

ARBITRAGEM, TCU E RISCO REGULATÓRIO:

SE O TCU QUISER CONTRIBUIR PARA REDUZIR O RISCO REGULATÓRIO PRECISA REVER SUA POSIÇÃO SOBRE ARBITRAGEM EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS¹

Mauricio Portugal Ribeiro²

1. Introdução

A presente nota tem por objetivo evidenciar a necessidade do TCU – Tribunal de Contas da União rever a sua posição sobre os limites de utilização da arbitragem em contratos de concessão e PPP – Parceria Público-Privada.

Em decisão sem análise detida do tema³, o TCU se pronunciou pela impossibilidade de aplicação da arbitragem para solução conflitos sobre recomposição do equilíbrio econômico-

¹ Queria agradecer a Paulo Vitor Torres da Matta pela revisão de texto e por ter me ajudado com as referências e notas de rodapé utilizadas nessa nota. Qualquer omissão ou erro é, no entanto, exclusiva responsabilidade do autor.

² Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio de Portugal Ribeiro Advogados (mauricio@portugalribeiro.com.br), e autor, entre outros, do livro “Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos”, publicado pela Editora Atlas, São Paulo, em 2011 e “Comentários à Lei de PPP – fundamentos econômico-jurídicos”, publicado pela Malheiros Editores, São Paulo, 2011 (esse último em coautoria com Lucas Navarro Prado).

³ Em artigo publicado no website Conjur, André Castro Carvalho já tinha criticado essa decisão, mas o seu questionamento estava mais focado na ausência de competência formal do TCU para adotar decisão sobre esse tema. Vale a pena citar trecho do seu trabalho:

Nesse caso, tendo em vista o arcabouço legal exposto — o qual, até o momento, está vigente no ordenamento jurídico brasileiro e, portanto, presume-se constitucional —, não faz sentido o TCU delimitar o seu âmbito de aplicação, tolhendo, até mesmo, a própria competência regulatória da Agência, que é oriunda da própria Constituição Federal. É uma afronta à discricionariedade administrativa, extremamente necessária em matéria de políticas públicas relacionadas a infraestruturas.

Se no caso de São Gonçalo do Amarante houve a restrição à sua aplicabilidade é porque, em termos regulatórios, o poder concedente entendeu por bem restringi-la — decisão esta, repise-se, que cabe ao Poder Executivo respectivo, e não ao Tribunal de Contas. Evidentemente, se no caso da concessão da BR-101/ES/BA o poder concedente considerou que a arbitragem deveria ter um conteúdo mais amplo, é porque se estaria, dessa forma, atingindo de forma mais satisfatória o interesse público. Pressupor o contrário é uma violação frontal à

financeiro em contratos administrativos, por considerar que questões econômicas e financeiras dos contratos de concessão e PPP constituem direitos indisponíveis, e que apenas as questões regulamentares poderiam ser submetidas ao juízo arbitral.⁴

Além de tecnicamente questionável e incoerente com suas próprias decisões anteriores e com entendimento do STJ – Superior Tribunal de Justiça, essa decisão do TCU é extremamente inoportuna, considerando que:

- a) a criação da figura do Diretor Interino das agências reguladoras (demissível *ad nutum* pelo Presidente da República) acabou com a independência política das agências, e as tornou parte do Governo, o que leva a uma percepção de maior risco regulatório, já que o órgão que deveria arbitrar os eventuais conflitos entre usuários, Governo e concessionários perdeu a imparcialidade, pois foi, dessa forma, capturado pelo Governo;
- b) a iniciativa privada vê na possibilidade de utilização da arbitragem para resolver os conflitos que emergem dos contratos de concessão e PPP uma compensação contra a perda da independência política das agências reguladoras;
- c) a garantia do equilíbrio econômico-financeiro é a principal proteção dos concessionários contra o aumento das incertezas regulatórias, de modo que não poder submeter conflitos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos à arbitragem significa que as questões econômico-financeiras serão resolvidas ou por uma agência capturada pelo Governo ou pelo Poder Judiciário, que apesar de ser visto como imparcial, é considerado como insuficiente para prover a segurança necessária para viabilizar os investimentos, tanto pela demora no provimento de decisões definitivas quanto pela falta de especialização dos juízes, que em regra, não entendem a lógica econômica e financeira de uma concessão ou PPP.

