

Análise crítica das decisões do
Tribunal de Contas da União
acerca da utilização da arbitragem
em contratos administrativos.
Evolução interpretativa*

*Critical analysis of the decisions
rendered by the Public Finance
Court regarding the use of
arbitration in administrative
contracts. Interpretative evolution*

*André Luis Nascimento Parada***

* Artigo recebido em 11 de março de 2016 e aprovado em 29 de outubro de 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v273.2016.66660>.

** Centro Universitário de Brasília, Distrito Federal, Brasília, Brasil. E-mail: andrelnparada@yahoo.com.br.

Mestre em direito e políticas públicas pelo Centro Universitário de Brasília. Especialista em docência do ensino superior pela Uerj. Auditor federal de Controle Externo do TCU. Assessor de ministro-substituto do TCU. Advogado.

RESUMO

Este trabalho tem o objetivo de identificar e analisar criticamente as premissas utilizadas nos julgados do Tribunal de Contas da União e sua evolução interpretativa, para afastar a solução de conflitos por arbitragem em contratos administrativos. Para tanto, após breve explicação sobre algumas particularidades acerca dos processos que tramitam na Corte de Contas, foram selecionados os julgados mais significativos sobre arbitragem para aferir quais são as premissas ou os critérios interpretativos normalmente suscitados pelo Tribunal para inibir a arbitragem nos contratos firmados pela administração pública. Por fim, examina-se se houve evolução desde a interpretação inicial, firmada em julgado de 1993, até o momento.

PALAVRAS-CHAVE

Arbitragem — Tribunal de Contas — interpretação inicial restritiva — flexibilização

ABSTRACT

This work aims to identify and analyze critically the premises used by the Public Finance Court and its interpretative evolution, to repel the arbitration in administrative contracts. To do so, after a brief explanation about some particularity of the process on the Public Finance Court, the judged will be selected with more meaning about arbitrage to measure which are the premises or interpretative criteria normally raised by the Public Finance Court to inhibit the arbitration in the contracts signed by the public administration. Finally, it examines if there was evolution since the initial interpretation, signed a final of 1993, so far.

KEYWORDS

Arbitration — Public Finance Court — initial restrictive interpretation — flexibilization

1. Considerações iniciais

A inserção do Brasil na economia mundial, decorrente de um cenário de globalização, em que se assiste ao crescimento da complexidade das

relações econômicas e da abertura comercial entre diversos países, fez com que o mercado passasse a demandar instrumentos jurídicos específicos que buscassem a resolução rápida de possíveis conflitos.

O mercado funciona com mais eficiência e aperfeiçoa transações econômicas, quando conta com instituições jurídicas que são seguras na medida em que as decisões são emitidas por órgãos julgadores imparciais, independentes e quando esses julgamentos são proferidos em tempo razoável.¹

A arbitragem — definida como “um meio de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, em que as partes escolhem um ou mais árbitros para resolverem as controvérsias existentes ou que venham a existir”² decorrentes de um contrato —, nesse contexto, encontra terreno fértil.

Houve a promulgação da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem) e a previsão em importantes normas que regulam a contratação pública, especificamente no ponto em que passaram a prever a adoção de mecanismos extrajudiciais para solucionar controvérsias nos contratos firmados pela administração pública.

O desenvolvimento da arbitragem no Brasil pode ser creditado a quatro fatores principais: a) a edição da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), que imprimiu agilidade e modernidade ao instituto, apesar de a arbitragem não ser nova no ordenamento jurídico brasileiro; b) a declaração de constitucionalidade, *incidenter tantum*, da referida lei pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ano de 2001, em decisão proferida no Agravo Regimental na Sentença Estrangeira nº 5.206-7/EP-Espanha; c) a ratificação pelo Brasil da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova York em 1958, internalizada pelo Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002, a qual concede aos países signatários regras próprias para o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais no país; d) o assentamento de jurisprudência favorável à arbitragem por parte de alguns tribunais judiciais brasileiros, especialmente do Superior Tribunal de Justiça (STJ).³

No que se refere ao contrato administrativo, algumas leis que disciplinam contratos de concessão de serviços públicos — seja em sua configuração

¹ LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 31-32.

² PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 25.

³ WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de. Decisões de tribunais revelam posição pró-arbitragem. *Consultor Jurídico*, 21 dez. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>. Acesso em: 4 mar. 2016.

comum, seja como parceria público-privada (PPPs) — e de concessões em setores específicos da atividade administrativa (setores regulados: energético, petróleo, telecomunicações etc.), em geral, passaram a contemplar a previsão expressa de emprego da arbitragem, especialmente por dispor de matérias técnicas específicas e complexas, bem como para atrair a participação do capital privado nas atividades estatais. Nesse sentido, o disposto na Lei nº 11.079/2004 (PPPs) e na Lei nº 8.987/1995 (concessão comum), esta com a redação conferida pela Lei nº 11.196/2005. Nos setores regulados, a Lei nº 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), Lei nº 9.478/1997 (Lei do Petróleo e Gás), Lei nº 10.848/2004 (Lei sobre Comercialização de Energia Elétrica).

Em 2013, dada a importância crescente conferida à arbitragem no Brasil, o Senado Federal nomeou uma comissão especial, presidida pelo ministro do STJ Luís Felipe Salomão e composta por juristas, para atualizar a Lei de Arbitragem. Essa reformulação teve como um dos principais objetivos sanar as diversas dúvidas surgidas ao longo da vigência da Lei nº 9.307/1996, entre as quais a utilização da arbitragem em contratos entabulados pela administração pública.

Com a publicação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) foi alterada para, entre outras modificações, incluir o §1º no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, com a seguinte redação: “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.⁴

O legislador optou por “reduzir as complexidades” e limitar interpretações restritivas, uma vez que pôs fim a possíveis controvérsias sobre o emprego do procedimento arbitral na administração pública ao editar a Lei nº 13.129/2015.

Apesar de atualmente ter aumentado a segurança jurídica em relação ao tema, principalmente com as luzes lançadas na matéria pela jurisprudência mais moderna do STJ⁵ e com a modificação pré-citada da lei de regência da arbitragem, a possibilidade de a administração pública prever a cláusula compromissória em seus contratos é questão tradicionalmente polêmica,

⁴ A recente Lei nº 13.190/2015 incluiu o art. 44-A na Lei nº 12.462/2011, que regula o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), para autorizar “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados”. A mediação está regulada na Lei nº 13.140/2015.

⁵ Conferir, entre outros, os seguintes julgados: Resp. 612.439-RS, Resp. 606.345-RS, Resp. 904.813/RJ, MS 11.308/DF.

notadamente ao se considerar o entendimento restritivo que o Tribunal de Contas de União (TCU) tem conferido ao tema.

O controle externo é exercido pelo Congresso Nacional. O TCU auxilia nesse mister, sem ser subordinado ao Congresso, conforme sobressai dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal. Conhecer a exegese oferecida pelo Órgão de Controle Externo da União reveste-se de grande importância, pois, ao oferecer interpretação historicamente restritiva, a Corte de Contas tem inibido o emprego do instituto pela administração na solução de conflitos nos contratos administrativos por ela celebrados.⁶

Justifica-se essa afirmação pela competência constitucional do TCU de julgar as contas de todos os administradores e responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais da administração direta e indireta, com exceção das contas do presidente da República, caso em que somente emite parecer prévio. E, por consequência lógica, a tradicional relutância da Corte de Contas em face da arbitragem tende a provocar dúvida e hesitação nos gestores públicos federais que ficam, em tese, temerosos em empregar o instituto.

Diante desse contexto, busca-se identificar como a Corte de Contas Federal interpreta até o momento os casos concretos relativos à arbitragem em contratos administrativos levados à sua apreciação, com o objetivo de analisar criticamente as principais premissas utilizadas nos julgados.

O problema a ser investigado resume-se nas seguintes questões: quais são as premissas utilizadas pelo TCU para afastar ou restringir a arbitragem em contratos administrativos?; a interpretação conferida ao tema pela Corte de Contas sofreu alguma evolução?

As hipóteses de pesquisa são as de que: o TCU adota, em geral, as premissas da exigência de lei específica e da não ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público para autorizar arbitragem em contratos administrativos; houve evolução interpretativa de uma posição interditiva inicial para uma exegese mais receptiva à arbitragem.

Para o desenvolvimento do estudo, este trabalho trará breves esclarecimentos sobre a processualística de contas na medida essencial para melhor

⁶ Essa é igualmente a opinião de Gustavo Justino de Oliveira e de Sílvia Helena Johanson di Salvo ao afirmarem que o posicionamento dos órgãos de controle como o TCU tem coibido o uso da arbitragem pela administração pública (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; DISALVO, Sílvia Helena Johanson. A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta. *NDJ, Orientação Preventiva*, n. 1, p. 2, ano 2013, jan. 2014).

compreensão do tema e, em seguida, examinará casos reais levados ao descortino do TCU.

As decisões a serem analisadas estão compreendidas no interregno de 1993 a 2016, sendo que apenas um julgado foi posterior à Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Ressalta-se que os acórdãos selecionados para exame serão aqueles mais significativos, ou seja, os em que a arbitragem faz parte das razões jurídicas de decidir do relator do processo ou ainda quando a decisão for posterior ao diploma precitado.

