



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA

KELSON CÉSAR LACERDA PACÍFICO

**ARBITRABILIDADE OBJETIVA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

JOÃO PESSOA
2023

KELSON CÉSAR LACERDA PACÍFICO

**ARBITRABILIDADE OBJETIVA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: ANÁLISE
À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

**JOÃO PESSOA
2023**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

P117a Pacífico, Kelson César Lacerda.

Arbitrabilidade objetiva e contratos administrativos: análise à luz da jurisprudência do Tribunal de Contas da União / Kelson César Lacerda Pacífico. - João Pessoa, 2023.
70 f.

Orientação: Marcílio Toscano Franca Filho.
TCC (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Arbitrabilidade objetiva. 2. Contratos administrativos. 3. Tribunal de Contas da União. I. Franca Filho, Marcílio Toscano. II. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

KELSON CÉSAR LACERDA PACÍFICO

**ARBITRABILIDADE OBJETIVA E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA
UNIÃO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa, do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Marcílio Toscano Franca Filho

DATA DA APROVAÇÃO: 13 de outubro de 2023.

BANCA EXAMINADORA:

Documento assinado digitalmente
gov.br MARCILIO TOSCANO FRANCA FILHO
Data: 25/10/2023 14:42:04-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

**Prof. Dr. MARCÍLIO TOSCANO FRANCA FILHO
(ORIENTADOR)**

JOSE GUILHERME FERRAZ DA COSTA:740
Assinado de forma digital por JOSE GUILHERME FERRAZ DA COSTA:740
Dados: 2023.10.29 23:21:22 -03'00'

**Prof. Dr. JOSÉ GUILHERME FERRAZ DA COSTA
(AVALIADOR)**



**Dra. ADRIANA NOEMI PUCCI
(AVALIADORA)**

*À doce memória de meus avós José Pacífico
de Souza Filho, de quem herdei o interesse
pelas causas da Fazenda Pública, e Elza de
Castro Souza, de ternura e amor que
ultrapassam a finitude da vida.*

AGRADECIMENTOS

No ocaso da graduação em Direito, empreitada acadêmica a que me dediquei pelos últimos cinco anos, não posso deixar de expressar meus mais sinceros agradecimentos àqueles cujas trajetórias felizmente se entrelaçaram com a minha própria, quase sempre por acontecimentos aleatórios e somente atribuíveis às mãos do Criador, de seu filho Jesus Cristo e da Boa Mãe.

Reconhecendo a indelével contribuição de cada um e rejeitando completamente a existência de conquistas puramente individuais, passo a nominar os verdadeiros alicerces de minha vida e obra até então, que certamente continuarão a sê-lo na alvorada do caminho profissional que se aproxima.

Aos meus pais, Hermann e Karine, por todo o amor que me apresentaram desde o ventre e pelos ilimitados esforços empreendidos em minha formação e educação, que se estendem até hoje.

A Isadora, primeira leitora deste trabalho, por dividir comigo a vida, por alegrar meus dias, pelos sorrisos estonteantes e pelos olhares que me inspiram sempre a seguir adiante.

Aos meus irmãos, Ingrid, Gabriel e Tiago, por todas as lições diárias de convivência humana e pela amizade que forjamos para além dos laços de sangue.

Aos meus avós maternos, Manoel e Maria Leite, pelo carinho de sempre e pelo privilégio tê-los comigo até a vida adulta, e paternos, Pacífico (*in memoriam*) e Elza (*in memoriam*), pelo exemplo e pelas raízes.

Aos meus muitos tios e primos, por toda a felicidade de sempre que nos reunimos, especialmente a Kátia e Udo, por me receberem em sua casa como se filho fosse, e a Élbano César, pelo amor à leitura e à história.

A Adriana Pucci, cujos ensinamentos ensejaram a escolha do tema desta monografia, pela inestimável oportunidade de trabalharmos juntos e pelo aprendizado diário nas linhas de frente da arbitragem.

Aos docentes e à comunidade acadêmica do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB, pelas valiosas lições e pela inabalável fé no ensino superior público, gratuito e de qualidade, em especial aos Professores Lorena Freitas, Marília Vilhena, Enoque Feitosa, José Guilherme Ferraz, Alessandra Franca e Marcílio Franca.

Ao Núcleo de Estudos em Métodos Extrajudiciais de Solução de Conflitos, por apresentar a arbitragem aos discentes da UFPB, na pessoa da Professora Ana Paula Albuquerque e de

minhas colegas de coordenação da Equipe de Arbitragem e Negócios Internacionais, Vitoria Mello e Ester Capistrano.

Aos meus colegas de turma, Alberto, Arilson, Jerry, Tales, Halley e Luís, por abrilhantarem a experiência da graduação e pelas incontáveis risadas.

Aos amigos dos tempos de Marista Pio X, Alexandre Brindeiro, Pedro Henrique Paiva, João Pedro Martins e Lucas Bezerra, pelas memórias que nunca se apagarão.

Aos queridos amigos que me acompanham desde a época das saudosas simulações de organismos internacionais, minha família por volição: Letícia Buriti, Romberg Gondim, Matheus de Galiza, Lucas Gondim, Letícia Viana, Giovana Monteiro, Maria Luiza Negreiros, Heitor Moraes, Matheus Ribeiro, Bolivar Pedrosa, Eduardo Cavalcanti, Pedro Falcone, Pedro Guerra, Carolina Borges e Nelly Stanford.

E aos tantos outros grandes amigos que tive o prazer de conhecer desde então, por toda a diversão que sempre compartilhamos: Phelipe Braga, Carol de Santis, Guilherme Moraes, Maria Luiza Duarte, Davi Franca, Ian Bittencourt, Bianca Nóbrega, Victoria Aguiar, Duda Gomes, Catharina Louise, Duda Wanderley, Hermano Neto, Hugo Fernandes, Humberto Navarro, Luís Arthur Leal, Mauro Costa, João Manoel Di Lorenzo, Vanessa Rawhylson, Matheus Henrique Bezerra, Lucca Alcântara e Marialinda Lucena.

*You were caught in the crossfire of childhood and stardom
Blown on the steel breeze.
Come on you target for faraway laughter,
Come on you stranger, you legend, you martyr, and shine!*

Roger Waters, David Gilmour e Richard Wright

RESUMO

O conceito de arbitrabilidade pode ser compreendido como o conjunto de parâmetros de ordem subjetiva e material que habilitam uma determinada disputa à apreciação do juízo arbitral. Em sua perspectiva objetiva, busca-se definir quais matérias seriam passíveis de solução pelo juízo arbitral. No Brasil, a arbitrabilidade é regulamentada pela Lei nº 9.307/1996, que estabelece serem passíveis de solução por arbitragem os conflitos relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”. A presente investigação, nesse sentido, perquiriu a compreensão dos limites materiais para a submissão à arbitragem de controvérsias respeitantes aos contratos administrativos, observadas as dificuldades decorrentes do regime jurídico de direito público que lhes é inerente, analisando-os à luz jurisprudência do Tribunal de Contas da União diante de seu relevante papel no âmbito do controle concomitante da legalidade contratações públicas. Definiu-se, para tanto, o conceito de arbitrabilidade objetiva a partir dos critérios de natureza conceitual previstos no direito comparado e no direito brasileiro para as arbitragens em geral. Em seguida, analisou-se em que medida seriam arbitráveis as matérias inerentes aos contratos administrativos, à luz de suas características normativas e axiológicas. Por fim, investigou-se a evolução das decisões do TCU quanto à arbitrabilidade objetiva dos litígios relativos às contratações administrativas, concluindo que a corte se notabilizou pela interpretação restritiva – e por vezes contrária à própria literalidade - dos panoramas normativos vigentes à época das decisões, em dissonância com a posição sustentada pela doutrina e pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Arbitrabilidade Objetiva. Contratos Administrativos. Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The concept of arbitrability can be understood as the set of subjective and material parameters that enable a given dispute to be decided by means of arbitration. From its objective perspective, it seeks to define which matters would be subject to resolution by arbitration. In Brazil, arbitrability is regulated by Law No. 9,307/1996, which establishes that conflicts relating to “negotiable property rights” can be resolved by arbitration. The present investigation, in this sense, sought to understand the material limits for submitting disputes relating to administrative contracts to arbitration, observing the difficulties arising from the public law legal regime inherent to them, analysing the subject in light of Federal Court of Auditors' (TCU) precedents due to its relevant role in concomitantly supervising the legality of public contracts. To this end, the concept of objective arbitrability was defined based on the conceptual criteria provided for in comparative law and Brazilian law for arbitrations in general. Next, it was analysed to what extent the matters inherent to administrative contracts would be arbitrable, in light of their normative and axiological characteristics. Finally, the evolution of TCU's decisions regarding the objective arbitrability of disputes relating to administrative contracts was investigated, concluding that the court became notable for its restrictive interpretation - and sometimes contrary to the literalness itself - of the normative framework in force at the time of the decisions, in dissonance with the position supported by scholars and the Judiciary.

