

A ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE OBRAS PÚBLICAS NO CHILE. Incorporação dos “Dispute Boards ou Painéis Técnicos ou de Especialistas”

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDES*

SUMÁRIO: 1.- Introdução: Regime chileno de concessões de obras públicas - 2.- A arbitragem em contratos de concessão de obras públicas no Chile: A Comissão Conciliadora - 3.- A incorporação dos Dispute Boards ou Painéis Técnicos ou de Especialistas: Projeto de lei - 4.- Outras mudanças no sistema arbitral chileno: Projeto de lei - 5.- Conclusões.

1.- Introdução: Regime chileno de concessões de obras públicas

O sistema de concessões de obras públicas chileno nasceu no início da década dos anos 90 com o objetivo de melhorar a infraestrutura presente até esse período e a prestação dos serviços públicos, realizada diretamente pelo Fisco, através da incorporação de investimentos e da gestão do setor privado. O déficit de investimento em transporte era de aproximadamente 15% do PIB nacional, ou seja, uma soma equivalente a 10.273 milhões de dólares em 1995.¹ O objetivo foi resolver déficit de investimento que estava sendo prolongado desde a década dos anos 80 sem incorrer no aumento de investimentos públicos, nem na carga administrativa do Estado, tudo isto dentro de um rigoroso marco de restrições do gasto fiscal proveniente das políticas macroeconômicas. O déficit de infraestrutura era visto, entre outras coisas, nas estradas altamente congestionadas e com um padrão de segurança baixo, vias

* Advogado, Professor de Direito Arbitral da Universidade dos Andes, Santiago do Chile, Árbitro do International Center for Dispute Resolution (American Arbitration Association), Árbitro do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio de Santiago, Chile.

¹ Concessões: A importância de dar avanço a Temas Públicos Nº 883 de 22 de Agosto de 2008, Liberdade e Desenvolvimento.

inadequadas que conectavam novos polos de produção de bens com os portos para sua exportação, a falta de capacidade portuária, congestão e deterioração da vialidade urbana e uma capacidade aéreo-portuária insuficiente.

Através do mecanismo de concessões de obras públicas o Estado, que no Chile possui a autoridade de construir, operar e manter a propriedade dos sistemas de estradas, terminais aeroportuários, aeroportos, prisões, edifícios públicos, entre outras obras de infraestrutura para prestação de serviços públicos, tem sido gerada uma nova forma de relação contratual com o setor privado, construída sobre a base de uma associação público-privada de longo prazo, que transfere ao setor privado o investimento, construção e exploração de serviços públicos, nas condições definidas na legislação e em cada contrato de concessão².

O sistema de concessões de obras públicas chileno tem operado com contratos do tipo BOT (Build, Operate and Transfer), em virtude do qual o concessionário constrói, opera e transfere, no final do contrato, a obra ao Estado.

Conforme a legislação chilena a concessão de obra pública é um contrato administrativo celebrado entre o Ministério de Obras Públicas e um particular concessionário, em virtude do qual este último assume, por sua conta e risco, a execução, reparação ou conservação de uma obra pública fiscal, em troca do direito a explorar tal obra e a obter a tarifa ou pedágio pagos, dentro do prazo e de acordo às condições legais e regulamentárias contidas no Decreto Supremo de adjudicação³.

A viabilidade técnico-econômica do sistema chileno de concessões de obras públicas foi construída com base em licitações públicas competitivas e transparentes, que permitem adjudicar a concessão a quem está disposto a comprometer a maior quantidade de recursos próprios, quer seja por meio do maior pagamento inicial, da menor tarifa a cobrar ou do pedido com menor nível de subsídio. Igualmente, o sistema precisou de regras claras e transparentes, que incluem, entre outras coisas, um

² Méndez, Enrique, Distribuição de riscos: Chave do êxito do programa de concessões no Chile, artigo publicado no livro *Concessões e Solo Urbano: Duas Chaves para o Investimento*, Câmara Chilena da Construção, ano 2004, p. 27.

