



AS DECISÕES SOBRE O USO DA ARBITRAGEM PELO ESTADO, PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, SOB A PERSPECTIVA INSTITUCIONAL¹

THE DECISIONS OVER THE USE OF ARBITRATION BY THE STATE,
DELIVERED BY THE FEDERAL BUDGETARY COURT, UNDER
THE INSTITUTIONAL PERSPECTIVE

Carolina Leite Amaral Fontoura²

Resumo

A arbitragem surge como uma solução para os problemas de morosidade do Judiciário atual, sendo de suma importância para os contratos de concessão, que pela natureza dos conflitos e diversidade de partes que envolvem, necessitam de soluções rápidas e específicas. No entanto, o Tribunal de Contas da União adota a orientação de vedar o uso de tal instituto pelo Estado, invocando falta de autorização legal e arbitrabilidade a certas matérias, escolhendo quais seriam arbitráveis ou não. É evidente que as decisões dessa Corte, e assim o é desde sua origem, possuem forte caráter político, deixando de lado a imparcialidade esperada e influenciando não só a atuação dos entes estatais, como as agências reguladoras, mas as concessões, instituto que se destina a atender os anseios sociais da devida prestação de serviços públicos. Pretende-se esclarecer que o Estado pode e deve usar da arbitragem nas concessões, bem como discutir o que seria arbitrável nas mesmas, trazendo à tona que as decisões da Corte são incorretas e anacrônicas, analisam escolhas estatais discricionárias, extrapolando flagrantemente seus limites de atuação definidos na Constituição Federal, e prejudicam o objeto primordial da atuação estatal, a coletividade. A análise de casos concretos será feita considerando as capacidades institucionais dos envolvidos, TCU e agência reguladora, assim como os efeitos sistêmicos de suas escolhas, visando definir os limites da função fiscalizatória exercida pelo primeiro e uma modelagem institucional melhor.

Palavras-chave: Arbitrabilidade Objetiva; Concessão; Agência Reguladora; Tribunal de Contas da União; Estado.

Abstract

Arbitration arises as a solution to the problems of slowness of the current judiciary, which is extremely important for the contracts of concession, which by the nature of conflict and diversity of parties that involves, require a quick and specific

¹ Artigo submetido em 13/01/2015, pareceres de aprovação em 24/01/2015 e 04/02/2015, aprovação comunicada em 10/02/2015.

² Mestranda em Direito pela UFRJ. Advogada. E-mail: <carolina.fontoura@gmail.com>.



solution. However, the Budgetary Court adopts the position to prohibit the use of such mechanisms by the State, citing lack of legal authorization and the possibility of arbitration of certain matters, choosing which would be arbitrable or not. It is clear that the decisions of this Court, and it is so since its origin, have strong a political character, leaving aside the expected impartiality and influencing not only the actions of state entities such as regulatory agencies, but also concessions, institute that it is destined to meet social expectations of proper delivery of public services. The purpose of this paper is to clarify that the state can and should use arbitration in concessions, as well to discuss what would be subject to arbitration in concessions, demonstrating that the Court's decisions are inaccurate and anachronistic, that they analyze discretionary State choices, flagrantly overstepping the competence and limits defined by the Federal Constitution and they damage the fundamental object of state action, the community. The analysis of specific cases will be undertaken considering the institutional competences of those involved, Budget Courts and regulatory agencies, as well as the systemic effects of their choices, in order to define the limits of the function performed by the first and better institutional modeling.

Keywords: Objective Arbitrability; Concession; Regulatory Agency; Court of Accounts; State.

1 INTRODUÇÃO

É sabido que há, atualmente, um crescimento exponencial do uso de mecanismos alternativos de solução de conflitos no cenário jurídico, fenômeno complexo e que encontra diversas origens, jurídicas e sociais, que embora não sejam o foco deste trabalho, serão abordadas de forma reflexa. Na contramão desse movimento, observou-se, de início, um posicionamento anacrônico e de justificativas falhas do Tribunal de Contas da União, corte responsável pela fiscalização da atividade estatal, precisamente dos gastos públicos, no sentido de que a opção por tais mecanismos alternativos estaria vedada ao Estado, relegando seu uso apenas aos particulares.

A presente abordagem terá por base o método indutivo e a análise de casos, avaliando a problemática através do levantamento de julgados do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais Superiores, a partir do ano de 1993, por meio de pesquisa no sítio eletrônico do TCU, Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Federal.

A análise decisional será empreendida da seguinte forma: será feita uma pesquisa jurisprudencial no marco temporal pré-definido, utilizando como termos de busca as expressões “arbitragem” e “interesse público”. A partir do resultado obtido



serão verificados em que casos as expressões são meras “palavras-chave” do acórdão e em que casos foram efetivamente abordadas. Desse ponto, serão selecionados apenas os acórdãos em que as referidas expressões figuram como razões de decidir.

Dessa forma, empreenderemos uma análise da argumentação desenvolvida pela Corte de Contas ao fiscalizar os casos de utilização estatal da arbitragem, verificando-se em que medida as noções aqui estabelecidas podem exemplificar o debate proposto e auxiliar no estabelecimento de parâmetros para a atividade de controle nesses casos.

A proposta é usar como paradigma o Acórdão nº 2.573/2012 proferido pelo TCU, no qual vedou o uso da arbitragem para solução de conflitos no bojo de um contrato de concessão, celebrado por agência reguladora dotada de expertise técnica, analisando a evolução do posicionamento acerca da temática por parte dessa instituição de controle, demonstrando a incorreção de suas decisões, e propondo uma modelagem melhor a pautar sua atuação, para que exerça devidamente a função constitucional que lhe foi imbuída.

2 DA ARBITRAGEM

2.1 Origem, Evolução Legal e Aceitação no Brasil

Inicialmente, cumpre fazer alguns esclarecimentos acerca do instituto arbitral e sua utilização pelo Estado para situar melhor a problemática em questão. A arbitragem é muitas vezes apresentada e interpretada como a solução contemporânea para os problemas de morosidade do Judiciário, que adquire especial importância para os contratos estatais de concessão, que devido à natureza dos conflitos, longa vigência e a diversidade de partes que envolvem, necessitam de soluções rápidas e específicas.

No entanto, tal visão é equivocada, pois a utilização da arbitragem remonta aos tempos primórdios da Roma antiga, quando havia o pretor que preparava a ação para que um *arbiter*, particulares idôneos incumbidos da função jurisdicional, a julga-



se. Com a posterior instauração da ditadura, o novo Estado romano estatizou a jurisdição passando o pretor a deter a autoridade de julgador, e nesse contexto surgiu a figura do juiz como órgão estatal e a ideia de poder-dever de dizer o direito. A arbitragem passou de obrigatória para facultativa, demonstrando que a existência desta modalidade de solução de controvérsia antecede a própria noção que conhecemos hoje de Estado de Direito.