Nessas circunstâncias, a decisão do TCU contribui significativamente para percepção de aumento do risco regulatório, criando incentivos para afastamento de investidores das nossas licitações de concessão e PPP⁵ e aumento dos preços pagos pelos usuários e pelo Poder Concedente em contratos de concessão.

competência discricionária do Poder Executivo na formulação e execução de suas atividades típicas insculpidas constitucionalmente. E a justificativa de que a cláusula violaria o artigo 24, VII, da Lei 10.233/01, o qual inscreve como atribuição exclusiva da ANTT proceder à revisão e reajuste de tarifas, não faz o menor sentido. (Cf. André Castro Carvalho. TCU limita a arbitragem e dá um passo e meio para trás. In: <http://www.conjur.com.br/2012-out-23/andre-carvalho-tcu-limita-uso-arbitragem-passo-meio>. Acesso em 02 de dezembro de 2014).

⁴ TCU, Plenário, Acórdão nº 2.573/2012 (Ata nº 38/2012), rel. Min. Raimundo Carreiro, red. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 26.09.2012

⁵ Note-se, por exemplo, que nenhum novo investidor internacional participou da última rodada de concessões de rodovias, salvo os espanhóis que já estão estabelecidos no Brasil.

Todo esse contexto me leva a achar que o TCU deveria rever a sua decisão sobre esse tema para autorizar amplo uso da arbitragem para solucionar conflitos relativos a questões econômico-financeiras de contratos de concessão e PPP.

Nas linhas a seguir, trato, em primeiro lugar, dos limites da utilização da arbitragem no Direito Administrativo. Depois, descrevo e analiso a decisão do TCU para mostrar que ela é tecnicamente insuficiente e incoerente com decisões anteriores do próprio TCU e, em seguida, evidencio os efeitos inoportunos dessa decisão, no contexto político-institucional atual. Por fim, concluo pela necessidade de que a decisão comentada do TCU seja revista.

2. Os limites da arbitragem no Direito Público

Desde a década de 1990 que tem se discutido no Brasil a utilização da arbitragem como substitutivo da decisão judicial para solução de conflitos decorrentes de contratos administrativos. Os argumentos utilizados a favor da arbitragem são geralmente a sua maior celeridade e a especialização dos árbitros, que podem ser escolhidos em vista da sua especialidade nos temas objeto de conflito entre as partes.

A aprovação da Lei de Arbitragem em 1997 não foi suficiente para sustentar a utilização de arbitragem em contratos administrativos. Diversos doutrinadores entendiam ser necessário previsão legal específica para tanto. Particularmente, havia dúvida sobre se as questões que envolvem o interesse público poderiam ser caracterizadas como direitos patrimoniais disponíveis, o que era condição da Lei de Arbitragem para a sua utilização. E, na dúvida, sobre esse tema, vários doutrinadores terminavam por entender ser necessária a previsão legal específica para permitir o uso da arbitragem para a solução de conflitos entre partes de um contrato administrativo.

Em 2004, foi aprovada a Lei Federal de PPP, que previu expressamente a possibilidade de se utilizar a arbitragem nos contratos de PPP e, em 2005, entrou em vigor a reforma da Lei das Concessões, que permitiu a utilização da arbitragem em contratos de concessão comum.⁶ Essas leis consubstanciaram a autorização legal necessária para a utilização da arbitragem nos contratos de concessão e PPP.

Apesar disso, continuou-se a discutir a abrangência da aplicação da arbitragem a esses contratos, em vista da previsão legal de aplicação da arbitragem apenas para solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis.

A questão, a partir de então, era saber quais temas de um contrato de concessão ou PPP se constituem em direitos patrimoniais disponíveis e, assim, podem ser objeto de arbitragem, em face do Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

⁶ Cf. art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/1995 (incluído pela Lei Federal nº 11.196/2005) e art. 11, II, da Lei Federal nº 11.079/2004.

Note-se que a disponibilidade ou indisponibilidade de direitos é um efeito decorrente de determinadas características de um dado direito.⁷ Na esfera do Direito Privado, há consenso que os direitos indisponíveis são geralmente os direitos relacionados à vida, a personalidade e a capacidade. São direitos tão relevantes que o indivíduo não pode dispor deles. Não pode, por exemplo, renunciar, nem mesmo parcialmente a esses direitos, senão em juízo, isto é com a supervisão de um membro do Poder Judiciário.