³ Lepe, Paula, O Sistema de Concessões de Obras Públicas, artigo publicado na *Gazeta Jurídica* 2007, Maio Nº 323, p. 8.

expedito mecanismo arbitral de resolução de controvérsias; um adequado equilíbrio entre as faculdades e responsabilidades da autoridade licitante e dos concessionários; e o direito a indenização que ajuda ao concessionário no caso de desequilíbrio econômico-financeiro por circunstâncias externas imprevisíveis no momento da licitação. É desta forma como a lei chilena de concessões de obras públicas apresenta um equilíbrio de direitos e responsabilidades entre licitantes, investidores e financiadores, já que foram eliminadas as faculdades exorbitantes do Estado, de modo que o mesmo atua em um plano de igualdade perante o concessionário, igualdade esta que está garantida através de um mecanismo arbitral adequado de resolução de controvérsias. É desta forma que se garante ao concessionário a estabilidade de seus direitos contratuais, a respeito de eventuais mudanças arbitrárias que o Estado possa adotar em um ato de autoridade, no período de construção ou de exploração da obra.

Após 15 anos da adjudicação da primeira obra concessionada no Chile⁴, foram desenvolvidos 48 projetos por mais de 11.500 milhões de dólares que incluem 2.500 quilômetros de estradas e pistas concessionadas, 10 aeroportos concessionados pelos quais transitam 94% do total de fluxo de passageiros no Chile, 7 edifícios públicos, prisões e uma represa que permitirá regar 19.000 áreas secas, tudo isto revela o sucesso das concessões de obras públicas empregadas no Chile⁵. No entanto, ainda existem importantes obras de investimento para o período 2008 – 2012, no setor elétrico, de infraestrutura portuária, sanitário e de administração da água da chuva, ferrovias, vialidade urbana e interurbana, aeroportos e infraestrutura hospitalar e penitenciária, que representam a soma equivalente a 20.563 milhões de dólares, que podem ser executadas conforme o sistema de concessões de obras públicas mencionado recentemente⁶.

A associatividade pública – privada que tem tido lugar no Chile, expressa

⁴ Construção do Túnel El Melón, adjudicado por Decreto N° 112 do MOP de 8 de Abril de 1993.

⁵ Chadwick, German, Presidente da Associação de Concessionários de Obras de Infraestrutura Pública COPSA, Jornal El Mercurio, 31 de Agosto de 2008.

⁶ Concessões. A importância de dar avanço a Temas públicos N° 833, ob. cit.

por meio do modelo de concessões de obras públicas, está inserida em uma tendência mundial das últimas décadas, na qual países da Europa como França, Espanha, e Itália têm executado grandes obras de construção de pistas, portuárias, e no setor sanitário, onde o setor privado efetuou enormes investimentos recuperando os mesmos posteriormente com a exploração dos serviços prestados aos usuários, tal como foi a construção do túnel sobre o Canal da Mancha, resultado de um acordo internacional assinado em 1986 entre a Grã-Bretanha e França que foi materializado por meio de um contrato de concessão para a exploração de serviços por parte de particulares⁷.

Por sua parte, discorrendo do Brasil, em 2004 foi aprovada a lei Nº 11.079 que estabelece uma associatividade pública–privada para atrair investimentos em setores como a infraestrutura, onde é consagrado que o contrato de investimento pode estabelecer uma solução arbitral das controvérsias que possam surgir entre o Estado e o investidor, o qual foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, ao indicar que aos contratos administrativos é aplicado não apenas o direito público e seus princípios, mas também o direito privado e seus princípios, o que reforça a possibilidade de estabelecer um procedimento arbitral para resolver as disputas que possam surgir a partir de tais contratos⁸.

2.- A arbitragem em contratos de concessão de obras públicas no Chile: A Comissão Conciliadora

O mecanismo arbitral de resolução de controvérsias contemplado no sistema de concessões de obras públicas chileno, reconhecido como “*A Comissão Conciliadora*”, foi criado em benefício das empresas concessionárias, com o objetivo de avigorar as autoridades do Estado perante um contrato administrativo de características muito

⁷ Ferreira Lemes, Selma, Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual?, artigo publicado www.ccbc.org.br, visitado Setembro de 2008.

⁸ André Osorio Gondinho and Juliana Lima, Arbitration and Public – private partnerships in Brazil. Newsletter Arbitration International Bar Association Legal Practice Division , September 2008, vol. 13 Nº 2.

especiais, tudo isto com a finalidade de proporcionar uma base de igualdade jurídica entre as partes.