À guisa de exemplo dessa antiguidade da prática, podemos citar contratos administrativos da época imperial que fizeram uso da mesma, como na resolução do litígio entre concessionário e Administração na concessão da estrada de ferro Santos-Jundiaí, quando foi proferido parecer que dizia “A administração realiza muito melhor os seus fins e sua tarefa convocando as partes, que com elas contratarem, a resolver as controvérsias de direito e de fato, perante o juízo arbitral do que denegando o direito das partes, remetendo-as ao juízo ordinário”. (LEMES, 2007, p. 65)

Com relação à evolução legal do instituto no Brasil, afirma-se que também não é recente já que está presente em nossa prática jurídica desde os tempos da colonização, pois já havia disciplina do tema nas Ordenações Filipinas de 1603. Com relação à abordagem do tema nas Constituições Brasileiras, com exceção da Constituição de 1937, havia previsão expressa do instituto em todas. Para exemplificar, temos a previsão de execução da sentença arbitral sem possibilidade recursal na Constituição de 1824, o que denota um avanço significativo para época; o uso da arbitragem como forma pacífica de solução dos conflitos internacionais mesmo em tempos de repressão estatal na Constituição 1967, tendo sido mantido pelo AI nº 5 de 1968, entre outras.

Especificamente sobre a Constituição atual, de 1988, é importante citar que seu preâmbulo faz menção à solução de conflitos por meio de arbitragem, quando prega a forma pacífica de solução de divergências na ordem interna e externa, sendo tal disposição princípio fundamental. Ademais, no âmbito de disposições constitucionais, a arbitragem contribui para diminuir o grau de discórdia com seu semelhante, bem como possibilita a duração razoável do processo (Art. 5º, LXXVIII, CRFB/88).



Embora haja essa inegável existência pretérita dos procedimentos arbitrais, uma constatação relevante e não óbvia pode ser feita: a institucionalização e afirmação atual dos métodos alternativos de solução relacionam-se com facetas dos sistemas jurídicos modernos, para além do constitucionalismo e dos direitos fundamentais limitadores da aplicação do Direito e da atuação do Estado. Tais facetas consubstanciam-se em dois fenômenos: o pluralismo jurídico e a saída do Direito Estatal do lugar central, a passagem do Estado Interventor para o Regulador.

Em relação ao primeiro, ocasiona uma tendência a apagar os limites entre o Direito formal e outros procedimentos - jurídicos ou parajurídicos - de resolver os conflitos. A fronteira rígida antes existente entre o Direito posto e um Direito mais “informal” tende a se apagar, com a elevação da conciliação, mediação e negociação a mecanismos que atendam ao fim do Direito de pacificar conflitos. Esse fenômeno pressupõe também um aumento do elemento argumentativo e “retórico” do Direito inerente às soluções negociadas entre as partes, frente ao elemento burocrático e coativo. (ATIENZA, 2013, p. 60)

Já o segundo elemento, é o surgimento e consolidação do Estado Regulador com a conseqüente criação das agências reguladoras, que dotadas de conhecimento técnico, recebem delegação para fiscalizar o setor que lhes incumbe. O aparato estatal tende a reduzir-se ao mínimo necessário, e assim deve sê-lo, de forma que o Direito não pode ser reduzido apenas ao que é posto pela autoridade competente usando da força e coação, como preconiza as lições positivistas de Kelsen. Há leis que garantem certa flexibilidade de atuação, aos particulares ou ao Estado, assim o são as leis que validam a escolha de arbitrar questões acordadas previamente pelas partes, imiscuindo-se da obrigatoriedade de levá-las ao aparato judicial estatal.

Vale a apropriação das lições de Boaventura dos Santos (p. 89), com a ressalva de que não podem ser transpostas integralmente para os fins presentes, mas que adequam-se ao que se fala, definindo o Direito como “um corpo de procedimentos e *standards* normativos regulados, que se considera exigível ante um juiz ou terceiro que reparte justiça e que contribui para a criação e prevenção de disputas, assim como para sua solução mediante um discurso argumentativo acompanhado da ameaça da sua força.”



O fato é que, desde seu surgimento quando não possuía um procedimento regulado, passando pelas alterações contemporâneas, o instituto da arbitragem vem percorrendo um longo caminho no sistema jurídico brasileiro em busca de aceitação legal e maturação. Com o advento da Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) tivemos a primeira grande transformação no panorama brasileiro, passando pelas diversas leis posteriores³ que fizeram menção ao seu uso, chegando até o atual Projeto de Lei do Senado nº 406 de 201, em trâmite, que visa garantir expressamente sua validade como meio de solução dos conflitos no âmbito da Administração Pública.

2.2 O Posicionamento da Corte de Contas

A despeito de tudo exposto, o Tribunal de Contas da União tem adotado a orientação de não permitir tal uso em contratos estatais, invocando falta de autorização legal e arbitrabilidade a certas matérias, elencando quais seriam arbitráveis ou não. Fica evidente que as decisões dessa corte, composta em sua maioria por ministros indicados pelo Legislativo, possuem forte caráter político, deixando de lado a imparcialidade esperada e influenciando não só a atuação do Executivo e das agências reguladoras, como reflexamente as concessões, instituto que se destina a atender os anseios sociais da devida prestação de serviços públicos⁴.

³ Iniciada com a Lei de Arbitragem em 1996, a evolução para aceitação da arbitragem, inclusive aos contratos em que figure a Administração em um dos pólos, passa pela Lei de Concessão (Lei 8.987/1995). Essa tem dispositivo que prevê como cláusula essencial dos contratos a relativa ao modo amigável de solução das divergências, o qual deve ser interpretado como menção à arbitragem porque se pode a Administração resolver litígios por mecanismos de negociação que dirá submeter os mesmos a uma decisão jurisdicional de um árbitro. Seguindo a orientação da Lei de Concessão, surgiram a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997) que dispõe em seu art.93, XV sobre o modo extrajudicial de controvérsias contratuais, a Lei da ANP a qual prescreve em seu art.43, X a aplicabilidade da arbitragem aos contratos de concessão pela ANP celebrados e a Lei da ANTAQ (Lei 10.233/01) em seu art.35, XVI estabelecendo que haverá cláusula arbitral nos contratos de concessão de transporte aquaviário. Há também a Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079/2007) que pontua a arbitragem como mecanismo privado de resolução de disputas aplicável a esse tipo de contrato administrativo de parceria.

⁴ (...) Cortes tornaram-se cada vez mais lugares onde política substancial é feita. Em terceiro lugar, os juízes têm ficado cada vez mais dispostos a regular a conduta da atividade política em si — se praticado em ou ao redor de legislaturas, agências ou o eleitorado — construindo e fazendo cumprir padrões de comportamento aceitáveis para grupos de interesse, partidos políticos e pessoas públicas nomeadas e eleitas. (FEREJOHN, 2015, p. 42). Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>>. (tradução nossa)



Pretende-se esclarecer que o Estado, aqui no sentido lato incluindo as agências especializadas, pode e deve usar da arbitragem, não cabendo à corte de fiscalização discutir e escolher o que seria arbitrável, pois não possui expertise para fazê-lo. Ademais, quando o faz, extrapola os limites de sua atuação definidos na Constituição de 1988.

Vale consignar que o procedimento arbitral, em oposição à sobrecarga do Poder Judiciário e sua morosidade extrema para solução das demandas, é célere, conta com o alto nível de especialização e conhecimento dos árbitros julgadores, características mais adequadas diante das complexas questões debatidas no bojo de um contrato de concessão ou firmado por uma agência reguladora.

