AUTARQUIA — JUÍZO ARBITRAL — AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

— Sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências sobre contrato, mediante juízo arbitral.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO
Proc. 8.217/93

Cuidam os autos de Consultoria dirigida a esta Corte, pelo Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, quanto à *adoação de juízo arbitral* para solucionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a CHESF e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra.

I — *Instrução da SAUDI*

A manifestação da unidade técnica deste Tribunal, parecer às fls. 34/38, subscrita pelo Dr. João Batista Macário, Diretor da 2ª Divisão da SAUDI, com o endosso do Sr. Secretário (substituto) daquela Unidade, está vazada nos seguintes termos:

"Como uma preliminar a ser levantada, é de se observar que, se se tratasse de simples questão de *conveniência administrativa,* como sugerido no texto transcrito no parágrafo inicial deste, não haveria razão de ser da presente consulta, dado o fato de que, ao TCU, em princípio, refoge competência para interferir na esfera de discricionariedade do administrador público (salvo, claro, a hipótese de ilegalidade, ilegitimidade ou antieconomicidade do ato).

No entanto, a questão posta oferece, sim, importantes indagações jurídicas, daí dever merecer o exame por este Tribunal.

Os contratos em pauta são todos da espécie contrato administrativo. Sobre isso parece não haver dúvida razão por que nos dispensamos de maiores considerações a respeito. De fato, admite-o expressamente o Senhor Ministro-Relator em seu r. Despacho de fls. 32, e, implicitamente, a própria autoridade consulente, quando, no segundo parágrafo de seu Aviso nº 167/GM (fls. 01), faz notar que a "falta de continuidade (dos contratos), caso se verificasse, comprometeria objetivos maiores da economia e a garantia da *prestação* adequada do serviço público de energia elétrica na região Nordeste do País" (g. n.).

Com efeito, se esses contratos visam à execução de uma obra pública (a UHE de Xingó), se esta obra é destinada à prestação de serviço público essencial, que, de resto, é definido na Constituição Federal (art. 21, XII, "b") como de competência da União, e se a empresa responsável pela obra e signatária dos ajustes, a CHESF, é entidade pública cuja finalidade institucional é exatamente a construção e operação de usinas produtoras e linhas de transmissão e distribuição de energia elétrica, dentre outras, ressalta evidente que os ajustes em referência incluem-se, de fato, no gênero, contrato administrativo.

Vencidas essa preliminares, passemos ao exame da questão nunclear versada nestes autos e que se resume à seguinte indagação:

— É admissível a adoção de juízo arbitral para solucionar pendências em contrato administrativo?

A nossa resposta é negativa, tendo em vista as razões e fundamentos que passamos a alinhar.

Em primeiro lugar, e sem ainda centrarmos a questão sob a ótica de certos princípios basilares do Direito Administrativo, cabe notar que o recém-revogado D.l. nº 2.300/86, em uma única de suas passagens cogita da hipótese de utilização de juízo arbitral em contratos celebrados pela Administração Pública.

Trata-se do parágrafo único do art. 45, cujas disposições permitiam o juízo arbitral nos casos de contratação referidos no § 13 do art. 25 do mesmo Decreto-lei, quando o contratado fosse pessoa física ou jurídica domiciliada no estrangeiro.

Ora, ressalvando expressamente hipóteses em que tinha por admissível o juízo arbitral — e cuja lógica de ser reside na impossibilidade prática de fazer valer sentenças de nossos Tribunais contra pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro e que, em nosso País, não possuam representação ou representante legal com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente —, queda evidente que o Estatuto, como regra, inadmitia a utilização do juízo arbitral como meio idôneo a solver pendências relativas aos contratos adminstrativos nele disciplinados, tolerando-o apenas naquelas situações excepcionalíssimas a que acima nos referimos e pela razão de ordem prática também acima declinada.

Já o recém-editado Estatuto das Licitações e Contratos — Lei nº 8.666, de 21.06.93, que revogou o D.l. nº 2.300/86 —, cujos § 6º do art. 32 e § 2º do art. 55 guardam correlação, respectivamente, com os citados § 13 do art. 25 e parágrafo único do art. 45 do Estatuto revogado, sem, contudo, repetir-lhes o exato teor, deixa de admitir expressamente até mesmo aquelas hipóteses de juízo arbitral contemplada no D.l. nº 2.300/86.

Tal supressão da autorização expressa para o uso do juízo arbitral nas pendências atinentes aos contratos antes referidos no § 13 do art. 25 do D.l. nº 2.300/86 e, hoje, no § 6º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, longe de sugerir que, pelo disciplinamento atual seria cabível o juízo arbitral nos contratos administrativos, mostra que, ao contrário, essa hipótese foi, de plano, refutada pelo legislador do novo Estatuto, até porque, se posta fosse sua itenção, ele (legislador) decerto teria introduzido na lei dispositivo consignado ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isso seria cabível.