É desta forma que a Comissão Conciliadora cumpre uma função fundamental nos contratos de concessões de obras públicas, possuindo, inclusive antes de sua constituição na Comissão Arbitral, faculdades jurisdicionais em matéria de extraordinária importância, ao conhecer e resolver sobre, por exemplo, a suspensão da concessão; no caso de incumprimento grave do concessionário que configure uma causal de extinção do contrato; sobre a aplicação de multas, e também a respeito da suspensão dos efeitos das resoluções matéria de reclamo por parte das empresas concessionárias⁹.

A Comissão Conciliadora, que quando não consegue chegar a um acordo é transformada em "*Comissão Arbitral*" de acordo com a atual normativa vigente no Chile está composta por um profissional universitário nomeado pelo Ministério de Obras Públicas, outro profissional universitário nomeado pelo concessionário e um terceiro profissional universitário nomeado através de acordo comum entre as partes, que a preside, na falta de acordo, este último é nomeado pelo Presidente da Corte de Apelações de Santiago¹⁰.

Quanto ao procedimento de nomeação dos membros da Comissão Conciliadora, os mesmos devem ser nomeados no início da devida concessão, sem descartar que os mesmos possam ser substituídos caso seja necessário ou conveniente. As bases de licitação podem estabelecer o procedimento de nomeação dos membros da comissão. Se as bases não dispõem de nada, a sociedade concessionária deve entregar uma escritura pública onde conste o nome, domicílio e profissão da pessoa nomeada pela mesma e do membro com quem houver um acordo com o Ministério de Obras Públicas se o mesmo existir; em ambos os casos é necessária a nomeação de um substituto.

⁹ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, A Resolução de Controvérsias na Lei Chilena de Concessões de Obras Públicas, Editorial Metropolitana, ano 2003, p. 85.

¹⁰ Artigo 36 da Lei de Concessões de Obras Públicas e artigo 84 do Regulamento contido no Decreto N° 956 de 6 de Outubro de 1997, publicado no Diário Oficial de 20 de Março de 1999.

A Comissão Conciliadora possui faculdades jurisdicionais, ao resolver como Comissão Arbitral. No entanto, o árbitro não atua em nome das pessoas a quem julga; pelo contrário, atua em nome próprio, no exclusivo interesse da justiça. Sua tarefa de julgar aos litigantes é incomparável com o ofício de representá-los, já que exige respeito a eles independência e autoridade e o representante por outro lado deve estar subordinado à vontade de seus representados¹¹.

Tal como o consigna a doutora Selma Lemes foi discutido na doutrina se a composição da Comissão Conciliadora, ao atuar como Comissão Arbitral, cumprirá ou não com os princípios básicos de imparcialidade e independência que todo árbitro deve observar, a partir do momento que dois dos integrantes do Tribunal Arbitral são nomeados pelas partes, razão pela qual tem o caráter de “*árbitro da parte*” ou “*árbitro não neutro*”¹².

Com respeito às faculdades da “*Comissão Conciliadora*”, corresponde o conhecimento e resolução de importantes e transcendentais matérias próprias de todo contrato de concessão de obras públicas. É desta forma que a Comissão Conciliadora deve intervir perante a petição do Ministério de Obras Públicas no caso de aplicação de multas inferiores ao equivalente a 35 mil dólares na moeda nacional; quando for solicitada a suspensão da concessão perante, por exemplo, a uma força maior que impeça a prestação do serviço ou no caso em que seja produzida uma destruição parcial da obra ou de seus elementos, de modo que torne inviável sua utilização por um período de tempo e por qualquer outra causa estabelecida nas bases de licitação; quando tiver sido gerada uma causal de extinção do contrato por incumprimento grave do concessionário; quando o concessionário abandonar a obra ou interromper injustificadamente o serviço. Por sua parte, igualmente a Comissão Conciliadora deve atuar sob a solicitação da sociedade concessionária perante as dificuldades que sejam produzidas nos casos de que a lei, o regulamento ou as bases de licitação estabeleçam

¹¹ Rufián Lizana, Dolores, Manual de Concesiones de Obras Públicas, Editorial Fondo de Cultura Económica, ano 1999, p. 210.