Keywords: Objective Arbitrability. Administrative Contracts. Court Union accounts.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANAC	Agência Nacional de Aviação Civil
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
MME	Ministério de Minas e Energia
Petrobras	Petróleo Brasileiro S.A.
Secex/RS	Secretaria de Controle Externo do Rio Grande do Sul – TCU
Sefid-1	1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	O CONCEITO DE ARBITRABILIDADE OBJETIVA	16
2.1	Critérios para Definição das Matérias Arbitráveis no Direito Comparado	19
2.1.1	A Conexão com a Ordem Pública	19
2.1.2	A Disponibilidade do Direito	20
2.1.3	A Patrimonialidade dos Interesses Controvertidos	21
2.2	Critérios Adotados pelo Ordenamento Jurídico Pátrio	23
3	A ARBITRAGEM E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	25
3.1	Distinção entre a Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos da Administração Pública	26
3.2	Limites Materiais para a Submissão de Controvérsias à Arbitragem no Contexto dos Contratos Administrativos	30
3.2.1	Arbitrabilidade Objetiva Conforme a Distinção entre Atos de Império e Atos de Gestão.....	34
3.2.2	Arbitrabilidade Objetiva Conforme o Critério Normogenético	35
4	A ARBITRABILIDADE OBJETIVA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO	39
4.1	Os Tribunais de Contas no Ordenamento Jurídico Pátrio	39
4.2	As Competências Fiscalizatórias dos Tribunais de Contas e a Determinação da Arbitrabilidade Objetiva	40
4.3	Casos Paradigmáticos e a Evolução da Arbitrabilidade Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União	45
4.3.1	Decisão nº 286/93 – Plenário – Ata 2993: Incompatibilidade da Arbitragem com os Princípios Básicos de Direito Público.....	46
4.3.2	Acórdão nº 587/2003 – TCU - Plenário: Indisponibilidade dos Interesses de Natureza Pública	49
4.3.3	Acórdão nº 157/2012 – TCU – Plenário: Arbitrabilidade do Interesse Público Secundário.....	50

4.3.4 Acórdão nº 2573/2012 – TCU - Plenário: Inarbitrabilidade das Questões Econômico-Financeiras.....	51
4.3.5 Acórdão nº 4036/2020 – TCU – Plenário: Arbitrabilidade Objetiva em Rol Taxativo	55
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	60
REFERÊNCIAS	63

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem, amplamente reconhecida como um dos métodos alternativos – ou adequados – de solução de controvérsias, é um procedimento heterocompositivo em que as partes de um determinado relacionamento jurídico consentem em submeter suas controvérsias atuais ou futuras ao julgamento de árbitros, comumente indicados pelas partes, direta ou indiretamente, renunciando-se à jurisdição estatal.

O método extrajudicial de solução de conflitos, como o conhecemos hodiernamente, desenvolveu-se sobremaneira no âmbito das controvérsias empresariais¹, tipicamente privadas, em razão das consideráveis qualidades que o diferenciam do processo judicial, entre as quais se destacam a especialização dos julgadores, a flexibilidade procedimental e a celeridade².

Tais qualidades, como se verá, não passaram despercebidas pelos órgãos e entidades da Administração Pública brasileira.

Em face da crescente capacitação de seus quadros técnicos e às intensas reformas do direito administrativo pátrio empreendidas pela instauração da chamada Administração Pública Gerencial, corolário do princípio constitucional da eficiência que envolve a ampliação da discricionariedade conferida às autoridades administrativas, bem como a substituição do controle formal pelo controle de resultados³, o Poder Público tem buscado cada vez mais a sua inserção no contexto dos métodos adequados de solução de controvérsias, inclusive quanto aos litígios decorrentes de contratos administrativos.

Ademais, a utilização da arbitragem para dirimir questões respeitantes às contratações públicas também representa um grande atrativo para os empresários⁴, estimulando-os a apresentar propostas à Administração sem maiores desconfiças quanto à fluência de eventual procedimento contencioso ou à especialização dos julgadores que conhecerão do litígio que venha a surgir.

Entretanto, diante das prerrogativas e sujeições inerentes à atuação dos entes públicos, especialmente relevantes no âmbito dos contratos administrativos, levantaram-se diversos questionamentos doutrinários e institucionais quanto à possibilidade de estipulação em favor

¹ PUCCI, Adriana Noemi; AZEVEDO NETO, Mauro Cunha. Introdução ao Procedimento Arbitral. In: MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de (org.). **Perícias em Arbitragem**. São Paulo: LEUD, 2012, p. 1.

² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set., 2017, p. 21.

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 63.

⁴ CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XV, n. 58, p. 7 -27, 2018, p. 13.

da arbitragem para resolução de controvérsias respeitantes a direitos e interesses tutelados pela Administração em nome da coletividade.

Nesse contexto, através do exercício de suas competências fiscalizatórias, particularmente no que tange ao controle dos editais de licitação que ensejam as contratações públicas, os tribunais de contas emergem como verdadeiros protagonistas da construção prática do conceito brasileiro de arbitrabilidade, que define a possibilidade de um conflito ser solucionado por arbitragem em função de variáveis de ordem subjetiva e objetiva.

Constatada a amplitude do tema, que transita por entre os caminhos do direito administrativo e do direito processual, o presente estudo se debruçará com afinco sobre o sentido e a extensão do conceito adotado pela legislação brasileira para regulamentar a arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae* no País, aferindo as suas particularidades no que tange aos contratos administrativos à luz da melhor doutrina e verificando a sua compatibilidade com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Destacando-se a eminente função exercida pelo controle externo da atividade administrativa com auxílio dos tribunais de contas, optou-se pelo aprofundamento dos estudos somente quanto à jurisprudência do TCU para fins de delimitação do objeto da presente pesquisa, observando tratar-se de órgão paradigma para os demais tribunais e conselhos de contas, conforme o art. 75 da Constituição Federal de 1988, e reconhecendo as dificuldades práticas quanto à realização de ampla investigação no âmbito de todos os tribunais de contas dos estados e dos municípios, especialmente diante da falta de precedentes relevantes sobre a matéria em instituições como o Tribunal de Contas do Estado da Paraíba.

O tema da arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados nos contratos administrativos, por sua vez, foi escolhido justamente pela relevância que ainda ostenta no debate jurídico sobre a arbitragem com a administração pública, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos tribunais superiores e das cortes de contas nacionais.

Reconhecidas as idiosincrasias dos contratos administrativos, bem como a derrogação do direito comum que lhes é característica, é determinante a identificação de limites objetivos para submissão à arbitragem de controvérsias relacionadas ou originadas dos referidos ajustes, especialmente nos precedentes do Tribunal de Contas da União, sob pena de reinar soberana a insegurança jurídica que confunde os administradores públicos e inviabiliza a própria utilização do método de solução de conflitos no âmbito das contratações administrativas, ferindo diametralmente a autorização expressa conferida por lei em sentido estrito.

Para tanto, este trabalho envidará seus melhores esforços para responder duas perguntas-problema. Primeiramente, quais são os limites materiais estabelecidos pelo ordenamento

jurídico pátrio para a submissão de controvérsias relativas a contratos administrativos ao juízo arbitral? Em seguida, como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União se posiciona quanto à arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados pelos contratos administrativos?

Por hipótese, considera-se que seriam irrestritamente arbitráveis todos os conflitos de natureza patrimonial surgidos de contratos administrativos, posto que se a Administração pôde dispor dos direitos pela via contratual, igualmente pode eleger a arbitragem como método de solução de conflitos relativos a tais ajustes. Quanto à jurisprudência do TCU relativamente à arbitrabilidade objetiva dos contratos administrativos, assume-se que as decisões do órgão revelariam a adoção de um posicionamento adverso à ampla arbitrabilidade dos contratos administrativos, com fulcro em interpretação restritiva do panorama normativo vigente.

Diante do exposto, o presente estudo tem como objetivo geral compreender os limites materiais para a submissão à arbitragem de controvérsias respeitantes aos contratos administrativos, contrapondo-os à jurisprudência do TCU. Como objetivos específicos, procura-se definir o conceito de arbitrabilidade objetiva a partir dos critérios de natureza conceitual previstos no direito comparado e no direito brasileiro para as arbitragens em geral, analisar em que medida seriam arbitráveis as matérias inerentes aos contratos administrativos, à luz de suas características normativas e axiológicas, e investigar a evolução das decisões do TCU quanto à arbitrabilidade objetiva dos litígios relativos às contratações administrativas.

Para satisfação dos objetivos acima, empregou-se o método dedutivo, estabelecendo premissas gerais a partir dos contornos teóricos e normativos aplicáveis aos institutos. Esses postulados, por sua vez, levaram às conclusões específicas apresentadas ao final do trabalho. Quanto aos procedimentos, recorreu-se à investigação bibliográfica com a finalidade de identificar a doutrina de referência quanto aos temas em apreço, bem como à pesquisa documental, para reunir decisões do Tribunal de Contas da União suficientes para demonstrar a evolução de seus posicionamentos, o que se fez de acordo com o procedimento do estudo de caso.

No primeiro capítulo, procura-se definir compreensivamente o conceito de arbitrabilidade objetiva através do estudo dos critérios de natureza conceitual estabelecidos no direito comparado, observando quais foram adotados pela legislação brasileira e firmando o seu sentido e a sua extensão quanto às arbitragens em geral.

O segundo capítulo, por sua vez, apresenta os contornos teóricos e normativos dos contratos administrativos e analisa em que medida seriam arbitráveis as matérias inerentes a essa espécie de ajuste, caracterizada pela presença dos poderes unilaterais da Administração.

Propõe-se, nesse momento, uma interpretação do conceito de arbitrabilidade objetiva conforme os preceitos do próprio direito administrativo.

