

Revista

Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário

37 – Mar-Abr/2017

Conselho Editorial

Adolpho Bergamini
André Benevides de Carvalho
Benjamin Gallotti Beserra (*in memoriam*)
Demes Britto
Edison de Oliveira Vianna Júnior
Fábio Gustavo Alves de Sá
Luiz Leonardo Goulart
Marcelo David Gonçalves
Murillo de Moraes Rego Corrêa Barbosa
Oswaldo Agripino de Castro Júnior
Rodrigo Fernandes More
Vicente Marotta Rangel
Welber de Oliveira Barral
Wilén Manteli

 INSTITUTO
DE ESTUDOS
MARÍTIMOS

sage

 SINTESE

Revista

Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário

Ano VII — Nº 37 — MAR-ABR 2017

REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA

Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Portaria CONJUD nº 610-001/2013
Tribunal Regional Federal da 2ª Região — Despacho nº TRF2-DES-2013/08087
Tribunal Regional Federal da 3ª Região — Portaria nº 04, de 31.05.2012 — Registro nº 27
Tribunal Regional Federal da 4ª Região — Portaria nº 942, de 13.08.2013 — Ofício — 1528443 — GPRES/EMAGIS
Tribunal Regional Federal da 5ª Região — Informação nº 001/2013-GAB/DR

EDITORIAL SÍNTESE

DIRETOR EXECUTIVO: Elton José Donato
GERENTE EDITORIAL: Milena Sanches Tayano dos Santos
COORDENADOR EDITORIAL: Cristiano Basaglia
EDITOR: Cristiano Basaglia

EDITORIAL IEM — INSTITUTO DE ESTUDOS MARÍTIMOS

DIRETOR: André Benevides de Carvalho

CONSELHO EDITORIAL

Adolpho Bergamini, André Benevides de Carvalho,
Benjamin Gallotti Beserra (*in memoriam*), Demes Britto,
Edison de Oliveira Vianna Júnior, Fábio Gustavo Alves de Sá,
Luiz Leonardo Goulart, Marcelo David Gonçalves,
Murillo de Moraes Rego Corrêa Barbosa,
Oswaldo Agripino de Castro Júnior, Rodrigo Fernandes More,
Vicente Marotta Rangel, Welber de Oliveira Barral, Wilen Manteli

COMITÊ TÉCNICO

Augusto Fauvel de Moraes, Benjamin Caldas Gallotti Beserra,
Claudio Ribeiro Huguet, Denis Gamell, Felipe de Assis Serra,
Henrique Santos Costa de Souza, Maria Augusta Paim, Mateus Soares de Oliveira

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Cesar Pereira, Eduardo da Costa Lima Caldas Machado, Gisele Pereira, João Paulo Hecker da Silva,
Josiane Zordan Battiston, Kelly G. Martarello, Leatrice Mendonça Bez de Oliveira Gomes,
Lucas Müller Zaniz, Marcello de Oliveira Gulim, Márcio Sebastião Aguiar, Nadine Viaud Gattáes,
Oswaldo Agripino de Castro Junior, Ronaldo Vasconcelos

2011 © SÍNTESE

Uma publicação da SÍNTESE, uma linha de produtos jurídicos do Grupo SAGE e do IEM – Instituto de Estudos Marítimos. Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos aduaneiros, marítimos e portuários.

Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelo *e-mail*: pesquisa@sage.com (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 2.000 exemplares

Revisão e Diagramação: Dois Pontos Editoração

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço conselho.editorial@sage.com

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário. – Vol. 7, n. 37
(jan./fev. 2017) – São Paulo: IOB, 2011. .
v.; 23 cm.

ISSN 2236-5338
Bimestral.

1. Direito aduaneiro. 2. Direito marítimo. 3. Direito portuário.

CDU 347.79
CDD 342.29

Bibliotecária responsável: Nádia Tanaka – CRB 10/855

sage | SÍNTESE

IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.
R. Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP
www.sage.com

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7247900
E-mail: sacsintese@sage.com

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais localidades 0800.7283888

A trigésima sétima edição da *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário* analisa em seu Assunto Especial o uso da Arbitragem no Setor Portuário, apresentando as suas vantagens para a solução de conflitos e os reflexos perante os tribunais.

No primeiro artigo do Assunto Especial, intitulado "A Importância dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos para a Atividade Portuária", Osvaldo Agripino de Castro Junior, Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica da Univali, Doutor em Direito (UFSC) e Convidado do Mestrado e Doutorado em Direito Marítimo Internacional, do International Maritime Law Institute, IMO/Malta, estágio Pós-Doutoral em Regulação de Transportes e Portos na Kennedy School of Government, Harvard University, apresenta em seu texto breves notas sobre os métodos adequados de solução de conflitos (MASC), abordando ainda aspectos históricos, conceito e características, vantagens e requisitos para a arbitragem nos termos do Decreto nº 8.465/2015, em especial no caso de serviços portuários. A seguir, os Advogados João Paulo Hecker da Silva, Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP, Sócio de Lucon Advogados, Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação do Mackenzie, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; Ronaldo Vasconcelos, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Sócio de Lucon Advogados, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual; e Marcello de Oliveira Gulim, Sócio de Lucon Advogados, Advogado, Membro do Observatório da Justiça da USP, analisam a compatibilidade entre arbitragem e o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas, em especial no âmbito de matérias com as quais a jurisdição arbitral possa interferir direta e indiretamente nos gastos públicos. Já a "Arbitragem no Setor Portuário e o Decreto nº 8.465, de 2015" é título do estudo de Cesar Pereira, Doutor e Mestre pela PUC-SP, FCI Arb, Visiting Scholar na Columbia University, European University Institute e University of Nottingham, Sócio da Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, em cujo conteúdo é feito o alerta para a necessidade de cuidadosa interpretação da referida norma, além de ser apresentado um exemplo de aplicação prática do decreto, com análise de litígio no âmbito da Codesp (São Paulo). Completa o Assunto Especial o artigo do Advogado associado ao escritório Agripino & Ferreira AC, Lucas Müller Zaniz, cujo título é "Da Necessidade de Publicidade da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública", no qual o autor discute o princípio da publicidade, para questionar de que modo se deve seguir para tornar eficiente dito mandamento, e a sua importância para a expansão das arbitragens com maior segurança jurídica para os *players* do mercado.