De outro lado, admitir-se a utilização de juízo arbitral em contratos administrativos seria, para nós, afrontar uma série de princípios de direito público, dentre os quais se avultam (alguns deles, em verdade, consectários de outros citados):

a) o da supremaciado interesse público sobre o interesse privado;

b) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração;

c) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse públicos;

d) o do controle administrativo ou tutela;

e) o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

Fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado porquanto, ao se instaurar o juízo arbitral ou ao se conceder ao particular o poder de invocar tal juízo, o que ocorre na prática é que a Administração se despe de prerrogativas mais essenciais que lhe outorgam o princípio em tela, para vir colocar-se em plano igualitário com o particular, e, nesse passo, colocar também o interesse público em paridade com o privado, o que efetivamente cofigura violação do mesmo princípio.

Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois ao entregar a terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesse que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deleberar sobre a pendência a ela submetida.

Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesse públicos, na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contrato, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiros estranho à Administração (o árbitro, no caso).

Do mesmo modo fere o princípio do controle administrativo ou tutela, eis que, previsto o juízo arbitral num contrato, até mesmo o poder-dever indeclinável da Administração de rever seus atos atinentes à contratação por ilegalidade ou contrariedade ao interesse, *e. g.*, poderia, sem dúvida, ser impugnado pelo contratado a quem aproveitava o ato invalidado,

e a pendência, assim criada, ser levada à deliberação do terceiro erigido em árbitro do interesse público em jogo.

Fere, por fim, o princípio da vinculação por aquilo que a só previsão do juízo arbitral ou sua adoção constitui, na prática, ameaça constante à estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, bem assim das condições ofertadas na proposta vencedora do mesmo certame, dado que, a todo tempo, poderia o contratado pleitear e talvez obter no juízo arbitral vantagens contratuais que, na instância administrativa, provavelmente não obteria, dados os impedimentos legais que sem dúvida, se anteporiam à concessão do pleito formulado, tal o pedido de recomposição de preços, cuja concessão, à luz do direito administrativo, só é possível ante a superveniência de evento imprevisível e imprevisto à época da contratação e de excessiva onerosidade para o contratado (teoria da imprevisão).

A propósito, cabe citar importante julgado do Egrégio Tribunal Federal de Recursos que, através de sua Segunda Turma, no processo de apelação Cível nº 137.279-DF (Sessão de 28.03.89 — DJ de 26.06.89), negou à apelante, CONVAP ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S.A., provimento a seu pedido de homologação de laudo arbitral relacionado com pendências em contrato firmado entre ela e a ex-SUDECO, cuja Ementa transcrevemos:

"1. Sem autorização legislativa, não pode a autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio de juízo arbitral.

2. Inadmissível, no caso, o laudo arbitral, mantém-se a sentença que indeferiu a respectiva homologação."

Do Voto do Relator do feito, Ministro BUENO DE SOUZA, destacamos as seguintes passagens que convergem em apoio às considerações que traçamos anteriormente no desenvolvimento deste tema:

"E acresce que a disponibilidade de bens da autarquia não singnifica, de modo algum, que a respectiva alienação possa efetuar-se livremente, *ad libitum* de cada um desses entes públicos, como se, sob este aspecto, pudesse igualar-se às pessoas de direito privado, que exercem o comércio jurídico segundo princípio básico da autonomia da vontade de seus órgãos.

5. Em verdade, a consulta à Lei nº 5.365, de 1º de dezembro de 1967, que criou a SUDECO, mostra que esta não foi autorizada a estipular clásula de compromisso, para invocação do juízo arbitral, *convindo, a propósito, frisar que não se oferece razoável o emprego dessa* forma de resolução e controvérsias por parte dos entes públicos certo como é que semelhante ajuste envolve renúncia à prestação jurisdicional do Estado (no caso, a bem dizer, pelo próprio estado...)

Ademais disso, fica abrangida indispensavelmente no compromisso a disposição de respeitar como vinculante decisão inevitavelmente comprometora da integridade do patrimônio, aliás, afinal alienado consoante forma não autorizada em lei."

Aliás, o caso de Xingó, em pauta nesses autos, vem a calhar como prova eloqüente da temeridade e do inaceitável descuramento com o interesse público que seria o fato de a Administração pública entregar a terceiro o poder de, por meio de arbitramento, dizer o quanto do patrimônio público deve ser destacado em favor do particular com o qual tenha pendências.

Por último, cabe notar que não obstante a previsão legal de que aos contratos administrativos aplicam-se, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54 da Lei nº 8.666/93 e art. 44 do revogado D.l. nº 2.300/86, que não se referia expressamente aos princípios da teoria geral dos contratos), isso em nada muda nossa conclusão pela inviabilidade legal da adoção do juízo arbitral em contrato da espécie, isso porque a eventual suplementação de normas de direito público, por normas de índole privada, só pode ter lugar até e enquanto cogitada normas de direito privado se harmonizarem com os princípios e postulados básicos de direito público, coisa que efetivamente não ocorre no caso presente, conforme julgamos ter aqui demonstrado.

Ante o exposto e considerado, submetemos os Autos à consideração superior, propondo:

— seja respondido ao Senhor Ministro de Estado de Minas e Energia que o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e

por contrariedade a princípios básicos de direito públicos (princípio da supremacia ao interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)."

II — Promoção do Ministério Público.