No Direito Público, por sua vez, não há um consenso sobre o que são os direitos indisponíveis.

O mais curioso nessa seara é que, de um lado, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público leva muitos doutrinadores e operadores do direito a praticamente entenderem que qualquer tema de Direito Público configura direito indisponível.

Por outro lado, até onde eu saiba, nenhum desses doutrinadores ou operadores advogam pela aplicação da consequência necessária da indisponibilidade, que seria a necessidade de supervisão judicial para qualquer forma de disposição desses direitos.⁸

Note-se que há disposição de direitos tanto na modelagem dos contratos administrativos quanto na sua execução diuturna. Por exemplo, quando, em face de um contrato omissivo, a Administração Pública acorda com um contratado a utilização de uma dada metodologia para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, claramente ela está dispondo de direitos (escolhendo uma metodologia em detrimento de outras tantas possíveis). Também quando um agente público escolhe prever no contrato administrativo, ao longo do seu processo de modelagem, um critério de indenização por extinção antecipada do contrato em detrimento de outros, ele também está dispondo sobre direitos a serem tratados no contrato.

Por isso, o meu entendimento é que a melhor explicação para a relação entre indisponibilidade do interesse público e poder de disposição da Administração Pública em contratos administrativos é que os objetivos envolvidos em um contrato e em uma contratação administrativa são certamente indisponíveis, pois vinculadas à satisfação de interesses públicos. Mas os contratos e o seu conteúdo são apenas meios para atingir esse interesse público e, por isso, não faz sentido considerar o seu conteúdo indisponível – como, aliás, já tinha notado Diogo de Figueiredo Moreira Neto em face de situações de natureza diversa – sob pena,

⁷ Nesse contexto, a estratégia legal de limitar a abrangência da arbitragem aos direitos disponíveis me parece uma estratégia ineficiente, pois deixa em aberto a pergunta sobre quais direitos são considerados disponíveis e quais são considerados indisponíveis, o que é particularmente controverso no Direito Público, mesmo na esfera dos contratos administrativos.

⁸ A abordagem jurídica comum sobre esse tema, contudo, sempre me pareceu sem sentido. Se considerássemos que os temas tratados em contratos administrativos são direitos indisponíveis, a Administração Pública não poderia celebrar os contratos sem supervisão judicial. É que a modelagem de contratos – ainda que não se constitua formalmente, para os efeitos da nossa lei processual, em renúncia de direitos – são, por excelência, meio de disposição de direitos. Ao modelar um contrato, a Administração Pública opta por uma forma de obtenção do interesse público em detrimento de tantas outras formas. Há nisso uma atividade clara de disposição, pela qual a Administração Pública escolhe um meio de satisfação do interesse público e com isso renuncia, naquele caso, à obtenção do interesse público por qualquer dos outros meios possíveis.

inclusive, de dificultar as escolhas pela Administração Pública dos melhores meios para alcançar os interesses públicos neles envolvidos.⁹

Independentemente da minha opinião atual sobre o assunto – que levaria a tratar todo o conteúdo dos contratos administrativos como direitos disponíveis (mas não necessariamente patrimoniais) – a doutrina jurídica consolidou, inclusive com a minha contribuição nesse sentido, que a distinção entre direitos disponíveis e indisponíveis em contratos administrativos está relacionada com a distinção clássica entre cláusulas regulamentares e cláusulas econômico-financeiras.¹⁰

⁹ É também nessa linha o entendimento de Alexandre Santos de Aragão, que citando Eros Grau e Caio Tácito pontua:

“Podemos entender por direitos patrimoniais disponíveis aqueles que, por serem suscetíveis de valoração econômica, integram o patrimônio e podem ser livremente negociados por seus titulares com terceiros. (...)”

Como bem aponta Eros Roberto Grau, ‘dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (...) Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem’.

Nessa mesma linha, termos, a partir da lição de Caio Tácito que, se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender ser possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são ‘disponíveis’ para efeitos de poderem ser estabelecidos mediante a celebração de um acordo de vontades (contrato administrativo) e, de outro lado, entender que são ‘indisponíveis’ para vedar que controvérsias acerca dos direitos alegadamente constituídos por esse contrato possam ser voluntariamente submetidas à solução por arbitragem.