A partir da análise das decisões escolhidas, almeja-se comprovar que a conduta da corte de contas é anacrônica e incorreta em diversos aspectos e que o papel do TCU na função de fiscalização das escolhas estatais discricionárias, precisa ser definido, sob pena de prejudicar o objeto primordial da atuação estatal, a coletividade.

Inicialmente, em 1993, o TCU adotava entendimento radical de que em nenhum caso seria possível o uso da arbitragem pelo Estado, o que não pode ser de todo criticado, considerando que a Lei de Arbitragem não havia sido promulgada ainda – fato que se deu em 1996- e que o desenvolvimento do tema era embrionário e ainda gerava insegurança, vigorando a máxima de que todo interesse concernente ao Estado era primário, portanto não transacionável. No Acórdão nº 286/1993⁵, fruto de uma consulta feita pelo Ministro de Estado de Minas e Energia à época, a corte posicionou-se no sentido de que “(...) o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da indisponibilidade do interesse público (...)).”

É inegável que o tribunal, inspirado pelos ditames constitucionais que impõem uma maior fundamentação e motivação das decisões de órgãos públicos, apresenta diversas razões a sustentar suas decisões, fato notório em casos

⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 286/93 - Plenário - Ata 29/93. Processo nº TC 008.217/93-9. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energia. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. Relator: Ministro Homero Santos.



envolvendo arbitragem e entes estatais, como será possível observar no exposto aqui. E é a partir dessa motivação que é possível ver considerações absurdas e sem comprovação, como a defesa do monopólio do Poder Judiciário “com mais forte razão” no caso de envolvimento de entes estatais.

Ainda na decisão supracitada, o TCU cita que “é órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos”, mas parece olvidar de seu papel, pois não lhe foi outorgado poder para fiscalizar se dada questão será submetida ao Judiciário ou a um árbitro com maior expertise. Baseia-se em argumentos como os expostos no Acórdão supracitado de que “a experiência, em nosso país, em tema de arbitragem internacional, fruto de demandas de natureza contratual, nos casos anteriormente tolerados pela legislação brasileira, não tem sido animadora”.

O fato que espanta mais, para além dessas justificativas vazias expostas na década de 90, é terem sido reproduzidas sucessivamente, com pequenas modificações, em diversas ocasiões posteriores, como nos Acórdãos nº 906/2003, 584/2003, 1.271/2005, 1.099/2006, 2.094/2009 e 2.145/2013.

Precisamos levar em consideração algumas questões sistêmicas e institucionais, que serão aprofundadas mais a frente: estamos falando de uma corte de contas, que como tal exerce forte influência na atuação de agentes públicos, pois mesmo quando apenas ordena a regularização de certa matéria, na fase de controle posterior das contas poderá ainda aplicar sanções aos responsáveis (SUNDFELD; CÂMARA, 2003, p. 1.115-1.133). Justamente por tal razão, quando esta instituição posiciona-se de forma negativa ao uso da arbitragem, sem nenhum amparo de correção ressalte-se, essa enorme influência na atuação das entidades estatais promove verdadeiro processo de **ossificação** (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 35. (tradução nossa)), que em nada contribui para o interesse público. Ainda mais, se as vantagens advindas desse mecanismo banido, privilegiam justamente esse interesse público perseguido.

Na decisão paradigma escolhida, temos a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a tomada de contas referente a um contrato de concessão da rodovia BR 101/ES/BA, na qual o TCU posicionou-se pela retirada da cláusula



arbitral para dirimir questões de reequilíbrio econômico-financeiro, matéria considerada arbitrável nas concessões.

A decisão foi exposta nos seguintes termos: “Relativamente à proposta de inclusão, no contrato, de cláusula, prevendo a inaplicabilidade da arbitragem, para questões econômico-financeiras, importante deixar assente que esse tipo de arbitragem - que a partir de agora deve ser excluída dos termos de contrato – está prevista nos ajustes anteriores da ANTT, sem que se tenha notícias de prejuízo à administração. Some-se a isso a existência de lei que não permite interpretação diversa da esposada pela instrução.”

Inicialmente, cumpre ressaltar que a própria corte atesta a proibição, ainda que não haja prejuízo à administração, o que já evidencia num primeiro momento a inadequação decisória. Ao passarmos à análise da cláusula em si⁶, observa-se que foi elaborada com amparo no Art. 35, inciso XVI da Lei 10.233/2001⁷, normativo que trata do setor de transportes e da agência em si e que estabelece como cláusula essencial a relativa à arbitragem, derrubando a alegação de ausência de autorização legal para tal uso.

2.3 Arbitrabilidade Subjetiva e Objetiva

Em relação à possibilidade da Administração submeter-se à arbitragem, ao que chamamos de arbitrabilidade subjetiva, não há motivo para muitos questionamentos, tendo em vista as diversas legislações que a colocam como cláusula essencial, como as já mencionadas. Muito embora a doutrina e os tribunais superiores⁸ sejam uníssonos no sentido de que não assiste razão a essa afirmação,

⁶ “V.11 - Resolução de Controvérsias

O art. 35, inciso XVI, da Lei 10.233/2001 estabelece que o contrato de concessão tenha como cláusulas essenciais as relativas a regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem. Nesse sentido, a Minuta do Contrato, em seu item 35, prevê a arbitragem como instrumento para resolução de controvérsias, nos seguintes termos”

⁷ “Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem;”

⁸ “Por conseguinte, e com o máximo respeito ao entendimento adotado pelo TCU, a previsão do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que não contém nenhuma exclusão de entes da Administração ou de



ainda é possível ver a menção à falta de autorização legislativa e violação ao princípio constitucional da legalidade administrativa (Art. 37, *caput*, CRFB/88) em decisões do TCU.

Ao decidir dessa forma, a corte de contas na realidade interpreta de forma equivocada tal princípio, afirmando que a atuação estatal só ocorre na medida em que a lei expressamente a obriga ou permite. Tal interpretação errônea empregada de forma geral e absoluta, gera como consequência um engessamento das instituições estatais, que não se coaduna com outros princípios administrativos como o da eficiência, razoabilidade e economicidade. Princípios esses que são justamente alcançados com a arbitragem em concessões, por exemplo, porque proporciona uma decisão rápida e eficaz para os serviços específicos que envolvem esses contratos de natureza complexa.

Sabe-se que o Direito Público vem sofrendo um processo contínuo de modernização, há o abandono da concepção estatal autoritária de verticalização em relação à população para a horizontalização, reforça-se o Estado que age em prol dos interesses dos particulares, despindo-se de certas formalidades dentro da razoabilidade e proporcionalidade, para assim atender sua função social de atingir o bem comum. Quando, dentro dos limites legais, dispõe de direitos patrimoniais para alcançar a melhor solução para um conflito com particular/concessionário que presta serviço à população, não está de forma alguma atentando contra a lei.

Em decisões mais recentes, como no Acórdão nº 2.094/2009⁹, o TCU flexibilizou, sem ainda acertar totalmente, sua ideia de que o Estado não poderia ser parte de uma negociação arbitral, para aceitar que a Petrobrás, sociedade de economia mista, possa fazê-lo justamente por estar submetida ao regime das empresas privadas. Confira-se:

contratos regidos pelo Direito Público, deve obrigatoriamente ser tida como autorização legislativa suficiente para a submissão de entes da Administração direta ou indireta ao juízo arbitral. Esse é o entendimento subjacente aos precedentes do STJ referidos acima e reflete a posição predominante do pensamento doutrinário atual” (PEREIRA, César Augusto Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ.). Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=5&artigo=731&l=pt.>>

⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.094/2009 - Plenário. Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro José Jorge. Natureza: Relatório de Levantamentos.