2. Processos no Tribunal de Contas da União

Antes de analisar os julgados, vale ressaltar que a processualística de contas contempla algumas diferenças em relação àquela encontrada no Poder Judiciário, mas não cabe neste trabalho esgotá-las ou especificá-las uma a uma, a não ser em breves notas (de rodapé) quando necessário, a exemplo das explicações sobre algumas espécies processuais.

Nada obstante essa opção metodológica, dois esclarecimentos preliminares são necessários para facilitar a apreciação dos julgados. O primeiro refere-se ao fato de que os processos no âmbito do TCU, de um modo geral, abrangem diversas questões, porquanto esses feitos alcançam atos da mais variada ordem praticados por administradores públicos, o que reflete em muitos e diferentes temas abordados em um mesmo julgado. Com alinhado ao objetivo deste trabalho, apenas os pontos relativos à arbitragem receberão destaques.

O segundo esclarecimento relaciona-se às partes que compõem as decisões do Tribunal, que bastante se assemelha às do processo judicial. São elas: a) o relatório do ministro relator, no qual constarão as conclusões da instrução (do relatório da equipe de auditoria ou do servidor técnico responsável pela análise do processo, bem como do parecer das chefias imediatas) elaborada pela unidade técnica e o parecer do Ministério Público junto ao Tribunal (MP/TCU), este quando for o caso; b) a fundamentação com que o ministro relator analisa as questões de fato e de direito, ou seja, o voto; c) o dispositivo em que se decidirá sobre o mérito do processo, o acórdão.⁷ A particularidade fica por conta da instrução do feito pelas unidades técnicas que integram o

⁷ Conforme o art. 1º, §3º, da Lei nº 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU.

Tribunal. Elas examinam as questões concernentes a determinado processo e, ao fim, oferecem propostas de encaminhamento (que constará no relatório) ao relator da matéria.

Fixadas essas observações iniciais, passa-se à análise de alguns julgados apreciados pela Corte de Contas Federal.

3. Casuística no Tribunal de Contas da União

A primeira deliberação proferida pelo TCU sob as luzes do tema arbitragem em contratos administrativos refere-se à Decisão⁸ nº 286/1993 — Plenário⁹ havida em processo de Consulta¹⁰ formulada pelo ministro de Estado de Minas e Energia. A autoridade consulente indagava sobre a possibilidade de adoção de arbitragem para solucionar conflitos em contratos celebrados entre a Companhia Hidroelétrica do São Francisco (Chesf), sociedade de economia mista, e seus fornecedores de materiais e mão de obra.

Os pareceres tanto da unidade técnica quanto do MP/TCU foram uníssonos em afastar o uso da arbitragem. A unidade técnica entendeu necessária a existência de lei específica que permitisse o emprego da arbitragem em contratos administrativos e ainda considerou que a adoção do instituto feriria os seguintes princípios: a) da supremacia do interesse público sobre o privado, porque a administração deixaria de exercer suas prerrogativas contratuais; b) da indisponibilidade do interesse público, pois se entrega a terceiro, que não o juiz, o poder de decidir sobre interesses públicos; c) da inalienabilidade

⁸ De ressaltar que antes da entrada em vigor do atual Regimento interno do TCU (Resolução/TCU nº 155/2002) o Tribunal proferia deliberações colegiadas ora chamadas de decisão ora de acórdão, a depender da matéria objeto de apreciação. Com o Regimento em vigor, todas as deliberações colegiadas são denominadas acórdão.

⁹ Relator ministro Homero Santos, julgado em 15 de julho de 1993. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

¹⁰ Sobre o processo de Consulta, consta no art. 264 do Regimento interno do TCU (Resolução/TCU nº 155/2002) que “O Plenário decidirá sobre consultas quanto a dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes à matéria de sua competência, que lhe forem formuladas pelas seguintes autoridades: I — presidentes da República, do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal; II — Procurador-Geral da República; III — Advogado-Geral da União; IV — presidente de comissão do Congresso Nacional ou de suas casas; V — presidentes de tribunais superiores; VI — ministros de Estado ou autoridades do Poder Executivo federal de nível hierárquico equivalente; VII — comandantes das Forças Armadas”. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

dos direitos concernentes a interesses públicos, haja vista que os direitos conferidos à administração por força da lei ou dos princípios de direito público ficariam a cargo dos árbitros; d) do controle administrativo ou tutela, uma vez que o poder-dever de a administração rever seus atos atinentes à contratação por ilegalidade ou contrariedade ao interesse público poderia ser levado à deliberação do terceiro erigido em árbitro; e) da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem, porque ameaça a estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, pois o contratado poderia pleitear, a qualquer tempo, vantagens contratuais que provavelmente não obteria na instância administrativa. Com essa interpretação concordou o MP/TCU.

O relator do feito adotou o posicionamento oferecido pela unidade técnica e pelo MP/TCU, tendo o Plenário, por meio da Decisão nº 286/1993, respondido ao consulente que o juízo arbitral seria inadmissível em contratos administrativos por falta de expressa autorização legal e por contrariar 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)”.

Observa-se que a posição inicial do TCU foi de interditar a arbitragem em contratos administrativos. Para tanto, a Corte fundamentou a decisão na ausência de autorização legislativa específica, revelando interpretação estrita do princípio da legalidade, para conceber a necessidade de lei formal específica que possibilitasse o uso do instituto (o princípio da legalidade será tratado mais adiante). De ressaltar que o *decisum* é anterior à edição da Lei nº 9.307/1996.

A Corte de Contas invocou uma pletora de princípios que conferem prerrogativas à administração para afastar o emprego da arbitragem em contratos por ela firmados. As prerrogativas mencionadas pelo TCU, que supostamente infringiriam a supremacia do interesse público sobre o particular, seriam as denominadas prerrogativas contratuais,¹¹ a saber: alteração

¹¹ Segundo Juan Carlos Cassagne, essas prerrogativas são chamadas pela doutrina de cláusulas exorbitantes. Explica que por cláusulas exorbitantes costuma-se entender aquelas que são incomuns no direito privado ou que incorporadas ao direito privado seriam ilegais. Ou as que têm por objeto outorgar às partes direitos ou impor obrigações estranhas àquelas consentidas no âmbito do direito civil ou comercial. Descreve ainda que a presença dessas cláusulas seria, para alguns, um critério para caracterizar um contrato como administrativo ou não. O autor critica essas interpretações para entender que as cláusulas chamadas exorbitantes aparecem como consequência da natureza administrativa do contrato, porque não se pode confundir causa e efeito. Também assenta que as referidas cláusulas podem ser introduzidas em contratos

unilateral do contrato, rescisão unilateral, fiscalização da execução contratual, aplicação de sanções, ocupação provisória dos bens, pessoal e serviços objeto da avença, nos termos do art. 58 da Lei nº 8.666/1993. Há ainda as restrições ao uso da exceção do contrato não cumprido, *exceptio non adimpleti contractus*, nos termos do art. 78, incisos XIV e XV, da mesma lei.¹²

O fato de um contrato administrativo ter como meio de solução de conflitos a arbitragem não impede a administração de utilizar essas prerrogativas estipuladas em lei, pois, como assevera Mauro Roberto Gomes de Mattos, o emprego da arbitragem para dirimir controvérsias em contrato administrativo possui barreiras que não poderão ser penetradas, e uma delas é a “revogação” de cláusulas que veiculem prerrogativas legais.¹³

Entretanto, os efeitos patrimoniais decorrentes dessas prerrogativas administrativas podem ser levados à apreciação arbitral. A exemplo da alteração unilateral do ajuste, a Lei nº 8.666/1993 prevê que o contratado é obrigado a aceitar essa alteração, para acréscimos e supressões em obras, serviços ou compras, no limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato e 50%, somente para acréscimos, quando se tratar de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993).

que nada têm de administrativos (CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999. p. 19). Igualmente Maria João Estorninho assevera que não é o contrato administrativo que atribui prerrogativas exorbitantes à administração; ao revés, é a própria administração que, pela sua natureza, é dotada de poderes especiais aos quais não pode renunciar mesmo quando celebra contratos. Os tradicionais privilégios exorbitantes da administração são manifestações normais de um poder administrativo, este sim um poder extraordinário em relação à capacidade contratual jurídico-privada (ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990. p. 145-147). Vale citar Brewer-Carias, para quem cláusulas exorbitantes não são estipulações contratuais, mas sim manifestações de ação unilateral própria da administração pública. Acrescenta que as aludidas cláusulas não são exorbitantes do direito comum, pois a administração pode utilizá-las naquelas relações contratuais em que exista uma preponderância de regime de direito privado (BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992. p. 47). Segundo Romeu Felipe Barcellar Filho, é o regime jurídico que faz exsurgir emanações decorrentes da preponderância do interesse público configuradoras de prerrogativas que a doutrina se acostumou a chamar de cláusulas exorbitantes (BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre o direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 178). Para Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka, não existe cláusula exorbitante na relação contratual, mas sim prerrogativas extracontratuais da administração (TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 66).