Mister se faz aqui a remissão ao que expusemos no tópico 2, no sentido de que os aspectos financeiros dos contratos firmados por prestadores de serviços públicos (mesmo que seja o próprio Estado) com agentes privados não afetam interesses públicos primários ou indisponíveis; e que, se qualquer decisão jurisdicional que pudesse afetar financeiramente uma prestadora de serviço público não pudesse ser tomada em arbitragem, estar-se-ia excluindo da arbitragem qualquer lide contratual ou que envolvesse valores econômicos.

Na verdade, adotando-se esse raciocínio não seria possível a arbitragem em qualquer lide envolvendo prestadoras de serviços públicos: se a matéria não for econômica a matéria não seria arbitrável em razão de os interesses públicos primários não poderem ser objeto de arbitragem; se a matéria for econômica também não poderia ser apreciada em arbitragem porque potencialmente poderia em tese afetar o equilíbrio econômico da prestação do serviço.” (Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. In: Revista de Arbitragem e Regulação, ano 7, n. 27, out.-dez./2010, p. 71-102.)

¹⁰ Vide, sobre o tema, o trecho abaixo de Eduardo Reinert, que cita a posição de diversos doutrinadores:

“Observe-se ainda que a autorização para nos utilizarmos da arbitragem pode ser encontrada na própria definição de contrato administrativo, ao se referir aos direitos patrimoniais disponíveis. Na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO o contrato administrativo ‘é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado’.

Pela definição acima apresentada, observa-ser (sic) que a utilização das potestades da Administração esbarra na questão dos interesses patrimoniais do contratante privado, como melhor veremos abaixo.

Realizada essa primeira etapa (que poderia ser classificada como exo-análise de arbitrabilidade objetiva), que que se analisa somente o objeto da contratação, passamos a segunda etapa (endo-análise) que reside na verificação da arbitrabilidade de suas cláusulas.

Essa distinção foi criada com o objetivo de separar as cláusulas regulamentares – que poderiam ser alteradas unilateralmente à conveniência da Administração Pública, pela sua conexão com a realização do interesse público envolvido – das cláusulas econômico-financeiras, que não podem ser alteradas, senão com concordância do contratado da Administração Pública.

Essa exigência de concordância do contratado para alterações na equação econômico-financeira do contrato e nas cláusulas que digam respeito a temas econômico-financeiros está no centro da proteção do contratado contra o poder exorbitante da Administração Pública de

Para um melhor estudo devemos analisar uma a uma as cláusulas que compõem os Contratos Administrativos, sempre tendo em vista o afetamento das referidas cláusulas pela realização do bem comum.

No caso das cláusulas regulamentares, uma vez ligadas diretamente a persecução do interesse público (como a cláusula que estabelece condições de segurança a serem garantidas pelas concessionárias de serviço público aos usuários v.g.) não podem submeter-se ao procedimento arbitral.

O contrário ocorre quando se trata de cláusula regulamentar de natureza técnica (como no caso em que o contrato estabelece determinado ângulo para lançamento de concreto), por não estar afetado pela realização do bem comum poderá tal cláusula ser submetida a arbitragem. Até porque, de que importa ao cidadão a técnica utilizada pelo construtor para lançar o concreto, o que importa na realidade é que a obra seja concluída e esteja em condições de uso.

Quanto às cláusulas econômicas, podemos até reconhecer que é do interesse da Administração pagar o mínimo possível aos seus credores, contudo essa premissa deve ser muito bem observada antes da publicação do edital com o preço máximo das propostas.

Isso porque, conforme já se afirmou anteriormente, entregue a proposta se estabelece a equação econômico-financeira do contrato. Tal equação, para que não corresponda a enriquecimento ilícito de qualquer das partes deverá ser mantida até a extinção do contrato. Ou seja, o momento de se buscar o baixo preço é na elaboração do edital de compra, não podendo a Administração se negar a realizar reajustes ou revisões nos contratos pactuados.

Como as cláusulas econômicas versam somente sobre questões monetárias relativas ao contrato, não se consegue vislumbrar óbice para a utilização da arbitragem nesses casos, que deverá ser na maioria das vezes realizada por peritos contábeis que poderão calcular, por exemplo, o montante da revisão aplicada ao contrato, ou ainda, mediante a ocorrência de fatos alheios ao contrato (hiper-inflação) a readequação do índice de reajuste.