Ouvido o representante do Ministério Público, Prof. Francisco de Salles Mourão Branco, sobreveio elucidativa análise sobre a matéria, assim expressa:

"7. A par das bem lançadas razões que dão substância jurídica ao parecer da 2ª Divisão da SAUDI, as quais nos afiguram bastantes para entender à presente consulta, temos por conveniente aditar algumas ponderações acerca da utilização do *compromisso,* regulado pelos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil, como forma de resolução de lides envolvendo a administração Pública.

8. Antes, porém, de adentrarmos o tema, mister se torna referenciar a posição deste Ministério Público, exarada em Parecer de 02-7-1993 (cf. proc. TC-599.091/89-4 e outros, com xerocópia anexa), no qual se postulava a impossibilidade da utilização da *transação* como forma terminativa de obrigações, no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

9. Fazemos essa remissão preliminar, atentando para o fato de que as referidas figuras obrigacionais — *transação e compromisso* — guardam, entre si, extrema similitude, conforme se depreende da lição do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em sua obra "Instituições de Direito Civil — Volume II":

"Há notória semelhança entre *compromisso* e *transação,* similitude que não deixou de impressionar o legislador, mandando o Código Civil de 1916 (art. 1.048) que ao compromisso se apliquem as normas relativas à transação, quando seja possível. Ambos perseguem o objetivo genérico de pôr fim a uma controvérsia. Mas existe uma diferença essencial entre eles, e reside em que, pela transação, as partes previnem ou fazem cessar o litígio, enquanto pelo compromisso apenas subtraem-no ao pronunciamento da Justiça comum, e submetem-no a uma jurisdição excepcional, particular e de eleição dos próprios interessados, que é o juízo arbitral" (cf. Editora Forense, 1ª edição, 1991, p. 190).

VII

10. Deve ficar claro que o *caput* do art. 37 da Constituição Federal impõe a toda Administração Pública — direta, indireta e fundacional — a obediência ao princípio da legalidade, que tem como corolário imediato o *princípio da indisponibilidade,* pela Administração, dos interesses públicos, — aliás oportunamente ressaltado na bem elaborada instrução do processo.

11. Da mesma forma que na *transação,* o Administrador, não podendo dispor, ao seu talente, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, sem a indispensável autorização legal, equivalente a uma temerária transferência de direitos, imanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.

12. Daí que temos como adequado o enquadramento da questão acenado pela instrução, relativamente às avenças firmadas entre a CHESF e seus fornecedores, referentes a obras civis, montagem eletromecânica e projetos associados à UHE Xingó, como contratos administrativos que efetivamente são.

13. Esta convicção ampara-se em exegese sistemática da regra posta na alínea *b,* inciso XII, do art. 21 da Lei Maior, conjugada com a norma do *caput* do art. 173 e seu § 1º, e o *caput* do art. 175, da Constituição Federal, que abona a distinção entre as empresas públicas exploradas de atividade econômica daquelas prestadoras de serviço público, submetidas, estas últimas, ao regime preponderante do Direito Administrativo.

14. Impende ressaltar, outrossim, que nem sempre aderimos à excessiva abrangência que alguns autores pretendem conferir a tal discrímen, ousando mesmo contrariar a interpretação literal das disposições pertinentes, tal como, *v. g.,* consta do parecer deste Ministério Público de 28 de junho pp. (cf. proc.

TC-007.545/93-2, em que se apreciava *consulta* do Sr. Presidente do Conselho de Administração da indústria de Material Bélico — IMBEL, quando a posição desta Procuradoria se inclinou pela obrigatoriedade da abertura de concurso público em sociedades de economia mista de qualquer espécie — prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica — contrariamente à tese defendida por alguns que pugnam pela liberdade da forma de contratação de pessoal para estas últimas entidades.

15. No caso concreto, no entanto, em que se discute a obediência, devida pela CHESF, como controlada da ELETROBRÁS e concessionária de serviços públicos de energia elétrica, às normas de direito público referentes aos contratos administrativos, estamos persuadidos da inteira aplicabilidade da tese acima ventilada. Não há negar que a CHESF, quando firma contratos que envolvam objeto da concessão do Poder Público, o faz dentro do regime jurídico dos contratos administrativos, ou seja, podendo inserir nos instrumentos contratuais as chamadas "cláusulas exorbitantes", emenação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

IX

16. Sem recusarmos endosso às judiciosas colocações que a SAUDI formula a respeito do tema em apreço, temos por oportuno perscrutar e, até mesmo, questionar a eficácia prática do *compromisso* como instrumento jurídico de pacificação do conflitos na órbita patrimonial privada.

17. No Direito Brasileiro, em que a garantia dos direitos e interesses pelo Poder Judiciário é princípio inscrito na Constituição, em mais de um dispositivo, principalmente no inciso XXXV de seu art. 5º, a sentença arbitral, aqui subentendida a de ordem extrajudicial, só se faz eficaz após a sua homologação pelo Poder Judiciário, que assim lhe empresta a autoridade de *judicium* dotado de força executiva.