¹² Lemes, Selma, Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. Quartier Latín, ano 2007, p. 230 e ss.

o direito que corresponda ao concessionário a ser indenizado por prejuízos provenientes especialmente da modificação das características e serviços contratados, por razões de interesse público, nos casos que gerem circunstâncias anteriores à celebração do contrato e o concessionário solicite a revisão do sistema tarifário; no caso de suspensão da concessão ou de atrasos imputáveis ao Fisco durante o período da construção ou da interrupção do serviço. Por último, a Comissão Conciliadora também deve intervir, igualmente, a pedido da concessionária, quando for produzida alguma controvérsia com motivo de interpretação ou aplicação do contrato de concessão ou que dê lugar à sua execução¹³.

Solicitada a intervenção da Comissão Conciliadora, a mesma deve buscar a conciliação entre as partes. Se a conciliação não for alcançada, o concessionário pode solicitar à comissão, no prazo de cinco dias, que seja constituído na Comissão Arbitral, ou recorrer no mesmo prazo à Corte de Apelações de Santiago. Caso a Comissão Conciliadora seja constituída como arbitral, ela deve atuar de acordo com as normas fixadas para os árbitros arbitradores e terá um prazo de 30 dias para resolver¹⁴.

A faculdade da Comissão Arbitral de resolver “*como árbitro arbitrador*” significa que além de decidir com base no estabelecido pela lei, inclusive o teor literal dos contratos, deve também resolver de acordo com suas normas de prudência, consciência ou critério, para o qual deve recorrer, entre outras coisas, às normas de interpretação dos contratos, aos princípios gerais do direito, à legislação comparada e à equidade¹⁵.

Tal como explicaremos mais adiante, dentro das modificações que atualmente estão em discussão no Congresso, nesta matéria tem sido colocada a modificação das faculdades da Comissão Arbitral para resolver como “*árbitro arbitrado*”, o que estabelecerá em sua substituição um sistema de arbitragem mixto, que significa que a

¹³ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, Resolução de Controvérsias na Lei Chilena de Concessões de Obras Públicas, ob. cit. p. 26 e ss.

¹⁴ Artigo 36 inciso 5º da Lei Chilena de Concessões de Obras Públicas.

¹⁵ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, Resolução de Controvérsias na Lei Chilena de Concessões de Obras Públicas, ob. cit. p. 86.

Comissão Arbitral poderia atuar como árbitro arbitrador somente em matéria de procedimento, mas em quanto à resolução do fundo do assunto deveria atuar como um árbitro de direito. Igualmente, é considerada a incorporação de uma etapa pré-arbitral de Dispute Boards ou painéis técnicos ou especialistas para resolver os conflitos que possam surgir durante a execução do contrato de concessão.

3.- A incorporação dos “Dispute Boards” ou painéis técnicos ou de especialistas: projeto de Lei

Os “*Dispute Boards*”, também conhecidos em português como “*painéis técnicos ou de especialistas*” estão constituídos em virtude de um acordo formal escrito, subscrito pelas partes de um contrato, com o objetivo de enfrentar e resolver disputas que sejam produzidas entre elas, especialmente todas aquelas que surjam desde o início e durante o período de execução do mesmo.¹⁶ Constituem uma etapa pré-arbitral, que não apresenta os inconvenientes próprios das arbitragens assim também como dos litígios, em que geralmente é muito tarde para resolver as disputas que requeiram atenção imediata, o que significa também um maior custo e tempo empregado.¹⁷

Os “*Dispute Boards*” são especialmente úteis quando se trata de contratos de construção em longo e médio prazo, já que permitem resolver os conflitos de forma oportuna durante o desenvolvimento das obras, sem necessidade de extinguir o vínculo contratual nem de paralisar os projetos além do breve tempo em que o painel de especialistas precisa para fazer um pronunciamento.

Através dos “*Dispute Boards*” o objetivo é, por uma parte, solucionar a tempo as divergências que sejam geradas durante a execução de um contrato, evitando que, por sua acumulação, sejam convertidos em complexos e custosos conflitos que coloquem

¹⁶ Pode consultar sobre esta matéria com Chaparro Navarrete, Patricio “Sobre os “Dispute Boards” da Câmara de Comércio Internacional”, artigo publicado na Gazeta Jurídica Nº 317, Novembro de 2006 e Jiménez Figueres, Dyalá e Caivano, Roque “Funcionamento dos “Dispute Boards” da CCI e seu enquadramento no direito argentino”, artigo publicado na Revista Internacional de Arbitragem Nº 6, Janeiro – Junho 2007, Editorial Legis.