Para a Prof.^a SELMA MARIA FERREIRA LEMES “não obstante se submeter às regras do direito público, estas não impedem, ao contrário autorizam, a utilização da arbitragem para solucionar os diferendos oriundos do contrato e que digam respeito aos interesses públicos derivados com repercussões patrimoniais”.

Do que foi exposto, pode-se concluir que: em se tratando de cláusulas regulamentares, estas só poderão ser submetidas à arbitragem se não versarem sobre a consecução do bem comum (interesse público primário), ou então se relativas a questões técnicas cuja alteração não cause prejuízos ao bem comum; com relação às cláusulas econômicas, por não haver relação direta com a persecução do interesse público e face a imposição constitucional de manutenção da equação econômico-financeira do contrato nada obsta que eventual conflito entre Administração e particular que tenha por objeto apenas questões financeiras seja levado a jurisdição arbitral.” (cf. REINERT, Edison Eduardo Borge. Contratos Administrativos e a aplicabilidade de Lei de Arbitragem. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 23, agosto/setembro/outubro, 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>. Acesso em: 02 de dezembro de 2014.)

Gina Copola também expressamente afirma que a cláusula de equilíbrio econômico-financeiro não está sujeita à indisponibilidade de interesse público:

“Ou seja, o interesse público primário refere-se a direito indisponível do Estado, enquanto o interesse público secundário (cite-se por exemplo o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato) refere-se a direito disponível, e que, portanto, não está sujeito ao princípio da indisponibilidade do interesse público.” (Cf. COPOLA, Gina. A Arbitragem nos Contratos Administrativos. Disponível na Internet: <http://www.acopesp.org.br/artigos/Dra.%20Gina%20Copola/gina%20artigo%2097.pdf>. Acesso em 02 de dezembro de 2014).

alterar unilateralmente o contrato. É que, com isso, assegura-se a mutabilidade das cláusulas regulamentares, destinada a manter o contrato alinhado ao interesse público que lhe anima, protegendo, ao mesmo tempo, o contratado contra os impactos econômicos e financeiros dessas mudanças. Isso porque não seria razoável que o contratado arcasse sozinho com os ônus que decorrem da necessidade de alterar o contrato para mantê-lo em harmonia com o interesse público.

Nessa visão, as definições do Poder Concedente sobre cláusulas regulamentares caracterizariam direitos indisponíveis, pois a Administração Pública não poderia renunciar à prerrogativa de adequar o contrato administrativo ao interesse público que lhe é subjacente.

Note-se que as cláusulas regulamentares tratam, por exemplo, das características da obra ou serviço a ser prestado. Nos contratos de concessão e PPP, além das (a) regras sobre as características do serviço, as cláusulas regulamentares abrangem (b) regras sobre as relações entre os concessionários e os usuários, inclusive (b.1) o valor da tarifa, pois esse valor tem implicações em relação ao acesso do serviço – mas não abrange os pagamentos da Administração Pública ao concessionário a qualquer título, ou as questões em torno da aferição e manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.¹¹

Já em relação às questões econômico-financeiras dos contratos administrativos em geral e, particularmente, dos contratos de concessão e PPP, não há nenhuma dúvida de que se tratam de direitos patrimoniais disponíveis. Tanto o contratado quanto a Administração Pública pode dispor sobre eles, e, na prática, o fazem muito frequentemente.

¹¹ A rigor, sequer faz sentido dizer que as cláusulas regulamentares tratam de direitos indisponíveis. Na verdade, essas cláusulas tratam de temas cuja decisão da Administração Pública não pode ser afastada. Por exemplo, a decisão sobre o nível (qualidade) e cobertura de um serviço a ser prestado por um concessionário. As cláusulas que tratam desse tema são, sem dúvida, cláusulas regulamentares. Essa decisão não pode ser tomada por nenhum outro ente senão a Administração Pública. Mesmo o Poder Judiciário teria enormes dificuldades para substituir a Administração Pública nesse mister. É que há nessa decisão uma atividade de julgamento sobre qual nível e cobertura do serviço melhor atende ao interesse público. E esse juízo não é redutível sequer a considerações meramente técnicas. É preciso a participação dos agentes políticos e a força da legitimidade democrática. Não há decisão judicial que possa substituir isso.