Abre a Parte Geral deste volume texto de Direito Aduaneiro intitulado "Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneira e Suas Recentes Alterações – IN/SRF 228/2002 e IN/RFB 1.169/2011", trabalho este assinado por Kelly G. Martarello, Advogada com atuação com ênfase em Direito Aduaneiro e Tributário, Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito de Curitiba (Unicuritiba) e UBA (Universidad de Buenos Aires), Processo Tributário pelo IBET/SC (Instituto Brasileiro de Direito Tributário), Direito Aduaneiro pela Univali (Universidade do Vale do Itajaí), Pós-Graduada pela Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Pós-Graduada em LLM Direito Empresarial pela FGV (Fundação Getúlio Vargas), Membro da Comissão de Direito Aduaneiro da OAB Santa Catarina e São Paulo, Associada da ABAT (Associação Brasileira de Advocacia Tributária), e por Nadine Viaud Gattães, Advogada, com atuação com ênfase em Direito Aduaneiro, Pós-Graduada em Direito da Aduana e do Comércio Exterior Brasileiro pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), nos qual as autoras analisam importantes mudanças legislativas que afetam o setor aduaneiro. A seguir, Leatrice Mendonça Bez de Oliveira Gomes, Advogada Sócia da Franco Advogados em Florianópolis, com formação

em Gestão de Operações Portuárias, Assessora de informações jurídicas na Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina desde 2007, Membro da Comissão de Direito Portuário e Marítimo da OAB/SC, tendo presidido a Comissão de Estudos Jurídicos e Legislativos da OAB/SC, avalia em seu artigo "Expectativa das Exportações no Brasil com a Saída do Reino Unido da União Europeia", o impacto para o comércio exterior diante da saída do Reino Unido da União Europeia, a sua importância para o Brasil, bem como os seus desdobramentos. Já no campo do Direito Marítimo, encerrando a doutrina geral, Márcio Sebastião Aguiar, Advogado, Membro do Escritório Machado, Cremonese, Lima e Gotas – Advogados Associados, com atuação nas áreas de Direito do Seguro e Direito dos Transportes, Especialista em Direito Marítimo e Portuário pela Universidade Católica de Santos, foca seu artigo no "Diálogo entre as Fontes nos Contratos de Transporte Marítimo", e apresenta a legislação aplicável aos contratos de transporte marítimo, além de destacar a natureza de adesão destes instrumentos e as restrições de aplicação das convenções internacionais, considerando a ausência da autonomia da vontade e as restrições impostas pela legislação brasileira. A jurisprudência, que compõe a Parte Geral, apresenta o repositório dos Tribunais Regionais Federais sobre os temas atuais julgados por estas Cortes, além do ementário comentado.

Na Seção Especial, "Com a Palavra, o Procurador", Eduardo da Costa Lima Caldas Machado, Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Procuradoria Especializada junto à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – Antaq, Pós-Graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP, Pós-Graduando em Direito Marítimo pela Maritime Law Academy, assina o artigo "Terminais de Uso Privado: a Insígnia do Novo Regime Jurídico Portuário", no qual examina a repercussão do novo regime jurídico de exploração portuária instaurado pela Lei nº 12.815/2013, regulamentada pelo Decreto nº 8.033/2013, mais precisamente o procedimento de obtenção de outorga e instrumento de materialização, e identifica necessárias medidas governamentais e legislativas.

A seguir, na Seção Especial "Jurisprudência Comentada", são apresentados dois julgados relevantes. No primeiro estudo, a "Interposição Fraudulenta de Terceiros. Perdimento de Mercadorias. Declaração de Inaptidão e Suspensão do CNPJ. Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório" é o assunto objeto do acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região analisado por Josiane Zordan Battiston, Advogada, com ênfase em Direito Empresarial e Direito Tributário, Graduada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Pós-Graduada em Direito Empresarial e dos Negócios pela Universidade do Vale do Itajaí/SC, Especialista Jurídica *Lato Sensu* pelo Instituto Luiz Flávio Gomes, em Balneário Camboriú/SC, Especialização em Atualização de Contratos: Visão Negocial e Prática pela Fundação Getúlio Vargas, Pós-Graduada em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, Florianópolis/SC, Membro da Comissão de Direito Aduaneiro de Santa Catarina. Já a jurisprudência comentada a seguir por Gisele Pereira, Advogada Aduaneira, Especialista em Direito Marítimo e Portuário e em Direito Tributário, envolve as soluções de consulta relativas ao Sisconserv, emitidas por uma Divisão de Tributação das Superintendências Regionais da Receita Federal do Brasil – Disit, tendo por referência outra Solução de Consulta Vinculante da Coordenação-Geral de Tributação – Cosit, e que abordaram os conceitos de *Demurrage* e Frete.

Aproveite este interessantíssimo conteúdo e tenha uma ótima leitura!

Milena Sanches Tayano dos Santos
Gerente Editorial

André Benevides de Carvalho
Diretor do IEM

Normas Editoriais para Envio de Artigos	7
---	---

Assunto Especial

ARBITRAGEM PORTUÁRIA

DOCTRINAS

1. A Importância dos Métodos Adequados de Solução de Conflitos para a Atividade Portuária
Osvaldo Agripino de Castro Junior 9
2. Arbitragem e Sua Aplicação no Âmbito do Tribunal de Contas: uma Análise à Luz do Controle Exercido nos Contratos Administrativos Portuários
João Paulo Hecker da Silva, Ronaldo Vasconcelos e Marcello de Oliveira Culim 25
3. Arbitragem no Setor Portuário e o Decreto nº 8.465, de 2015
Cesar Pereira 43
4. Da Necessidade de Publicidade da Arbitragem Envolvendo a Administração Pública
Lucas Müller Zaniz 65

Parte Geral

DOCTRINAS

1. Os Procedimentos Especiais de Fiscalização Aduaneira e Suas Recentes Alterações – IN/SRF 228/2002 e IN/RFB 1.169/2011
Kelly G. Martarello e Nadine Viaud Gattães 76
2. Expectativa das Exportações no Brasil com a Saída do Reino Unido da União Europeia
Leatrice Mendonça Bez de Oliveira Gomes 92
3. Diálogo entre as Fontes nos Contratos de Transporte Marítimo
Márcio Sebastião Aguiar 98

JURISPRUDÊNCIA JUDICIAL

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

1. Tribunal Regional Federal da 1ª Região 105
2. Tribunal Regional Federal da 2ª Região 114
3. Tribunal Regional Federal da 3ª Região 118
4. Tribunal Regional Federal da 4ª Região 128
5. Tribunal Regional Federal da 5ª Região 136

EMENTÁRIO

1. Ementário de Jurisprudência..... 141

Seção Especial

COM A PALAVRA, O PROCURADOR

1. Terminais de Uso Privado: a Insígnia do Novo Regime Jurídico
Portuário
Eduardo da Costa Lima Caldas Machado 200

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

1. Interposição Fraudulenta de Terceiros. Perdimento de Mercadorias.
Declaração de Inaptidão e Suspensão do CNPJ. Princípios da
Ampla Defesa e do Contraditório
Josiane Zordan Battiston..... 227

2. *Demurrage* É Frete?
Gisele Pereira..... 240

Índice Alfabético e Remissivo 253

Arbitragem e Sua Aplicação no Âmbito do Tribunal de Contas: uma Análise à Luz do Controle Exercido nos Contratos Administrativos Portuários

JOÃO PAULO HECKER DA SILVA

Doutor e Mestre em Direito Processual pela USP, Sócio de Lucon Advogados, Professor Convidado do Curso de Pós-Graduação do Mackenzie, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

RONALDO VASCONCELOS

Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela USP, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Sócio de Lucon Advogados, Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

MARCELLO DE OLIVEIRA GULIM

Sócio de Lucon Advogados, Advogado, Membro do Observatório da Justiça da USP.

RESUMO: Visa o presente artigo a apurar a compatibilidade entre arbitragem e o controle externo realizado pelo Tribunal de Contas, em especial no âmbito de matérias com as quais a jurisdição arbitral possa interferir direta e indiretamente nos gastos públicos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; decisão judicial; Tribunal de Contas; independência dos poderes; contratos administrativos portuários.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Função do Tribunal de Contas e relevância de sua análise técnica; 2 Arbitragem e Tribunal de Contas: independência dos Poderes; 3 Benefícios da arbitragem para a Administração Pública; 4 Arbitragem, Tribunal de Contas e contratos administrativos portuários; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

A utilização da via arbitral pela Administração direta e indireta, com o advento da Lei nº 13.129/2015, teve sua autorização reforçada pelo teor do art. 1º, § 1º, dizendo que a “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais

disponíveis”. Contudo, ainda remanesce o preconceito do Tribunal de Contas contra esse relevante mecanismo de resolução de controvérsias¹.

