentos específicos do setor, excluída a equidade, vinculando os árbitros, portanto, a decidir dentro dos estritos limites da legislação brasileira.

### **3.1.3.4 Cláusula de foro**

Embora exista Cláusula que determina que a arbitragem deverá ser utilizada para discussão de indenizações eventualmente devidas quanto à extinção do presente contrato, estabeleceu-se como foro eleito a Seção Judiciária do Distrito Federal para dirimir as outras controvérsias relativas ao Contrato.

Além disto, o próprio compromisso arbitral ressalva que fica eleito o foro da Seção Judiciária do Distrito Federal da Justiça Federal para: a) requerimento de medidas cautelares antes da remessa dos autos da arbitragem ao Tribunal Arbitral; b) o ajuizamento da ação de anulação prevista no art. 33, *caput*, da Lei nº 9.307/96; e c) a execução judicial da sentença arbitral.

### **3.1.4 Empresas vencedoras**

Segundo informações da INFRAERO,<sup>68</sup> o leilão dos três aeroportos ocorreu simultaneamente na Bolsa de Valores de São Paulo no dia 6 de fevereiro de 2012. A concessão do aeroporto de Guarulhos foi arrematada por R\$ 16,213 bilhões pelo consórcio Invepar – composto pelas empresas Invepar (Investimentos e Participações em Infraestrutura S.A.) e ACSA, da África do Sul. Já a concessão do Aeroporto Internacional de Viracopos teve o valor de R\$ 3,821 bilhões, e foi vencida pelo consórcio Aeroportos Brasil, composto pela Triunfo Participações e Investimentos, UTC Participações e a empresa francesa Egis Airport Operation. Por fim, o aeroporto de Brasília foi arrematado por R\$ 4,501 bilhões, lance feito pelo consórcio Inframerica Aeroportos, composto pelas empresas Infravix Participações SA e Corporacion America AS, de origem argentina.

Esse resultado gerou certa polêmica, pois, segundo reportagem do Estadão,<sup>69</sup> as regras do leilão permitiram a participação de empresas ou grupos que, por sua limitada experiência, pouco contribuíram para melhorar a qualidade da gestão dos aeroportos brasileiros. A francesa Egis e a argentina Corporación América cumpriram a exigência de operação de aeroporto com movimentação mínima anual de 5 milhões de passageiros. Porém, os aeroportos que elas vão operar no Brasil já têm movimento maior do que os maiores terminais que elas operam e espera-se que o movimento nos aeroportos brasileiros aumente nos próximos anos. Estas questões foram levantadas em recurso pelos consórcios derrotados, muitos dos quais incluíam os maiores operadores de aeroportos do mundo. O Estadão afirmou que “lances excessivamente altos, como os apresentados pelos consórcios vencedores do primeiro leilão, representam mais dinheiro para o governo, mas podem resultar de inconsistências financeiras ou cronogramas que não atendam às necessidades do País”.<sup>70</sup>

Porém, os recursos foram julgados improcedentes e os contratos foram assinados em 14 de julho de 2012, estabelecendo como prazo de concessões de 30 anos para Viracopos, 25 para Brasília e 20 para Guarulhos. Os contratos poderão ser prorrogados uma única vez, por cinco anos.

## Considerações finais

Com a estabilização política e econômica do Brasil e a crise nas economias desenvolvidas, o País tem recebido cada vez mais investimentos. A realização de eventos esportivos, com a consequente necessidade de realização de empreendimentos de infraestrutura, aumentou as oportunidades para estes investidores. Com isto, o Brasil passou à quinta colocação no *ranking* de países que mais recebem investimentos estrangeiros. Tudo isto sem ter ratificado sequer um acordo ou convenção internacional sobre o tema, e com uma legislação nacional desatualizada, com disposições esparsas em diversos diplomas legais, que dificultam sua compreensão.

Essa situação demonstra que, embora uma legislação clara e ampla sinalize a boa vontade dos Estados para com os investidores, a regulamentação não é um fator determinante na decisão de investimentos. Ao contrário, a política econômica e as oportunidades de mercado são fatores muito mais relevantes, como se comprova pelo aumento no recebimento de investimentos pelo Brasil. Entretanto, a ausência de regras claras, embora não impeça o ingresso desses investimentos no País, dificulta os trâmites para sua instalação.