¹⁷ Arkin, Harry, Pre-Arbitration Dispute Resolution: What is it, where is it, and Why?, International Business Lawyer, September 1993, p.377.

em risco a terminação da obra. Igualmente permitem concentrar, por meio de um único procedimento, a multiplicidade de controvérsias que com freqüência podem ser geradas entre o dono da obra, o contratista principal e os subcontratistas que executam partes específicas da mesma.

Os “*Dispute Boards*” têm a vantagem de que o procedimento pode ser utilizado tantas vezes quantas desavenças surjam no transcurso da execução do projeto objeto do contrato.

O sistema de “*Dispute Boards*”, tem sido um mecanismo implementado com muito êxito, tanto na Europa como nos Estados Unidos durante os últimos 20 anos. Na América do Norte este mecanismo tem sido utilizado na execução de mais de 1.200 projetos por um custo total de 90 bilhões de dólares que tem permitido a construção de grandes aeroportos, estradas e portos. Uma experiência similar existe na Europa na construção de grandes obras viárias, como o Eurotúnel, que une o Reino Unido e França, projetos de construção de estradas e obras de infraestrutura na Itália, Dinamarca, entre outros. Igualmente, a partir da década de 1990, o Banco Mundial introduziu o funcionamento dos “*Dispute Boards*” como requisito para o financiamento de projetos que superarão 50 milhões de dólares. Por sua parte, em nosso país, o mecanismo dos “*Dispute Boards*” tem sido incorporado recentemente também em alguns contratos da grande mineração de cobre.¹⁸

Têm sido desenvolvidos três tipos diferentes de “*Dispute Boards*”, cada um deles com faculdades diferentes, que são: Dispute Review Boards (DRBs), Dispute Adjudication Boards (DABs) e Combined Dispute Boards (CDBs). De fato, os DRBs são caracterizados porque seus membros apenas emitem recomendações. No entanto, se as partes não as recusam dentro de certo prazo, ditas recomendações passam a ser obrigatórias. Depois, os DABs emitem decisões, que têm o caráter de provisionalmente obrigatórias, que podem ser revisadas em uma instância arbitral requerida por uma das partes. Os DABs mostraram ser um poderoso instrumento contratual para executar

¹⁸ Figueroa Valdés, Juan Eduardo, A resolução de controvérsias nas concessões de obras públicas, artigo publicado na Semana Jurídica Nº 365, 26 de Dezembro de 2007. p. 2.

pagamentos que possam corresponder. Por sua parte, os CDBs constituem um híbrido que, como regra geral, emite recomendações. No entanto, se uma das partes requer uma decisão pelo painel e a outra parte não o objetiva, o CDB tomará uma decisão que terá o caráter de obrigatória para as partes.¹⁹ A figura do Dispute Adjudication Boards tem sido recomendada pela Federação Internacional de Engenheiros Conselheiros, conhecida por sua sigla em francês FIDIC.²⁰

O sistema de “*Dispute Boards*” tem sido especialmente desenvolvido pela Câmara de Comércio Internacional (International Chamber of Commerce) adiante denominada também CCI, a qual ditou um Regulamento para seu funcionamento, composto de 34 artigos²¹ e que regula o procedimento de forma detalhada, fundamentado numa relação de cooperação que deve existir entre as partes e os membros do painel de especialistas, para cujo efeito as partes estão obrigadas a manter devida e oportunamente informado o painel de especialistas da execução do contrato e de proporcionais, se assim o solicitam, todo o apoio. Por sua parte, os membros do painel têm a obrigação de estar informados e atualizados sobre a relação contratual, por meio de reuniões ou visitas e do estudo dos documentos.