Isso pode ser depreendido da evolução da jurisprudência do TCU, na qual se constata o receio do Tribunal de a jurisdição arbitral prejudicar o interesse público ao se imiscuir, por exemplo, em questões atinentes às tarifas cobradas na prestação de algum serviço público².

Há, inclusive, entendimento recente e temerário à consolidação da arbitragem no sistema jurídico brasileiro, enquanto instrumento útil à Administração Pública, extraído do artigo publicado por Sérgio Ciquera Castro³, Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Nele, encontram-se sugestões confrontando a utilização da arbitragem pela Administração Pública no caso de inexistir previsão de sua instauração no edital de licitação. Depreende-se, outrossim, receio quanto aos gastos envolvidos na negociação entre a Administração e o particular, haja vista, nos termos do artigo, não ser “razoável que a Administração Pública mergulhe em negociação sem conhecer a prévia estimativa de custos, ponto de enorme relevância quando envolvidos recursos públicos”.

Por imperativo constitucional, compete ao Tribunal de Contas apreciar e realizar julgamentos técnicos sobre matérias econômicas, contábeis e financeiras dos gastos públicos, da destinação de receitas, da criação de despesas, bem como realizar uma análise do próprio mérito de eficiência e gerenciamento desses recursos.

Não há como se defender, desse modo, que a jurisdição arbitral dispensa a análise do Tribunal de Contas na matéria que lhe compete. Todavia, também não há razões para coibir a utilização da via arbitral pela Administração Pública, direta ou indireta, em matérias que devam ser apreciadas pela Corte de Contas, uma vez que análise técnica (Tribunal de Contas) e análise jurisdicional arbitral (arbitragem) são distintas e não se confundem.

Pretende-se defender, em suma, que o Tribunal de Contas e a arbitragem devem se relacionar do mesmo modo que se relacionam com a jurisdição estatal: de forma independente e autônoma.

- 1 Ver: TCU, Acórdão nº 0391/2008, Plenário, Min. Rel. Marcos Vinícius Vilaça, J. em 12.03.2008. No corpo do acórdão, encontra-se a assertiva de que “não cabe ao administrador público a discricionariedade de optar ou não pela arbitragem, dispondo sobre o patrimônio público ou o interesse público, bem como afastar a tutela jurisdicional, em se tratando de um contrato administrativo de direito público”.
- 2 Ver: TCU, Acórdão nº 1796/2011, Plenário, Min. Rel. Augusto Nardes, J. em 06.07.2011. No corpo do acórdão, encontra-se a assertiva de que “questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível”.
- 3 Ver: ROSSI, Sérgio Ciquera. Tribunal de Contas e a arbitragem. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-artigo-tribunal-contas-e-arbitragem-por-sergio-ciquera-rossi>>. Acesso em: 16 jan. 2017, às 14h41min.

Nesse sentido, o objetivo deste artigo reside na demonstração de elementos que reforcem a utilização da arbitragem, mesmo em questões que repercutam em matéria objeto de controle do Tribunal de Contas. Enquanto a arbitragem realiza a função jurisdicional decorrente da dispensa da utilização da jurisdição estatal, o Tribunal de Contas faz uma análise técnica de economicidade, legitimidade e legalidade, podendo coexistir com qualquer outra jurisdição, seja estatal ou arbitral.

1 FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS E RELEVÂNCIA DE SUA ANÁLISE TÉCNICA

No momento de sua criação no Brasil, mediante o Decreto nº 966-A, de 1890, ao Tribunal de Contas foi incumbida a análise puramente técnica de destinação de receitas e de criação de despesas. O controle não tinha uma afeição propriamente voltada ao desempenho do gasto público, mas sim à correta aplicação dos recursos públicos com base no que foi estipulado pelo orçamento. Depreende-se essa visão da redação do art. 1º do decreto, o qual dispôs como dever da Corte de Contas o “exame, a revisão e o julgamento de todas as operações concernentes à receita e despe[sa] da República”.

A evolução das atribuições do Tribunal de Contas ocorreu conforme o desenvolvimento da complexidade dos gastos públicos e do próprio aumento da cobrança, por parte da população, por transparência, pela correta aplicação das verbas públicas e, além disso, por mais eficiência na aplicação dos recursos públicos. Se o controle exercido é função “inerente ao poder e à Administração”⁴, nada mais justo que seja prestado para a sociedade, esclarecendo as razões pelas quais é exercido de um modo, e não de outro.

Assim, do simples dever de apreciar a destinação adequada de dinheiros públicos, a Corte de Contas passou a exercer função mais complexa, a fim de atender aos anseios da população por transparência e eficiência, bem como para zelar pela probidade e moralidade dos gastos públicos.

Diante dessa realidade, a Constituição brasileira adota um sistema de controle que utiliza como baliza dos gastos públicos o orçamento programa, no qual se garante a correta destinação e criação de receitas e despesas, valendo-se, para tanto, de instrumentos de planejamento mais sofisticados que contribuem para a probidade do gasto público. Para tanto, por meio do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentária e da Lei Orçamentária Anual, o Tribunal aprecia a conduta daqueles que manuseiam as verbas públicas, devendo analisar se o gestor público observa os ditames orçamentários lá previstos “com intuito de atender ao interesse público e às demandas da sociedade, visto que

4 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 31.

as receitas e despesas destinam-se a cumprir metas e objetivos que beneficiem os administrados”⁵.

Isso se deve à letra constitucional do art. 70, a qual estabelece ao Tribunal de Contas, enquanto auxiliar do controle externo, o dever de fiscalizar matérias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, com base em critérios de “legalidade, legitimidade e economicidade”.

A fiscalização feita pela justiça de contas assume, na realidade brasileira, papel importante no controle não apenas dos gastos públicos, como também da probidade e eficiência da despesa realizada por meio de critérios de legalidade, legitimidade e economicidade⁶. Trata-se de uma análise singular, incapaz de ser feita por qualquer outro órgão, pois sua finalidade maior é de demonstrar à população a eficiência estatal e o que está sendo feito com as receitas destinadas à determinada obra, investimento, serviço público, serviço social, contrato de concessão, entidade beneficiária, etc.

A decisão resultante dessa análise possui natureza técnica e versa, especificamente, sobre matérias “de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e material” dos gastos públicos que envolvam a Administração Pública, direta ou indireta. Não tem o condão, portanto, de exercer a função jurisdicional estatal ou arbitral.

Em outras palavras, aspectos contábeis e financeiros da probidade da utilização da verba pública incumbem à Corte de Contas, enquanto a análise de conformidade das ações e omissões dos gestores com o ordenamento jurídico brasileiro, em sua feição de ser justo ou não, incumbe à justiça competente, podendo ser ela, a depender do caso, eleitoral, criminal, arbitral, civil, dentre outras.

Aliás, a natureza técnica das decisões dos Tribunais de Contas possui importância significativa para legitimar a atuação do controle externo⁷.