No terceiro e último capítulo, buscou-se investigar as diversas fases que marcaram evolução jurisprudencial do TCU quanto à arbitrabilidade objetiva dos contratos administrativos, especialmente em face da crescente promulgação de leis e atos normativos regulamentando a questão.

2 O CONCEITO DE ARBITRABILIDADE OBJETIVA

Enfrentando a desconfiança dos céticos e a resistência daqueles que compreendiam o Poder Judiciário como a via exclusiva para a solução dos conflitos de interesses e para a pacificação social, o legislador pátrio revolucionou o instituto da arbitragem no Brasil através da promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. O diploma, neste ano celebrando seu vigésimo sétimo aniversário, rompeu definitivamente com o paradigma normativo de outrora, que ignorava por completo a cláusula compromissória⁵ – somente permitindo a instauração de procedimentos arbitrais na presença do compromisso arbitral⁶ – e exigia a homologação judicial das sentenças arbitrais – processo que não raro se demonstrava custoso e demorado, até mesmo pela possibilidade de recurso da decisão de primeiro grau aos tribunais⁷.

Com o advento da Lei de Arbitragem, expressamente se permitiu que as partes interessadas pudessem submeter a apreciação de seus litígios ao juízo arbitral estipulando convenção de arbitragem, categoria que compreende tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso arbitral⁸. Ademais, positivou-se que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário⁹.

Assim, arada a terra para que a arbitragem pudesse conferir maior segurança jurídica e eficiência aos interessados, nota-se que o método extrajudicial de solução de conflitos tem alcançado grande sucesso, desenvolvendo-se consideravelmente na doutrina e na jurisprudência do País.

Nesse sentido, mencionam-se a declaração de constitucionalidade da Lei nº 9.307/1996 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental e difuso¹⁰, e a consequente consagração da arbitragem em diplomas normativos como a Lei de Parcerias Público-Privadas, de 2004, a Lei de Concessões, com a redação dada pela Lei nº 11.196/2005, o Código de Processo Civil de 2015 e a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, de 2021.

Ainda que se reconheça amplamente a arbitragem como método legítimo de solução de conflitos de interesse no ordenamento jurídico brasileiro, não se ignora que os árbitros, no

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁶ Art. 301, IX, da publicação original do Código de Processo Civil de 1973.

⁷ Art. 101 da publicação original do Código de Processo Civil de 1973.

⁸ Art. 3º da Lei nº 9.307/1996.

⁹ Art. 18 da Lei nº 9.307/1996.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 12/12/2001.

exercício da jurisdição¹¹, podem se deparar com questões atinentes ao interesse público. Em face disso, é comum que as legislações nacionais estabeleçam condições subjetivas e objetivas para a submissão de controvérsias ao juízo arbitral, reservando algumas matérias à jurisdição estatal conforme o contexto social, político e econômico no qual se inserem¹².

Na doutrina, o estudo dessas condições se ampara no conceito de arbitrabilidade, que pode ser compreendido como o conjunto de parâmetros de ordem subjetiva e material que habilitam uma determinada disputa à apreciação do juízo arbitral^{13 14}. Sistematizando o fenômeno, distinguem-se duas categorias de arbitrabilidade: a arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, em que se verifica a capacidade jurídica das partes para a submissão de litígios à arbitragem em face de sua função ou condição; e a arbitrabilidade objetiva ou *ratione materiae*, em que se determina as matérias capazes de ser discutidas pelo juízo arbitral^{15 16}.

O legislador brasileiro, posicionando-se quanto à arbitrabilidade das controvérsias já no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, estabeleceu que “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Em apenas uma frase, a Lei de Arbitragem estabelece os limites normativos subjetivos e materiais para a submissão de conflitos de interesse ao juízo arbitral: são subjetivamente arbitráveis os litígios cujas partes sejam “pessoas capazes de contratar” e objetivamente arbitráveis as controvérsias que versem sobre matéria de “direitos patrimoniais disponíveis”.

Assim, para desvendar compreensivamente a questão da arbitrabilidade no Brasil, fez-se imprescindível que os intérpretes se posicionassem quanto ao sentido e à extensão das locuções “pessoas capazes de contratar” e “direitos patrimoniais disponíveis”, respectivamente concernentes ao estudo da arbitrabilidade *ratione personae* e *ratione materiae*.

Antes de aprofundarmo-nos no tema da arbitrabilidade objetiva, considerando a vocação desta obra de analisar o instituto da arbitragem com a Administração Pública no Brasil, importa analisar a própria capacidade dos entes públicos de celebrar convenções de arbitragem sob a perspectiva da arbitrabilidade subjetiva.

¹¹ “A natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição. O árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes”. (NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 1300).

¹² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 7. ed. Oxford University Press, 2023, para. 2.128.

¹³ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999, p. 312.

¹⁴ YOUSSEF, Karim A. The Death of Inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (org.). **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. Kluwer Law International, 2009, p. 49.

¹⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). *op. cit.*, p. 313.

¹⁶ BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. 3. ed. Kluwer Law International, 2021, p. 1028 e 1029.

A Lei nº 9.307/1996, em sua redação original, deixou de apontar explicitamente a Administração Pública como abrangida pela expressão “pessoas capazes de contratar”. Diante disso, levantaram-se questionamentos quanto à compatibilidade constitucional da arbitragem com o poder público, especialmente em razão do princípio da legalidade, positivado no art. 37, *caput*, da Carta Constitucional¹⁷. Nesse contexto, o debate doutrinário brasileiro centralizou-se em torno do problema criado pela falta de autorização expressa na lei de arbitragem brasileira para o Poder Público submeter litígios à decisão por árbitros.

Autores como Luís Roberto Barroso entendiam que a participação dos entes públicos em arbitragens estaria sujeita à expressa autorização legal¹⁸. Em sentido contrário, doutrinadores como Arnaldo Wald e André Serrão se posicionaram favoravelmente à participação de entes públicos em procedimentos arbitrais, argumentando que tanto a legislação quanto a jurisprudência brasileira já admitiam a validade do instituto no domínio dos contratos administrativos¹⁹.

A questão só seria pacificada definitivamente quando, pela promulgação da Lei nº 13.129/2015, reformou-se a Lei de Arbitragem. Com a redação dada pela alvissareira reforma, acrescentou-se ao art. 1º da Lei nº 9.307/1996, o parágrafo 1º²⁰, autorizando expressamente que a Administração Pública direta e indireta elege-se a arbitragem como método de solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Não restando quaisquer dúvidas quanto à capacidade dos entes públicos de submeter controvérsias ao juízo arbitral, o mesmo não se pode afirmar quanto à definição das matérias arbitráveis nos conflitos com a Administração Pública. Com a reforma da Lei nº 9.307/1996, o legislador estabeleceu para a arbitragem com o Poder Público o mesmo parâmetro de arbitrabilidade objetiva estipulado para as arbitragens em geral: são arbitráveis os litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”.

¹⁷ Para José dos Santos Carvalho Filho, “O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023, p. 16).

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 19/2003, p. 415-439, jan./mar., 2003.

¹⁹ SERRÃO, André. WALD, Arnaldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 16/2008, p. 11-32, jan./mar., 2008.

²⁰ “Art. 1º, § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015”. (BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 21 jun. 2023).

Feita tal digressão, mergulhar-se-á definitivamente no tema da arbitrabilidade objetiva a partir do estudo dos critérios utilizados para definição das matérias arbitráveis e da análise de seus contornos no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, recorrer-se-á aos ensinamentos do direito comparado, que demonstram as origens e as principais características desses parâmetros.

2.1 Critérios para Definição das Matérias Arbitráveis no Direito Comparado

A definição das matérias arbitráveis em um determinado Estado, como visto, comumente se relaciona com o contexto social, político e econômico em que ele está inserido. Além disso, fatores como a intrínseca dificuldade da arbitragem em produzir efeitos contra pessoas alheias à convenção também ocupam destacado espaço no debate público quanto à arbitrabilidade objetiva²¹.

O desenlace deste nó górdio, portanto, exigiu que os legisladores e as Cortes nacionais recorressem principalmente a dois artifícios: a elaboração de critérios de natureza conceitual para definição das matérias arbitráveis ou a formulação de um rol de exceções à regra de livre arbitrabilidade dos conflitos de interesse²².

No Brasil, assim como em grande parte dos países de *civil law*, optou-se pela solução legislativa da elaboração de critérios de natureza conceitual. Para compreender a origem e o conteúdo destes critérios, entretanto, é interessante observá-los sob a perspectiva do direito comparado, que revela serem frequentes as disposições normativas que condicionam a arbitrabilidade objetiva dos litígios à conexão com a ordem pública, à disponibilidade do direito e/ou à patrimonialidade dos interesses controvertidos²³.

2.1.1 A Conexão com a Ordem Pública

O primeiro critério, da conexão com a ordem pública, é particularmente relevante no ordenamento jurídico francês, que estabelece – na lei positiva – a inarbitrabilidade de todas as

²¹ CAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 129-161, out./dez., 2010.

²² CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*

²³ ALMEIDA, Carolina. **A (des)necessidade de uma Lei para a Arbitragem Administrativa**. Orientador: Prof. Dr. João Miranda. 2020. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020, p. 38.

“questões que dizem respeito à ordem pública”²⁴. A rigidez do dispositivo, que estabelece um critério negativo de arbitrabilidade, foi amplamente criticada pela doutrina²⁵, levando inclusive à relativização do critério pela jurisprudência francesa.