(...) Defende que os contratos celebrados com a PETROBRAS, independentemente de o objeto estar relacionado com a atividade-fim (por exemplo, comércio e transporte de petróleo) ou com a atividade-meio (construção de plataformas), estão sob o abrigo do regime jurídico privado. Disso deriva o seu entendimento de que, diferentemente dos contratos administrativos, não há controvérsia quanto à possibilidade de a PETROBRAS, enquanto sociedade de economia mista, firmar cláusula elegendo a arbitragem, conforme REsp n.º 606.345-RS STJ.

A Lei de Arbitragem em seu Art. 1º preceitua que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” Não há como sustentar que o Estado é ente incapaz para celebrar contratos, de forma que se a legislação permite, não cabe à corte de contas restringir a autonomia contratual estatal, atuando fora de suas atribuições, estabelecendo interpretação restritiva (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 9)¹⁰ onde a lei não o fez, pois seria permitir uma interpretação legal Kelseniana¹¹, fora da moldura e equivocada. É ainda atentar contra a especificidade dos contratos de concessão e a demanda por celeridade, nos dizeres de Hely Lopes Meirelles pode se finalizar dizendo que “autorização legal, portanto existe. Facultativa é a sua utilização”. (MEIRELLES, 2003, p. 246)

Ademais, a análise da capacidade estatal de contratação e arbitramento consequentemente, deve cingir-se à capacidade na acepção civil do instituto. Pode,

¹⁰ Sobre o tema da discricionariedade judicial e a interpretação legal flexível, vale trazer à tona as lições de Vermeule e Sustain, pontuando que o PL nº 406/2013 vem justamente para dirimir a possibilidade de interpretação restritiva ao uso da arbitragem pelo Estado, pois estabelece taxativamente esta possibilidade: “Porque será que Bentham negligenciou, em sua crítica, a crítica institucional da interpretação flexível? Pode haver uma pista no tratamento que dá para a relação entre interpretação e discricionariedade judicial, uma curta discussão em sua obra *Of Laws in General*. Nessa, ele argumenta que erros legislativos, como a promulgação de leis que são *overinclusive* ou *underinclusive* em relação a seus fins — por inadvertência, falta de previdência, ou alteração circunstancial — exigem que os juízes possuam o poder de moldar as leis na forma adequada. No entanto, este poder criou a possibilidade de que déficits de informação ou más intenções por parte dos juízes possam prejudicar o produto legislativo e aumentar a incerteza jurídica: “*How difficult to distinguish what the legislator would have adopted had he adverted to it, from what he actually did advert to and reject. How easy to establish the one under pretence of looking for the other... And thus sprang up by degrees another branch of customary law, which striking its roots into the substance of the statute law, infected it with its own characteristic obscurity, uncertainty, and confusion*” (tradução nossa)

¹¹ “A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa.” (KELSEN, 1998, p. 394)



portanto, submeter-se à arbitragem a pessoa que esteja no pleno gozo de seus direitos e obrigações, seja pessoa de direito público (por ex. autarquias) ou privado (por ex. empresa pública, sociedade de economia mista), o ente a possui. Acepções como as do TCU narradas, colocam o Estado numa posição de incapacidade e são conservadoras¹² e desconectadas dos rumos atuais do Direito. Agrava-se a situação ainda mais quando a vedação à arbitragem ignora a distinção entre a atuação estatal com poder de gestão, equiparando-se às pessoas jurídicas privadas, como no caso das concessões, da com poder de império.

Passada a análise da capacidade estatal, a grande celeuma encontra-se na matéria arbitrável, no que pode ser considerado direito patrimonial disponível (arbitrabilidade objetiva). Isso porque o Estado só não pode transacionar interesses indisponíveis¹³, públicos primários, e tal assertiva é pacífica na doutrina, nos dizeres de Grau (*apud* LEMES, 2007, p. 123) “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.

É preciso averiguar então qual é o interesse envolvido em certo contrato administrativo, se atinente à coletividade ou a uma feição negocial e empresarial da Administração, quando será transacionável. Porém, há uma seara de indefinição nos contratos administrativos, onde dizer o que é disponível ou não impõe dificuldades, sendo uma boa solução indagar se o objeto do conflito tem repercussão econômica e financeira¹⁴. Se sim, seria possível arbitrar a questão no que tange ao aspecto econômico gerador de prejuízo e não em relação aos direitos indisponíveis.

¹² “Uma extremidade conservadora que afirma ser o estado ente desprovido de vontade, discernimento ou mecanismo de defesa, o qual, à semelhança da pessoa civilmente incapaz, se encontraria impedido de agir livremente na esfera patrimonial.” (GREBLER, 2004, p. 62)

¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.145/2003 – Plenário – Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A – MME. Relator: Min. Benjamin Zymler: “23. Consoante o predominante entendimento doutrinário e jurisprudencial, não há que se confundir a indisponibilidade do interesse público com o interesse da administração. O primeiro é indisponível, o segundo não. Nesses termos, a precisa lição do Ministro Maurício Corrêa do Supremo Tribunal Federal (proferido quando da relatoria do RE 248869-1 – Tribunal Pleno – 07/08/1993): “8. A indisponibilidade de determinados direitos **não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes**, mas da importância que elas têm para a sociedade. **O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito.**” (grifos nossos)

¹⁴ “Nem todos os atos praticados pelas agências reguladoras, na qualidade de entes públicos encarregados do exercício da regulação de determinado setor, são indisponíveis. Há



Vale consignar que a arbitragem usada por entes estatais, principalmente em contratos de concessão que envolvem prestação de serviços públicos, não faz outra coisa senão privilegiar o interesse público, beneficiando a administração, o parceiro privado/concessionário e a coletividade, usuária do serviço. Isso se deve a suas inúmeras vantagens, muitas das quais implicam considerações sistêmicas relevantes, desconsideradas pela corte de contas de forma flagrante em suas decisões.

2.4 Os Benefícios da Escolha Estatal pela Arbitragem e sua Desconsideração pelo TCU

Iniciaremos a exposição de tais benefícios com a questão da celeridade, direito fundamental elencado no Art. 5º, inciso LXXVIII, CRFB/88¹⁵, e desrespeitado considerando a morosidade atual da Justiça. Optar pela arbitragem implica evitar o arrastamento da demanda por longos anos no poder judiciário, e ainda a espera posterior pelo cumprimento da decisão através do moroso sistema de precatórios e sua fila para pagamento¹⁶.