¹² Uns apontam como *locus* dessas prerrogativas o art. 58 da Lei nº 8.666/1993 ou asseveram que estão pulverizadas em outros dispositivos além do retrocitado, o que aumenta, em termos quantitativos, a teorização sobre o tema. Di Pietro, a exemplo, acrescenta às prerrogativas retrocitadas as de anular contratos e de exigir garantias, art. 56, §1º, da Lei nº 8.666/1993 (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 268-274).

¹³ MATTOS, Mauro Roberto Comes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, p. 144, jan./mar. 2001.

Por outro lado, o art. 65, §6º, da Lei nº 8.666/1993 prevê que, se a alteração unilateral provocar encargos ao contratado, a administração deverá restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial.¹⁴ Aliás, essa garantia (equilíbrio econômico-financeiro) tem estatura constitucional, nos termos do que dispõe o art. 37, inciso XXI, da CF.

Nesse contexto, vislumbra-se que conflitos envolvendo questões relativas à observância dos percentuais previstos em lei e os referentes à restauração do equilíbrio econômico-financeiro podem ser objeto de apreciação por parte de árbitro eleito pelas partes, por estarem revestidos de consequências patrimoniais quantificáveis monetariamente, apesar de decorrente de uma prerrogativa prevista em lei.¹⁵

Sobre os outros princípios mencionados na decisão, indisponibilidade e inalienabilidade do interesse público, tutela e vinculação do contrato ao instrumento convocatório igualmente não prosperam para o fim de afastar a arbitragem.

Nota-se que o TCU confunde disponibilidade de interesse público com disponibilidade de interesses patrimoniais. Pode-se assim resumir a interpretação do Tribunal conferida à questão: a administração não tem disponibilidade sobre o interesse público, porque eles são próprios da coletividade. Logo, a arbitragem não se aplicaria haja vista que o instituto somente pode ser empregado na resolução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis.

¹⁴ Por equilíbrio financeiro entende-se a preservação dos valores monetários previstos no ajuste inicial, com vistas a conservar o poder aquisitivo da moeda em que serão efetuados os pagamentos do contratado, o que inclui: a) pontualidade do pagamento das prestações acordadas; b) correção monetária dos pagamentos feitos com atraso; c) atualização financeira por meio dos índices genéricos próprios; d) o reajuste de preços, específico, de acordo com o custo da produção e de acordo com os índices setoriais aplicáveis aos insumos utilizados em cada contrato. Já o equilíbrio econômico é preservado pela revisão das próprias condições originárias do contrato, por meio da recomposição de preços e da repactuação de preços. É dizer: resguardar a remuneração dos contratados, mediante indenização dos seus prejuízos, contra os efeitos dos acontecimentos imprevisíveis na álea econômica, contra as áleas administrativas decorrentes de medidas adotadas pelos próprios governantes (fato do príncipe), contra as áleas materiais da execução do contrato, força maior e caso fortuito, contra os inadimplementos contratuais da administração, e contra as áleas decorrentes de fatos previsíveis, porém de consequências incalculáveis. Conferir, nesse sentido: BORGES, Alice Maria Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *JAM Jurídica*, a. XV, n. 4, p. 13-14, abr. 2010.

¹⁵ Nessa linha, conferir Selma Maria Ferreira Lemes para quem não são matérias que possam ser submetidas à arbitragem as decisões adotadas pela administração que giram em torno das chamadas cláusulas exorbitantes como as de rescindir unilateralmente o contrato etc. Todavia pode o árbitro decidir sobre as consequências patrimoniais delas advindas, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro (Selma Maria Ferreira Lemes, *Arbitragem na administração pública*, op. cit., p. 144).

Essa exegese parece insustentável. Há uma dificuldade apenas aparente nas premissas e na conclusão retrocitadas. É aparente porque está ligada à ideia equivocada de entender indisponível tudo que está relacionado com o Estado ou a administração pública, o que inclui os seus contratos. É como se o Estado fosse agraciado com o poder do “toque de Midas” para tornar indisponível tudo aquilo que tocar.

O cerne do dissenso recai sobre a confusão que se faz entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Trata-se de questões que não se baralham, sob pena de inviabilizar a própria atividade administrativa contratual.

Esclarece Eros Roberto Grau que, na relação contratual administrativa, o Estado-aparato (administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que impõem ao particular; ambos estão submetidos à lei (Estado-ordenamento). E para realizar o interesse público pratica atos da mais variada ordem, dispondo de direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros (a exemplo de bens públicos de uso comum). Mas é certo que algumas vezes deve dispor de direitos patrimoniais sem que isso signifique dispor de interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.¹⁶

O doutrinador descortina aquilo que geralmente é objeto da confusão entre aqueles que entendem haver óbice ao emprego da arbitragem em contratos firmados pela administração. Ou seja, dispor de direitos patrimoniais não significa dispor de interesse público, por isso o argumento contrário à arbitragem não se sustenta.

No contrato administrativo, o que está em evidência são os interesses patrimoniais que por sua lógica são disponíveis. É dizer: contratos administrativos transferem bens e direitos patrimoniais disponíveis, pois, se não contemplassem essa natureza, não poderiam ser objeto de contratos. O direito patrimonial é aquele susceptível de avaliação pecuniária ou que tenha valor econômico e o direito disponível seria o que as partes podem constituir ou extinguir por meio de ato ou acordos de vontades, ou seja, pode ser objeto de contrato.¹⁷

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, p. 17 e 20, 2000.

¹⁷ De ressaltar que não se trata de demarcação conceitual precisa, mas que somente tem o objetivo de tatear uma noção aproximada do que sejam os termos vagos “direito patrimonial disponível”.

Ora, a disponibilidade que a administração tem de criar direitos e obrigações pela via contratual, em que, repisa-se, há transferência de bens e direitos entre o Estado e um terceiro interessado, é a mesma disponibilidade que ela tem de submeter os litígios contratuais à arbitragem. Noutras palavras, se é possível disciplinar obrigações contratuais futuras que vinculam a administração e o particular ao que fora pactuado, igualmente é cabível e coerente estabelecer a forma com que eventuais conflitos possam ser resolvidos.

Marçal Justen Filho sustenta que se trata de questão indissociável, uma vez que existe um único tema jurídico em foco, ou seja, a disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações pela via consensual. Afirma ainda que, se o interesse público é indisponível a ponto de excluir a arbitragem, também o será para o efeito de produzir a contratação.¹⁸

A autonomia das vontades ou disponibilidade que possuem as partes para se vincularem por meio da convenção arbitral está ligada à autonomia contratual do Estado (administração) para criar obrigações vinculantes. O autor Marco Antonioli explica que são manifestações da autonomia negocial tanto a celebração do contrato quanto firmar o compromisso arbitral, uma vez que a autonomia reconhecida para pactuar um deles implicaria a do outro.¹⁹

De ressaltar que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral instituem a arbitragem. Estando válida a cláusula compromissória não é necessário firmar posteriormente o compromisso arbitral. Essa questão foi enfrentada pela 3ª Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.389.763-PR, que, entre outras medidas, assentou que o art. 6º da Lei nº 9.307/1996 exige a assinatura do compromisso arbitral somente quando não há prévio acordo sobre a forma de instituição da arbitragem.²⁰ Ademais, consoante o Enunciado 2, editado pela I Jornada de “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, de 22 e 23 de agosto de 2016, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, “ainda que não haja cláusula

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, 8. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 772.

¹⁹ ANTONIOLI, Marco. *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*. Milano: Giufre, 2004, p. 30.

²⁰ Nos termos do julgado: “4. A contratação de cláusula compromissória ‘cheia’, espécie admitida pelo art. 5º da Lei de Arbitragem, na qual se convencionou a forma de nomeação dos árbitros ou adoção de regras institucionais, prescinde de complementação por meio de compromisso arbitral”. REsp 1389763/PR, julgado em 12 de novembro de 2013. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=1389763&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>. Acesso em: 18 set. 2016.

compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral".²¹

Retomando a questão da indisponibilidade do interesse público, Eros Roberto Grau arremata seus apontamentos sobre o tema com a importante conclusão de que sempre que a administração puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá convencionar cláusula de arbitragem, sem que isso signifique disposição de interesse público.²² Para Gustavo Binenbojm, o poder de pactuar a arbitragem é implícito ao poder de contratar.²³

Carlos Ari Sunfeld e Jacintho Arruda Câmara explicam que a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitem contratação pelas partes, limitando a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação. Asseveram ainda que, quando a administração contrata, ela assume um determinado ônus com a perspectiva de receber uma contrapartida estipulada, e, nesse caso, algum direito patrimonial está sendo negociado, por isso há de ser considerado um direito disponível.²⁴

Com base nessa ideia simples, mas relevante, de que onde cabe o contrato — uma vez que se cuida de disponibilidade de direitos patrimoniais — cabe a arbitragem, pode-se afirmar que o princípio da indisponibilidade do interesse público não impede o uso da arbitragem nos contratos administrativos.

De mais a mais, o árbitro não decide sobre interesses públicos, como asseverou o TCU. Ele decide questões conflitantes existentes ou que venham a existir no bojo de contratos administrativos, com base no ordenamento jurídico e nas cláusulas contratuais pactuadas.