18. Da mesma forma, inobstante a cláusula "sem recurso", o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.048, prevê a possibilidade de a parte insubmissa recorrer à justiça comum. Sobretudo, ganha relevo a regra do art. 1.035 do mesmo Código, que *restringe (ex vi* do disposto no citado art. 1.048) *o compromisso* aos direitos patrimoniais de *caráter privado.*

19. Adverte SERPA LOPES, quanto a esse aspecto atinente à *campacidade de comprometer,* que, para a validade do compromisso, tal capacidade "depende igualmente da possibilidade do agente de dispor dos direitos em contestação" (cf. "Curso de Direito Civil", Ed. Livraria Freitas Bastos 1955, Volume II, p. 369). Este é, aliás, o pensamento dominante na doutrina brasileira (cf. "Curso de Direito Civil Brasileiro", de Maria Helena Diniz, Ed. Saraiva, 1983, 2º volume, p. 280, entre outros autores). Os autores que se dedicam ao assunto, como o Professor CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, em linha de coerência com esse entendimento e confortados com a regra processualística pertinente, lembram a possibilidade da apreciação da "controvérsia indisponível" pela autoridade judicial competente, com a conseqüente suspensão do procedimento arbitral (cf. "O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro", *in* "Revista de Informação Legislativa", a. 25, nº 98, abril/junho de 1988, p. 143).

20. E isso porque, consoante enfatiza o mesmo autor, no referido ensaio:

"No geral, tem-se como impossível a instituição de juízo arbitral a respeito e matérias que não podem ser objeto de transação, ou para as quais exista um procedimento específico e obrigatório, como, por exemplo, as questões de Estado (...)

E conclui o ilustre civilista, assianalando tratar-se de "um acontecimento raro", entre nós, o *juízo arbitral,* pois que o Direito Brasileiro não se lhe mostra favorável. Daí, inclusive, a perda de importância dos órgãos institucionais de arbitragem, com a conseqüente perda de prestígio da própria *arbitragem,* preferindo os interessados que as questões sejam dirimidas pelo Poder Judiciário.

21. E no caso de evolvimento de entidades da Administração Pública, com mais forte razão, em face dos interesses e direitos aí envolvidos, é de se defender o monopólio do Poder Judiciário como a jurisdição competente para a solução dos litígios, sem referirmo-nos à

competência mesma da Egrégia Corte de Contas, órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos.

22. Ademais, disso, ter-se-ia até como discutível a celeridade no desfecho das questões por via do juízo arbitral, consoante observam os estudiosos do assunto, tal como o faz CARLOS ALBERTO CARMONA em seu artigo "Arbitragem e Jurisdição", publicado na "Revista de Processo" (nº 58, abril/junho-1990, p. 32/40), quando assere: "Não é verdde que a arbitragem seja um meio rápido, secreto e barato de resolver qualquer controvérsia: a arbitragem pode ser bastante demorada em causas complexas e que exijam produção de prova pericial; (...) e, por fim, o custo deste meio de solução de controvérsias pode ser igual ou superior ao do processo estatal." Além do que, o laudo condenatório, se não cumprido voluntariamente, tem de ser levado ao juiz togado para a execução forçada, — o que desfaz a apregoada celeridade do juízo arbitral.

23. A experiência, ela mesma, parece evidenciar que tal instituto, por seu pretendido caráter substitutivo da jurisdição, não se revela útil nem viável em nível interno, máximo quando envolvidas empresas estatais. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em suas "Instituições de Direito Civil" (cf. Ed. Forense, 1991, volume II, p. 194), afirma que "hoje em dia, ante os termos em que o código de Processo Civil é vazado, admite-se que a *apelação* interposta a sentença que homologa ou não a decisão arbitral devolve à instância superior a apreciação da espécie, tanto sob o aspecto de forma quanto de fundo, no sentido de que é lícito manter a homologação, ou ordenar que os àrbitros profiram novo laudo; declarar extinto o compromisso, como aplicar o direito à espécie." Neste sentido, e em reforço do acerto dessas considerações, apresenta-se prestimoso o precedente judicial carreado aos autos pela SAUDI, ao invocar o v. *decisum* proferido pela Egrégia Segunda Turma do antigo TFR na AC nº 137.279-DF (*in D. J.* de 26.6.1989), que não reconhece o poder de a Autarquia celebrar compromisso para resolução de pendências por meio do juízo arbitral, *sem que haja autorização legislativa.*

24. Estas observações induzem à precária prestabilidade, no Direito Pátrio, do *compromisso* como forma de solução de litígios (máxime — repisamos nós — quando envolvidas pessoas administrativas), de vez que, em sua grande maioria, as questões submetidas a laudos arbitrais têm como destino certo sua reavaliação no âmbito do Poder Judiciário, a partir da provocação da parte insatisfeita.

X

25. Vale assinalar, ainda, que a experiência, em nosso país, em tema de arbitragem internacional, fruto de demandas de natureza contratual, nos casos anteriormente tolerados pela legislação brasileira como na situação que era suscitada no parágrafo único do art. 45 do D.l. nº 2.300-86, não tem sido animadora, conforme se depreende das pendências ocorridas entre o Instituto do Açúcar e do Álcool — IAA e empresas importadoras, a respeito de alegados prejuízos em contratos de venda futura de açúcar. Observa-se, nos casos em que os laudos arbitrais eram desfavoráveis às importadoras, a prática renitente do ajuizamento de apelo às Cortes Supremas de Justiça da Inglaterra e ao Tribunal Federal de Recursos dos Estados Unidos (cf. proc. TC-23.348/90-9).