O termo “técnico” envolve a ideia de especialidade em determinada atribuição. Alguém que seja “técnico” em certo assunto, portanto, possui conhecimentos especiais e aprofundados os quais profissionais de outras áreas, ou

5 CESTARI, Renata Constante; CARNAÚBA, César Augusto Martins; GULIM, Marcello de Oliveira; SAQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. Tomada de Contas Especial: um importante mecanismo de controle no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 111, no prelo, 2016.

6 Ver: CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Brasília*, v. 29, p. 83-94, 2003.

7 Sobre a importância da existência de órgãos técnicos na Administração Pública, incluindo aí o Tribunal de Contas, Bordalo explica que se verifica nesses órgãos “imunização da influência política, refratária muitas vezes aos aspectos técnicos envolvidos nas questões apresentadas, o que abala a própria segurança jurídica. Nesse sentido é que se justifica a constituição de Colegiados que detêm uma funcionalidade eminentemente técnica ou uma composição integrada com experts” (BORDALO, Rodrigo. *Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016).

mesmo pessoas comuns, desconhecem. Surge daí a demanda por tais especialistas para tratarem de problemas referentes aos assuntos dos quais eles possuem conhecimento aprimorado.

Mais do que isso, a pessoa técnica, além de conhecimento aprofundado sobre um tema, também detém atributo visto com bons olhos por quem necessita de seus trabalhos: imparcialidade.

Pensando de forma prática e didática, notem, por exemplo, como um técnico eletricista exerce sua função ao arrumar um chuveiro queimado. Pouco importa, para ele, a razão que estragou o chuveiro; o técnico, diante do problema, tenta resolvê-lo da maneira mais eficiente e condizente aos anseios de quem o contrata, demonstrando, de forma imparcial, a origem da adversidade. Utiliza, para tanto, seu amplo conhecimento para averiguar o problema, orçar a solução e efetivá-la por meio do conserto.

Até pode, contudo, dar seu parecer sobre o que ele entende como motivo que levou o chuveiro a estragar, mas não lhe incumbe o juízo de julgar o mérito da causa, ou mesmo a responsabilidade de quem a originou.

Sob essa lógica, inserem-se as decisões dos Tribunais de Contas. A opção pelo controle técnico decorre da necessidade por imparcialidade no momento da decisão, que não pode ser contaminada pela visão enviesada de qualquer órgão da Administração Pública ou Poder do Estado.

O controle externo, justamente por isso, é feito com auxílio do Tribunal de Contas, ao qual incumbe o controle em sua feição técnica e precisa, deixando para o Congresso Nacional o controle político e abstrato.

O manuseio da coisa pública, assim sendo, é analisado pelo Tribunal de Contas, apreciando a compatibilidade do que foi feito com o que estava previsto para ser feito por cada Poder ou órgão da Administração. Os desdobramentos da eventual incompatibilidade entre despesas e receitas, decorrente ou não de atos ímprobos, não lhe compete, devendo esse mérito ser apurado pela justiça competente (Criminal, Estadual, Eleitoral, etc.).

Imagine-se, como exemplo, o gestor público que deixa de prestar contas à Corte. Diante dessa situação, o Tribunal de Contas pode instaurar procedimento de tomada de contas especial para apurar a materialidade e responsabilidade da omissão do dever de prestar contas⁸. Constatada que a falta da prestação de contas ensejou prejuízo à Administração Pública decorrente da omissão da prestação feita pelo gestor, este deve ressarcir o Erário público, podendo sofrer pena de multa nos moldes do regimento interno do Tribunal.

⁸ O dever de prestar contas era garantido, inclusive, na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, França, constando, em seu art. 15, que a "sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração".

Os demais desdobramentos dessa conduta ímproba, contudo, não incumbe à Corte de Contas, pois lhe compete apenas análise técnica e imparcial dos reflexos dessa omissão na coisa pública (em seu caráter contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial).

Assim sendo, uma possível ação de improbidade administrativa para analisar a conduta em si do responsável (art. 11, inciso VI, Lei nº 8.429/1992)⁹ deve ser julgada pela justiça competente, podendo o julgamento da tomada de contas especial servir de substrato fático para respaldar o ato de improbidade.

No mesmo sentido, mas no âmbito eleitoral, o art. 1º, inciso I, alínea g, da Lei Complementar nº 64/1990 possibilita a inelegibilidade do gestor público que tiver “suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa”. Contudo, ao Tribunal de Contas, que compete o julgamento técnico, não incumbe realizar o julgamento de mérito sobre a possível inelegibilidade; a matéria, como estipulado pelo art. 2º da referida lei, “compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as arguições de inelegibilidade”, servindo a tomada de contas especial apenas como reforço argumentativo para decretação ou não da inelegibilidade pela Justiça Eleitoral.

A demonstração desses fatos tem a intenção de constatar e elucidar que, de fato, ao Tribunal de Contas incumbe a fiscalização das matérias que lhe foram distribuídas constitucionalmente na sua feição técnica e precisa. Imparcialidade e especialidade são exigências para o desempenho eficiente do controle externo a ser exercido. Os desdobramentos desses julgamentos, contudo, não incumbem à Corte, mas sim às respectivas justiças competentes para tal (Criminal, Estadual, Eleitoral etc.).

A independência e a autonomia desse órgão implicam liberdade para realizar o controle dos gastos públicos, do manuseio da coisa pública, não significando que pode a mencionada justiça administrativa se sobrepor à decisão de jurisdição estatal ou arbitral que refletir, de algum modo, em matéria de competência do controle externo.

2 ARBITRAGEM E TRIBUNAL DE CONTAS: INDEPENDÊNCIA DOS PODERES

Justifica-se, primeiramente, a utilização da expressão “independência dos poderes”, haja vista o Tribunal de Contas ser reconhecido pela sua natureza de órgão autônomo, no sentido de não se submeter a nenhum dos Poderes.

Em um primeiro momento, não parece de bom tom relacioná-lo a tal ideia, porquanto não é poder nem se vincula a um. Todavia, é possível reali-

⁹ Conforme o dispositivo legal, constitui ato de improbidade administrativa “deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo”.

zar essa comparação, de modo análogo, para justificar o motivo pelo qual sua atuação não pode ser controlada por Poder algum e, também, para demonstrar sua importância no controle externo.

Para exercer a função de controle externo, a qual recai sobre os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, mister que ela seja desempenhada de forma autônoma, sem interferências e influências de órgãos vinculados ou próprios desses Poderes, sob o risco de mitigar a imparcialidade do controle se assim não ocorrer. Desse modo, apesar de não ser Poder, enquadra-se o Tribunal de Contas na ideia de independência de poderes para justificar que Legislativo, Judiciário e Executivo não podem se imiscuir em matérias do controle externo, em sua acepção técnica¹⁰, sendo esse o entendimento que se extrai do HC 103725 do STF¹¹.

De rigor, assim sendo, que haja independência e autonomia entre os três Poderes da República e a função desempenhada pela Corte de Contas para que possa realizar de modo satisfatório, o que lhe compete constitucionalmente. Muito mais do que isso, o STF reconheceu, além das prerrogativas de independência e autonomia, a de "autogoverno, o que inclui, essencialmente, a iniciativa reservada para instaurar processo legislativo que pretenda alterar sua organização e seu funcionamento"¹².

Pode-se dizer, seguindo essa linha, que as decisões do Tribunal de Contas não podem sofrer interferências da jurisdição estatal ou arbitral, visto que elas não podem se imiscuir na análise de mérito das matérias dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal.