Quanto à tutela ou ao controle, nada obsta que a administração exerça essas prerrogativas em um contrato com previsão de arbitragem, mas as consequências patrimoniais (possíveis indenizações) desses atos podem ser levadas ao crivo arbitral.

²¹ Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 21 set. 2016.

²² Eros Roberto Grau, Arbitragem e contrato administrativo, op. cit., p. 20.

²³ BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. Temas de direito administrativo e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 138-139.

²⁴ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 248, p. 120-121, maio/ago. 2008.

Por fim, sobre a alegada ofensa à vinculação ao contrato ou ao edital, o TCU entendeu que a presença da arbitragem ameaçaria a estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, uma vez que o contratado poderia pleitear vantagens que provavelmente não lograria na via administrativa. Essa assertiva decorre mais de uma impropriedade lógica do que jurídica, porque a estipulação de arbitragem não visa à obtenção de vantagens ou burla ao ordenamento jurídico ou ainda ao que fora pactuado em contrato. Ao contrário, os conflitos levados à apreciação do árbitro buscam solução técnica, imparcial e principalmente respaldada nas obrigações contratuais, nas normas que delineiam a matéria objeto de conflito e em garantias processuais.

É como ensina Eduardo Talamini, “a arbitragem não é jogo de aposta ou azar”. Ao submeter um conflito à arbitragem não se está recorrendo a uma decisão advinda de procedimento desregrado e inconsequente. Ao revés, a arbitragem deve se orientar por critérios objetivos que resguardam as garantias processuais necessárias para um julgamento responsável da controvérsia.²⁵

Observa-se na linha do tempo que a interpretação inicial do TCU com relação à arbitragem em contratos administrativos é interditiva, uma vez que veda qualquer possibilidade de emprego do instituto, e revela desconhecimento e desconfiança acerca da arbitragem, especialmente no que se refere ao receio de o árbitro agir sem imparcialidade ou de atuar com alinho de condutas para beneficiar particulares que contratem com a administração.

Outro julgado da Corte de Contas que merece atenção é a Decisão nº 763/1994 — Plenário²⁶ proferida em processo de Acompanhamento²⁷ da licitação referente à concessão de exploração da Ponte Rio-Niterói. Referida

²⁵ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, p. 65, 2005.

²⁶ Relator ministro Carlos Átila Álvares da Silva, julgado em 13 de dezembro de 1994. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

²⁷ O Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: a) examinar, ao longo de um período predeterminado, a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial; e b) avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Conferir, nesse sentido, o art. 241 do Regimento interno do TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

deliberação citou como fundamento o *decisum* anterior (Decisão nº 286/1993 – Plenário) para determinar ao Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) que excluísse do edital a arbitragem como meio para a resolução de conflitos entre a concessionária e o DNER, ante a inexistência de fundamento legal para a adoção desse instituto em contratos administrativos. Igualmente à interpretação antecedente, o Tribunal vedou a arbitragem por não haver autorização legal específica.

Em processo de Levantamento de Auditoria,²⁸ o Plenário da Corte de Contas prolatou o Acórdão nº 587/2003²⁹ sobre fiscalização efetuada no Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) para verificar as obras de adequação de trechos rodoviários da BR-101 no estado do Rio Grande do Sul. No edital de licitação regida pela Lei nº 8.666/1993, foi encontrada a previsão de arbitragem para solucionar conflitos entre o DNIT e a empresa que se sagrasse vencedora do certame, signatária do futuro contrato.

Nesse processo considerou-se a arbitragem incompatível com a relação jurídica contratual existente ante a “inquestionável natureza pública” da avença, o que revelaria, na hipótese, ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público envolvido e conseqüentemente seriam nulas as cláusulas do edital que autorizavam a arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado. O Plenário deliberou por determinar ao DNIT que suprimisse as cláusulas editalícias contestadas por contrariedade ao interesse público.³⁰

Das deliberações por último mencionadas, Decisão nº 763/1994 e Acórdão nº 587/2003, ambas do Plenário, pode-se compreender que o Tribunal evoluiu de uma exegese interditiva inicial, porque proibia a arbitragem em avenças

²⁸ O Levantamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo Tribunal para: I – conhecer a organização e o funcionamento dos órgãos e entidades da administração direta, indireta e fundacional dos Poderes da União, incluindo fundos e demais instituições que lhe sejam jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais no que se refere aos aspectos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais; II – identificar objetos e instrumentos de fiscalização; e III – avaliar a viabilidade da realização de fiscalizações. Conferir, nesse sentido, o art. 238 do Regimento interno do TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

²⁹ Relator ministro Adylson Motta, julgado em 28 de maio de 2003. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

³⁰ Nessa linha de exegese conferir ainda o Acórdão 1.099/2006 – Plenário, relator ministro Augusto Nardes, julgado em 5 de julho de 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

administrativas, para adotar uma posição mais flexível que a anterior, porém ainda restritiva. Nesses julgados cujo recorte representa a interpretação ora denominada restritiva, observa-se que a Corte de Contas passa a assentar condições ou critérios mais nítidos para aferir a possibilidade ou não de placitar o uso da arbitragem.

Assim, sobressaem das deliberações as seguintes premissas: a primeira é baseada em visão estrita do princípio da legalidade, porquanto a Corte vislumbra a necessidade de lei formal específica para autorizar o emprego da arbitragem; e a segunda tem fulcro na concepção da indisponibilidade do interesse público.

Quanto à primeira premissa, entende-se que ela não prosperaria mesmo antes da edição da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Reitera-se posição já afirmada em outro trabalho do autor do presente de que a releitura do princípio da legalidade (em sentido estrito), para compreender a legalidade em sentido amplo,³¹ dispensaria a exigência de lei específica:

[...] a terceira resposta à questão relativa à desnecessidade de autorização legal específica para clausular arbitragem em contratos administrativos advém das considerações anteriormente gizadas acerca do princípio da legalidade. Rememora-se que a noção ampla desse princípio baseia-se na interpretação de que a Administração se vincula ao ordenamento jurídico como um todo normativo, e não somente à lei em sentido formal, porquanto esta é apenas uma das possibilidades de manifestação do princípio da legalidade.

Desse modo, busca-se no ordenamento jurídico mais um fundamento para conceber a arbitragem em contratos [...], sem precisar de norma expressa nesse sentido, considerando o bloco normativo composto por leis formais e outras normas dispostas no ordenamento. Vale lembrar

³¹ O princípio da legalidade em sentido amplo é chamado pela maioria dos doutrinadores de princípio da juridicidade (Por todos, citam-se: BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 127-128; e COMANDIRA, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo e otros estudios*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003. p. 132-133). Apesar de o *nomen iuris* juridicidade ser cada vez mais comum, prefere-se, neste trabalho, a nomenclatura de legalidade em sentido amplo. A uma porque parece exprimir melhor a visão "alargada" que se quer dar à legalidade. A duas porquanto a utilização pioneira do termo juridicidade coube a Adolf Merkl, que não utilizou o termo juridicidade para indicar um grau determinado de vinculação à lei, mas somente para ressaltar a necessidade de um fundamento jurídico para atuação administrativa. Conferir: MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004. p. 206.

que a concepção ampliada de legalidade compreende nela a coexistência de outras normas do direito que não só a lei em sentido estrito, aproximando a noção de legalidade aos princípios do ordenamento jurídico no momento da aplicação das normas que o compõem.

Nessa linha, desde que não haja disposição legal em sentido contrário, pode-se assentar a utilização do instituto em avenças administrativas com base na Lei 9.307/1996, art. 1º, princípio da legalidade, combinado com os princípios da eficiência (art. 37, *caput*, da CF) e da razoável duração do processo e celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF), uma vez que a solução legal é aquela extraída do ordenamento jurídico, e não somente da lei em sentido formal.³²

De mais a mais, quando a Lei nº 9.307/1996 (art. 1º) estabelece que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem”, deve-se interpretar o “as” como “todas”, de modo a entender que “todas as pessoas” que tenham a capacidade de comprometer-se em obrigações e direitos e, portanto, de contratar podem empregar a arbitragem, uma vez que não há no texto da norma distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou de direito privado, pessoas políticas ou administrativas.³³

Quanto à segunda premissa, em especial no Acórdão nº 587/2003 — Plenário, a Corte lançou mão novamente do argumento centrado no princípio da indisponibilidade do interesse público, o que, consoante explicado anteriormente, não passa de confusão entre noções (de disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais com disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público) que não se baralham.

De mais a mais, o Tribunal não fundamentou como ou em que medida o aludido princípio teria sido desrespeitado no caso concreto, o que revela falha na motivação do julgado.

Observa-se que se trata de fundamentação apoiada em conceito jurídico indeterminado, o da indisponibilidade do interesse público. Como explica Roberto Freitas Filho, os conceitos jurídicos indeterminados (ou cláusulas

³² PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 96.