Acrescenta-se ainda a questão recursal, já que a Lei de Arbitragem em seu Art. 30¹⁷ prevê apenas um recurso, em comparação à via ordinária, que oferece oito

determinadas situações, como o reconhecimento da existência de desequilíbrio econômico-financeiro em determinado contrato de concessão, com a conseqüente necessidade de sua recomposição, que não envolvem propriamente direitos indisponíveis (muito embora se refiram mediatamente à busca do interesse público). Portanto, nessas hipóteses, a própria agência pode e (deve) reconhecer – sem a necessidade de intervenção do Judiciário – a existência de rompimento do equilíbrio contratual e o melhor modo de sua recomposição. Evidentemente, nessas situações, também é possível a submissão de eventual conflito surgido à decisão arbitral. Caberá ao árbitro (ou ao tribunal arbitral, conforme o caso) definir a existência do desequilíbrio e a forma de sua recomposição.” (CARDOSO, 2010, p. 27)

¹⁵ “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

¹⁶ Tal fato pode ser comprovado pela simples análise da lista de pagamento disponível no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Em 02 de julho de 2014, o primeiro precatório de natureza comum (não alimentícia) da lista de pagamentos é o de nº 1998.03434-5, da Ipiranga Produtos de Petróleo S/A, datando de 17/04/1998.

¹⁷ “Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.”



espécies recursais conforme o Art. 496 do CPC/73¹⁸. Ademais, preconiza o Art. 29, PÚ¹⁹ da referida lei que o recurso interposto em face da decisão arbitral será analisado com a consequente prolação da decisão no prazo dez dias, prazo que a via processual comum não oferece para nenhum recurso.

Além da questão temporal, há outra de igual importância, é a especialidade em seus diferentes enfoques, o primeiro relacionado ao fato das partes poderem escolher as normas e os árbitros que julgarão sua demanda, nos termos do Art. 2º, § 1º da Lei de Arbitragem²⁰. Viabiliza-se assim o alcance de um grau de justiça mais adequado e próximo ao caso concreto, ressaltando-se a observância dos princípios e normas inafastáveis que pautam a atuação estatal, em sendo parte do procedimento.

Já o segundo ponto, diz respeito aos conhecimentos multidisciplinares dos árbitros, que vão além da questão jurídica, envolvendo outras áreas como a economia por exemplo. Isso se deve ao fato de, na maior parte dos casos, a questão envolver conflitos complexos, como a apuração de subsídio e reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de alto vulto. Evidencia-se que as vias judiciais comuns não são adequadas, seja pela morosidade ou pela falta de capacidade específica para resolver acertadamente uma lide envolvendo concessão sem causar prejuízo à prestação do serviço.

Há ainda a remanescente questão da economicidade, que possui diversas facetas, a saber: o Estado, se perdedor em demanda judicial deve reembolsar as despesas do vencedor, sendo isento apenas de custas judiciais conforme o Art. 4º, Parágrafo Único da Lei 9.289/96²¹. É possível haver um acordo acerca do valor

¹⁸ “Art. 496. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo; III - embargos infringentes; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII- recurso extraordinário; VIII - embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.”

¹⁹ “Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.”

²⁰ “Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

²¹ “Art. 4º São isentos de pagamento de custas: I - a União, os Estados, os Municípios, os Territórios Federais, o Distrito Federal e as respectivas autarquias e fundações; Parágrafo único. A isenção prevista neste artigo não alcança as entidades fiscalizadoras do exercício profissional, nem exime



dessas despesas, estabelecendo a divisão entre as partes ou o desconto do valor no subsídio a ser pago ao concessionário a título de contraprestação, em caso de concessão na modalidade patrocinada²².

Tal entendimento foi endossado no Recurso Extraordinário nº 253.885-0²³, no qual o STF afirmou que a arbitragem pode representar uma economia ao Estado pelas razões citadas e que significa a aplicação do princípio da autotutela estatal, já que é possível anular ato ilegal sem formalismo exacerbado ou interferência do Poder Judiciário, concluindo pela legalidade do juízo arbitral.

A arbitragem estabelece relação de fidúcia entre as partes, e quanto menor o risco, menor será o valor apresentado na proposta do concessionário durante a licitação, critério de julgamento previsto na Lei de Licitações²⁴. Quanto mais credibilidade tiver o Estado oriunda da assunção do compromisso de honrar suas obrigações com agilidade, menor o risco para o particular, a outra parte, ficando mais equilibrada a equação econômico-financeira entre o que se gasta e se recebe dentro de uma concessão, por exemplo²⁵. Refutam-se assim, eventuais alegações de que a arbitragem é necessariamente custosa e nesse fato estaria a desvantagem para a Administração.

as pessoas jurídicas referidas no inciso I da obrigação de reembolsar as despesas judiciais feitas pela parte vencedora.”

²² “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”.

²³ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885-0, Primeira Turma do STF, Brasília, DF, 4 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

²⁴ “Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. § 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso: I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;”

²⁵ “Não há, obviamente, projeto de longo prazo viável em que, ao mesmo tempo, haja tamanha dependência de verbas de uma das partes, e impotência da outra em se necessário executá-las com alguma agilidade” (ARAGÃO, 2005, p. 24). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.



Diante de todas as vantagens expostas, impressiona a postura do TCU de desconsiderá-las exposta no Acórdão nº 2.145/2013, o qual tratava de pedido de reexame de decisão que proibiu a utilização arbitral pela empresa estatal Petrobrás. Afirmou a Corte que:

(...) Veja-se que o custo das contratações não pode ser considerado baixo se há descumprimento do ordenamento jurídico, na verdade o custo real é o dito 'elevado' e não o minorado em face de desvios legais 29. Dessa forma, como os argumentos ora trazidos aos autos não são suficientes para modificar o encaminhamento anterior proferido, a decisão recorrida deve ser mantida em seus exatos termos.

Um ente estatal, em prol da melhor efetivação do interesse público, diante de autorização legal e matéria arbitrável, não incorre em desvio legal algum, de forma que a postura em questão é nada além de anacrônica.

Desconsiderando tudo exposto, e justamente pela escolha do que pode ser submetido ao árbitro ser discricionária, pois envolve opções peculiares a cada caso por parte da Administração, o TCU vem exercendo forte interferência nesse aspecto, decidindo por seus próprios critérios o que acredita ser arbitrável e posicionando-se como instância revisora de todas as decisões administrativas.

Vejamos o Acórdão escolhido como paradigma. A cláusula arbitral questionada possuía a seguinte redação: “35.1.1 As Partes obrigam-se a resolver por meio de arbitragem toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as Partes oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.”

Como se vê, não especificava previamente o que seria arbitrável em concreto, no entanto, o TCU decidiu analisar “se a resolução de controvérsias é passível de delegação a colegiados autônomos, como ora esboçado na Minuta do Contrato, em seu item 35.1.5 e 35.1.8”, culminando na decisão de que todas as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro não poderiam ser arbitradas, apresentando como se veria justificativas particulares para uma decisão generalista.

Existe uma gama de possibilidades de discussão acerca do equilíbrio econômico de um contrato de concessão, que pode ser definido como “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a



retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”. (VITAL, 2011, p. 8) Apesar disso, a corte de contas elencou o ato de fixação de tarifas de serviços públicos como o exemplo de que todas as questões financeiras estavam fora do âmbito arbitral, embasando sua decisão em um único entendimento doutrinário²⁶, sem amparo de julgados das Cortes Superiores ou maiores considerações.