Principalmente no que concerne à contratação entre os entes privados e o Estado, não há uma regra geral estabelecida pela legislação sobre a possibilidade de internacionalização destes contratos. Com isso, além de disposições esparsas sobre temas específicos, os entendimentos doutrinários tornam-se a única fonte para definição de questões relevantes como a legislação aplicável e a possibilidade de adoção da arbitragem.

Entende-se que, em conformidade com a doutrina majoritária, a arbitragem é um mecanismo capaz e eficiente para solução dessas controvérsias. Porém, é de grande importância que uma legislação ampla clarifique a questão, principalmente no que concerne à necessidade da arbitragem se realizar em português e no Brasil, por exemplo.

Além disso, tendo o Estado a soberania e o poder de decisão das normas do edital, bem como sobre a confecção da minuta contratual, pode-se afirmar que, ainda que adote uma perspectiva

<sup>68</sup> INFRAERO. **Concessão de aeroportos**. Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/transparencia/concessao.html>. Acesso em 29 de julho de 2012.

<sup>69</sup> ESTADÃO. **Rigor no leilão dos aeroportos**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso.rigor-no-leilao-de-aeroportos-,860932,0.htm>. Acesso em 29 de julho de 2012.

<sup>70</sup> ESTADÃO. **Rigor no leilão dos aeroportos**. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso.rigor-no-leilao-de-aeroportos-,860932,0.htm>. Acesso em 29 de julho de 2012.

internacionalista – como se verificou no Leilão dos Aeroportos, cujo contrato possuía cláusula de eleição de foro e legislação aplicável, compromisso arbitral e *hardship* – tem o poder de eleger sua própria legislação nacional e se encontra bastante protegido dos riscos da contratação com estrangeiros. Entretanto, para a viabilização da contratação com os entes públicos, a empresa privada estrangeira realiza uma série de contratos assessórios, com garantidores e fornecedores, por exemplo, que muitas vezes são empresas privadas nacionais, as quais não possuem as mesmas prerrogativas da Administração Pública. Normas claras para a atuação e contratação dessas empresas, bem como um aprimoramento nos Acordos de Cooperação Judiciária que facilitem a execução forçosa destes contratos em caso de inadimplemento, seriam de primordial importância para dar mais segurança a estas relações.

Ademais, verificou-se que é discricionariedade do Administrador incluir a previsão no edital autorizando empresas estrangeiras a participar de certames licitatórios. Neste sentido, havendo interesse da Administração em privilegiar a indústria nacional nestes contratos, basta não conter tal previsão no edital. Tendo em vista a necessidade de se realizar grandes obras para os eventos esportivos de 2014 e 2016, se faz vantajosa a participação de estrangeiros, já que é preciso garantir a competitividade necessária ao certame rapidamente. Além disto, os investimentos que precisam ser realizados são, muitas vezes, inéditos no país, não havendo no mercado nacional empresas com a *expertise* necessária à concretização das obras ou à prestação do serviço.

Diante disso, é de primordial importância que se busque um aprimoramento legislativo sobre a matéria. Considerando-se, ainda, que independentemente dos posicionamentos legislativos adotados, os investimentos estrangeiros são uma realidade crescente, há que se deixar à política econômica nacional o papel de restringir o acesso desses investimentos, se e quando necessário, cabendo à legislação tão somente a tarefa de determinar regras claras e aplicáveis para sua concretização.

Regras estáveis passam a ser o mote. Em um país até então conhecido por mudar, às vezes no mesmo exercício de mandato, leis relativas às normas sobre investimentos, há a necessidade da estabilização. O investidor estrangeiro para poder aqui investir tem que conhecer, e bem, quais são as regras, sob pena de, passados o grandes eventos da copa do mundo e dos jogos olímpicos, perder-se espaço para outros mercados emergentes.

## Referências

AZEVEDO, Déborah Bithiah. **Os Acordos para a Promoção e Proteção Recíproca de Investimentos Assinados pelo Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001. Disponível em: [http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos\\_promocao\\_azevedo.pdf?sequence=1](http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/2542/acordos_promocao_azevedo.pdf?sequence=1). Acesso em 24.07.2012.