Compreendendo ser necessária a adoção de um parâmetro simples para determinação da arbitrabilidade, capaz de ser analisado *prima facie*, sem prejuízo da proteção do interesse público característico de algumas controvérsias, as Cortes francesas construíram entendimento no sentido de que o juízo arbitral poderia conhecer disputas ainda que seu objeto envolvesse questões de ordem pública. Apenas em segundo momento, manejada ação judicial para confirmar ou anular a sentença arbitral, poderia o juízo estatal reexaminar a questão de ordem pública concernente ao caso²⁶.

O entendimento prestigia sobremaneira a arbitragem como método de solução de disputas, afinal, não há razão para acreditar que os árbitros desconsiderarão as questões de ordem pública em suas decisões. Além disso, ainda que se alegue que as considerações do tribunal arbitral quanto à ordem pública podem diferir da concepção local, reserva-se às cortes nacionais a possibilidade de reformar a decisão arbitral quando analisarem eventual pedido de confirmação ou afastamento da sentença arbitral²⁷.

Como exceção única à regra acima estabelecida, em que o reexame da observância dos critérios fundamentais da ordem pública francesa só ocorrerá com a proposição de ação judicial para confirmação ou afastamento da sentença arbitral, as únicas matérias capazes de invalidar imediatamente a escolha do juízo arbitral são aquelas afeitas ao direito de família. Todas as demais questões sensíveis se tornaram arbitráveis²⁸.

2.1.2 A Disponibilidade do Direito

²⁴ Vide art. 2.060 do Código Civil Francês. (FRANÇA. **Code Civil**. Código Civil Francês. 2023. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/. Acesso em: 28 set. 2023)

²⁵ Conforme António Sampaio Caramelo, “Perante uma formulação tão categórica como a contida na parte final do art. 2.060, as relações entre a arbitragem e a ordem pública foram pautadas inicialmente pela rejeição da primeira pela segunda. [...] Como é bom de ver, esta concepção do espaço consentido à arbitragem era extremamente restritiva: a simples invocação por uma das partes de uma norma de ordem pública, fosse ou não bem fundada essa invocação, bastava para excluir a sujeição do litígio à jurisdição privada” (CARAMELO, *op. cit.*).

²⁶ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). *op. cit.*, p. 332.

²⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). *op. cit.*, p. 333.

²⁸ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). *op. cit.*, p. 337.

O critério da disponibilidade do direito, adotado por diversos ordenamentos jurídicos, inclusive os da Espanha²⁹ e da Itália³⁰, determina que a arbitrabilidade de uma disputa está relacionada com a possibilidade de poderem as partes constituir ou extinguir os direitos em questão por ato de vontade, bem como de livremente renunciar a esses direitos³¹.

Tendo sido adotado pela Lei de Arbitragem Voluntária portuguesa de 1986, o critério da disponibilidade também foi alvo de intensas críticas por parte da doutrina diante da expressiva limitação do número de matérias arbitráveis³². Sustentou-se, nesse sentido, que a utilização da disponibilidade do direito como parâmetro de definição da arbitrabilidade equipararia – equivocadamente - a celebração de convenção arbitral a um ato de disposição. Diferentemente do que ocorre na utilização dos métodos autocompositivos, em que as partes resolvem solucionar suas controvérsias através de concessões recíprocas, possivelmente ao sacrifício de parte de seus direitos, levar um conflito à arbitragem não implica renúncia de porção alguma do direito material das partes³³.

Na verdade, reconhecida a arbitragem como método heterocompositivo e jurisdicional de solução de conflitos, a celebração de convenção arbitral somente atribui o julgamento da lide a julgadores independentes e imparciais escolhidos direta ou indiretamente pelas partes disputantes. A decisão final do árbitro, seja ela fundamentada no direito ou na equidade, é responsável por solucionar o conflito de maneira decisiva e compreensiva, dando razão à parte que melhor provar a existência e as condições do seu direito, sem que se exija qualquer sacrifício de direito à parte que restar integralmente vencedora da demanda.

Em meio a essas críticas, o legislador português – em 2011 - estabeleceu novos parâmetros para verificação da arbitrabilidade, alterando o art. 1º da Lei de Arbitragem Voluntária³⁴ para adotar como critério, concomitantemente à transigibilidade do direito, a natureza patrimonial do interesse controvertido.

2.1.3 A Patrimonialidade dos Interesses Controvertidos

²⁹ Vide Art. 2º, nº 1 da Lei Espanhola de Arbitragem. (ESPAÑA. **Ley nº 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**, 2003)

³⁰ Vide Art. 806º do Código de Processo Civil Italiano (ITÁLIA. **Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940**. Codice di Procedura Civile. 1940).

³¹ PINHEIRO, Luís Lima. **Arbitragem Transnacional: A Determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra: Almedina, 2005, p. 105.

³² ALMEIDA, Carolina. *op. cit.*, p. 38.

³³ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*

³⁴ PORTUGAL. **Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro**. Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária. 2011.

Engendrado para as arbitragens internacionais pela Lei Suíça de Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987³⁵, o critério da patrimonialidade dos interesses controvertidos compreende como arbitráveis as disputas relativas a direitos ou bens que possuam, em si mesmos, valor econômico pecuniário ou de troca³⁶. Nesses termos, somente se afasta do juízo arbitral os conflitos de interesses atinentes a direitos e interesses não patrimoniais, a exemplo do estado civil das pessoas e das relações familiares de natureza pessoal³⁷.

Dentre os critérios conceituais estudados, aponta-se o da patrimonialidade dos interesses controvertidos como aquele que propicia maior abertura material ao instituto da arbitragem, demonstrando-se em conformidade com a tendência global de progressiva ampliação da arbitrabilidade das disputas. Na doutrina, especialmente quanto à arbitragem internacional, classificou-se tal fenômeno sob o termo “arbitrabilidade universal”, que denota a presunção de arbitrabilidade de todas as disputas internacionais de conteúdo e natureza econômica³⁸.

Nesse sentido, menciona-se que alguns ordenamentos jurídicos já avançaram ainda mais no sentido da ampliação das matérias arbitráveis. Em países como a Alemanha, identificando que mesmo o exercício de alguns direitos da personalidade pode ser relativizado pela celebração de negócios jurídicos, resolveu-se combinar o critério da patrimonialidade dos interesses controvertidos com o critério da transigibilidade do direito³⁹.

Conforme o art. 1.030 do Código de Processo Civil alemão, em tradução livre, tem-se que “Qualquer requerimento envolvendo direitos de propriedade pode ser objeto de uma convenção de arbitragem. Uma convenção de arbitragem que envolva requerimentos não concernentes aos direitos de propriedade tem efeito jurídico na medida em que as partes possam resolver o objeto do litígio por acordo”⁴⁰.

Assim, no ordenamento jurídico alemão, até mesmo certos direitos materiais que a princípio não teriam caráter patrimonial passam a integrar o rol de matérias arbitráveis em virtude da possibilidade de disposição e de negociação de parte de seu conteúdo.

³⁵ SUÍÇA. **Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht**. Lei Suíça de Direito Internacional Privado. 1987.

³⁶ OLIVEIRA, Mário Esteves (org.). **Lei da Arbitragem Voluntária Comentada**, Coimbra: Almedina, 2014, p. 46.

³⁷ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*

³⁸ YOUSSEF, Karim A. *op. cit.*, p. 55.

³⁹ CAMELO, António Sampaio, *op. cit.*

⁴⁰ No texto original, tem-se: “§ 1030 Schiedsfähigkeit (1) Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen”. (ALEMANHA. **Zivilprozessordnung**. Código de Processo Civil. 2005).

2.2 Critérios Adotados pelo Ordenamento Jurídico Pátrio

No Brasil, a Lei nº 9.307/1996 estabelece os limites materiais para a submissão de controvérsias à arbitragem. Firmando a arbitrabilidade das controvérsias relativas a “direitos patrimoniais disponíveis”, o ordenamento jurídico pátrio adotou a fórmula que combina os critérios da patrimonialidade dos interesses e da disponibilidade do direito para conferir maior abertura material à arbitragem, na esteira do que há de mais moderno quanto à definição de critérios de natureza conceitual para determinação das matérias arbitráveis.

Nesse contexto, para compreender o conceito brasileiro de arbitrabilidade objetiva, demonstra-se fundamental analisar a compreensão de seus dois componentes principais, *i.e.*, a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos e interesses, à luz da doutrina pátria.

Primeiro, afere-se que o conteúdo patrimonial de um direito está intimamente relacionado com a possibilidade de quantificá-lo em pecúnia. Não obstante, também possuem conteúdo patrimonial os direitos ou interesses que, emanados de inadimplemento ou violação, possam ser reparados, compensados ou neutralizados por medidas de conteúdo econômico⁴¹. Assim, são arbitráveis também os desdobramentos patrimoniais oriundos do descumprimento de obrigações contratuais sem tradução monetária *per se* – a exemplo da quebra do dever de confidencialidade, que pode ser indenizada em valor monetariamente quantificável⁴².

A disponibilidade do direito, por sua vez, é compreendida como a sua capacidade de ser transferido a terceiros. Para Eros Grau, “Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados”⁴³. Ademais, Carlos Alberto Carmona adiciona que os direitos disponíveis são aqueles cujo livre exercício por seu titular não encontre limites em norma cogente que imponha a nulidade ou a anulabilidade do ato de disposição⁴⁴.