Contudo, não obstante a independência e autonomia perante decisões do Judiciário e, também, da arbitragem, impossível de se defender que essas jurisdições estejam impedidas de julgar matérias que afetem, em alguma medida, resultados financeiros e orçamentários dos gastos públicos. Justiça administrativa, judicial e arbitral, produzem, em suas devidas proporções, efeitos umas nas outras, o que não as impedem de julgar determinado caso pelo simples fato de a decisão repercutir em seara diversa.

O STF, inclusive, proferiu decisão corroborando com a tese, dizendo que "as instâncias administrativa e judicial são, em regra, independentes e autônomas, não havendo prevenção entre ambas"¹³.

10 Destaque-se que o Legislativo desempenha funções de controle externo, mas não na sua acepção técnica como exercido pelo Tribunal de Contas.

11 "[...] os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que também é próprio do Poder Legislativo." (STF, HC 103725, Min. Rel. Ayres Britto, J. em 14.12.2010)

12 Ver: STF, ADIn 4643, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, J. em 06.11.2014.

13 Ver: STF, MS 33983, 1ª T., Rel. Min. Roberto Barroso, J. em 15.03.2016.

De fato, arbitragem e Judiciário não podem realizar o controle externo dos gastos e do manuseio da coisa pública; todavia, podem – e devem, se provocados – julgar causas que repercutam nessa seara se o conteúdo da decisão não for especificamente sobre (i) controle de “legalidade, legitimidade e economicidade” da (ii) fiscalização “contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial” dos gastos públicos (art. 70 da CF)¹⁴.

Ou seja, a independência dos poderes, à luz da relação “decisão do Tribunal de Contas x decisões judiciais e arbitrais”, autoriza que uma seara profira julgamento que afete na outra, desde que cada decisão não invada competência própria e precípua de cada justiça.

Esse é o fundamento, por exemplo, que justifica a possibilidade de a Corte de Contas instaurar tomada de contas especial (TCE), para condenar o responsável a ressarcir o Erário público, concomitantemente ao ajuizamento de ação civil pública para quantificar e apurar a responsabilidade civil do mesmo agente ímprobo da TCE¹⁵.

Da mesma forma, o Poder Judiciário pode proferir decisões determinando que o Estado destine verbas públicas à concessão de algum medicamento para determinado cidadão que demande tratamento urgente. Tal matéria repercute diretamente nas finanças públicas, produzindo efeitos diretos em matéria orçamentária, contábil e financeira das despesas públicas, não podendo, contudo, ser questionada pelo Tribunal de Contas.

O mesmo raciocínio deve ser feito com relação às matérias objeto de arbitragem que, em alguma medida, produzem efeitos na atividade fiscalizadora da Corte de Contas, como no caso de reestabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo ou de questionamentos sobre valores de tarifas para prestação de algum serviço por concessionária.

O preconceito com a utilização da arbitragem em matérias fiscalizadas por esse órgão de Contas¹⁶ não pode se sobrepor ao interesse público pela adequada resolução do caso concreto. O mero receio de que decisões arbitrais possam repercutir negativamente no Erário público em determinado contrato administrativo não justifica eventual vedação de as partes optarem pela resolução do caso por meio dessa via (respeito ao princípio da autonomia da vontade).

14 Ver: LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 34-40.

15 Temos, de acordo com a jurisprudência do STF, que “o ajuizamento de ação civil pública não retira a competência do Tribunal de Contas da União para instaurar a tomada de contas especial e condenar o responsável a ressarcir ao Erário os valores indevidamente percebidos” (STF, MS 25.880, Plenário, Rel. Min. Eros Grau, DJ 16.03.2007).

16 Sobre o preconceito do Tribunal de Contas com a utilização da arbitragem, ver: SILVA, J. P. H.; VASCONCELOS, R.; GULIM, M. O. Arbitragem e direito marítimo: uma breve análise à luz da arbitragem na Lei dos Portos (e do Decreto nº 8.465/2015). *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, São Paulo, v. 35, p. 145-161, nov./dez. 2016.

Primeiramente, considere-se que a via arbitral é resultado da escolha das partes pela dispensa da jurisdição estatal para resolução de matéria de direito patrimonial disponível¹⁷. A decisão a que dela sobrevier substitui e se equipara à força da jurisdição do Estado; além disso, imperioso destacar que não se permite a análise concomitante do mesmo litígio por ambas justiças, pois, como dito, a escolha de uma justiça (para apreciação de um caso concreto) pressupõe a dispensa da outra.

Continuando o raciocínio, tem-se que a Corte de Contas não pode, por imperativo constitucional, controlar e se sobrepor às decisões dos órgãos jurisdicionais estatais. Um direito patrimonial disponível da Administração Pública, assim sendo, pode ser objeto de análise do órgão jurisdicional estatal, não podendo o Tribunal de Contas exercer controle algum sobre o que lá for decidido, podendo apenas realizar julgamento técnico, nos limites de sua competência, sobre a parte que lhe incumbe afetada pela decisão judicial. Mas, repise-se, sem controlar ou adentrar o mérito do provimento judicial.

A decisão arbitral, como dito, equipara-se à decisão judicial na hipótese de a lixe tratar de direito patrimonial disponível. Assim, o Tribunal de Contas não pode realizar controle da decisão arbitral mesmo se esta afetar, em alguma medida, matérias que devem ser julgadas pela Corte. Ou seja, o provimento arbitral, o qual possui força jurisdicional e imperativa, não pode ser controlado pelo órgão administrativo, assim como tal órgão não pode controlar um provimento oriundo da jurisdição estatal.

Assim sendo, algumas indagações podem ser feitas. Sabendo que o Tribunal de Contas não pode realizar controle das decisões judiciais, por qual razão defende-se o controle sobre as decisões arbitrais se exercem equiparadamente à função de jurisdição? E por qual motivo se defende a não utilização da arbitragem em matérias que repercutem direta ou indiretamente na atividade do controle externo, sabendo que elas poderiam ser ajuizadas no Judiciário sem questionamentos pela Justiça de Contas?

O motivo, a bem da verdade, reside em um receio infundado de o Erário público ser prejudicado em razão de a Administração Pública utilizar a arbitragem a despeito da jurisdição estatal. Todavia, a decisão de ambas as searas é feita de modo imparcial, não havendo razões para presumir uma tendência de a via arbitral privilegiar o particular em detrimento do Estado.

17 Ada Pellegrini, estabelecendo um contraponto, diz que "deve-se observar que a antiga visão da indisponibilidade de direitos está a cada dia mais enfraquecida, pois mesmo nos direitos indisponíveis pode haver transação em relação ao tempo, modo, forma de cumprimento da obrigação" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 63).

3 BENEFÍCIOS DA ARBITRAGEM PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A arbitragem, antes admitida como meio alternativo de resolução de conflitos, passa a ser compreendida como meio adequado, porquanto cada litígio exige tratamento específico e diferenciado.

Assim, sua utilização não se dá alternativamente à Justiça Comum, muito pelo contrário. Pense-se, a título de exemplificação, em hipótese na qual o direito material é de deveras complexidade, demandando conhecimentos técnicos estranhos ao da práxis jurídica. Como o Poder Judiciário pode realizar a análise de caso com elevada complexidade se não possui *expertise* para tal? O simples parecer de peritos, escolhidos pelo julgador da causa, supre o déficit técnico da jurisdição estatal? Essas questões, infelizmente, não podem ser bem resolvidas pelo Judiciário, visto seu aparato e corpo técnico serem incapazes de proferir uma decisão precisa sobre o tema.