³³ Selma Maria Ferreira Lemes registra que Rui Barbosa conferiu a mesma exegese a dispositivo legal semelhante ao precitado, mas pertencente às Ordenações Filipinas. Sobre os ensinamentos de Rui Barbosa, a autora lamenta que “talvez, se a lição do insuperável mestre não tivesse injustamente caído no limbo do esquecimento, a arbitragem no setor público não teria sofrido revezes” (Selma Maria Ferreira Lemes, *Arbitragem na administração pública*, op. cit., p. 120-121).

gerais a depender da nomenclatura adotada) são formulados com a utilização de termos vagos, imprecisos, semanticamente abertos de forma proposital, porque necessitam de mobilidade quando da sua aplicação.³⁴ A adoção desses conceitos demanda do operador do direito um papel ativo na determinação de seu sentido ao aplicá-los aos casos concretos, justamente porque seu sentido prescritivo³⁵ não está expresso *a priori* em seu texto, ou seja, é necessário que o aplicador venha a especificar os elementos que compõem a regra na *ratio decidendi* da decisão.³⁶

Como se percebe, os conceitos jurídicos indeterminados necessitam ter seu significado preenchido na ocasião do julgamento, o que não ocorreu no acórdão examinado, pois não basta simplesmente invocar o aludido princípio sem explicitar, caso a caso, como e em que medida estaria sendo infringido, sob pena de o julgado carecer de adequada motivação.

Acerca da motivação das decisões, rememora-se a lição de René David:

O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido [...]. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo como uma garantia contra decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito.³⁷

Entende-se que o julgador pode utilizar conceitos jurídicos indeterminados para fundamentar suas decisões, desde que complete descritivamente os termos do enunciado de acordo com a situação fática delineada no caso examinado. O recurso a esses conceitos, representado no *decisum* em destaque pela indisponibilidade do interesse público, não desobriga o julgador de motivar adequadamente suas decisões e tampouco legitima a arbitrariedade decisória.

³⁴ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009. p. 281.

³⁵ Segundo Roberto Freitas Filho, a linguagem prescritiva ocorre quando o emissor intenciona dirigir o comportamento do receptor ou induzi-lo a adotar um determinado curso de ação. O que caracteriza o modo prescritivo é o fato de o emissor desejar interferir na conduta do receptor. E no discurso jurídico a forma básica do modo prescritivo é a ordem (ibid., p. 29-30).

³⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009, p. 28-29.

³⁷ DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes: São Paulo, 1996, p. 125.

Outra questão ainda a ressaltar em relação ao Acórdão nº 587/2003 — Plenário refere-se ao fato de que o julgado é posterior à edição da Lei de Arbitragem. No entanto, o surgimento dessa norma em nada modificou o entendimento anterior da Corte de Contas a respeito da necessidade de lei específica para se clausular arbitragem em contratos firmados pela administração pública.

Em linha de exegese igualmente restritiva, a Segunda Câmara do Tribunal, por meio do Acórdão nº 537/2006,³⁸ examinou a possibilidade de empregar a arbitragem na contratação de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial (CBEE), empresa pública vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Tratava-se de Pedido de Reexame³⁹ manejado contra o Acórdão nº 584/2003 — 2ª Câmara que havia determinado à CBEE que celebrasse termo aditivo aos contratos firmados com os produtores independentes de energia (PIEs) para excluir a arbitragem das suas avenças. A recorrente insurgiu-se contra a aludida determinação.

O voto também fez referência à Decisão nº 286/1993 — Plenário e assentou que: a) não existia amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos como os celebrados pela CBEE com os PIEs; b) a Lei nº 9.307/1996 não supria a necessária autorização legal específica para que possa ser adotado o juízo arbitral nos contratos celebrados pela CBEE; c) o fornecimento de energia elétrica era direito patrimonial indisponível. Com base nessas considerações, a Segunda Câmara, nos termos do Acórdão nº 537/2006, conheceu do recurso para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a determinação veiculada na deliberação recorrida.

Essa decisão confirma a exegese anterior em relação à exigência de lei específica para sufragar a arbitragem, haja vista que a Corte de Contas deixou bem vincado que a Lei nº 9.307/1996 não poderia ser considerada diploma apto a autorizar a arbitragem em contratos administrativos, ou seja, o Tribunal optou de vez por não acolher a linha interpretativa defendida alhures que versa o princípio da legalidade em sentido amplo, complementada com a

³⁸ Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 14 de março de 2006, Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 4 mar. 2016.

³⁹ O Pedido de Reexame é uma das modalidades recursais cabíveis nos processos que tramitam no TCU. Essa espécie deve ser aviada contra decisão de mérito proferida em feitos concernentes a atos sujeitos a registros e a fiscalizações de atos e contratos. Ver art. 286 do Regimento interno do TCU. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/normativos/sobre_normativos/regimento.pdf>. Acesso em: 4 mar. 2016.

exegese de que, quando a Lei nº 9.307/1996 (art. 1º) estabelece que “as pessoas capazes de contratar” podem se valer da arbitragem, deve-se interpretar o “as” como “todas”, de forma a entender que “todas as pessoas” (inclusive o Estado) que tenham capacidade de contratar podem empregar a arbitragem.

Vale destacar ainda que, no Acórdão nº 537/2006, a Segunda Câmara fixou que o fornecimento de energia elétrica é direito patrimonial indisponível. Essa inteligência é oposta ao entendimento da Segunda Turma do STJ que, por meio dos Recursos Especiais nº 612.439-RS e nº 606.345-RS,⁴⁰ examinou a possibilidade de empregar a arbitragem na contratação de energia elétrica pela Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Para a Segunda Turma da Corte Cidadã, matéria envolvendo energia elétrica pode ser objeto de arbitragem, pois se trata de *commodity* importante para o desenvolvimento do país, podendo as empresas privadas ou estatais que se dedicam a sua comercialização e ao seu fornecimento adotar mecanismos ágeis, seguros e eficientes na gestão desses negócios.

De acordo com os registros anteriores, reafirma-se que se pode compreender a exegese restritiva do TCU em relação à arbitragem nos contratos administrativos apoiada sob dois critérios argumentativos empregados para afastar a arbitragem: exigência de lei formal específica e indisponibilidade do interesse público, embora, na maioria dos julgados, a fundamentação das deliberações sobre o tema seja falha, notadamente sobre o último critério.

Outro processo apreciado pela Corte de Contas Federal refere-se ao Acompanhamento da outorga de concessão regida pela Lei nº 8.987/1995 do serviço de transporte de passageiros por meio de trem de alta velocidade no trecho compreendido entre os municípios de Rio de Janeiro (RJ) e Campinas (SP), incluindo a construção, operação, manutenção e conservação da estrada de ferro e do material rodante necessários à oferta do serviço. O procedimento licitatório foi conduzido pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT).

Na minuta de contrato da aludida concessão constava que possíveis divergências de natureza técnica ou de natureza econômico-financeira seriam dirimidas por meio da instalação de comissão técnica, em primeira instância, ou de arbitragem, caso a comissão técnica não lograsse êxito na solução do conflito. A unidade técnica entendeu que seria indelegável e irrenunciável a

⁴⁰ Resp. n. 612.439/RS, julgado em 25 de dezembro de 2005. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302124603&dt_publicacao=14/09/2006>. Acesso em: 4 mar. 2016; e Resp. n. 606.345-RS, julgado em 15 de março de 2007. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200302052905&dt_publicacao=08/06/2007>. Acesso em: 4 mar. 2016.

resolução das divergências decorrentes do contrato de concessão de serviço público porque, no caso, a fixação de tarifas de serviço público é ato privativo da administração pública.

Vislumbrou ainda que a previsão inserida na minuta de contrato contrariava a competência da ANTT prevista no art. 25, inciso V, da Lei nº 10.233/2001, específica para o transporte ferroviário. Referido dispositivo, em essência, estabelece que cabe à ANTT regular e coordenar a atuação dos concessionários, arbitrando as questões não resolvidas pelas partes.

O relator acolheu o posicionamento da unidade técnica para entender que a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se “incluam, na parte de arbitragem, situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público”. Assentou que as questões de natureza econômico-financeira, principalmente as relativas ao poder tarifário da administração pública, não podem ser objeto de solução por arbitragem, por tratar-se de interesse público indisponível. Com essa linha de exegese, o Plenário do Tribunal, por meio do Acórdão nº 1.796/2011,⁴¹ determinou que fosse prevista, no edital de concessão e na minuta de contrato, a inaplicabilidade da Comissão Técnica e da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão.

Comando semelhante foi veiculado pelo Plenário da Corte de Contas por meio do Acórdão nº 2.573/2012,⁴² proferido nos autos de Acompanhamento de outorga para concessão de Rodovia BR-101/ES/BA igualmente regida pela Lei nº 8.987/1995, em que o TCU deparou-se novamente com a previsão na minuta do contrato de arbitragem para solução de conflitos no contrato de concessão.

Em linha análoga ao *decisum* anterior, a unidade técnica propôs, em essência, que: a) a arbitragem contrariava a competência da ANTT contida no art. 20, inciso II, alínea “b”, da Lei nº 10.233/2001, de arbitrar os conflitos entre usuários e concessionárias, e do art. 24, inciso VII, da mesma lei, de proceder à revisão e reajuste tarifário; b) “a jurisprudência tem buscado resguardar o interesse público”, e no caso específico de contratos de concessão de serviços públicos as questões econômico-financeiras são de interesse

⁴¹ Relator ministro Augusto Nardes, julgado em 6 de julho de 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

⁴² Relator ministro Raimundo Carreiro, redator para Acórdão ministro Walton Alencar Rodrigues Nardes, julgado em 26 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 5 mar. 2016.

público indisponíveis ao juízo arbitral. O relator do feito acolheu a aludida exegese e o Plenário do Tribunal determinou que constasse no contrato a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências referentes às questões econômico-financeiras.