3 CONSIDERAÇÕES INSTITUCIONAIS E SISTÊMICAS SOBRE O “OLHAR DURO” DA CORTE DE CONTAS EM FACE DA ESCOLHA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS PELA ARBITRAGEM

Da leitura da decisão supracitada, é possível vislumbrar o chamado **olhar duro**²⁷, fruto da suposta susceptibilidade administrativa aos poderosos grupos privados, impondo aos tribunais que tenham um olhar “duro” na ação da Agência, a fim de reduzir influências faccionais e promover melhor a formulação de políticas. É exemplo nítido disso o trecho em que o TCU afirma que a cláusula questionada deve ser retirada, já que “é deveras extenso o rol das possibilidades que poderão ensejar a arbitragem, inclusive as questões econômico-financeiras.”

Os efeitos dessa postura, em termos sistêmicos e institucionais, são mais extensos do que se pensa, temos a possibilidade de uma verdadeira alteração de larga escala no comportamento administrativo, produzido pelo simples fato do **olhar duro** revisional. Nos dizeres de Vermeule e Sustain (2002, p. 35), grande parte do trabalho atual mais impressionante em direito administrativo tenta incorporar a

²⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão 2.573/2012 – Plenário – Processo nº TC 003.499/2011-1. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); Ministério dos Transportes (MT). Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) Relator: Min. Raimundo Carreiro: “Como da prestação do serviço público decorre a cobrança de tarifas públicas, Joana Paula Batista entende que, “em face da irrenunciabilidade do poder tarifário, a fixação de tarifas não poderá se submeter à arbitragem, forma alternativa de solução de disputas positivada pela Lei n. 9.307/1996”.

²⁷ “Agora é bem documentado que tal revisão tem contribuído para a “ossificação” de *notice-and-comment rulemaking*, que agora leva anos, em parte como resultado do esforço para se afastar de desafios judiciais. Tendo em conta o risco de invalidação, muitas agências afastaram-se do *notice-and-comment rulemaking* por completo — como o NHTSA, por exemplo, atentando contra a promoção de segurança do automóvel, por exemplo, através de *ex post recalls*, que é entendido como uma forma sem sentido de prosseguir.” (tradução nossa) (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 35)



falibilidade judicial e os feitos dinâmicos, numa proposta de avaliar se ação da agência conta como “arbitrária” ou não. A decisão tomada por uma Agência Reguladora de usar arbitragem engloba justamente questões institucionais, há o aspecto específico de uma equação econômico- financeiro, por exemplo, a falta de celeridade e expertise dos juízes para decidir demandas dessa natureza, etc.

Procurando justificar sua decisão, a corte usa conceitos genéricos de direitos disponíveis e indisponíveis expostos em decisão do Superior Tribunal de Justiça (MS 11.308/DF)²⁸, porém, há a margem de indefinição no caso concreto do que seria um direito patrimonial passível de arbitragem, por exemplo. Margem essa que deve ser preenchida pelo administrador público, que pratica os atos administrativos e firma contratos.

Interessante notar que tais conceitos, amplos e genéricos, estão inseridos no contexto de forma equivocada, apenas a justificar a conclusão da corte de “que a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza. No caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos.”

O paradigma que contém tais lições data de 2005, e foi replicado em decisões mais recentes, como a objeto da presente análise que data de 2012, no entanto, o próprio Superior Tribunal de Justiça mantém entendimento diverso, no sentido de que questões econômicas são sim passíveis de arbitragem. Veja o teor do REsp nº 904813 PR:

(...) 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária,

²⁸ Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF quanto à “aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado”. Ratifica, assim, o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, conquanto afirma: “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”.



portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos. Esse, contudo, não é o caso dos autos, cujo objeto da arbitragem limita-se à discussão acerca da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, ou seja, não envolve direitos indisponíveis. Com efeito, a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral (...)²⁹

Além de incorreta, tal averiguação não cabe ao TCU, que incumbido de função fiscalizatória pelo Art. 71 da CRFB/1988, deve aferir a economicidade e legalidade do uso de dinheiro público. No entanto, o que se vê são usurpações e arbitrariedades por parte dessa instituição à competência de seus fiscalizados³⁰, ao deliberar e proibir escolhas meritórias desses, impactando não só na operacionalização da concessão, com a devida prestação dos serviços, como na viabilidade inicial da mesma.

A corte de contas posiciona-se, dessa forma, como instância revisora de todas as decisões da Administração. Pelo teor da decisão ora analisada, fica, mais uma vez, nítida a incorreção da atuação daquela, pois ressalta que “não se vincula nem ao juízo arbitral nem ao Poder Judiciário, devendo decidir de forma independente, conforme determina a Constituição Federal. Nessa linha, as lides decididas no âmbito do juízo arbitral poderão ser discutidas neste TCU”. A sentença arbitral faz coisa julgada entre as partes, produzindo os mesmos efeitos da proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, se condenatória, constitui título executivo (Art. 31 da Lei de Arbitragem)³¹.

Assim sendo, não há que se falar em recurso da sentença arbitral para o Judiciário, ressalvada a possibilidade de pleitear a decretação de sua nulidade

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 90.4813 PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>>

³⁰ “Não é possível, no entanto, que o Judiciário venha a definir a forma de atuação concreta da Administração. Em outras palavras, admite-se que o Judiciário reconheça e declare a invalidade de atuação da Administração. Todavia, não se admite que o Judiciário se substitua à Administração.” (CARDOSO, 2010, p. 30)

³¹ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.”



apenas dentro das hipóteses legais, após o recebimento da notificação de sua prolação, conforme Artigos 32 e 33 da Lei supracitada³². Se a Lei estabeleceu que não cabe ao Judiciário ser instância revisora das decisões arbitrais, muito menos poderia o TCU, sem atribuição legal, posicionar-se assim, revisando questões decididas no procedimento arbitral e sob o efeito da coisa julgada³³. Além de incorreta, tal decisão evidencia a cegueira dessa corte às consequências sistêmicas oriundas de se revisar algo já decidido que produzia efeitos entre o Estado e a outra parte.

A postura impositiva de um órgão de controle em área não afeta a sua fiscalização, que não sofre, via de regra, fiscalização de nenhum outro, que é autônomo e independente, e assim deve ser para que possa fiscalizar os demais, impõe também a necessidade de analisar seus limites de atuação. Pelo teor de sua manifestação de vontade vemos o tamanho da sua influência, pois proíbe, sanciona, ordena a retirada de cláusulas, e julga as contas dos gestores públicos.

Não se pode olvidar que do outro lado de tais imposições está uma agência reguladora, dotada de alto nível de especialização, que possui sua atuação limitada por esta instituição, que tem papel relevante no regime democrático, mas que o exerce em excesso e de forma incorreta. O conteúdo das ordens exaradas na decisão avaliada (Acórdão nº 2.573/2012), elucida claramente o efeito sistêmico de que se fala:

No âmbito do TCU, a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (cf. Acórdão 584/2003-2ª Câmara e Acórdão 537/2006-2ª Câmara). Os contratos assim formulados estão sendo alterados por meio de aditivos.

³² “Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

“Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.”

³³ “No caso da arbitragem, a decisão adotada na sentença arbitral é definitiva, podendo ser revisada apenas no tocante a aspectos muitos reduzidos, estabelecidos expressamente pela Lei 9.037/96. Porém, em nenhuma hipótese é viável a revisão da substância, do “mérito” da decisão adotada pelos árbitros.” (CARDOSO, 2010, p. 41)



Portanto, é indelegável e irrenunciável a resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público quanto aos aspectos econômico-financeiros.