De acordo com o sistema da CCI, os membros do painel podem ser um ou três. Se as partes não determinam o número, o mesmo será integrado por três especialistas, os quais são engenheiros e advogados. Na prática, os “*Dispute Boards*” são integrados geralmente por dois engenheiros e um advogado, que preside. Os “*Dispute Boards*” devem ser constituídos no momento em que as partes assinam o contrato, e entrar em funcionamento assim que as partes iniciem a execução do contrato. Quanto mais as partes demoram a constituir um DRB mais elas se privam de sua característica essencial, em que os membros do “*Dispute Boards*” têm tempo para conhecer a fundo não somente o contrato, suas bases e especificações técnicas, mas também sua

¹⁹ Harbst, Ragnar and Mahnken, Volker, ICC Dispute Board Rules: the Civil Law Perspective, *Arbitration an international journal*, v. 72 N° 4, Novembro de 2006. p. 312.

²⁰ FIDIC: Fédération Internationales des Ingénieurs-Conseils, que incorporou aos DAB em três de seus livros de condições para contratos de projetos de construção, em 1996 ao Livro Vermelho, em 1997 ao Livro Amarelo e em 1999 ao Novo Livro Vermelho, ao Novo Livro Amarelo e ao Livro Prateado.

²¹ O Regulamento de DRB da CCI está disponível na página www.iccwbo.org

implementação, como igualmente as pessoas que o executam.²² Por outro lado, o fato da designação do “*Dispute Boards*” ser efetuada antes que exista um conflito geralmente faz com que a relação entre as partes seja sólida, o que facilita conseguir o acordo na nomeação.²³

Os membros do painel devem ser independentes das partes e toda a informação obtida por eles no âmbito de suas atividades tem o caráter de confidencial.

Os “*Dispute Boards*” podem entre outras coisas, interrogar as partes, convocar a reuniões, visitas e audiências, requerer às partes para que contribuam com documentos que julguem necessários, devendo suas decisões ser tomadas pela maioria de votos, e, na falta dos mesmos, pelo Presidente.

Em relação aos honorários e gastos que irroga seu funcionamento, de acordo com o Regulamento da CCI, os mesmos devem ser distribuídos em partes iguais entre os contratantes. Na prática, o comum é estipular um honorário mensal e honorários diários, além do reembolso de certos gastos. O honorário mensal procura remunerar o fato de que os membros do painel estejam a disposição das partes para cumprir suas funções e entende-se que cobre o tempo empregado para estudar o contrato. O custo de usar os “*Dispute Boards*” durante a vida de um contrato varia de 0,04% a 0,51% do custo total do contrato.²⁴

Em resumo, os “*Dispute Boards*” constituem um mecanismo muito útil de solução de controvérsias que é adaptado às necessidades das partes nos contratos de construção, os quais por sua natureza e características requerem uma solução rápida dos conflitos para que seja eficaz. Contudo, é preciso considerar que as decisões dos “*Dispute Boards*” não constituem laudos arbitrais nem têm mérito executivo, por isso é conveniente que as partes pactuem na cláusula respectiva que o incumprimento do resolvido por um “*Dispute Boards*” seja causal de resolução imediata do contrato, e dê

²² Koch, Christopher, “Novo Regulamento da CCI Relativo aos *Dispute Boards*”, Doutrina Internacional Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2 N° 6, Julho – Setembro de 2005, Editora Revista Dos Tribunais. p. 156.

²³ Harbst, Ragnar and Mahnken, Volker, ob. cit. p. 314.

²⁴ Arkin, Harry, ob. cit. p. 375.

lugar ao pagamento de uma indenização de prejuízos, para cujo efeito deverá ser procedido à constituição do tribunal arbitral respectivo.

Depois de 15 anos de vigência do atual sistema arbitral de resolução de controvérsias dos contratos de concessões de obras públicas no Chile, e com o objetivo de aprimorar esse mecanismo, aprendendo da experiência internacional no funcionamento dos “*Dispute Boards*”, está por ser aprovado em breve no congresso chileno um projeto que consagra a figura do “*Painel Técnico*”, que em realidade é um “*Dispute Boards*” cuja função é absolver as consultas e resolver as discrepâncias entre as partes de caráter técnico ou econômico que sejam geradas durante a execução do contrato de concessão, na modalidade de DRB, ou seja, que as recomendações que emita perante aos conflitos que sejam apresentados não terão o caráter de obrigatórias para as partes, e como conseqüência disso, elas poderão ser submetidas posteriormente à decisão arbitral ou da Corte de Apelações de Santiago.