Crê-se que esses dois julgados, Acórdãos nº 1.796/2011 e nº 2.573/2012, sejam os mais problemáticos de todos que foram analisados até o presente momento, porque a interpretação que o Tribunal conferiu aos casos concretos deixou de observar seus próprios critérios de exegese firmados nas deliberações anteriores.

Rememora-se que o TCU havia desenvolvido dois critérios hermenêuticos para permitir a arbitragem em contratos administrativos, conforme extraídos dos julgados precedentes: exigência de lei formal específica que autorizasse o emprego da arbitragem e não contrariedade ao princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nos casos em recorte, tanto a Lei Geral de Concessões, art. 23-A da Lei nº 8.987/1995, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005, quanto a lei específica de Transportes Aquaviários Terrestres, Lei nº 10.233/2001, preveem regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e com sua execução mediante arbitragem. No diploma por último citado, conferir o art. 35, inciso XVI, para os contratos de concessão e art. 39, inciso XI, para os contratos de permissão.

Nota-se que a premissa de autorização legal normalmente exigida pelo Tribunal foi contemplada nos diplomas reguladores das referidas concessões levadas ao conhecimento da Corte de Contas. O órgão de contas desconsiderou as previsões legais de regência, sem qualquer menção aos dispositivos legais que permitiam o emprego da arbitragem.

E não se diga que na espécie deixou-se de observar o princípio da indisponibilidade do interesse público como cogitou o TCU, pois parece inconciliável a interpretação de que a norma específica preveja a possibilidade de uso da arbitragem e ao mesmo tempo sua utilização possa ofender o referido princípio, pois como pode a lei veicular um determinado permissivo legal e essa previsão ser contrária ao interesse público? Ora, o interesse público está definido pelo Estado por meio do ordenamento jurídico vigente.

Sobre essa questão, vale conferir a lição de Ricardo Marcondes Martins que — apesar de criticar a arbitragem praticada pela administração pública e considerá-la inválida, entre outras objeções, por entender que o magistrado seja o mais habilitado para dizer o direito — cede em relação ao princípio da indisponibilidade do interesse público para entender que a autorização

legislativa seria suficiente para tal disposição. E arremata: “com a promulgação das leis federais mencionadas [que autorizam arbitragem] o argumento da indisponibilidade está superado”.⁴³ Nessa linha, Carlos E. Delpiazzo afirma que pactuar a arbitragem não é contrário ao interesse público quando o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, atribui competência a uma entidade pública para isso.⁴⁴

É como ensina ainda Lucas Rocha Furtado: o conteúdo do interesse público não é definido pelo administrador público, mas sim pelo próprio ordenamento que fixa os parâmetros para sua delimitação. Se a lei é o parâmetro para definição do interesse público e se ela expressamente admite a arbitragem em contratos de concessão de serviço público, não parece correto afirmar que o emprego do instituto em referidos contratos importaria violação do interesse público. E conclui: as concessões de serviço público apresentam campo apropriado para uso da arbitragem, porque boa parte das controvérsias ali instauradas refere-se a questões de ordem técnica e econômica, além de a perspectiva de decisões rápidas, juridicamente adequadas e tecnicamente fundamentadas, recomendar seu uso.⁴⁵

Em complemento à lição do autor de que não cabe ao administrador público definir o conteúdo do interesse público, acrescenta-se que tampouco cabe ao TCU fazê-lo, principalmente quando o legislador previamente definiu a possibilidade de emprego da arbitragem em determinados contratos, conferindo apenas ao gestor público a discricionariedade administrativa de optar por empregar ou não o instituto nessas avenças.

Nesse contexto, entende-se que a Corte de Contas não observou as premissas lançadas em seus julgados anteriores. Essa constatação decorre do fato de que as leis referidas autorizam clausular arbitragem nesses contratos, e ainda da interpretação de que é inconciliável o ordenamento jurídico permitir o emprego do instituto para determinada espécie contratual e ao mesmo tempo seu efetivo uso ser considerado ofensivo ao interesse público ou à sua indisponibilidade.

Firmada essa ideia, há de se examinar as demais razões jurídicas de decidir que fundamentaram os julgados em análise. Sobre a questão do

⁴³ MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse público*, Belo Horizonte, a. 12, v. 64, p. 89-90, nov./dez. 2010.

⁴⁴ DELPIAZZO, Carlos E. El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, a. 1, v. 4, p. 38, 2000.

⁴⁵ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 940.

possível desrespeito à competência da ANTT, crê-se que essa objeção não deve prosperar, pois a arbitragem realizada pela agência não é a mesma daquela disciplinada na Lei nº 9.307/1996, objeto deste trabalho. A arbitragem conduzida por agências reguladoras é atividade tipicamente administrativa, e não jurisdicional, que pode inclusive ser sindicada no Poder Judiciário de forma mais ampla do que a arbitragem constante da Lei nº 9.307/1996. Esta resolve as controvérsias com ânimo de definitividade, em razão de sua natureza jurídica híbrida (contratual e jurisdicional).⁴⁶

Não se pode confundir a atividade administrativa arbitral exercida por agências reguladoras com a arbitragem delineada na Lei nº 9.307/1996, embora ambas busquem resolver conflitos. Aquela está inserida no âmbito da função administrativa das referidas autarquias especiais e esta tem caráter jurisdicional. Naquela, a entidade autárquica decide uma determinada controvérsia sob a forma de ato administrativo, corolário de um processo administrativo. Nesta, a decisão tem a forma de sentença, decorrente de um processo arbitral.

André Castro Carvalho comenta que o fato de a agência arbitrar conflitos de interesse entre a concessionária e o poder concedente, por exemplo, não afasta a arbitragem da Lei nº 9.307/1996. Por outro lado, pode haver conflito em que a agência figure em um dos polos, situação em que não poderá atuar como árbitra. Nessa hipótese, o dissenso deverá ser resolvido pelo Poder Judiciário.⁴⁷

Ademais, podem coexistir, em um mesmo contrato, arbitragem conduzida pela agência, no exercício de sua função administrativa reguladora, e arbitragem delineada pela Lei nº 9.307/1996, como ocorre em avenças firmadas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel).⁴⁸

⁴⁶ Ao se afirmar que a arbitragem tem natureza jurídica híbrida, quer-se ressaltar que há uma fase preliminar convencional ou contratual (art. 1º da Lei nº 9.307/1996) e uma fase posterior de caráter jurisdicional (arts. 18 e 31 da Lei nº 9.307/1996). A primeira dá origem à arbitragem e pode restringir os poderes dos árbitros, a segunda dá os contornos jurisdicionais à arbitragem com base na lei de regência.

⁴⁷ CARVALHO, André Castro. Comentários ao Acórdão — TCU — Plenário 2.573/2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 10, v. 36, p. 351, jan./mar. 2013.

⁴⁸ Esse registro foi feito por Selma Maria Ferreira Lemes. A autora explica que, na Anatel, o modelo de contrato de concessão de serviços sobre diversas especialidades prevê a arbitragem no Capítulo XXX, nos seguintes termos: “Capítulo XXX — Da Arbitragem. Cláusula 30.1. — Os eventuais conflitos que possam surgir em matéria da aplicação e interpretação das normas da concessão serão resolvidos pela Anatel no exercício da sua função de órgão regulador conforme prescrito nos artigos 8º e 19 da Lei nº 9.472, de 1997, podendo a Concessionária recorrer ao procedimento de arbitragem disposto no presente Capítulo exclusivamente quando inconformada com a decisão da Anatel relativa às seguintes matérias: I — violação

De ressaltar que a competência da agência estaria preservada uma vez que continuaria a exercer seu mister de resolução de conflitos por meio de sua atividade administrativa, restando ao procedimento arbitral (Lei de Arbitragem) os casos em que houvesse alguma discordância na qual a agência figurasse como parte nesse conflito ou ainda na hipótese de o contrato estabelecer um regime de coexistência entre arbitragem feita pela agência e por árbitros, nesta regida pela Lei nº 9.307/1996.

Entende-se que a Corte de Contas, no quesito, limitou-se basicamente a interpretar dispositivos da Lei específica de Transportes Aquaviários Terrestres, Lei nº 10.233/2001, de forma literal e isolada, sem levar em consideração a sistematização dos demais comandos legais existentes na norma, que permitem a adoção da arbitragem de que trata este estudo.

Outro ponto a destacar nas deliberações refere-se à interpretação do TCU de que as questões de natureza econômico-financeira não podem ser objeto de solução por arbitragem, por tratar-se de interesse público indisponível, mormente no que se refere ao poder tarifário da administração pública.