Assim, constata-se que, a princípio, temas relativos ao direito de família, como a filiação, o pátrio poder e os alimentos, e ao direito penal, por exemplo, extrapolariam os limites dentro dos quais se pode exercer a autonomia da vontade. Entretanto, desenvolvendo suas considerações, Carmona demonstra que a indisponibilidade do direito material em si não significa, necessariamente, que sejam indisponíveis as condições para o seu exercício:

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – Versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 264, ano 42, p. 83-107, 2017, p. 99.

⁴² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 26.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Pareceres: Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 18, out./dez., 2002, p. 404.

⁴⁴ CARMONA, Carlos A. *op. cit.*, p. 38.

Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso. É neste sentido, portanto, que deve ser interpretado o art. 852 do Código Civil, ao vedar o compromisso arbitral para questões de estado, de direito pessoal de família e “de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”⁴⁵.

Outro relevante exemplo dessa situação diz respeito à possibilidade de submissão de litígios relativos ao direito autoral à arbitragem. Como a luz ao atravessar um prisma, o direito autoral se manifesta em diferentes feixes, notadamente de características patrimoniais – disponíveis - e morais – indisponíveis -. Ainda que, a princípio, controvérsias relativas aos direitos morais do autor, a exemplo do direito à própria paternidade da obra, estivessem reservadas à jurisdição estatal em razão de sua indisponibilidade, não há óbice para que o juízo arbitral conheça de litígios respeitantes à violação de direitos morais que ensejem indenização em pecúnia⁴⁶.

Observa-se, nesses termos, que a combinação dos critérios da patrimonialidade e da disponibilidade conduz o intérprete da locução “direitos patrimoniais disponíveis” à flexibilização e ao alargamento de ambos os parâmetros, se compreendidos isoladamente, com vistas à expansão do uso da arbitragem e à conseqüente redução exponencial das matérias tidas como inarbitráveis.

⁴⁵ CARMONA, Carlos A. *op. cit.*, p. 38 e 39, grifo nosso.

⁴⁶ ROSA, Marília Bittencourt. SILVA, Vinicius Pavan. Arbitrabilidade dos Direitos Autorais – A Questão dos Direitos Morais. **Revista Brasileira de Arbitragem – Edição Especial – Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual**, 2014, p. 93-109. Disponível em: https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2015/03/RBA_Especial_PIArbMed.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

3 A ARBITRAGEM E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Enquanto no âmbito da arbitrabilidade subjetiva, anteriormente à reforma da Lei de Arbitragem, era o princípio da legalidade que se levantava como o maior entrave à participação dos entes públicos em procedimentos arbitrais, certamente se pode apontar os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público como os principais antagonistas no que tange à arbitrabilidade objetiva das controvérsias com a Administração Pública, especialmente quanto aos contratos administrativos.

Isso porque alguns autores, em equivocada homenagem a esses princípios, compreendiam como indisponíveis e, portanto, inarbitráveis, todos os direitos da Administração Pública⁴⁷. Em complemento, administrativistas como Diogo de Figueiredo Moreira Neto entendiam que a arbitragem só seria compatível com as matérias relativas ao chamado interesse público secundário⁴⁸:

Está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime⁴⁹.

Nesse contexto, a demonstração categórica do equívoco em ambas as posições exige, em primeiro momento, que se analisem os contornos teóricos do princípio da indisponibilidade do interesse público, como reconhecido pela doutrina jurídico-administrativa pátria, para então relacioná-lo com o critério da disponibilidade veiculado pela Lei nº 9.307/1996.

Em seguida, analisar-se-ão as normas que dispõem sobre os contratos administrativos no Brasil, bem como as definições doutrinárias concernentes à matéria, de modo a aferir quais seriam os limites materiais para a submissão de controvérsias relativas a contratos administrativos à arbitragem.

⁴⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A Arbitragem no Direito Administrativo*. *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸ Na definição clássica de Renato Alessi (1960), citada por Rafael Carvalho Rezende Oliveira, o interesse público primário se relacionaria com a satisfação das necessidades coletivas, *i.e.*, justiça, segurança e bem-estar, através da realização de atividades administrativas prestadas à coletividade, na forma de serviços públicos, do poder de polícia, do fomento e da intervenção na ordem econômica, entre outras. O interesse público secundário, por sua vez, seria o interesse do próprio Estado, compreendido como sujeito de direitos e obrigações. Trata-se de concepção indissociável ao que se entende por interesse do erário, materializado através de atividades administrativas instrumentais e indispensáveis para que se atendam os próprios interesses públicos primários, como a administração do patrimônio público. (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022, p. 44).

⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Arbitragem nos Contratos Administrativos*. **Revista de Direito Administrativo**, 209/81-90, jul./set. 1997. p. 84.

3.1 Distinção entre a Indisponibilidade do Interesse Público e a Disponibilidade dos Direitos da Administração Pública

Consoante José dos Santos Carvalho Filho, o princípio da indisponibilidade do interesse público, embora não conste expressamente do rol estabelecido pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, é amplamente referenciado pela doutrina e pela jurisprudência como regra de proceder aplicável à Administração Pública, ostentando a mesma relevância que os próprios princípios expressos⁵⁰.

A indisponibilidade seria desdobramento do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, cujos contornos foram delimitados por Celso Antônio Bandeira de Mello:

a Administração Pública está, por lei, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetiva-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social – que tem de agir, fazendo-o na conformidade da *intentio legis*. Portanto, exerce “função”, instituto – como visto – que se traduz na ideia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendido para o benefício de um terceiro⁵¹.

O conteúdo do princípio da indisponibilidade, nesse contexto, ressalta a situação de que os bens públicos seriam titularizados pela coletividade, não pela Administração Pública ou por seus agentes, a quem se atribui a função de conservá-los e geri-los. Por isso, o Poder Público não teria a livre disposição dos bens públicos, que só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser⁵².

Nesses termos, identifica-se o fundamento basilar da corrente que nega a arbitrabilidade dos direitos e interesses da Administração Pública: interpretando-se a locução “direitos patrimoniais disponíveis” de acordo com a definição característica do direito privado, *i.e.*, sendo disponíveis os direitos que admitem livre alienação e renúncia, impor-se-ia a inarbitrabilidade de todos os direitos e interesses da coletividade, sob os auspícios do Poder Público, posto que sujeitos a regras específicas, constantes de nosso ordenamento jurídico, para alienação e disposição.

Não há, portanto, como justificar-se a posição intermediária que reconhece somente a arbitrabilidade dos direitos e interesses públicos secundários, uma vez que os próprios

⁵⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, 2023, p. 28.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 101.

⁵² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op. cit.*, p. 31.

interesses públicos secundários também estão sujeitos ao princípio da indisponibilidade, “não podendo a Administração Pública simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas”⁵³.

O equívoco, nesse contexto, encontra-se justamente na aplicação da acepção civilista do termo “disponível” à lógica estabelecida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. Afinal, partindo do pressuposto de que a Administração Pública não poderia celebrar convenção de arbitragem em virtude da indisponibilidade dos direitos e interesses coletivos, corolário lógico seria a vedação à própria disposição destes direitos pela via contratual, negando-se a existência dos contratos administrativos.

À luz da inerente natureza contratual da arbitragem, se o Poder Público é indiscutivelmente capaz de celebrar contratos, sujeitando-se ao cumprimento das obrigações pactuadas, não pode haver óbice à contratação da arbitragem como método de solução de controvérsias decorrentes desses mesmos ajustes⁵⁴.

Dessa forma, corretamente considerando não haver qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, leciona Eros Roberto Grau:

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 arbitragem⁵⁵.

No mesmo sentido, posicionam-se Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

O princípio da indisponibilidade do interesse público, nessa linha, reflete uma importante característica do Direito Administrativo: a de que as autoridades não agem por vontade própria, como se dispusessem livremente dos interesses que guardam. Elas lidam com coisa alheia, pública, sobre a qual não dispõem. Noutros termos, o princípio em tela reforça a noção segundo a qual o administrador deve obediência à

⁵³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 29.

⁵⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 29.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, n. 21, p. 141-148, 2017, p. 147 e 148, grifo nosso.

lei, na medida em que atua na gestão de interesses cujo titular (a coletividade) se expressa mediante decisões do Legislativo.

Não foi esse o sentido que a legislação empregou, ao estabelecer que a arbitragem só se destina a "dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis". **Com essa demarcação, a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação**⁵⁶.

Na jurisprudência, a possibilidade de submissão de controvérsias relativas a direitos e interesses da Administração Pública ao juízo arbitral já foi alvo de decisão paradigmática do Supremo Tribunal Federal, que – muito antes da promulgação da Lei de Arbitragem - firmou entendimento reconhecendo a legalidade do instituto, inclusive nas causas contra a Fazenda Pública.

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. LEGALIDADE DO JUÍZO ARBITRAL, QUE O NOSSO DIREITO SEMPRE ADMITIU E CONSAGROU, ATÉ MESMO NAS CAUSAS CONTRA A FAZENDA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[...]

5. AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGOU PROVIMENTO⁵⁷.

Reafirmando a jurisprudência do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) teve, recentemente, a oportunidade de se manifestar quanto à possibilidade de submissão de controvérsias relativas a direitos e interesses do Poder Público à arbitragem.