Mas, mesmo assim, seria um exagero dizer que essa decisão trata de direito indisponível. A Administração Pública dispõe sobre esse tema cada vez que celebra contratos de concessão ou PPP. Ela estabelece um nível de qualidade do serviço e uma determinada cobertura do serviço em detrimento de outros níveis de qualidade possíveis ou de outras coberturas possíveis. Não fosse possível à Administração Pública dispor sobre esses temas e teríamos que ter a supervisão judicial na modelagem de todos os contratos de concessão e de PPP, o que evidentemente não faz sentido.

As cláusulas regulamentares tratam, portanto, de temas cujo objeto só pode ser decidido pela Administração Pública e que, portanto, não faria sentido submeter-se nem a arbitragem, nem mesmo ao Poder Judiciário. Mas, no nosso sistema jurídico, nada pode fugir à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e, por isso, ele termina sendo o ente a tomar a decisão final sobre qualquer conflito institucionalizado. O tipo de conexão entre essas cláusulas e o interesse público torna-as objeto de decisão exclusiva da Administração Pública. Mas isso não quer dizer que elas tratem de direitos indisponíveis. Pode a Administração Pública, por contrato, dispor sobre cláusulas regulamentares, se entender que isso é desejável para a viabilização do interesse público.

Note-se que o STJ já decidiu que questões econômico-financeiras de contratos administrativos, constituem direitos patrimoniais disponíveis, e, por isso, podem ser objeto de arbitragem.¹²

3. A decisão do TCU e sua insuficiência técnica

Mas, eis que, em meio a essa discussão complexa sobre temas ainda não consolidados, o TCU resolve se pronunciar sobre o assunto, de forma incidental e, lamentavelmente, sem uma análise à altura da complexidade do tema. Foi no Acórdão nº 2573/2012, do Plenário, que tratou do contrato de concessão da rodovia BR-101/ES/BA. O Plenário do TCU decidiu, acolhendo a sugestão do relator, que, por sua vez foi baseado no parecer da respectiva área técnica:

- a) que só podem ser submetidas à arbitragem as cláusulas regulamentares dos contratos de concessão; e;

¹² STJ, Terceira Turma, REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.02.2012. Ementa:

*PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. 1. A fundamentação deficiente quanto à alegada violação de dispositivo legal impede o conhecimento do recurso. Incidência da Súmula 284/STF. 2. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. 3. A ausência de decisão sobre os dispositivos legais supostamente violados, não obstante a interposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 4. Não merece ser conhecido o recurso especial que deixa de impugnar fundamento suficiente, por si só, para manter a conclusão do julgado. Inteligência da Súmula 283 do STF. 5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. 7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame. 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. **9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.** 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. 12. Recurso especial não provido. (grifei)*

Passagem do inteiro teor:

“Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral par dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos.

Esse, contudo, não é o caso dos autos, cujo objeto da arbitragem limita-se à discussão acerca da manutenção de equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou seja, não envolve direitos indisponíveis. Com efeito, a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter iminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

Preferiram, no entanto, optar pela arbitragem, mediante a celebração do compromisso arbitral, posteriormente impugnado pela recorrente. Observe-se que se tratou de um ato voluntário da administração –concessionária – submeter a controvérsia ao juízo arbitral, renunciando ao juízo estatal.” (grifei)

- b) que as questões econômico-financeiras configuram direitos indisponíveis, e, por isso, não podem ser objeto de arbitragem.¹³.

A área técnica do TCU, em seu parecer, menciona a competência da ANTT para estabelecer tarifas (art. 24, VII, da Lei 10.233/01) e cita um trecho de livro de doutrina que reforça essa competência da Administração Pública, conforme trecho a seguir reproduzido:

“147. Joana Paula Batista também defende idêntico entendimento (in Remuneração dos Serviços Públicos, Coleção Temas de Direito Administrativo, Malheiros Editores, 2005, fl. 117), in verbis:

10. O ato administrativo de fixação das tarifas de serviços públicos é privativo da Administração Pública titular do serviço por atribuição legal ou constitucional. A sua natureza, outrora debatida pela doutrina, é regulamentar e não contratual em virtude de inexistir qualquer bilateralidade na fixação.