XI

26. Depreende-se daí que a prática do *compromisso* na resolução dos conflitos entre CHESF e seus fornecedores, longe de resolver as controvérsias à margem da jurisdição estatal, poderia — se lícito fosse socorrer-se do instituto — acarretar, isso sim, em caso de decisões arbitrais desfavoráveis às empresas privadas, perda de tempo e de recursos, pelo previsível exercício, por parte destas últimas, da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário para reexame das sentenças arbitrais.

XII

27. Por outro lado, cumpre ressaltar que as dívidas das empresas estatais, componentes do

Setor Elétrico Nacional 30.4.1990, com empreiteiras e consultoras, deverão, de acordo com o novo Grupo de Trabalho criado pelo Decreto nº 720, de 13.01.1993, ser quitadas mediante simples e regular cumprimento das obrigações contratuais, ao contrário do tratamento consolidado, previsto anteriormente, que cotejava a sub-rogação das dívidas das empresas pela ELETROBRÁS. Por oportuno cumpre notar que essa matéria foi submetida ao crivo desta Egrégia Corte, que, através da Decisão Plenária nº 139/93 (cf proc. TC-008.832/92-7, Ata nº 14/93, Ministro-Relator MARCOS VINÍCIOS VILAÇA), considerou adquado o novo acordo.

XIII

28. Adoção de qualquer alternativa específica, como a instauração de juízo arbitral, associada à solução de *parte* das pendências existentes entre o Setor Elétrico Nacional e a iniciativa privada, configura, ademais disso, ofensa ao princípio constitucional da *impessoalidade* que rege os atos da Administração Pública, ante o natural favorecimento de uma parcela de pleitos, relativos a obras e serviços associados à UHE Xingó, em detrimento de outros, mesmo em se considerando a relevância do empreendimento.

29. Desta forma, temos como particularmente preocupante a solução, em separado, do pleito formulado no item 1.3, às fls. 24, em que se faz menção a débitos anteriores a 30.4.1990.

XIV

30. Ante todo o exposto, acreditamos que poderá a Egrégia Corte conhecer da presente *consulta,* de modo a prestar, à ilustre autoridade que a formula, os esclarecimentos a que a matéria comporta — aqueles consubstanciados na proposição de fls. 38, pela zelosa Secretaria de Auditoria, acrescidos dos adminículos que ora aduzimos."

É o Relatório.

Voto

O Exmo. Sr. Ministro de Minas e Energia, Deputado Federal Paulino Cícero, em seu expediente de fls. 1 a 28, que culmina com a presente consulta, traz, também, notícia de procedimentos, adotados naquela Pasta, ensejando conclusões sobre diversos fatos tidos como irregulares nas contratações para a Hidrelétrica de Xingó, os quais, poderão subsidiar e afetar o mérito das contas da CHESF, razão por que sou pela remessa destes autos à IRCE/PE para juntada e exame em conjunto com as contas relativas aos exercícios de 1990 e 1991.

No mérito.

Como bem salientam os pareceres, a revisão, mediante juízo arbitral, dos contratos firmados pela Administração direta ou indireta não tem guarida em disposição de lei e, por serem essencialmente contratos administrativos, estão sob a égide do direito público, que não contempla a possibilidade da utilização daquele instituto, conforme pretende o consulente. Despiciendo, portanto, se torna aduzir novas considerações para responder à consulta, em que pese a relevância da matéria, de cujo desenlace estaria a depender a retomada desse importante Projeto para o desenvolvimento do País, notadamente por que voltado para o atendimento pleno das necessidades de energia elétrica das regiões Norte e Nordeste, através da interligação com o Sistema Tucuruí.

Assim, resta-me acolher os pareceres, VOTANDO por que o Tribunal responda ao insigne consulente na forma da Decisão que ora submeto à deliberação deste Plenário.

Sala das Sessões, em 15 de julho de 1993.
Homero Santos — Ministro-Relator

Proc. TC — 008.217/93-9
Consulta

PARECER

Originam-se os autos de consulta formulada pelo Sr. Ministro de Estado de Minas e Energia PAULINO CÍCERO DE VASCONCELLOS, "quando à conveniência de ser negociada a adoção de juízo arbitral para solu-

cionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a CHESF e seus fornecedores de materiais e mão-de-obra" (cf. fls. 27).

II

2. A alternativa suscitada por Sua Excelência decorre do impasse gerado por questões contratuais, tendo como objeto as obras e serviços vinculados à construção da Usina Hidrelétrica de Xingó, "cuja falta de continuidade, caso se verificasse, comprometeria objetivos maiores da economia e a garantia da prestação adequada do serviço público de energia elétrica na região Nordeste do País" (cf. fls. 01).

III

3. O Sr. Ministro, antes de introduzir a questão central da *consulta,* elabora pormenorizado relatório, enfatizando a relevância do empreendimento da Usina Hidrelétrica de Xingó, elencando aspectos técnicos e econômicos do empreendimento, bem como descrevendo as conclusões e recomendações decorrentes de inspeções e auditorias executadas pela ELETROBRÁS, CISET/MME e TCU (cf. fls. 02/23).