No Conflito de Competência nº 139.519/RJ, que versava sobre conflito entre a Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras), a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP) e o Estado do Espírito Santo, a Primeira Seção do STJ deparou-se com a temática da aparente contradição entre a indisponibilidade do interesse público e a existência de direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública. Prevaleceu, na ocasião, o voto da Ministra Regina Helena Costa, do qual se destaca a seguinte passagem: “sempre que a Administração

⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. o Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 248, p. 117–126, 2008, p. 120.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 52181 / GB – GUANABARA**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 14 nov. 1973. Data de Publicação: 15 fev. 1974.

contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público”⁵⁸.

Pela relevância que ostenta, o tema figurou na própria ementa do julgado:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. **CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO**. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

[...]

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

[...]

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados⁵⁹.

Nesses termos, demonstra-se que a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça está em consonância com o da melhor doutrina no sentido de que a indisponibilidade do interesse público não obsta que a Administração Pública, por meio de qualquer de seus órgãos ou entidades, submeta controvérsias à apreciação do juízo arbitral sob a perspectiva da arbitrabilidade objetiva.

Afinal, como visto, não há qualquer incompatibilidade entre o reconhecimento de que o Poder Público e seus agentes não podem dispor livremente dos direitos e interesses públicos,

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. 139.519/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Data de Julgamento: 11 out. 2017, Data de Publicação: 10 nov. 2017, p. 51.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC n. 139.519/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Data de Julgamento: 11 out. 2017, Data de Publicação: 10 nov. 2017, grifó nosso.

posto que sua titularidade é de toda a coletividade, e de que o próprio ordenamento jurídico pátrio estabelece situações e regras para que a Administração, com vistas à satisfação do interesse público, está autorizada a celebrar contratos e dispor de seus direitos patrimoniais.

3.2 Limites Materiais para a Submissão de Controvérsias à Arbitragem no Contexto dos Contratos Administrativos

Superados os argumentos que suscitavam a impossibilidade genérica da solução por arbitragem de conflitos que versam sobre direitos e interesses da Administração Pública, o estudo da arbitrabilidade objetiva no contexto dos contratos administrativos exige, primeiramente, que sejam analisados os principais marcos doutrinários e legislativos quanto aos contratos administrativos, diferenciando-os dos demais contratos da administração.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a expressão “contratos da administração” ostenta acepção genérica, abrangendo todos os contratos celebrados pela Administração Pública, independentemente do regime jurídico aplicável. A expressão “contratos administrativos”, por sua vez, seria reservada para designar “tão somente os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”⁶⁰.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, no mesmo sentido, adiciona que as características básicas dos contratos administrativos são a verticalidade, em virtude do desequilíbrio na relação contratual que se traduz nas cláusulas exorbitantes, e o predomínio do regime jurídico de direito público, aplicando-se apenas supletivamente as normas de direito privado. Os demais contratos da administração, por sua vez, são identificados pelas características da horizontalidade, diante do equilíbrio contratual propiciado pela ausência de cláusulas exorbitantes, e do predomínio do regime jurídico de direito privado, ainda que se deva obediência a alguns imperativos de direito público, como a exigência de licitação e a presença de cláusulas necessárias⁶¹.

Para Hely Lopes Meirelles, em complemento, o contrato administrativo apresenta certas peculiaridades que os distinguem dos contratos comuns, sujeitos às normas do direito privado:

Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas cláusulas exorbitantes, explícitas ou implícitas em todo contrato administrativo.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 284.

⁶¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *op. cit.*, p. 545 e 546.

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. A cláusula exorbitante não seria lícita em um contrato privado, porque desigualaria as partes na execução do avençado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que decorrente da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa, porque visa a estabelecer uma prerrogativa em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe aos interesses particulares⁶².

No direito positivo pátrio, através do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, atribuiu-se à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, [...], e para as empresas públicas e sociedades de economia mista [...]”. Aos Estados e Municípios, que na ordem constitucional anterior legislavam privativamente sobre os contratos administrativos, reservou-se a competência para estabelecer normas suplementares.

Nesses termos, promulgou-se em 1º de abril de 2021 a Lei nº 14.133, que substituiu a Lei nº 8.666/1993 e estabelece normas gerais para contratação no âmbito das Administrações Públicas diretas, autárquica e fundacionais de todos os entes federativos, abrangendo inclusive os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, no desempenho da função administrativa, bem como os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Poder Público. Não se olvida, também, que há outros diplomas normativos que estabelecem normas aplicáveis a determinadas espécies de contratos administrativos, como a Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e a Lei nº 11.079/2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada.

Como visto na lição da doutrina, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece uma série de prerrogativas contratuais à Administração Pública, sujeitando o contratado a termos e cláusulas incomuns ou inadmissíveis em contratos celebrados entre particulares⁶³. Reproduzir-se-ão, a seguir, dispositivos da Lei nº 14.133/2021 que materializam a posição de supremacia da Administração, fenômeno caracterizado pela doutrina sob a denominação de “cláusulas exorbitantes”:

CAPÍTULO IV DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

⁶² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 216.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 303.

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III - fiscalizar sua execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelamento apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato.

§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2º Na hipótese prevista no inciso I do caput deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual⁶⁴.

Reconhecendo-se, portanto, a aplicabilidade do regime jurídico de direito público a essa modalidade de ajuste, caracterizada pela verticalidade no relacionamento jurídico estabelecido entre a Administração e os eventuais contratados, prontamente se questiona quanto aos limites materiais para que se submetam controvérsias relativas aos direitos e interesses veiculados pelos contratos administrativos à arbitragem, uma vez que a Lei nº 9.307/1996, disciplinando a questão, somente estabeleceu a arbitrabilidade dos conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Nesse sentido, mencionam-se os louváveis esforços legislativos empreendidos para que se positivasse a arbitragem como método de solução de conflitos plenamente compatível com os direitos e interesses veiculados pelos contratos administrativos, na forma dos seguintes dispositivos: art. 11, III, da Lei nº 11.079/2004⁶⁵; art. 23-A da Lei nº 8.897/1995, incluído pela Lei nº 11.196/2005⁶⁶; e o art. 151 da Lei nº 14.133/2021.

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

⁶⁵ BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

⁶⁶ BRASIL. **Lei nº 8.897, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

Embora não tenha sido capaz de encerrar completamente o debate quanto à extensão da arbitrabilidade objetiva no âmbito dos contratos administrativos, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos trouxe importante inovação ao estabelecer um rol exemplificativo de matérias passíveis de solução por meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias. Em seus termos, são arbitráveis questões como o reestabelecimento do equilíbrio econômico financeiro, o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e o cálculo de indenizações:

CAPÍTULO XII

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, **como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.**⁶⁷

O novo parâmetro normativo que rege as contratações públicas no Brasil, portanto, estabelece a ampla arbitrabilidade das repercussões econômicas dos contratos administrativos. Entretanto, remanescem acalorados debates quanto à arbitrabilidade da aplicação das prerrogativas contratuais da Administração Pública e à possibilidade de controle de legalidade dos atos contratuais do Poder Público na via arbitral, em virtude do regime jurídico administrativo aplicável aos ajustes e à eventual presença do direito de império do Estado no relacionamento contratual.

Na doutrina, com a pretensão de solucionar compreensivamente a questão, destacam-se duas perspectivas: a primeira se utiliza da dicotomia entre os atos de império e os atos de gestão da Administração Pública para aferir se um determinado direito ou interesse é arbitrável,

⁶⁷ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

enquanto a segunda compreende que a definição da arbitrabilidade de um direito administrativo está relacionada com a sua procedência normogenética, como se verá a seguir.

3.2.1 Arbitrabilidade Objetiva Conforme a Distinção entre Atos de Império e Atos de Gestão

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as origens da distinção entre os atos de império e os atos de gestão remontam ao século XIX, quando a doutrina francesa buscava o melhor critério para identificar o direito administrativo. Nessa empreitada, a escola da *puissance publique* formulou a teoria segundo a qual se definem os atos de império como aqueles que o Estado pratica com autoridade sobre os particulares, valendo-se de decisões unilaterais e regidas por direito exorbitante do direito comum. Os atos de gestão, por sua vez, seriam aqueles praticados pela Administração em posição de igualdade com os administrados, sem prerrogativas públicas⁶⁸.

Em homenagem à dicotomia *supra*, relevante setor da doutrina especializada no campo da arbitragem com a Administração Pública compreende que a distinção entre os atos de império e os atos de gestão poderiam indicar com certa objetividade se um determinado direito ou interesse pode ser submetido à apreciação do juízo arbitral, sendo – em princípio - arbitráveis aqueles que se enquadrem como atos de gestão e inarbitráveis os que representem expressão do *ius imperii* estatal⁶⁹. Reconhece-se, entretanto, que somente esse critério não seria suficiente:

De fato, um só critério não seria suficiente: a Administração tem direitos e deveres que decorrem de gestão, mas não são arbitráveis (e.g. adjudicação do contrato ao vencedor da licitação), pois não são negociáveis, e há direitos e deveres que decorrem de negociação, mas não arbitráveis, pois envolvem poder de império (e.g. acordos substitutivos de sanção administrativa), os quais, em si, não guardam patrimonialidade⁷⁰.

Nesse sentido, Eugenia Cristina Cleto Marolla enxerga a existência de duas etapas no processo de verificação da disponibilidade. Primeiro, investigar-se-ia a atuação do Estado para verificar se há ou não manifestação do poder de império do Poder Público, conforme a dicotomia entre os atos de império e os atos de gestão. A autora, sustentando pela inarbitrabilidade dos direitos e interesses veiculados pelas prerrogativas da Administração

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.*, p. 86.