148. Como da prestação do serviço público decorre a cobrança de tarifas públicas, Joana Paula Batista entende que, ‘em face da irrenunciabilidade do poder tarifário, a fixação de tarifas não poderá se submeter à arbitragem, forma alternativa de solução de disputas positivada pela Lei n. 9.307/1996’.”

Na minha opinião, Joana Paula Batista, citada pelo TCU, está correta. O poder de fixação da tarifa ao usuário é irrenunciável, mas não porque ele tenha uma dimensão econômico-financeira. A razão porque esse poder é irrenunciável é porque ele diz respeito à relação entre concessionário e o usuário, e o Poder Concedente, nessa relação, é tutor do usuário e do interesse de amplo acesso ao serviço público, que é sempre um serviço essencial.

A área técnica do TCU é que, na minha opinião, entendeu errado: achou que a indisponibilidade do poder de fixação de tarifa era consequência da natureza econômico-financeira da cláusula sobre tarifa.

Aliás, fosse adotada de agora em diante a estranha visão perfilhada pelo TCU, no sentido de que as questões econômico-financeiras de concessões se consubstanciam em direitos indisponíveis, teríamos que (i) eventual discussão sobre o nível de serviço ao usuário definido pela Administração Pública (que é uma questão nodal, nos serviços considerados essenciais) poderia ser submetida à arbitragem, mas (ii) o cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro de uma concessão ou a dimensão da indenização ao contratado por extinção antecipada do contrato teriam que ser julgados pelo Judiciário, e não poderiam ser objeto de arbitragem.

Na minha opinião, trata-se de uma completa inversão de valores onde as questões mais essenciais – como, por exemplo, questões que envolvem o acesso e o nível de qualidade dos serviços públicos – poderiam ser submetidos a arbitragem, mas não as questões econômicas e

¹³ Aliás, se as cláusulas econômico-financeiras consubstanciassem direitos indisponíveis, as licitações públicas teriam que ser feitas sob supervisão judicial, eis que ao elaborar a sua proposta na licitação os participantes dispõem sobre aspectos econômico-financeiros dos contratos, ao ofertarem, no caso dos contratos de concessões, PPPs, serviços e obras, a preços menores que os previstos pela Administração Pública.

financeiras. Acredito que a única explicação possível para essa posição do TCU é que ela é, simplesmente, produto de erro.

A área técnica do TCU parece ter se confundido. Como, ao analisar o tema, focou-se na questão da tarifa – que é sem dúvida algo com impacto econômico-financeiro, mas que se caracteriza como cláusula regulamentar, por envolver a relação entre usuário e concessionário – terminou se confundindo e considerando, indevidamente, que todos os temas econômico-financeiros não podem ser objeto de arbitragem.

Aliás, por essa visão do TCU, se um concessionário resolvesse abrir mão de uma indenização do Poder Público, ou se renunciasse a um aumento de tarifa que lhe compense de um desequilíbrio econômico-financeiro, essas renúncias de receitas só poderiam ser feitas com supervisão judicial, o que, novamente, não faz qualquer sentido.

Aliás, essa decisão do TCU contraria frontalmente outras decisões suas anteriores. Por exemplo, o TCU determinou à ANTT a alteração da metodologia para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovia em curso para que a ANTT utilize, nos casos de inclusão de novos investimentos nesses contratos, a metodologia do fluxo de caixa marginal.¹⁴

Ora, se as cláusulas sobre equilíbrio econômico-financeiro tratassem de direitos indisponíveis, seria necessária a supervisão judicial para que os contratos de concessão de rodovias em curso tivessem as suas cláusulas sobre metodologia para reequilíbrio alteradas. Em outras palavras, seriam nulas as alterações realizadas nesses contratos para incluir uma nova metodologia para cálculo do equilíbrio econômico-financeiro, e, portanto, nulos todos os processos de reequilíbrio realizados até aqui que se basearam em cláusulas sobre supostos direitos indisponíveis que foram alteradas pela ANTT e concessionários de rodovias para seguir determinações do próprio TCU.