De fato, o projeto de lei estabelece que possam ser submetidas à consideração do “*Painel Técnico*” ou DRB, entre outras coisas, as discrepâncias que sejam geradas em relação com: avaliação técnica e econômica dos investimentos realizados pelo concessionário, de seu estado de avanço, de seus custos e prazos, conforme aos níveis de serviços e padrões técnicos estabelecidos para a respectiva concessão; a determinação da existência de custos adicionais e suas causas econômicas, técnicas ou de gestão, ou de outros fatos ou circunstâncias que tecnicamente afetam ou possam afetar ao normar o desenvolvimento das obras durante sua etapa de construção; a determinação dos efeitos econômicos que teria na concessão a realização de obras adicionais; a determinação técnica da taxa de desconto, risco do negócio, custos financeiros e demais fatores econômicos que seja necessário estabelecer para calcular as compensações econômicas correspondentes ao concessionário, no caso de terminação antecipada do contrato de concessão, de realização de obras adicionais ou de qualquer outro evento que contemple a lei; e, em geral, as demais discrepâncias técnicas ou econômicas que as partes de um contrato de concessão tenham entre si

com motivo da execução do contrato ou da aplicação técnica ou econômica da normativa aplicável ao mesmo.

Igualmente, o “*Painel Técnico*” ou DRB possui a faculdade de observar, de ofício, o devido cumprimento dos aspectos técnicos e econômicos do contrato de concessão durante a etapa de construção, para cujo efeito pode solicitar das partes a entrega de todos aqueles antecedentes que estime necessário.

O “*Painel Técnico*” ou DRB estará integrado por dois advogados e dois engenheiros de destacada trajetória profissional ou acadêmica em matérias técnicas, econômicas ou jurídicas, do setor de concessões de infra-estrutura, e por um profissional especializado em ciências econômicas ou financeiras. Os integrantes do “*Painel Técnico*” serão nomeados pelo Conselho de Alta Direção Pública estabelecido na lei, através de concurso público de antecedentes fundamentado em condições objetivas, transparentes e não discriminatórias, com um quórum de quatro quintos. Os integrantes do “*Painel Técnico*” ou DRB permanecerão seis anos em seus cargos e não poderão ser nomeados em períodos sucessivos. Sua renovação será parcialmente efetuada a cada três anos.

Uma vez constituído o “*Painel Técnico*” ou DRB será escolhido entre seus integrantes o membro que o presidirá pelos próximos três anos. O presidente será de dedicação exclusiva, podendo exercer atividades acadêmicas nas universidades reconhecidas pelo Estado. O quórum mínimo para seccionar será de três de seus integrantes, pelo menos dois deles não devem ser advogados quando se trate de discrepâncias geradas no período de construção, e os acordos serão adotados por simples maioria, decidindo o voto do presidente no caso de empate.²⁵

4.- Outras modificações ao sistema arbitral chileno: Projeto de Lei

²⁵ Artigo 36 do projeto de Lei, cujo texto pode ser visto na página www.bcn.cl

Tal como temos indicado o projeto de lei que modifica o sistema de resolução de controvérsias nos contratos de concessões de obras públicas no Chile contempla modificar a atual Comissão Conciliadora explicada anteriormente, transformando-se em uma “*Comissão Arbitral*”, que estará integrada por três profissionais universitários, dos quais pelo menos dois serão advogados e um deles a presidirá. Os integrantes serão nomeados de comum acordo pelas partes a partir de duas nominatas de especialistas, a primeira delas composta de advogados e elaborada pela Suprema Corte e a segunda, integrada por profissionais nomeados pelo Tribunal de Defesa da Livre Concorrência, por meio de concurso público de antecedentes, fundamentado em condições objetivas, transparentes e não discriminatórias.

A nominata de advogados terá 20 integrantes e a dos outros profissionais deverá estar composta de 10 profissionais universitários de áreas ligadas à economia, engenharia ou construção; apenas poderão estar e permanecer nelas aqueles que tenham uma destacada atividade profissional ou acadêmica em suas respectivas atividades de desempenho e que comprovem pelo menos 10 anos de exercício profissional. Ambas nominatas serão renovadas parcialmente cada 5 anos, não podendo estar nela um profissional por mais de 15 anos. Os integrantes da Comissão Arbitral deverão ser nomeados ao início da respectiva concessão e a comissão a sua vez deverá ficar construída dentro dos 30 dias seguintes a essa nomeação. Seus integrantes permanecerão no cargo durante toda a vigência do respectivo contrato de concessão.