Materializando um pouco mais, pensemos na situação de contratos administrativos portuários nos quais os envolvidos almejem restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro¹⁸. O contrato celebrado entre Administração Pública e particular não pode ser demasiadamente oneroso a uma das partes sob o risco de se tornar uma sanção àquele que suportar os prejuízos do desequilíbrio financeiro. Mister, portanto, a averiguação pormenorizada e especializada para quantificar os valores a serem readequados.

Ocorre, pensando no âmbito dos contratos administrativos portuários, que o direito a ser tutelado envolve um plexo de variáveis e interesses dos quais a Justiça Comum não consegue lidar e analisar de forma aprofundada. Essas variáveis exigem conhecimentos específicos sobre rotas marítimas de transportes, variação do mercado portuário, conhecimentos culturais sobre como trabalhadores operam na região, conhecimentos sobre valor médio das despesas correntes que a contratada suporta, dentre outros. Nem se fale na possibilidade de essas variáveis serem determinadas pelo mercado estrangeiro, ou mesmo depender de um conhecimento apurado de direito alienígena.

Note-se, também, que o reequilíbrio econômico-financeiro, de um modo ou de outro, afeta indiretamente o gerenciamento dos gastos públicos da Administração Pública responsável pelo contrato administrativo portuário. Isso, contudo, não significa que controle do Tribunal de Contas, no momento em que for analisar o contrato, pode incidir no mérito do que lá for decidido, haja vista cada justiça ser independente e autônoma. A harmonia entre elas, desse modo, deve ser priorizada.

18 Sobre a arbitragem envolvendo equilíbrio econômico-financeiro de contrato entre Administração Pública e particular, ver: FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXVI (Arbitragem na Administração Pública), Rio de Janeiro: APERJ, p. 295-343, 2016.

Como já explicado, a independência dos poderes, aplicada de forma análoga à relação entre decisões arbitrais e decisões administrativas, veda o controle de mérito de uma seara em outra. O controle externo, ante a independência das esferas, pode levar em consideração o que uma justiça decide para proferir julgamento técnico do que lhe compete, mas, em hipótese alguma, pode dizer que essa decisão, arbitral ou estatal, é ilegal ou merece ser reformada.

O fato é que esse importante instrumento (arbitragem) não pode ser visto tão somente como meio alternativo à jurisdição estatal a fim de desafogar o Judiciário, tendo em vista que trata de visão rasa e superficial. Ela, muito mais do que isso, possui inúmeras características típicas, das quais podem ser extraídos múltiplos benefícios¹⁹, podendo ser, em razão disso, o meio mais adequado para resolução eficiente de eventual caso concreto.

Frise-se que a Administração Pública gerencial, a qual precisa executar seus atos com eficiência, pode demandar, em certas situações, uma justiça mais célere, especializada e eficaz.

Dentro dessa lógica, contratos administrativos de grande vulto e complexidade podem ser mais bem apreciados por um Tribunal Arbitral, composto necessariamente por um juiz de direito e por mais dois escolhidos pelo livre arbítrio das partes envolvidas. Esses dois profissionais são determinados de acordo com as especificidades do litígio, da natureza do direito material tutelado e dos interesses envolvidos na lide. Na hipótese de aparentar ser mais vantajosa a escolha de um economista e de um administrador para compor, junto ao juiz de direito, o Tribunal, podem as partes assim optar, enriquecendo a futura decisão com elementos de convicção que extrapolam o conhecimento jurídico.

Essa decisão, equiparada à judicial para todos os fins, aprecia, de acordo com a complexidade do caso, aspectos de disciplinas diferentes da jurídica a fim de obter um resultado útil mais justo. Dizer, de pronto, que a arbitragem é meio inapropriado para resolver questões litigiosas da Administração Pública, assim sendo, desconsidera uma plêiade de benefícios por ela trazidos.

No âmbito da autonomia da vontade, ao Estado incumbe, pensando nos gastos públicos, zelar pelo manuseio e gerenciamento de verbas de forma eficiente e condizente ao interesse público, detendo certa discricionariedade para agir de tal forma. Diante de litígio que demande acesso à justiça e que envolva gasto ao Estado, ao agente público responsável (entidade estatal) recai o ônus de analisar a complexidade do caso concreto e qual o tipo de meio de resolu-

19 Sobre os benefícios, a doutrina enumera que "a imparcialidade e a equidistância dos árbitros são plenamente asseguradas, equivalendo totalmente às do juiz togado. A celeridade, a flexibilidade, a confidencialidade, o sigilo são características essenciais do procedimento [...]" (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 64).

ção mais se amolda à situação conflituosa²⁰. A escolha do meio de resolução (Judiciário, arbitragem, mediação²¹, conciliação, etc.) deve se pautar em análise de eficiência e economicidade, a qual incumbe à Administração Pública, e não ao Tribunal de Contas. Essa mesma escolha, aliás, é feita pelo particular, o qual também leva em consideração a eficiência e a economicidade para aceitar ou não eventual utilização da arbitragem.

Desse modo, na hipótese de ser mais eficiente a escolha pela arbitragem, a Administração Pública gerencial, a qual busca resultados céleres com menor dispêndio de força possível, pode e deve optar por essa via, sob o risco de agir ao arrepio do critério de economicidade dos atos e do princípio da eficiência.

Todos os benefícios aqui suscitados apontam para o sentido de utilização cada vez maior da arbitragem pela Administração Pública. Certos conflitos, para serem devidamente pacificados e resolvidos, merecem tratamentos que extrapolam as competências do Judiciário. Nessas hipóteses, geralmente envolvendo múltiplos setores do conhecimento (economia, administração, engenharia, etc.), o corpo técnico da jurisdição estatal não demonstra estar capacitado para proferir decisões justas e coerentes às especificidades das matérias concenadas pela lide, surgindo a demanda por outra via: a arbitral.

Diante do exposto, o preconceito ou receio do Tribunal de Contas pela utilização dessa via, diante dos inúmeros pontos positivos aqui suscitados, funciona como barreira à utilização desse meio adequado de resolução, gerando insatisfações e prejuízos ao particular e ao próprio Estado. Apesar de não ter natureza jurisdicional, as decisões do controle externo induzem comportamentos nos agentes estatais, podendo desestimulá-los a utilizar a arbitragem mesmo diante de casos que demandem por um tratamento especializado não encontrado no Judiciário.

4 ARBITRAGEM, TRIBUNAL DE CONTAS E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS PORTUÁRIOS

Toda a exposição feita até o momento tem por objetivo compreender funções e pontos positivos (i) do controle externo desempenhado pelo Tribunal de Contas e (ii) da arbitragem enquanto meio adequado de resolução de conflitos. Cientes de que funcionam de modo independente e autônomo, um não pode exercer controle sobre o outro, devendo atuar cada qual dentro dos limites de suas atribuições.

20 Nesse sentido, Carmona adverte ser "importante deixar a entidade estatal livre para escolher o órgão arbitral que julgar mais adequado para cada tipo de contrato que vier a celebrar" (CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. 51, a. XIII, p. 7-21, jul./set. 2016.)

21 A lei de mediação (Lei nº 13.140/2015) encontra-se em estágio avançado, se comparada à Lei de Arbitragem, no tocante à sua utilização pela Administração Pública, haja vista seu art. 3º permitir que seja utilizada para resolver litígios de direitos disponíveis e, também, de "direitos indisponíveis que admitam transação".