4. Conclui seu preâmbulo, enumerando os mais relevantes *claims* referentes às obras e serviços da UHE Xingó, segregados pelos principais segmentos do Projeto, totalizando US$ 141,5 milhões (cf. doc. às fls. 23/26, itens 1 a 3).

IV

5. A instrução do feito, a cargo da zelosa Secretaria de Auditoria, conclui as oportunas e judiciosas considerações a respeito do tema com a seguinte proposição, corroborada pelo digno titular da SAUDI, verbis (cf. fls. 39):

"Seja respondido ao Senhor Ministro de Estado das Minas e Energia 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, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros)."

V

6. Somos distinguido com a audiência solicitada pelo eminente Ministro-Relator HOMERO SANTOS, mediante o v. despacho de fls. 33, sendo os autos aqui encaminhados em 05 do mês em curso.

VI

7. A par das bem lançadas razões que dão substância jurídica ao parecer da 2ª Divisão da SAUDI, as quais nos afiguram bastantes para atender à presente consulta, temos por conveniente aditar algumas ponderações acerca da utilização do *compromisso,* regulado pelos arts. 1.037 a 1.048 do Código Civil, como forma de résolução de lides envolvendo a Administração Pública.

8. Antes, porém, de adentrarmos o tema, mister se torna referenciar a posição deste Ministério Público, exarada em Parecer de 02-7-1993 (cf. proc. TC-599.091/89-4 e outros, com xerocópia anexa), no qual se postulava a impossibilidade da utilização da *transação* como forma terminativa de obrigações, no âmbito da Administração Pública direta e indireta.

9. Fazemos essa remissão preliminar, atentando para o fato de que as referidas figuras obrigacionais — *transação e compromisso* — guardam, entre si, extrema similitude, conforme se depreende da lição do Professor CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA em sua obra "Instituições de Direito Civil — Volume II":

"Há notória semelhança entre *compromisso* e *transação,* similitude que não deixou de impressionar o legislador, mandando o Codigo Civil de 1916 (art. 1.048) que ao compromisso se apliquem as normas relativas à transação, quanto seja possível. Ambos perseguem o objetivo genérico de pôr fim a uma contro-

vérsia. Mas existe uma diferença essencial entre eles, e reside em que, pela transação, as partes previnem ou fazem cessar o litígio, enquanto pelo compromisso apenas subtraem-no ao pronunciamento da Justiça comum, e submetem-no a uma jurisdição excepcional, particular e de eleição dos próprios interessados, que é o juízo arbitral" (cf. Editora Forense, 1º edição, 1991, p. 190).

10. Deve ficar claro que o *caput* do art. 37 da Constituição Federal impõe a toda a Administração Pública — direta, indireta e funcional — a obediência ao princípio da legalidade, que tem como corolário imediato o *princípio da indisponibilidade* pela Administração, dos interesses públicos, — aliás oportunamente ressaltado na bem elaborada instrução do processo.

11 Da mesma forma que na *transação*, o Administrador, não podendo dispor, ao seu talente, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, sem a indispensável autorização legal, de requerer a instauração do *juízo arbitral*, em que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos imanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido.

VIII

12. Daí que temos como adequado o enquadramento da questão acenado pela instrução, relativamente às avenças firmadas entre a CHESF e seus fornecedores, referentes a obras civis, montagem eletromecânica e projetos associados à UHE Xingó, como contratos administrativos que efetivamente são.

13. Esta convicção ampara-se em exegese sistemática da regra posta na alínea *b*, inciso XII, do art. 21 da Lei Maior, conjugada com a norma do *caput* do art. 173 e seu § 1º, e o *caput* do art. 175, da Constituição Federal, que abona a distinção entre as empresas públicas exploradoras de atividade econômica daquelas prestadoras de serviço público, submetida, estas últimas, ao regime preponderante do Direito Administrativo.

14. Impende ressaltar, outrossim, que nem sempre aderimos à excessiva abrangência que alguns autores pretendem conferir a tal *discrímen*, ousando mesmo contrariar a interpretação literal das disposições pertinentes, tal como, *v. g.*, consta do parecer deste Ministério Público de 28 de junho pp. (cf. proc. TC-007.545/93-2), em que se apreciava *consulta* do Sr. Presidente do Conselho de Administração da Indústria de Material Bélico — IMBEL, quando a posição desta Procuradoria se inclinou pela obrigatoriedade da abertura de concurso público em sociedades de economia mista de qualquer espécie —prestadora de serviços públicos ou exploradora de atividade econômica — contrariamente à tese defendida por alguns que pugnam pela liberdade da forma de contratação de pessoal para estas últimas entidades.