Essa intelecção vai de encontro às considerações antes gizadas que, ao revés, compreendem que os aspectos referentes a essas questões representam sim hipótese de emprego da arbitragem, haja vista o caráter eminentemente patrimonial e disponível de que se revestem. De ressaltar que a interpretação defendida neste trabalho alinha-se à jurisprudência do STJ (Resp. nº 904.813/RJ).⁴⁹⁻⁵⁰

do direito da Concessionária à proteção de sua situação econômica, conforme prescrito no Capítulo XII; II — revisão das tarifas, prevista no Capítulo XII; e III — indenizações devidas quando da extinção do presente Contrato, inclusive quanto aos bens revertidos. Parágrafo único — A submissão de qualquer questão à arbitragem não exime a Anatel e a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato, nem permite a interrupção das atividades vinculadas à concessão” (LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na concessão de serviços públicos*. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? Disponível em: <www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. Acesso em: 5 mar. 2016. p. 14, n. 38).

⁴⁹ Do voto apresentado pela ministra Nancy Andrighi, relatora, colhe-se que o conflito girava em torno da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de caráter eminentemente patrimonial e disponível, segundo asseverou a relatora ao explicar que “tanto é assim que as partes poderiam tê-lo solucionado diretamente, sem intervenção tanto do juízo estatal, como do juízo arbitral”. Acrescentou ainda que, se a recorrente teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio financeiro do contrato, igualmente teria autonomia para eleger um árbitro. Resp. 904.813, julgado em 20 de outubro de 2011. Disponível em: <ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600381112&dt_publicacao=28/02/2012>. Acesso em: 6 mar. 2016.

⁵⁰ Cesar A. Guimarães Pereira afirma que nada impede a existência de arbitragem sobre reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. Disponível em: <www.justen.com.br/informativo.php?&informativo=5&artigo=731&l=pt#>. Acesso em: 20 set. 2016. p. 5).

Aliás, nos termos do Enunciado 13, editado pela I Jornada de “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, de 22 e 23 de agosto de 2016, do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, podem ser objeto de arbitragem relacionada com a administração pública, entre outros, litígios relativos: “I — ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II — à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas”.⁵¹

Sobre a questão específica da tarifa, vale registrar que o aspecto econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos não se limita à fixação de tarifas. E mesmo que a questão conflitiva fosse relacionada com a tarifa, parece ser admissível compreender que a interpretação acerca das premissas que fundamentam o reequilíbrio da equação econômico-financeira ou do cálculo da tarifa decorrente de revisão,⁵² ou reajustes, são hipóteses que podem ser objeto de arbitragem quando houver alguma controvérsia a respeito, porque essas questões decorrem da interpretação do contrato durante sua execução.⁵³

Segundo Carolina Leite Amaral Fontoura, não cabe ao TCU discutir e escolher o que seria arbitrável, pois não possui *expertise* para tanto. E, quando o faz, afirma a autora, extrapola os limites de sua atuação previstos na Constituição Federal.⁵⁴ É oportuno lembrar que tão ruim como a insuficiência de controle são os riscos de possíveis excessos no exercício dessa importante atividade constitucional.⁵⁵

⁵¹ Disponível em: <www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669>. Acesso em: 21 set. 2016.

⁵² A Lei nº 1.481/1989, que dispõe sobre o regime das concessões de serviços e obras públicas do estado do Rio de Janeiro, prevê a possibilidade de que as revisões de tarifas sejam realizadas mediante arbitragem, conforme se segue: art. 5º [...] “§2º — Os contratos de concessão conterão regras para estabelecer mecanismos e critérios adequados de revisão de tarifas, que poderá ser feita por juízo arbitral, nos termos contratualmente previstos”. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

⁵³ De ressaltar que o regime de concessões de serviço público é regido por contrato, decorrente de um procedimento licitatório no qual a tarifa ofertada pode ser adotada como um dos critérios de julgamento das propostas. Nessa hipótese, a arbitragem solucionaria o conflito tendo por parâmetro o contrato ou mais especificamente suas disposições relativas ao cálculo e reajuste das tarifas.

⁵⁴ FONTOURA, Carolina Leite Amaral. *As decisões sobre o uso da arbitragem pelo estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional*. p. 465. Disponível em: <www.abdconst.com.br/revista12/decisoesCarolina.pdf>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁵ André Castro Carvalho afirma que, quando se exclui uma cláusula arbitral de uma minuta de contrato de concessão, está-se, nas entrelinhas, enviando ao mercado um recado de que, em caso de problemas, a outrora parceria com o Estado dará lugar a uma infundável disputa

Outro julgado relevante refere-se ao Acórdão nº 2.145/2013 — Plenário⁵⁶ proferido nos autos de Pedido de Reexame interposto pela Petrobras contra o Acórdão nº 2.094/2009 — Plenário.⁵⁷ A deliberação recorrida tratou de Levantamento de Auditoria realizado nas obras de construção de unidades estacionárias de produção da Petrobras, Plataformas P-55 e P-57.

Em essência, a sociedade de economia mista se insurgiu contra comando veiculado no *decisum* vergastado para que a Petrobras, nos futuros contratos firmados em que fossem incluídas cláusulas compromissórias de solução de conflitos por juízo arbitral, restringisse a resolução de possíveis litígios a assuntos relacionados com sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos. Esse entendimento baseou-se na ideia de que somente seriam direitos disponíveis aqueles relacionados com a área-fim da Petrobras, de natureza comercial. No caso, como a construção de plataformas (P-55 e P-57) seria atividade-meio, não poderia empregar a arbitragem.

O relator do recurso assinalou que deve haver previsão legal expressa para aplicação da arbitragem em contratos administrativos, nos termos do que fora deliberado pelo Plenário na Decisão nº 286/1993, reafirmando a noção da necessidade de autorização legal específica para uso do instituto. Assentou ainda que a regra geral é a de que a arbitragem não seja cabível nos contratos administrativos, sendo as exceções objeto de disposição legal.

Apesar desses registros firmados na premissa tradicional restritiva da Corte, o relator reputou que as sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica apresentam a situação peculiar de estarem sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, consoante o disposto no inciso II do §1º do art. 173 da Constituição Federal, razão pela qual a utilização da arbitragem pelas aludidas sociedades ganha respaldo diretamente do texto constitucional. No ponto, foi mencionada a jurisprudência do STJ relativa à arbitragem em sociedades de economia mista, com destaque para o Mandado de Segurança nº 11.308-DF.

judicial. Assevera ainda que uma boa decisão arbitral, ainda que implique gastos aos cofres públicos, representa ganhos em termos regulatórios e um melhor ambiente para investimentos, com mais segurança jurídica e decisões mais céleres (André Castro Carvalho, Comentários ao Acórdão, *op. cit.*, p. 355).

⁵⁶ Relator ministro Benjamin Zymler, julgado em 14 de agosto de 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

⁵⁷ Relator ministro José Jorge, julgado em 9 de setembro de 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 6 mar. 2016.

No voto, ressaltou-se que, apesar de a jurisprudência do STJ não ter estabelecido limites para a utilização da arbitragem, deve-se permitir o uso do instituto somente “em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado”. Com essas considerações a deliberação atacada foi parcialmente reformada e, no ponto que interessa ao presente estudo, a determinação anterior (do Acórdão recorrido) foi modificada, passando a constar o comando de restringir o instituto às hipóteses em que a “arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado”.

Essa deliberação em destaque, assim como o acórdão recorrido marcam maior flexibilização da Corte de Contas em relação ao emprego da arbitragem. No *decisum* atacado, o Tribunal concebeu a utilização da arbitragem na atividade-fim da Petrobras (pesquisa, lavra, refino, processamento, comércio, transporte de petróleo) e manteve a vedação ao instituto para a atividade-meio. Como a contratualização de plataformas marítimas não era atividade-fim da Petrobras, houve a determinação contra a qual a sociedade de economia mista se insurgiu. Apesar de esse critério (atividade-fim ou meio) revelar-se pouco preciso e completamente dissociado da Lei nº 9.307/1996, a flexibilização do posicionamento da Corte de Contas é clara ao considerar razoável a utilização da arbitragem para resolução de questões ou disputas técnicas.

Essa noção foi aperfeiçoada na deliberação que reformou a anterior, porquanto no recurso o Tribunal admitiu a arbitragem para sociedades de economia mista com a restrição ou condição de compatibilidade com a prática de mercado e a justificativa quanto ao aspecto técnico e econômico.

A Corte de Contas, apesar de reafirmar que o entendimento antecedente da Decisão nº 286/1993 — Plenário deve ser resguardado, especialmente em relação à exigência de autorização legal para clausular a arbitragem, no caso concreto abrandou esse critério restritivo para buscar diretamente no texto constitucional, com apoio na jurisprudência do STJ, as balizas necessárias a justificar o emprego da arbitragem pelas sociedades de economia exploradoras de atividade econômica, com vistas a permiti-las lançar mão do instituto para solucionar conflitos em seus contratos administrativos, observadas as condições pré-citadas.

Repisa-se que a concepção anterior de que havia necessidade de estar vinculada à atividade-fim foi reformada, passando a Casa de Contas a estabelecer as novas condições, apesar de não especificar ou assinalar com precisão quais as situações peculiares que demandariam justificativas sob o ponto de

vista técnico e econômico e que estariam ainda “comprovadamente de acordo com as práticas de mercado”.