Não há dúvidas, contudo, da existência de matérias nas quais ambas as searas podem produzir efeitos no momento em que exercem suas prerrogativas, sendo imprescindíveis o respeito e a comunicação entre elas. Isso se constata, por exemplo, em questões que envolvam reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo portuário firmado entre particular e administração.

No lado da arbitragem, temos que os contratantes podem firmar compromisso arbitral a fim de dirimir questão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato²², tornando-o menos oneroso à parte que se encontra em situação de desigualdade. A via arbitral, no caso de contratos administrativos portuários (por exemplo), pode ser a mais adequada para solução do imbróglio, visto que os conhecimentos exigidos para o deslinde do caso extrapolam a esfera jurídica, pedindo por análise de tendências econômicas, variações do mercado marítimo, noção de custos envolvidos em transportes portuários, etc.

No lado do Tribunal de Contas, temos que o contrato administrativo celebrado pela Administração sofre controle de legalidade, de legitimidade e de economicidade em razão de utilizar recursos públicos. Assim, por imperativo constitucional²³ e por força da respectiva lei de criação da Corte²⁴, deve a Corte fiscalizar os recursos repassados para cumprimento do contrato a fim de verificar a sua regularidade, se os gastos lá feitos foram destinados ao fim a que se prestava o instrumento contratual.

A intersecção entre as duas searas existe e é inevitável, não podendo ser controlada ou desestimulada por esfera de justiça alguma. Pelo contrário, a harmonia entre as justiças, arbitral e administrativa, segue a lógica da independência dos poderes, devendo cada uma funcionar nos limites de suas prerrogativas e sempre de forma harmônica.

Some-se a essa intersecção a opinião extraída do artigo produzido pelo Secretário-Diretor Geral do TCE-SP, Sérgio Ciquera Rossi, expondo posicionamento crítico sobre a utilização da arbitragem em matérias que se correlacionem às controladas pelo Tribunal de Contas. Em breve síntese, o autor considera possível a utilização da arbitragem apenas na hipótese de ela ser expressamente prevista no edital de licitação, como forma de respeitar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Também adverte ser dever da Administração

22 Nesse sentido, o art. 2º, inciso II, do Decreto nº 8.465/2015 (regulamento da arbitragem para litígios de direito marítimo) permite a instauração de arbitragem em "questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos".

23 CF, art. 71, inciso VI: "fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município".

24 A título de exemplificação, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União estabelece, em seu art. 45, que, "verificada a ilegalidade de ato ou contrato, o Tribunal, na forma estabelecida no Regimento Interno, assinará prazo para que o responsável adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, fazendo indicação expressa dos dispositivos a serem observados".

Pública analisar a economicidade da escolha da via arbitral, se ela será custosa e prejudicial ao Erário público.

Realizando, agora, um juízo de valor sobre todas as ponderações e ideias expostas anteriormente, retomemos o exemplo hipotético sobre contrato administrativo portuário celebrado entre Administração e particular, no qual as partes optam pela via arbitral para dirimir questão de reequilíbrio econômico-financeiro. A primeira premissa a ser estabelecida, cuja validade é incontestável, diz respeito ao fato de que esse contrato necessariamente sofrerá atuação da jurisdição de contas e da arbitral.

Utilizando o entendimento de Sérgio Ciquera, não corroborado pelos autores do presente artigo, a arbitragem poderia ser utilizada no caso em comento apenas se estivesse expressamente prevista no edital de licitação.

De fato, a vinculação ao instrumento convocatório impõe o dever de o contrato administrativo seguir estritamente o que for previsto pelo edital, servindo de garantia ao particular contra arbitrariedades do Estado. Contudo, não soa adequado condicionar a utilização da via arbitral pela Administração Pública se, e somente se, tal via estiver expressamente prevista no edital. Seguem os motivos.

A utilização da arbitragem se dá mediante os negócios jurídicos processuais da cláusula compromissória ou do compromisso arbitral²⁵. A diferença básica entre eles diz respeito à abstração que cada um possui e ao momento no qual são celebrados. A cláusula compromissória ocorre de modo preventivo, antes da ocorrência do conflito, sendo, por tal razão, de teor mais abstrato, pois não se sabe com precisão quais tipos de conflitos podem surgir da relação jurídica. Já o compromisso arbitral é possível de ser celebrado após a ocorrência do litígio, por expressa vontade e anuência das partes, sendo, em razão disso, dotado de maior precisão por conhecer qual a natureza e especificidade do litígio, possibilitando um maior controle sobre o que pode ou não ser submetido ao Tribunal Arbitral.

Nas circunstâncias estipuladas pelo Secretário-Diretor do TCE-SP, o contrato administrativo (hipotético) portuário só poderia ser analisado em sede de arbitragem se fosse firmado com base em cláusula arbitral devidamente expressa no edital de licitação, pois a vinculação ao instrumento convocatório impediria a celebração de compromisso arbitral após realização do certame. Contudo, parece razoável o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ser relativizado, especificamente no âmbito da utilização da arbitragem, a fim de possibilitar à Administração Pública a utilização de meios mais adequados à

25 Sobre o tema, ver: GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de Arbitragem e processo arbitral. Coleção Atlas de Arbitragem*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009.

resolução de eventual conflito não abarcado pela cláusula compromissória (no edital de licitação) e que demande por conhecimentos estranhos ao jurídico.

Frise-se que esse mesmo conflito poderia ser objeto de análise da jurisdição estatal. Se a jurisdição arbitral se equipara à estatal, não se mostra adequado a Corte de Contas desestimular o seu uso, julgando eventual contrato irregular (ou lhe impondo sanções), pelo simples fato de a arbitragem não estar prevista no instrumento convocatório. Se assim não age perante decisões do Judiciário, assim não deve agir diante de decisões arbitrais equiparadas às da jurisdição estatal, mesmo se oriundas de compromisso arbitral.

Indo além, a cláusula arbitral, apesar de prevista antes do conflito, carece, em geral, de precisão. Sabendo do preconceito existente contra a utilização de meios adequados de resolução pelo Estado, a jurisdição de Contas pode impor sanções à Administração, ou mesmo julgar irregular o contrato, na hipótese de entender que o tipo de litígio não encontra guarida no texto da convenção de arbitragem. Em outros termos, até existe cláusula arbitral previamente firmada, todavia, sua vagueza abre margem para a Corte de Contas impor sanções ao seu uso por entender que o teor da cláusula não contempla o objeto litigioso, o que viola a vinculação ao instrumento convocatório.

Concluindo, permitir a arbitragem apenas no caso de ela estar prevista no edital de licitação implica admiti-la tão somente por meio de cláusula arbitral. Sendo esta desprovida de precisão, sabendo que a Corte de Contas se condiciona ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem possível que seja inadmitida pelos ministros ou conselheiros na hipótese de seu teor não se encaixar perfeitamente ao litígio ao qual se pretenda instaurar procedimento arbitral.

Aprofundando o tema do direito portuário, o Decreto nº 8.468/2015, regulamentador da arbitragem portuária, estabelece barreira à celebração de cláusula arbitral, em seu art. 6º, § 2º, inciso II, especificamente sobre questões que envolvam reequilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁶. Em seus termos, diz que a cláusula compromissória “excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza”.