⁶⁹ DEUS, Adriana Sarra de. Arbitrabilidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas? **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. 18, n. 72, p. 10-46, 2021, p. 16.

⁷⁰ MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo**. 363 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 151 e 152.

Pública, afirma que tais prerrogativas existem para a consecução do interesse coletivo. As cláusulas exorbitantes, nesses termos, representariam parcela do poder soberano do Estado expresso através de ato emanado de autoridade pública. Esses atos, à luz de sua origem e finalidade, só poderiam ser analisados e julgados por outra autoridade que também estivesse investida de segmento do poder estatal. O segundo passo, então, seria analisar o bem ou direito controvertido para constatação de sua eventual disponibilidade, conforme os critérios da transação, alienação ou renúncia⁷¹.

Adriana Sarra de Deus, adotando o critério da distinção entre atos de império e atos de gestão, analisou a arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses da Administração Pública em espécie. Na ocasião, concluiu que seriam inarbitráveis os atos praticados no exercício do poder normativo e regulatório das agências reguladoras, bem como as prerrogativas do Poder Público, na forma do art. 104 da Lei nº 14.133, negando-se a utilização da arbitragem para solução de controvérsias que versem sobre os direitos à alteração ou extinção unilateral dos contratos, à fiscalização de sua execução, à imposição de sanções administrativas⁷² e à ocupação provisória de bens. Embora considere que o exercício desses direitos e interesses não se sujeita ao controle de legalidade do juízo arbitral, a autora ressalta que nada impede que os árbitros conheçam de disputas a eles relativos para julgar os reflexos contratuais de ordem econômico-financeira que venham a surgir em razão de seu uso por parte da Administração Pública⁷³.

3.2.2 Arbitrabilidade Objetiva Conforme o Critério Normogenético

Assumindo posição diversa, os adeptos do critério normogenético compreendem que a determinação da arbitrabilidade de um determinado direito ou interesse administrativo exige a análise de sua procedência normogenética, *i.e.*, do fundamento direto que sustenta a sua aplicabilidade. Nesse sentido, seriam arbitráveis todas as matérias contratualizáveis, posto que os direitos e interesses nelas veiculadas seriam constituídos mediante o assentimento dos

⁷¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 129-130.

⁷² A autora, neste ponto, observou que nem todas as sanções previstas na Lei nº 14.133/2021 têm a mesma natureza, apontando-se a existência de sanções de natureza contratual e sanções de natureza administrativa. As sanções contratuais, nesse sentido, seriam pactuadas estritamente no contrato e teriam por objetivo a pré-liquidação de danos causados por inadimplemento contratual. As sanções contratuais, então, seriam caracterizadas como atos de gestão e, portanto, arbitráveis. As sanções administrativas, por sua vez, seriam expressão do poder de império estatal, pois decorreriam de imposição legal e teriam por objetivo a punição de infrações administrativas cometidas pelo contratado. (DEUS, Adriana Sarra de. *op. cit.*, p. 39)

⁷³ DEUS, Adriana Sarra de. *op. cit.*, p. 22 – 44.

particulares, ainda que haja previsão mediata em Lei ou ato normativo estatal. A inarbitrabilidade, por sua vez, somente abrangeria as prerrogativas que decorram diretamente da lei ou de outra fonte heterônoma⁷⁴.

Divergindo do entendimento proposto por Eugenia Marolla e Adriana Sarra de Deus, os autores que adotam o critério normogenético afirmam que o *ius imperii* do Estado não transparece no âmbito do poder disciplinar da Administração. Prevalecendo tal concepção, todas as questões relativas aos contratos administrativos seriam amplamente passíveis de submissão à arbitragem, inclusive aquelas respeitantes às prerrogativas do Poder Público nos contratos administrativos, seja na forma dos poderes unilaterais atribuídos à contratante ou da possibilidade de aplicação de sanções contratuais.

Inicialmente, quanto à arbitrabilidade das sanções previstas nos contratos administrativos, a corrente que se fundamenta na dicotomia entre os atos de império e os atos de gestão compreende que somente as sanções exclusivamente contratuais, sem qualquer previsão legal, estariam sujeitas à apreciação do juízo arbitral, dado que as sanções administrativas, previstas em Lei, seriam expressão do *ius imperii* do Estado e, portanto, inarbitráveis⁷⁵.

A corrente do critério normogenético, por sua vez, destrincha o conceito de sanção administrativa em duas categorias: a das sanções administrativas *strictu sensu* e a das sanções administrativas contratuais, diferenciando-se umas das outras a partir de seu fundamento direto ou imediato.

As sanções administrativas *strictu sensu* decorreriam única e exclusivamente do ordenamento jurídico, sendo aplicadas em razão do poder de polícia da Administração Pública. Nessa categoria, o direito de punir titularizado pelo Estado não encontraria fundamento imediato em um ajuste entre as partes contratantes, mas no poder de império que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas em seu território, regulando a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público⁷⁶.

As sanções administrativas contratuais, por outro lado, seriam todas aquelas cuja aplicação pressupõe a existência de um vínculo contratual entre a Administração Pública e a contratada, que aderiu ao ajuste voluntariamente. Mesmo considerando que muitas das sanções aplicáveis aos particulares que celebram contratos administrativos estão previstas em Lei, essa previsão representaria somente o fundamento mediato ou indireto das respectivas punições,

⁷⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 32 e 33.

⁷⁵ DEUS, Adriana Sarra de. *op. cit.*, p. 39.

⁷⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 32.

posto que a fonte direta de sua aplicação aos particulares seria o contrato. Nos termos de Alexandre Santos de Aragão, tem-se:

O simples fato de a Administração Pública estar jungida a nele [no contrato administrativo] inscrever ou considerar como pressupostas algumas regras legais, como, por exemplo, as de determinadas sanções, não faz com que elas passem a ser sanções legais, e não mais contratuais. Tanto é assim, que, por mais que estejam na lei, se ninguém assinar os contratos por ela regulados, inviável será cogitar a sua aplicação. Como esclarece Parejo Alfonso, “neste caso, o fundamento e título não é a Lei ou o Regulamento, mas o próprio acordo de vontades”.

[...]

Como vimos, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, diretamente, do próprio contrato – de modo que são suscetíveis de serem apreciadas em juízo arbitral.

Para reforçar esta conclusão, destaca-se que, por vezes, a Lei, ao prever tais sanções, explícita ou implicitamente, transfere ao contrato a faculdade de regulá-las e de lhes dar eficácia. Para comprovar o ponto, basta aludir ao art. 86, da Lei 8.666/1993, que estabelece que o “atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”. **Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, o seu campo de aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual.** O seu fundamento de aplicação imediato, reitera-se, é o contrato; a lei é apenas o quadro do qual ele parte⁷⁷.

Aplicando o mesmo raciocínio às demais prerrogativas da Administração, notadamente quanto aos poderes unilaterais do ente público na relação contratual, a corrente do critério normogenético entende que a aplicação das cláusulas exorbitantes – embora previstas em Lei – têm fundamento imediato no contrato firmado entre o Poder Público e os particulares, não no poder de polícia da Administração Pública. Tal conclusão estende-se até o ponto de abranger as prerrogativas contratualmente atribuídas às agências reguladoras ou outras entidades administrativas que funcionem como intervenientes ou representantes da contratante, posto que igualmente fundamentadas diretamente no contrato, sem o qual não haveria aplicação de nenhuma delas⁷⁸.

Embora não faça referência expressa ao critério normogenético, André Luís Monteiro também compreende que a arbitrabilidade das prerrogativas contratuais da Administração não está limitada às suas repercussões econômicas. O autor, com louvável precisão, identifica não haver impedimento para que o juízo arbitral analise a incidência de normas cogentes, como são as que estabelecem as referidas cláusulas exorbitantes do direito comum. Nesses termos, a

⁷⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 35.

⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *op. cit.*, p. 39.

aplicação das prerrogativas do Poder Público seria plenamente arbitrável, sujeitando-se o controle de legalidade exercido pelos árbitros aos mesmos limites que devem observar os juízes e tribunais estatais quanto ao controle do mérito administrativo⁷⁹.

Analisadas, então, os dois principais posicionamentos doutrinários de maior coerência lógica quanto à definição dos limites materiais para a submissão à arbitragem de controvérsias relativas aos contratos administrativos, constata-se que a principal diferença entre os entendimentos defendidos pela corrente dos atos de império e dos atos de gestão e pela corrente do critério normogenético está na interpretação do fundamento imediato das prerrogativas contratuais da Administração Pública: enquanto a primeira corrente recorre à precedência temporal e à inderrogabilidade da Lei para determiná-la como o fundamento imediato das cláusulas exorbitantes, a segunda considera que o fundamento direto das prerrogativas do Poder Público se encontra no instrumento que efetivamente determina a sua aplicabilidade, vinculando o particular: o contrato.

⁷⁹ MONTEIRO, André Luís. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 57/2018, p. 57 – 98, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37117087/Algumas_quest%C3%B5es_sobre_a_recente_decis%C3%A3o_do_STJ_na_arbitragem_Petrobras_v_ANP_princ%C3%ADpio_da_compet%C3%Aancia_compet%C3%Aancia_arbitrabilidade_e_Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Nova_Iorque. Acesso em: 21 set. 2023.