Com fulcro no que dispõe o art. 1º da Lei 9.307/1996 e em que pese ser possível a aplicação da arbitragem, tão somente, aos aspectos regulamentares do contrato de concessão, tem-se por devido **determinar à ANTT, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001, que preveja expressamente, no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA, a inaplicabilidade da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.**

Em relação às agências reguladoras, são entidades de direito público, autarquias precisamente, que se inserem na estrutura estatal para desempenhar atividades estatais específicas. Surgiram a partir da metade da década de 90 no Brasil para exercerem a atividade de regulação de dado setor,³⁴ e são fruto da passagem, já citada, do Estado Interventor, Social, para o Regulador. A autonomia e inúmeras competências específicas atribuídas por suas leis instituidoras em relação ao Poder Central são as características marcantes³⁵.

Justamente em função de tais características, diferentemente do que se pensa em relação aos tribunais, incluindo aqui o TCU, em relação a seguir o sentido usual do texto, é razoável sugerir que agências administrativas não devam fazê-lo, em parte porque são especialistas em vez de generalistas. Comparadas aos tribunais, as agências são susceptíveis de ter bom senso de analisar se um afastamento do formalismo vai danificar seriamente um regime regulatório; Portanto, é apropriado permitir que as agências tenham um grau maior de flexibilidade interpretativa. (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 4)

A despeito das peculiaridades dos sistemas jurídicos americano e brasileiro, a teoria institucional americana é mais robusta e consistente em contraposição à brasileira, razão pela qual usaremos de um exemplo da primeira, para fins de

³⁴ Sobre o conceito de regulação e sua complexidade. Conforme Alexandre Santos de Aragão (2002, p. 37): “a regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla, ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis”.

³⁵ “Autonomia esta que se reflete, principalmente, na estabilidade de seus dirigentes, que exercem mandatos fixos, não sendo possível a sua exoneração *ad nutum*; e na ausência de possibilidade de revisão das decisões adotadas pelas agências pelos Ministérios da área correspondente (as agências não se submetem ao poder de tutela ministerial).” (CARDOSO, 2010, p. 21)



analogia com a situação presente. O caso é o *Chevron v. NRDC*, que envolveu uma disputa entre a *Environmental Protection Agency (EPA)* (agência administrativa) e o NRDC (grupo de proteção ambiental), quando a primeira exercia seu poder regulamentar sobre a questão das fontes de poluição do ar. O cerne da questão foi o padrão de revisão que deveria ser aplicado, pelas cortes, na análise da interpretação legal feita por agências governamentais, a deferência ou não às disposições estabelecidas por essas durante o exercício da função regulatória setorial. Vale citar que *Chevron* serviu de precedente para casos posteriores (*United States v. Mead Corp.*, 121 S Ct 2164 9 (2001); *American Water Works v. EPA*, 40 F.3d 1266, 1271 (DC Cir 1994)).

A questão da deferência implica analisar se as cortes devem decidir questões legais por conta própria, ou dar algum peso às opiniões da agência reguladora? Embora no direito americano, a partir do precedente *Chevron*, a questão tenha encontrado uma resposta, no Brasil, temos um caminho a percorrer em termos institucionais, como se vê.

O caso *Chevron* estabeleceu uma inquirição de duas fases: Se o Congresso abordou, na produção legislativa, diretamente a pergunta em questão, ou se proibiu inequivocamente o que a agência propôs. Após, é preciso que as cortes avaliem se a interpretação legal dada pela agência é razoável. O resultado obtido em *Chevron* foi de que a decisão da agência deve ser acolhida se razoável e não contradisser instruções legislativas claras. “A Corte não está autorizada a rejeitar a interpretação da agência meramente por causa de discordância.” (Ibid; p. 31 (tradução nossa))

A dificuldade reside nos casos em que a lei é indeterminada, aberta a interpretações diversas, assim como o é a Lei de Arbitragem no quesito matéria arbitrável disponível, quando a discricionariedade será exercida por quem de direito. Diante das atribuições especializadas de uma agência que exerce poder regulamentar delegado por lei, é plausível afirmar que o significado legal é o que ela diz que é, que estão em melhor posição para tomar decisões nesse cenário do que as cortes³⁶.

³⁶ “Mas na reflexão dos autores, a lei estatutária é geralmente indeterminada na questão crucial. Para ter certeza, é dito às cortes para decidir questões relevantes da lei; mas dentro de estatutos nos quais estão exercendo autoridade delegada, talvez o significado da lei relevante seja o que



Nesse contexto, cabe citar que a despeito do grau superior de competência técnica que possuem e de suas decisões discricionárias, as agências, assim como a Administração de forma geral, estão sujeitas a um grau de controle democrático. Esse controle passa pelo exercido pelas cortes de contas, porém se uma instituição deve revisar os atos de outra e caso afirmativo, a intensidade com a qual deve ocorrer relaciona-se com questões institucionais, e não apenas com lições tradicionais acerca da separação de poderes e competências constitucionais.

Esta questão surge, por exemplo, no contexto da revisão por tribunais das decisões de direito, fato e política das agências, como a presente. É preciso dar a devida atenção às variáveis institucionais e os efeitos dinâmicos, pois os custos do erro e da decisão são cruciais. Ao indagar se a revisão de uma instituição por outra deve ser intensa ou deferencial, ou possível, não há espaço para posições que desmereçam o contexto.

Trazendo tais ilações para o paradigma analisado, observa-se que a negativa ao uso arbitral afeta uma concessão de serviço público (rodovia BR 101/ES/BA), modalidade de desestatização³⁷, fruto do movimento de descentralização dos serviços e do Estado Gestor. Essa modalidade de contratação é fruto da impossibilidade estatal de suportar só o ônus custoso dos investimentos necessários, bem como em atender a todas as necessidades sociais com eficiência. Dessa forma, auferem vantagens dessa parceria Estado, ente privado e coletividade.

A posição da corte impacta não só a operacionalização da concessão, com a devida prestação dos serviços, como na sua viabilidade inicial. Isso se dá em função dos benefícios e segurança ofertados pela arbitragem ao contratante privado, que sem essa garantia muitas vezes perde o interesse em investir vultosas somas nos projetos, ou seja, todos saem perdendo, principalmente a sociedade, ou seja, vão muito além dos limites da decisão em si.

agências dizem que é. Pelo menos, esta é uma leitura plausível dos estatutos que delegam o poder de regulamentação e adjudicam autoridade às agências. Plausível, mas não é necessário.” (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 31) (tradução nossa)

³⁷ Art. 2º, inciso III da Lei 9.491/ 97, normativo regulador do Programa Nacional de Desestatização: “Poderão ser objeto de desestatização, nos termos desta Lei: III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização”.