4. Por que a decisão do TCU é especialmente inoportuna?

Além de tecnicamente insuficiente e incoerente com decisões passadas do próprio TCU, a decisão sobre a abrangência da aplicação da arbitragem adotada pelo TCU é particularmente inoportuna, considerando que a arbitragem se tornou, na visão da iniciativa privada, o principal mecanismo compensatório da perda da independência política das agências reguladoras federais.¹⁵

¹⁴ Cf. TCU, Plenário, Acórdão nº 2.154/2007 (Ata nº 42/2007), rel. Min. Ubiratan Aguiar, j. 10.10.2007, com diversos desdobramentos, inclusive o TCU, Plenário, Acórdão nº 1.055/2011 (Ata nº 14/2011), rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. em 24.07.2011.

¹⁵ Percebi isso na minha atividade advocatícia. Em praticamente todos os processos de concessão em que advoguei pela iniciativa privada em face das agências reguladoras federais, um dos principais pleitos era a inclusão da arbitragem nos contratos.

Desde 2012 – em uma manobra de licitude questionável – criou-se no âmbito da União a figura do Diretor Interino das agências reguladoras.¹⁶ Tratam-se de diretores nomeados por Decreto e demissíveis *ad nutum* pelo Presidente da República.

Note-se que, quando da criação das agências reguladoras independentes, as respectivas leis de criação previam que os diretores teriam mandato, na maioria dos casos com término em anos escalonados, de modo a garantir que nenhum Presidente da República nomeasse em um só mandato todos os diretores de uma dada agência. Esse mecanismo visava garantir a independência política da agência reguladora em relação ao Governo. A intenção era que a agência pudesse desempenhar o papel de um árbitro imparcial entre os concessionários, o Governo e os usuários do serviço, de modo a assegurar o regular cumprimento dos contratos, com a tomada de decisões regulatórias politicamente independentes.

Em contexto em que as agências perderam independência administrativa e financeira ao longo dos últimos anos, a figura do Diretor Interino foi o golpe de misericórdia na sua independência política, que, na minha opinião, abalou sua credibilidade. Na prática, as agências reguladoras dirigidas por Diretores Interinos, notadamente a ANTT e a ANTAQ, passaram a ser vistas pela iniciativa privada como autarquias governamentais comuns, submetidas às decisões do Governo.

Assim é que, desde 2012, se tornou pleito comum da iniciativa privada, na modelagem de contratos de concessão ou PPP submetidos a essas agências reguladoras, a previsão de cláusulas arbitrais, que permitiriam a existência de uma corte imparcial, capaz de solucionar a tempo os conflitos entre concessionários e Governo.

Note-se que, apesar do Poder Judiciário ser visto pela iniciativa privada como imparcial, a demora das decisões e o fato dos juízes serem generalistas, sem conhecimento específico da estrutura econômico-financeira das concessões e PPPs, leva ao entendimento de que Poder Judiciário não tem condições de substituir agências reguladoras independentes na sua função de assegurar o cumprimento dos contratos.

Por isso, nos últimos anos, a arbitragem tem sido vista como o único instrumento apto a dar segurança aos concessionários sobre a imparcialidade, tempestividade e adequação técnica de decisões sobre conflitos em torno do cumprimento dos contratos.

Observe-se que, em momentos político-institucionais como o presente, é extremamente importante reforçar a proteção à garantia ao equilíbrio econômico-financeiro. A efetividade dessa garantia pode ser um contrabalanço importante para os investidores ao aumento do risco regulatório representado por uma agência reguladora politicamente capturada pelo Governo, por meio da figura do Diretor Interino.

¹⁶ O TCU deveria analisar a licitude dessa manobra.

Nesse contexto, a decisão do TCU sobre os limites da arbitragem simplesmente inviabiliza o uso da arbitragem para lidar com a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, que é a principal proteção que qualquer concessionário tem contra o risco regulatório de uma agência reguladora capturada pelo Governo.

Isso tudo me autoriza a dizer que, além de tecnicamente superficial, a decisão do TCU sobre a abrangência da arbitragem é extremamente inoportuna. Ela promove a insegurança, contribui para afastar investidores e, dessa forma, para aumentar o custo das contratações de concessões e PPPs.

5. Conclusão

Para um órgão que, por disposição constitucional é responsável pelo controle da economicidade das decisões administrativas, creio que é dever do TCU rever essa decisão e prestar contribuição para, em contexto em que as agências reguladoras já não conseguem desempenhar o papel de terceiro imparcial entre o Governo e a iniciativa privada, consolidar a possibilidade de uso arbitragem em contratos de concessão e PPP, ao menos para solução de conflitos sobre questões de natureza econômico-financeira.