15. No caso concreto, no entanto, em que se discute a obediência, devida pela CHESF, como controlada da ELETROBRÁS e concessionária de serviços públicos de energia elétrica, à normas de direito público referentes aos contratos administrativos, estamos persuadidos da inteira aplicabilidade da tese acima ventilada. Não há negar que a CHESF, quando firma contratos que envolvam objeto da concessão do Poder Público, o faz dentro do regime jurídico dos contratos administrativos, ou seja, podendo inserir nos instrumentos contratuais as chamadas "cláusulas exorbitantes", emanação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

IX

16. Sem recusarmos endosso às judiciosas colocações que a SAUDI formula a respeito do tema em apreço, temos por oportuno prescrutar e, até mesmo questionar a eficácia prática do *compromisso* como instrumento jurídico de pacificação de conflitos na órbita patrimonial privada.

17. No Direito brasileiro, em que a garantia dos direitos e interesse pelo Poder Judiciário é princípio inscrito na Constituição, em mais de um dispositivo, principalmente no inciso XXXV de seu art. 5º, a sentença arbitral, aqui subentendida a de ordem extrajudicial, só se

faz eficaz após a sua homologação pelo Poder Judiciário, que assim lhe empresta a autoridade de *judicium* dotado de força executiva.

18. Da mesma forma, inobstante a cláusula "sem recurso", o Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.048, prevê a possibilidade de a parte insubmissa recorrer à justiça comum. Sobretudo, ganha relevo a regra do art. 1.035 do mesmo Código, que *restringe (ex vi* do disposto no citado art. 1.048) o *compromisso* aos direitos patrimoniais de *caráter privado.*

19. Adverte SERPA LOPES, quanto a esse aspecto atinente à *capacidade de comprometer,* que, para a validade do compromisso, tal capacidade "depende igualmente da possibilidade do agente de dispor dos direitos em contestação" (cf. "Curso de Direito Civil", Ed. Livraria Freitas Bastos, 1955, Volume II, p. 369). Este é, aliás o pensamento dominante na doutrina brasileira (cf. Curso de Direito Civil Brasileiro", de MARIA HELENA DINIZ, Ed. Saraiva, 1983, 2º volume, p. 280, entre outros autores). Os autores que se dedicam ao assunto, como o Professor CLÓVIS V. DO COUTO E SILVA, em linha de coerência com esse entendimento e confortados com a regra processualística pertinente, lembram a possibilidade da apreciação da "controvérsia indisponível" pela autoridade judicial competente, com a conseqüente suspensão do procedimento arbitral (cf. "O Juízo Arbitral no Direito Brasileiro", *in* "Revista de Informação Legislativa", a. 25, nº 98, abril/junho de 1988, p. 143).

20. E isso porque, consoante enfatiza o mesmo autor, no referido ensaio:

"No geral, tem-se como impossível a instituição de juízo arbitral a respeito de matéria que não podem ser objeto de transação, ou para as quais exista um procedimento específico e obrigatório, como, por exemplo, as questões de Estado (...)."

E conclui o ilustre civilista, assinalando tratar-se de "um acontecimento raro", entre nós, o *juízo arbitral,* pois que o Direito Brasileiro não se lhe mostra favorável. Daí, inclusive, a perda de importância dos órgãos institucionais de arbitragem, como a conseqüente perda de prestígio da própria *arbitragem,* preferindo os interessados que as questões sejam dirimidas pelo Poder Judiciário.

21. E no caso de envolvimento de entidades da Administração Pública, com mais forte razão, em face dos interesses e direitos aí envolvidos, é de se defender o monopólio do Poder Judiciário como a jurisdição competente para a solução dos litígios, sem referirmo-nos à competência mesma da Egrégia Corte de Contas, órgão constitucionalmente instituído para avaliar acerca do bom e regular emprego dos recursos públicos.

22. Ademais disso, ter-se-ia até como discutível a celeridade no desfecho das questões por via do juízo arbitral, consoante observam os estudiosos do assunto, tal como o faz CARLOS ALBERTO CARMONA em seu artigo "Arbitragem e Jurisdição", publicado na "Revista de Processo" (nº 58, ano 15, abril/junho-1990, p. 32/40), quando assere: "Não é verdade que a arbitragem seja um meio rápido secreto e barato de resolver qualquer controvérsia: a arbitragem pode ser bastante demorada em causas complexas e que exijam produção de prova pericial; (...) e, por fim, o custo deste meio de solução de controvérsias pode ser igual ou superior ao do processo estatal." Além do que, o laudo condenatório, se não cumprido voluntariamente, tem de ser levado ao juiz togado para a execução forçada, — o que desfaz a apregoada celeridade do juízo arbitral.

23. A experiência, ela mesma, parece evidenciar que tal instituto, por seu pretendido caráter substitutivo da jurisdição, não se revela útil nem viável em nível interno, máxime quando envolvidas empresas estatais. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, em suas "Instituições de Direito Civil" (cf. Ed. Forense, 1991, volume II, p. 194), afirma que "hoje em dia, ante os termos em que o Código de Processo Civil é vazado, admite-se que a *apelação* interposta da sentença que homologa ou não a decisão arbitral devolve à instância superior a apreciação da espécie, tanto sob o aspecto de forma quanto de fundo, no sentido de que é lícito manter a homologação, ou ordenar que os árbitros profiram novo laudo; declarar extinto o compromisso, como aplicar o direito à espécie." Neste sentido, e em reforço do acerto dessas considerações, apresenta-se prestimoso o precedente judicial carreado aos autos pela

SAUDI, ao invocar o v. *decisum* proferido pela Egrégia Segunda Turma do antigo TFR na AC nº 137.279-DF (*in D. J.* de 26.6.1989), que não reconhece o poder de a Autarquia celebrar compromisso para resolução de pendência por meio do juízo arbitral, *sem que haja autorização legislativa.*

24. Estas observações induzem à precária prestabilidade, no Direito Pátrio, do *compromisso* como forma de solução de litígios (máxime — repisamos nós — quando envolvidas pessoas administrativas), de vez que, em sua grande maioria, as questões submetidas a laudos arbitrais têm como destino certo sua reavaliação no âmbito do Poder Judiciário, a partir da provocação da parte insatisfeita.