Como compatibilizar, nesse sentido, a exigência de vinculação ao instrumento convocatório, o qual determina que a arbitragem esteja prevista no edital de licitação antes do conflito, com a vedação legal de cláusula compromissória, nos contratos administrativos portuários, para questões de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato? Se levadas *ipsis litteris* essas duas exigên-

26 Sobre o tema, ver: SILVA, J. P. H.; VASCONCELOS, R.; GULIM, M. O. Op. cit., p. 145-161.

cias, oriundas, respectivamente, do posicionamento do Tribunal de Contas e do decreto regulamentador da arbitragem portuária, a arbitragem marítima sobre essas questões fica completamente inviabilizada, gerando prejuízos ao Estado e ao particular que poderiam usufruir de uma tutela mais adequada por tal via.

Todos esses desdobramentos retirados da obrigação de a arbitragem estar prevista no instrumento convocatório demonstram que essa exigência tende a inviabilizar a utilização desse meio adequado de resolução de conflitos pela Administração Pública. Mister, portanto, a relativização desse princípio a fim de permitir aos gestores e agentes públicos a possibilidade de analisar a complexidade do caso, para, a partir de então, constatar qual jurisdição é mais eficiente para resolvê-lo. Nessa linha, inclusive, esmerada decisão do STJ (REsp 904813) corrobora com a tese aqui apresentada de relativização da vinculação ao instrumento convocatório afirmando que *“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”, in verbis:*

PROCESSO CIVIL – RECURSO ESPECIAL – LICITAÇÃO – ARBITRAGEM – VINCULAÇÃO AO EDITAL – CLÁUSULA DE FORO – COMPROMISSO ARBITRAL – EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO – POSSIBILIDADE – [...] 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.²⁷

A autonomia da vontade, corolário da Lei nº 9.307/1996, deve se alinhar, no âmbito da Administração Pública, ao princípio da eficiência e da economicidade, de modo a incumbir o responsável estatal a verificar a viabilidade ou não da utilização dessa via, não cabendo ao Tribunal de Contas adentrar no mérito da questão. Pode, dentro dos limites de sua atuação, realizar a fiscalização da probidade dos gastos públicos em seu aspecto técnico, mas não questionar o que for decidido por jurisdição equiparada à estatal.

Invertendo a lógica, pensando agora no âmbito do particular, constata-se que ele também sofrerá pelos devaneios contrários ao movimento de cada vez mais se utilizar a arbitragem para conflitos de grande complexidade que demandem por conhecimentos de outras áreas diferentes da jurídica.

Retomando o exemplo hipotético, o contrato administrativo portuário envolve, sabidamente, matérias de naturezas desconhecidas pelos operadores do Direito. Adequado, portanto, que os julgadores de eventual litígio referente ao contrato tenham *expertise* para resolvê-lo de maneira justa e eficaz.

27 Ver: STJ, REsp 904813, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. em 20.10.2011, DJe 28.02.2012.

Privar Administração e particular de utilizarem a jurisdição arbitral, a qual permite a escolha de árbitros especialistas para compor o Tribunal, implica privá-los de conseguirem a decisão mais correta ao imbróglio de elevada complexidade. Como destacado anteriormente, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato portuário (exemplo) depende de variáveis de difícil assimilação pelos juízes de direito, como “conhecimentos específicos sobre rotas marítimas de transportes, variação do mercado portuário, conhecimentos culturais sobre como trabalhadores operam na região, conhecimentos sobre valor médio das despesas correntes que a contratada suporta”. Essas variáveis podem ser bem apreciadas por especialistas, os quais podem exercer função jurisdicional se escolhidos para compor o Tribunal Arbitral.

A mencionada decisão do STJ (REsp 904813) também contribui de modo satisfatório para pacificação desse problema. Além de justificar a relativização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, também assevera que a:

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.²⁸

Destaque-se, por fim, que a arbitragem tende a ser utilizada com mais frequência pela Administração Pública, haja vista sua atuação se dar, muitas das vezes, mediante concessões, permissões ou autorizações, delegando aos particulares o desempenho de certa atividade estatal. Faz-se necessária, nesse sentido, uma maior aceitação desse importante mecanismo de resolução de conflitos pelo Tribunal de Contas.

CONCLUSÃO

Constata-se, no Brasil, infelizmente, um movimento contrário à utilização da jurisdição arbitral pela Administração Pública. Os argumentos, em geral, desconsideram benefícios trazidos por esse mecanismo de resolução de conflitos e, também, que a administração gerencial do Estado deve sempre se pautar pela eficiência, o que pode ser encontrado na arbitragem.

Apesar disso, a tendência de mecanismos adequados de resolução de conflitos serem cada vez mais utilizados por particulares e Estado se eleva com o tempo, visto a complexidade dos casos demandar por tratamento diferenciado que nem sempre é vislumbrado no Judiciário.

28 Ver: STJ, REsp 904813, 3ª T., Relª Min. Nancy Andrighi, J. em 20.10.2011, DJe 28.02.2012.

Tribunal de Contas e arbitragem – enquanto justiças independentes e autônomas – devem atuar dentro dos limites de suas atribuições, não podendo uma se imiscuir no mérito da outra. O ato de desestimular o uso da jurisdição arbitral, por parte da Corte de Contas, pelo simples fato de a matéria lá decidida afetar, mesmo que indiretamente, tema submetido à fiscalização do controle externo soa abusivo e desarmônico à independência entre as searas.

Espera-se, deste modo, que a justiça de Contas, com o tempo, passe a enxergar os benefícios da arbitragem à Administração Pública, porquanto litígios de alta complexidade exigem tratamento diferenciado, sendo, nessas hipóteses, mais eficiente e econômica a utilização da jurisdição arbitral a despeito da estatal.

REFERÊNCIAS

- BORDALO, Rodrigo. *Os órgãos colegiados no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública – Primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a Administração Pública. *Revista brasileira de Arbitragem*, Curitiba, v. 51, a. XIII, jul./set. 2016.
- CAMPELO, Valmir. O Tribunal de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista do Tribunal de Contas do Distrito Federal*. Brasília, v. 29, 2003.
- CESTARI, Renata Constante; CARNAÚBA, César Augusto Martins; GULIM, Marcello de Oliveira; SAQUIS, Alexandre Manir Figueiredo. Tomada de Contas Especial: um importante mecanismo de controle no âmbito dos Tribunais de Contas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, no prelo, 2016.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- FREITAS, Rafael Vêras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, v. XXVI (Arbitragem na Administração Pública), Rio de Janeiro: APERJ, 2016.
- GUERRERO, Luis Fernando. Convenção de Arbitragem e processo arbitral. *Coleção Atlas de Arbitragem*. Coordenação: Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- LIMA, Luiz Henrique. *Controle externo: teoria e jurisprudência para os Tribunais de Contas*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- ROSSI, Sérgio Ciquera. Tribunal de Contas e a arbitragem. Disponível em: <<https://www4.tce.sp.gov.br/6524-artigo-tribunal-contas-e-arbitragem-por-sergio-ciquera-ros-si>>. Acesso em: 16 jan. 2017, às 14h41min.
- SILVA, J. P. H.; VASCONCELOS, R.; GULIM, M. O. Arbitragem e direito marítimo: uma breve análise à luz da arbitragem na Lei dos Portos (e do Decreto nº 8.465/2015). *Revista Direito Aduaneiro, Marítimo e Portuário*, São Paulo, v. 35, nov./dez. 2016.