As partes deverão formular suas reclamações à Comissão Arbitral dentro do prazo de dois anos contados a partir do início do serviço definitivo da obra, se o fato ou execução do ato que as motiva ocorrer durante a etapa de sua construção, e de dois anos contados a partir da ocorrência do fato ou desde que tivesse tido notícias ou mesmo se assim for comprovado fidedignamente, se o mesmo ocorrer na etapa de exploração, prazo que é reduzido a 120 dias tratando de resoluções do Ministério de Obras Públicas que imponham multas ao concessionário.

Quando um assunto for submetido ao conhecimento da Comissão Arbitral, ela poderá chamar a uma conciliação de ofício ou sob pedido de alguma das partes, e propor, oralmente ou por escrito, bases de resolução.

Outra das importantes mudanças colocadas no projeto de lei consiste em que a Comissão Arbitral terá as faculdades para atuar como árbitro mixto, com sentença em direito, livre de admissibilidade da prova e apreciação dela com base na crítica construtiva, e com a obrigação de fundamentar sua sentença. Isto significaria uma modificação ao sistema que tem regido já há 15 anos consistente em que a Comissão Arbitral resolve como “*árbitro arbitrador*”, conforme explicamos anteriormente, de modo que a qualidade de árbitro arbitrador, de acordo a este projeto de lei ficaria restrita apenas aos assuntos do procedimento, devendo dar a sentença definitiva com solução a direito. A resolução da Comissão Arbitral não será suscetível de recurso ordinário algum.²⁶

Igualmente o projeto de lei contempla introduzir outras modificações, que escapam da órbita do presente trabalho, tais como a criação de um Conselho Consultivo, com o objetivo de orientar as políticas em matéria de concessões e coordenar os projetos de concessões que envolvem a mais de um Ministério ou Entidade Pública; outorgar ao Ministério de Obras Públicas faculdades para modificar as características das obras e serviços contratados, com o objetivo de aumentar os níveis de serviços e padrões técnicos fixados nas bases de licitação; estabelecer que em caso de incumprimento grave do concessionário o Ministério de Obras Públicas poderá licitar novamente a concessão pelo prazo que lhe reste ou decidir se continuar sua execução como obra pública; Dar fim antecipado à concessão quando uma mudança de circunstância tornar a obra desnecessária ou se for necessária sua reelaboração ou complementação, em uma porcentagem superior a 25% do orçamento oficial da obra, entre outras coisas.²⁷

²⁶ Artigo 36 bis do projeto de lei que pode ser visto na página www.bcn.cl

²⁷ Concessões a importância de avançar, Temas Públicos, ob. cit. p. 4 y 5.

5.- Conclusões

Em nossa opinião, passados 15 anos de funcionamento do atual sistema de concessões de obras públicas no Chile, que consagra a arbitragem como forma de resolução das controvérsias entre as empresas concessionárias e o Estado, a estabilidade e equilíbrio na associatividade público-privada permitiram desenvolver importantes obras de infra-estrutura pública no Chile, existindo um mecanismo arbitral que tem sido muito expedito e oportuno.

O projeto de lei que comentamos ao incorporar o sistema de “*Dispute Boards*” ou “*Painéis Técnicos ou de Especialistas*”, como solução pré-arbitral para resolver as controvérsias que possam ser colocadas, indica a direção correta no sentido de aprimorar o atual sistema existente e aprender da experiência internacional que comprova a conveniência de incorporar este mecanismo nos contratos de longa e complexa execução, tais como são os de concessão de obras públicas, que implicam não apenas a construção de importantes obras de infraestrutura pública, mas também a exploração das mesmas por longos períodos.

Contudo, estimamos duvidosa a conveniência de modificar as faculdades da Comissão Arbitral, quanto a eliminar sua atuação como árbitro arbitrador, estabelecendo em sua substituição a obrigação de atuar como árbitro misto, isto é, apenas como arbitrador em quanto ao procedimento, e no que toca o fundamento ou decisão do assunto controvertido como arbitragem de direito.