4 O TCU E SUA FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE CONTROLE

Diante de tais questões, torna-se imperioso analisar mais detidamente o Tribunal de Contas da União, suas funções e peculiaridades. Cabe pontuar que no regime militar a instituição se viu enfraquecida, vivendo nas palavras de Charles Pessanha “um desmonte institucional” (PESSANHA, p. 124), e com a Constituinte de 1988 seu papel mudou, passou a ser fundamental no controle dos gastos de dinheiro público, da atuação financeira do Estado como um todo. Tal ampliação de competência advém do viés democratizador da Constituição de 1988 e do receio de vivenciar novamente a sobreposição do Executivo aos demais poderes. Ocorre que, apesar de ter seu âmbito de atuação delimitado pelas normas constitucionais e por sua Lei Orgânica de nº 8.443/1992, o tribunal tem desmerecido tais limites na sua atuação prática, especialmente na fiscalização dos contratos administrativos, grande fonte de aplicação de dinheiro público.

Vale pontuar a importância e a força dessa instituição, sem deixar de ressaltar que não é por ser órgão auxiliar do Legislativo que não possui competências autônomas, residindo na delimitação dessas a grande dificuldade prática. Desde já é possível afirmar, decisões de mérito dos entes fiscalizados escapam da competência da Corte. Parte-se, inicialmente, de três noções para delimitar a atuação dessa instituição: objeto, conjunto de atos passíveis de fiscalização; parâmetro, referência adotada para análise do objeto e produto, conjunto de atos produzidos em decorrência dessa atividade. (SUNDFELD; CÂMARA, 2003, p. 1.115-1.133)

No último, já há forte limitação legal, pois não pode sustar contratos, por exemplo, estando adstrito a certo tipo de ordem, quando constatar ilegalidades em matéria financeira, orçamentária, contábil ou patrimonial³⁸. Fica claro, então, que não cabe a avaliação e revisão de toda e qualquer decisão administrativa, principalmente em se tratando de contratos, que possuem cada qual sua peculiaridade. Atentando sempre para a questão da grande extensão da influência dessa corte em todos os atos que exara, incluindo o controle *a posteriori* das contas.

³⁸ Art. 71, CRFB/88: “§ 1º - No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis.”



5 CONCLUSÃO

A partir do devido enquadramento da questão, considerando o aspecto institucional e as consequências sistêmicas das decisões envolvendo a opção estatal pelo uso da arbitragem, é possível ver questões interpretativas em seu devido enquadramento e talvez adotar respostas novas e mais adequadas às peculiaridades de questões tão complexas. Tal opção privilegia a eficiência e economicidade, princípios guias da atuação dos administradores públicos, atrela necessidades sociais, celeridade, bons resultados e baixo custo, evitando a má prestação de serviços públicos, cenário possível se pensarmos em obras essenciais paradas à espera da resolução de uma lide ou por decisão do TCU que considera o contrato irregular por conter cláusula arbitral.

A importância e o papel da instituição ora analisada, motivadores de uma inquirição nos moldes propostos, não são de hoje, eminentes juristas como Pontes de Miranda e Rui Barbosa já ressaltavam sua posição *sui generis*.³⁹ Nos dizeres do primeiro, ao abordar a Constituição de 1931, já se via a singularidade da corte de controle e seu posicionamento diferenciado em relação aos três poderes: “era órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, dessoava das linhas rígidas da tripartição”.

Cabe consignar que o ideal é que os contratos antevejam na medida do possível o que seria passível de arbitrar, para evitar problemas de definição no caso concreto e discussões entre as partes, mas não por receio do “olhar duro” da corte de fiscalização. A arbitragem é opção que privilegia o interesse público, de forma que não deve ser retirada a possibilidade de fazê-la por esta instituição que usurpa competências de seus fiscalizados, exercendo suas atribuições de forma incorreta e ultrapassada.

³⁹ “Pontes de Miranda, mantendo a coerência da doutrina que sufragava, situava o TCU no arcabouço constitucional, referindo-se à Constituição de 1931, nos seguintes termos: “era órgão do Poder Judiciário, *sui generis*; órgão, também, *sui generis*, do Poder Legislativo. Criação posterior à teoria da separação dos poderes e fruto da prática, dessoava das linhas rígidas da tripartição.” Rui Barbosa também se manifesta no mesmo sentido: “Tribunal é, mas Tribunal *sui generis*. E explica: “corpo de magistratura intermediária à administração e à legislatura, que colocado em posição autônoma com atribuições de revisão e julgamento, cercado de garantias contra quaisquer ameaças, exerce funções vitais no organismo constitucional”. (FERNANDES, 2003, p. 133)



REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Parcerias Público-Privadas – PPP's no Direito Positivo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 2, maio/jun./jul., 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 30 jun. 2014

ATIENZA, Manuel. **O direito como argumentação**. Portugal: Escolar Editora, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Lei n. 11.079/2004 de 30 de Dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.037 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 8.987 de 13 de Fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.472 de 16 de Julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 10.233 de 5 de Junho de 2001**. 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 Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 out. 2014.

BRASIL. **Lei n. 9.289, de 4 de julho de 1996**. Dispõe sobre as custas devidas à União, na Justiça Federal de primeiro e segundo grau e dá outras providências. Acesso em: 28 jun. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 286/1993 - Plenário - Ata 29/93. Processo nº TC 008.217/93-9. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energia. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco. Relator: Ministro Homero Santos.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.094/2009 - Plenário. Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras). Relator: Ministro José Jorge. Natureza: Relatório de Levantamentos.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.145/2003 – Plenário – Processo nº TC 006.588/2009-8. Interessado: Congresso Nacional. Entidade: Petróleo Brasileiro S.A – MME. Relator: Min. Benjamin Zymler.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Decisão 2.573/2012 – Plenário – Processo nº TC 003.499/2011-1. Interessado: Agência Nacional de Transportes Terrestres



(ANTT); Ministério dos Transportes (MT). Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) Relator: Min. Raimundo Carreiro)

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial n. 90.4813 PR, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 20/10/2011, T3 - TERCEIRA TURMA. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612526/recurso-especial-resp-904813-pr-2006-0038111-2-stj/inteiro-teor-21612527>>.

BRASIL. **Superior Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 253.885-0, Primeira Turma do STF, Brasília, DF, 4 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

CARDOSO, André Guskow. As Agências Reguladoras e a Arbitragem. In: PEREIRA, César Augusto G.; TALAMANI, Eduardo. (Org.). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GREBLER, Eduardo. A Solução de controvérsia em contratos de parceria público-privada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 60-72, mai/ago. 2004.

FEREJOHN, John. **Judicializing Politics, Politicizing Law**. p. 42. Disponível em: <<http://www.law.duke.edu/journals/65LCPFerejohn>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, César Augusto Guimarães. **Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ**. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt>> Acesso em: 01 jul. 2014.

PESSANHA, Charles. O congresso externo sob o controle das contas do tribunal de contas. **Revista Insight Inteligência**, nº 21, p. 124. Disponível em: <<http://www.insightinteligencia.com.br/21/>>. Acesso em: 30 jun. 2014.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. **Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series**, No. 28, 2002.

SUNDFELD, Ari Carlos; CÂMARA, Arruda Jacintho. Competências de Controle dos Tribunais de Contas – Possibilidades e Limites. **Revista dos Tribunais**, nº 928, v. 102, Rio de Janeiro, 2003, p. 1.115-1.133.

VITAL, André Luiz Francisco da Silva. O equilíbrio econômico financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 36, out./dez. 2011.