BITTENCOURT, Sidney. **Licitações Internacionais** – Considerando a Lei Brasileira: Lei nº 8.666/93 e as regras estabelecidas pelo Banco Mundial – BIRD. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Controladoria Geral da União. **Portal da transparência – Copa 2014**. Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/copa2014/>. Acesso em 23.05.2012.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil. **Concessão Aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília**. Disponível em: <http://www2.anac.gov.br/GRU-VCP-BSB/>. Acesso em 23.05.2012.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA E O CARIBE (CEPAL). **O investimento estrangeiro direto na América Latina e Caribe 2011**. CEPAL, 2012. Disponível em: <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/1/46571/P46571.xml&xsl=/ddpe/tpl-p/p9f.xsl&base=/tpl-p/top-bottom.xsl>. Acesso em 04.06.2012.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Direito Internacional do Investimento Estrangeiro**. Curitiba: Juruá, 2010.

FONSECA, Karla Closs. **Investimentos Estrangeiros** – Regulamentação Internacional e Acordos Bilaterais. Curitiba: Juruá, 2008.

IBRI (Instituto Brasileiro de Relação com Investidores) e DELOITTE. **Brasil, bola da vez**. Negócios e Investimentos a caminho dos megaeventos esportivos. Disponível em: [http://www.sebrae2014.com.br/Sebrae/Sebrae%202014/Estudos%20e%20Pesquisas/Pesquisa\\_BrasilBola\\_da\\_vez\\_Deloitte\\_IBRI.pdf](http://www.sebrae2014.com.br/Sebrae/Sebrae%202014/Estudos%20e%20Pesquisas/Pesquisa_BrasilBola_da_vez_Deloitte_IBRI.pdf). Acesso em 14.07.2012.

- INFRAERO. **Concessão de aeroportos.** Disponível em: <http://www.infraero.gov.br/index.php/br/transparencia/concessao.html>. Acesso em 29.07.2012.
- ISTOÉ. **O Brasil vai virar um canteiro de obras.** Em “Istoé Dinheiro”. Disponível em: [http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/76110\\_O+BRASIL+VAI+VIRAR+UM+CANTEIRO+DE+OBRAS](http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/76110_O+BRASIL+VAI+VIRAR+UM+CANTEIRO+DE+OBRAS). Acesso em 23.05.2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Consórcio de Licitantes. *In*: JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (coords.). **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas** – Comentários à Lei nº 12.462 e ao Decreto nº 7.581. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 219 -226
- LACERDA, Antônio Corrêa de. **Globalização e investimento estrangeiro no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MAGALHÃES, José Carlos. **Direito Econômico Internacional** – Tendências e Perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005.
- MARTINS, Eliane Maria Octaviano; PASSOS, Fernando. **Contratos Internacionais com o Estado** – Princípio da Moralidade Universal. Disponível em: <http://online.sintese.com>. Acesso em 26.07.2012.
- MORAES, Orozimbo José. **Investimento Direto Estrangeiro no Brasil.** São Paulo: Aduaneiras, 2002.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 3, ago-set-out, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-3-AGOSTO-2005-EGON%20BOCKMANN.pdf>. Acesso em 22.05.2012.
- PESTANA, Márcio. **Administração Pública e Arbitragem.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164449,71043-Administracao+publica+e+a+arbitragem>. Acesso em 24.09.2012.
- ROMERO, William. Participação de empresas estrangeiras em licitações no Brasil. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 23, janeiro 2009, disponível em: <http://www.justen.com.br//informativo.php?informativo=23&artigo=397>. Acesso em 22.05.2012.
- SANTOS, Mauro Sérgio. Investimento Estrangeiro e Desenvolvimento Econômico: Breve Análise dos Efeitos Benéficos e Nocivos Do Capital Estrangeiro. **Revista do Mestrado em Direito – UCB.** Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/viewFile/2608/1598>. Acesso em 22.07.2012.
- SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional.** 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- SUNDFELD LIMA, Thaís. A posição do Brasil perante a regulamentação internacional de investimentos estrangeiros: estudo de caso da situação da Argentina no ICSID e comparação com a posição brasileira. *In*: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 55, jul 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4874](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4874). Acesso em 25.07.2012.
- TALAMINI, Eduardo. **Arbitragem e parceria público-privada.** Disponível em: [http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166346/Arbitragem\\_e\\_PPP](http://ufpr.academia.edu/EduardoTalamini/Papers/166346/Arbitragem_e_PPP). [11 de set. 2012]
- UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **World Investment Report** – 2011. Non equity modes of International Production and Development. New York and Geneva: UNCTAD, 2011. Disponível em: <http://www.unctad-docs.org/files/UNCTAD-WIR2011-Full-en.pdf>. Acesso em 03.06.2012.

Recebido em 28 de novembro de 2012

Aceito em 24 de janeiro de 2013