25. Vale assinalar, ainda, que a experiência, em nosso país, em tema de arbitragem internacional, fruto de demandas de natureza contratual, nos casos anteriormente tolerados pela legislação brasileira como na situação que era suscitada no parágrafo único do art. 45 do D.l. nº 2.300-86, não tem sido animadora, conforme se depreende das pendências ocorridas entre o Instituto do Açúcar e do Álcool — IAA e empresas importadoras, a respeito de alegados prejuízos em contratos de venda futura de açúcar. Observa-se, nos casos em que os laudos arbitrais eram desfavoráveis às importadoras, a prática renitente do ajuizamento de apelo às Cortes Supremas de Justiça da Inglaterra e ao Tribunal Federal de Recurso dos Estados Unidos (cf. proc. TC-023.348/90-9).

XI

26. Depreende-se daí que a prática do *compromisso* na resolução dos conflitos entre a CHESF e seus fornecedores, longe de resolver as controvérsias à margem da jurisdição estatal poderia — se lícito fosse socorrer-se do instituto — acarretar, isso sim, em caso de decisões arbitrais desfavoráveis às empresas privadas, perda de tempo e de recursos, pelo previsível exercício, por parte destas últimas, da faculdade de recorrer ao Poder Judiciário para reexame das sentenças arbitrais.

XII

27. Por outro lado, cumpre ressaltar que as dívidas das empresas estatais, componentes do Setor Elétrico Nacional, até 30.4.1990, com empreiteiras e consultoras, deverão, de acordo com o novo Grupo de Trabalho criado pelo Decreto nº 720, de 13.01.1993, ser quitadas mediante simples e regular cumprimento das obrigações contratuais, ao contrário do tratamento consolidado, previsto anteriormente, que cotejava a sub-rogação das dívidas das empresas pela ELETROBRÁS. Por oportuno cumpre notar que essa matéria foi submetida o crivo desta Egrégia Corte, que, através da Decisão Plenária nº 139/93 (cf. proc. TC-008.832/92-7, Ata nº 14/93 Ministro-Relator MARCOS VINÍCIUS VILAÇA), considerou adequado o novo acordo.

28. A adoção de qualquer alternativa específica, como a instauração de juízo arbitral, associada à solução de *parte* das pendências existentes entre o Setor Elétrico Nacional e a iniciativa privada, configura, ademais disso, ofensa ao princípio constitucional da *impessoalidade* que rege os atos da Administração Pública, ante o natural favorecimento de uma parcela de pleitos, relativos a obras e serviços associados à UHE Xingó, em detrimento de outros, mesmo em se considerando a relevância do empreendimento.

29. Desta forma, temos como particularmente preocupante a solução, em separado, do pleito formulado no item 1.3, às fls. 24, em que se faz menção a débitos anteriores a 30.4.1990.

30. Ante todo o exposto, acreditamos que poderá a Egrégia Corte conhecer da presente *consulta,* de modo a prestar, à ilustre autoridade que a formula, os esclarecimentos que a matéria comporta — aqueles consubstanciados na proposição de fls. 38, pela zelosa Secretaria de Auditoria, acrescidos dos adminículos que ora aduzimos.

Procuradoria, em 12 de julho de 1993. Francisco de Salles M. Branco — Procurador-Geral

DECISÃO Nº 286/93 — Plenário

1. Processo nº TC-008.217/93-9

2. Classe de Assunto: III — Consulta.

3. Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Ministro de Estado de Minas e Energias.

4. Entidade: Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco
Órgão de Origem: Gabinete do Ministro
Unidade: Hidrelétrica de Xingó
Vinculação: Ministério de Minas e Energia

5. Relator: Ministro Homero Santos

6. Representante do Ministério Público: Prof. Francisco de Salles Mourão Branco

7. Órgão de Instrução: Secretaria de Auditoria — SAUDI

8. Decisão: O Tribunal de Contas da União, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo 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 vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros);

8.2. determinar o envio de cópia, à autoridade consulente, dos pareceres emitidos nos autos, bem como do Relatório, Voto e desta Decisão; e

8.3. determinar a remessa destes autos à IRCE/PE para juntada e exame em conjunto com as contas da Entidade relativas aos exercícios de 1990 e 1991.

9. Ata nº 29/93 — Plenário

10. Data da Sessão: 15.07.1993. *Carlos Átila Álvares da Silva* — Presidente. *Homero Santos* — Ministro-Relator