Com base nesse julgado, pode-se interpretar que o TCU, nas hipóteses em que a protagonista de um contrato administrativo envolvendo a arbitragem for uma sociedade de economia exploradora de atividade econômica, deixará de exigir a lei autorizativa, desfazendo uma resistência conservadora que mantém desde os idos de 1993 (Decisão nº 286/1993 — Plenário), para requerer que a cláusula arbitral seja técnica e economicamente justificada, e ainda que esteja em regime de compatibilidade com as práticas do setor em que atua.

Ao que tudo indica, ainda o TCU não recorrerá, pelo menos nessa hipótese (contrato administrativo firmado com sociedade de economia exploradora de atividade econômica), ao vetusto óbice da indisponibilidade do interesse público normalmente suscitado para afastar a arbitragem.

Por fim, a Corte de Contas tratou de arbitragem no ano de 2016, portanto após a nova disciplina da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que incluiu na Lei de Arbitragem a possibilidade de a Administração Pública adotar o instituto de forma ampla. Cuida-se do Acórdão nº 1.720/2016 — Plenário,⁵⁸ em que foram apreciados Embargos de Declaração opostos contra o Acórdão nº 425/2016 — Plenário.⁵⁹

A decisão recorrida foi um Agravo julgado em processo de Representação acerca de irregularidades na condução do rumoroso processo de aquisição da refinaria Pasadena Refining System pela Petrobras América, subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A. O Acórdão atacado não abordou a questão da arbitragem, tampouco os embargantes suscitaram omissões, obscuridades e contradições relacionadas com o tema.

No entanto, o relator dos Embargos trouxe algumas considerações sobre arbitragem ao examinar a questão principal discutida nos autos, que era a possibilidade de as partes escolherem a lei que seria aplicável ao contrato internacional apreciado (Pasadena). Havia previsão nas cláusulas contratuais de que conflitos fossem resolvidos por arbitragem internacional, regida pela Lei de Arbitragem dos Estados Unidos, a ser realizada em Houston, Texas, EUA.

Para defender a legalidade da escolha, pelas partes, da lei aplicável ao contrato, o relator afirmou que, até a promulgação da Lei nº 9.307/1996, o

⁵⁸ Relator ministro Vital do Rêgo, julgado em 6 de julho de 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20 set. 2016.

⁵⁹ Relator ministro Vital do Rêgo, julgado em 2 de março de 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20 set. 2016.

princípio da autonomia da vontade era aceito de forma tímida pela doutrina e jurisprudência. Aduziu ainda que, com a precitada lei, as partes “passaram a poder estipular na convenção arbitral a lei aplicável” ao contrato. Por fim, asseverou que o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) expressamente admite às partes optarem pela arbitragem, na forma da lei (art. 3º, §1º).

Apesar de se tratar de contrato internacional e arbitragem igualmente internacional, de o relator do feito não mencionar a modificação havida na Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015 e, ainda, de não ser a questão principal discutida no processo, as considerações acerca da Lei nº 9.307/1996 e do novo CPC reforçam a tese de que a arbitragem está em pleno curso de evolução interpretativa na Corte de Contas.

Essa maturação da Corte de Contas já não era sem tempo, mas ainda é cedo para afirmar que o TCU abandonou totalmente suas premissas que antes restringiam o emprego da arbitragem pela administração pública, principalmente o alegado obstáculo da indisponibilidade do interesse público.

4. Conclusões

As hipóteses de pesquisa foram confirmadas, pois do contexto ora examinado relativo às deliberações da Corte de Contas que tocam o tema da arbitragem pode-se compreender que o TCU era inicialmente avesso à ideia de solução de conflitos em contratos administrativos pela via arbitral. Após, passou a aceitar o instituto desde que fossem observados os critérios de lei formal específica autorizativa e de que não ofendesse o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Há ainda decisões do TCU que limitam — ao determinar, a exemplo, a não aplicação da arbitragem na resolução de controvérsias relativas às questões econômico-financeiras de uma concessão de serviço público — o uso da arbitragem mesmo em contratos administrativos em que a lei autoriza, de forma expressa, o emprego do instituto.

Em julgado mais recente e inabitual, a Corte de Contas mostrou-se mais receptiva à arbitragem ao acolher seu emprego quando: a) a arbitragem for referente a contratos administrativos entabulados por sociedade de economia mista exploradora da atividade econômica; b) for técnica e economicamente justificado o uso da arbitragem; c) estiver comprovadamente de acordo com as práticas de mercado.

Por fim, em Acórdão envolvendo contrato e arbitragem internacionais, posterior à Lei nº 13.129/2015, o TCU, em que pese não ter mencionado essa lei e não ter tratado da arbitragem como questão principal do processo, adotou posicionamento que muito se distancia da sua interpretação restritiva inicial.

Constata-se que a maioria das decisões analisadas não está em linha de consonância com a exegese *favor arbitratis* empreendida pela maioria da doutrina, da jurisprudência (principalmente do STJ) e do legislador.

Nada obstante, há uma clara flexibilização e evolução na exegese histórica do órgão que começa a desgarrar-se de sua relutância tradicional para vislumbrar a possibilidade de uso do instituto com as condicionantes que entende necessárias.

Crê-se que a tendência do TCU será tornar a interpretação conferida ao tema ainda mais flexível, haja vista que uma das premissas normalmente utilizadas pela Corte de Cortas, que versa a necessidade de lei formal específica para autorizar o emprego da arbitragem em avenças administrativas (visão estrita do princípio da legalidade), atualmente não mais subsiste, porquanto a Lei nº 13.129/2015 possibilitou, de forma ampla e expressa, à administração pública clausular arbitragem em seus contratos. Resta aguardar as próximas decisões do Tribunal, principalmente aquelas que forem proferidas em análise de contratos administrativos internos (nacionais).

Igualmente, entende-se que a outra premissa reiteradamente suscitada pela Corte de Contas — da indisponibilidade do interesse público —, de difícil sustentação no passado, com a edição da mencionada lei (Lei nº 13.129), não pode mais subsistir, porquanto parece inconciliável interpretar que o legislador autoriza o emprego da arbitragem pela administração pública e, quando se faz uso desse instituto, a Casa de Contas vislumbre ofensa ao referido princípio. Ou seja, o interesse público está definido pelo Estado por meio do ordenamento jurídico vigente.

Espera-se que o Tribunal não recue nessa jornada exegética, pois, no exercício da função de controle externo e de fiscalização executada pela Corte de Contas, quando se sinaliza para um posicionamento contrário ao uso do instituto em contratos entabulados pela administração pública, acaba-se por inibir o emprego da arbitragem pelos gestores que terão suas contas julgadas pelo Tribunal.

Referências

- ANTONIOLI, Marco. *Arbitrato e giurisdizione esclusiva*. Milão: Giufrè, 2004.
- BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre o direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- BINENBOJM, Gustavo. *As parcerias público-privadas e a constituição*. Temas de direito administrativo e constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *Improbidade administrativa e violação de princípios*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BORGES, Alice Maria Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *JAM Jurídica*, a. XV, v. 4, abr. 2010.
- BREWER-CARIAS, Allan R. *Contratos administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.
- CARVALHO, André Castro. Comentários ao Acórdão — TCU — Plenário 2.573/2012. *Revista de Arbitragem e Mediação*, a. 10, v. 36, jan./mar. 2013.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato adminitrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.
- COMANDIRA, Julio Rodolfo. *Derecho administrativo: acto administrativo, procedimiento administrativo e otros estudios*. 2. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2003.
- DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução de Hermínio A. Carvalho. Martins Fontes: São Paulo, 1996.
- DELPIAZZO, Carlos E. El arbitraje en la contratación administrativa en el ámbito del Mercosur. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, a. 1, v. 4, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FONTOURA, Carolina Leite Amaral. *As decisões sobre o uso da arbitragem pelo estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional*. Disponível em: <www.abdconst.com.br/revista12/decisoesCarolina.pdf>.

FREITAS FILHO, Roberto. *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e cláusulas gerais: o caso do leasing*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 32, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____. *Arbitragem na concessão de serviços públicos*. Arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? Disponível em: <www.selmalemes.com.br/artigos/artigo_juri15.pdf>. p. 14, n. 38.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público*, Belo Horizonte, a. 12, v. 64, nov./dez. 2010.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 223, jan./mar. 2001.

MERKL, Adolf. *Teoría general del derecho administrativo*. Tradução de José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; DI SALVO, Sílvia Helena Johonsom. A reforma da lei de arbitragem: análise sobre a autorização do uso da arbitragem pela administração pública direta e indireta. *NDJ, Orientação Preventiva*, v. 1, ano 2013, jan. 2014.

PARADA, André Luis Nascimento. *Arbitragem nos contratos administrativos: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização*. Curitiba: Juruá, 2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem e a administração pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. Disponível em: <www.justen.com.br//informativo.php?informativo=5&artigo=731&l=pt#>.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 248, maio/ago. 2008.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais, composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*, São Paulo, a. 30, v. 128, 2005.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. *Concepção dos contratos administrativos*. São Paulo: Malheiros, 2007.

WALD, Arnoldo; BORJA, Ana Gerdau de. Decisões de tribunais revelam posição pró-arbitragem. *Consultor Jurídico*, 21 dez. 2012. Disponível em: <www.conjur.com.br/2012-dez-21/decisoes-tribunais-pais-revelam-posicao-favoravel-arbitragem>.