4 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CONFORME O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Frente ao intenso desenvolvimento teórico e normativo da arbitragem com a Administração Pública e à sua crescente utilização para dirimir controvérsias relativas a direitos e interesses públicos, naturalmente se fez necessária a inserção dos mecanismos administrativos de controle no debate quanto ao sentido e à extensão das normas que facultam aos administradores públicas a renúncia à jurisdição estatal.

Nesse contexto, exercendo as suas atribuições constitucionais, os tribunais de contas pátrios fiscalizam e acompanham diversos aspectos da participação dos entes públicos na arbitragem, desde a inclusão de convenções arbitrais nos editais de licitação e nas minutas dos contratos administrativos até a fase de cumprimento das sentenças arbitrais⁸⁰.

Para compreender as interações existentes entre o controle externo realizado com auxílio dos tribunais de contas e a utilização da arbitragem, estabelecendo balizas que orientem a atuação das cortes de contas nesse mister, exige-se que sejam analisadas em maior detalhe a função, a natureza jurídica e as competências das cortes de contas, conforme a Constituição da República e o ordenamento jurídico infraconstitucional.

4.1 Os Tribunais de Contas no Ordenamento Jurídico Pátrio

No Brasil, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes políticos e de suas respectivas entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é exercida através de dois mecanismos: o controle interno de cada Poder, mediante os seus respectivos sistemas, e o controle externo, que fica a cargo do Poder Legislativo, com o auxílio dos tribunais de contas.

Conforme Harrison Leite, “o Tribunal de Contas é um órgão técnico, com diversas funções previstas na Constituição Federal, possuindo autonomia administrativa e financeira, sem subordinação aos Poderes”⁸¹.

Observado o princípio da simetria, a disciplina constitucional dada ao Tribunal de Contas da União, por força do art. 75 da Carta vigente, aplica-se, no que couber, à organização,

⁸⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Interações entre Tribunal de Contas, arbitragem e as autoridades administrativas nela envolvidas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XIX, n. 75, p. 11-35, 2022, p. 34 e 35.

⁸¹ LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 691.

composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, órgãos que são disciplinados pelas Constituições Estaduais, respectivamente.

Importante apontar, também, que a natureza jurídica das decisões dos tribunais de contas é formalmente administrativa, de modo que os seus atos e julgamentos não se revestem da força jurisdicional⁸². Assim, eventual irresignação contra os pronunciamentos das cortes de contas pode ser levada ao conhecimento do Poder Judiciário, mediante ação própria, conforme a inafastabilidade da jurisdição consagrada pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

4.2 As Competências Fiscalizatórias dos Tribunais de Contas e a Determinação da Arbitrabilidade Objetiva

Os tribunais de contas, no exercício de suas competências fiscalizatórias, não se prestam ao exercício de simples exame de legalidade ou avaliação contábil dos dispêndios públicos. Na verdade, o papel atribuído às cortes de contas na ordem constitucional brasileira se estende até o controle da probidade e da eficiência da atividade financeira do Estado, conforme os critérios da legalidade, da legitimidade e da economicidade⁸³.

A Constituição Federal, estabelecendo as competências do Tribunal de Contas da União, extensíveis aos seus congêneres estaduais e dos municípios, por força do art. 75, *caput*, da CRFB/88, dispôs:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

[...]

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza

⁸² LEITE, Harrison. *op. cit.*, p. 699.

⁸³ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op. cit.*, p. 15.

contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

[...]

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

§ 1º No caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis. [...] ⁸⁴.

Nos termos acima, traçaram-se as bases constitucionais que permitem aos tribunais de contas pátrios o controle das contratações públicas. O ordenamento infraconstitucional, em complemento, também estabelece momentos e situações em que as cortes de contas – por iniciativa própria ou mediante provocação – podem se pronunciar quanto às contratações empreendidas pelo Estado.

Na vigência da revogada Lei nº 8.666/1993, o *caput* do art. 113 estabelecia que o tribunal de contas competente seria responsável pelo controle das despesas decorrentes dos contratos administrativos, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e da execução. O parágrafo 2º do mesmo artigo, em seguida, estabelecia que a corte de contas poderia inclusive solicitar para exame cópias de editais de licitação já publicados, “obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”⁸⁵.

Assim, observa-se que as competências fiscalizatórias dos tribunais de contas no âmbito das contratações públicas, à época, somente abrangiam o controle da fase externa da licitação, subsequente à publicação do edital pela autoridade administrativa, ressalvadas as suas funções consultivas.

⁸⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

⁸⁵ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

O advento da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, entretanto, parece ter modificado tal paradigma e reconhecido que os tribunais de contas possuem competência para suspender cautelarmente o processo licitatório, sem limitação à fase interna ou preparatória do procedimento de contratações públicas⁸⁶.

Nos termos do art. 169 da Lei nº 14.133/2021, as contratações deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, sujeitando-se ao controle social e a três linhas de defesa, sendo a última delas ocupada pelos tribunais de contas, juntamente com o órgão central de controle interno da Administração⁸⁷. Adiante, o art. 171, § 1º, dispõe:

Art. 171. [...] § 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.⁸⁸

Nesse sentido, percebe-se que o controle externo da atividade administrativa com auxílio dos tribunais de contas pode se manifestar sobre as contratações públicas em diversos momentos, inclusive quanto à utilização da arbitragem como método de solução de conflitos aplicável às controvérsias sobre direitos e interesses decorrentes dos contratos administrativos, desde a previsão de cláusula arbitral até a fiscalização do cumprimento de eventual sentença⁸⁹.

⁸⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). *Zênite*, 2021. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/05/Controle-dos-tribunais-de-contas-e-o-art.-171-da-Lei-13133_2021_Erick-Halpern_Rafael-Oliveira.pdf. Acesso em: 06 out. 2023.

⁸⁷ “Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; **III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas**”. (BRASIL. *op. cit.*, 2021).

⁸⁸ BRASIL. *op. cit.*, 2021.

⁸⁹ Conforme Schmidt, “Prolatada a sentença arbitral, pode o tribunal de contas, na chamada fase pós-arbitral, fiscalizar eventual pagamento voluntário, mediante reconhecimento de dívida, a fim de assegurar que sejam respeitadas as leis orçamentárias. Obviamente, não tem competência para questionar a validade da sentença arbitral e nem lhe negar eficácia, porquanto se trata de ato jurisdicional, dotado de definitividade, equiparado por lei à sentença judicial”. (SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op. cit.*, p. 34 e 35).

Observando que a opção dos entes públicos pela arbitragem como método de solução de controvérsias está sujeita, como todos os atos da Administração Pública, aos princípios da legalidade e da eficiência, Gustavo da Rocha Schmidt identificou que a fase de inserção da convenção de arbitragem nas previsões editalícias e nas minutas de contratos administrativos é aquela em que “os tribunais de contas possuem mais larga margem de fiscalização nas escolhas feitas pela Administração Pública, por ocasião da celebração da cláusula arbitral”⁹⁰.

Nessa ocasião, o poder-dever fiscalizatório dos tribunais de contas pode aparecer em dois *fronts*: (i) pelo controle da economicidade, uma vez que a escolha da arbitragem enseja relevantes repercussões de ordem econômica para a Fazenda Pública, que poderá vir a arcar com os honorários dos julgadores e com os custos de administração do procedimento; e (ii) pelo controle de legalidade, posto que o administrador público está peremptoriamente vinculado aos limites estabelecidos pela legislação.

É justamente no exercício do controle de legalidade que se identifica a competência das cortes de contas para posicionar-se quanto à arbitrabilidade dos litígios, interpretando as leis e atos normativos aplicáveis às situações concretas. Por isso, analisar-se-á o tema com maior detalhe.

Firmada a adstrição dos administradores públicos às normas jurídicas aplicáveis, em homenagem ao princípio da legalidade, rememora-se que o texto original da Lei de Arbitragem, como aprovado em 1996, não previa expressamente a possibilidade de submissão de controvérsias do Poder Público à arbitragem. Na ocasião, o diploma estabelecera a arbitrabilidade dos litígios somente positivando que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁹¹.

Nesse sentido, reconhecendo-se que a Constituição Federal de 1988 apontou o Tribunal de Contas da União como paradigma para os demais tribunais e conselhos de contas pátrios, por força de seu art. 75, importa analisar a interpretação do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis” construída pelo TCU, bem como a maneira pela qual o órgão exerceu o controle de legalidade quanto à previsão da arbitragem como método de solução de conflitos no âmbito dos contratos administrativos.

Como se demonstrará a seguir, a partir da análise de casos paradigmáticos do Tribunal de Contas da União, escolhidos por representarem cada uma das posições historicamente assumidas pela corte em relação à arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados

⁹⁰ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op. cit.*, p. 20.

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

pelos contratos administrativos, a primeira posição do TCU frente às lacunas normativas para que os entes públicos escolhessem o juízo arbitral foi no sentido de que a submissão de controvérsias à arbitragem seria formalmente contrária ao princípio da legalidade e materialmente incompatível princípios básicos do direito público, inviabilizando o instituto tanto sob a perspectiva da arbitrabilidade subjetiva quanto da arbitrabilidade objetiva⁹².

Constatando que tal posição nunca prevaleceu quando levada ao conhecimento do Poder Judiciário⁹³, o TCU superou a tese da inarbitrabilidade subjetiva genérica dos conflitos com a Administração Pública e adotou um novo posicionamento, conferindo interpretação restritiva à locução “direitos patrimoniais disponíveis” no sentido de restringir a arbitrabilidade objetiva no contexto dos entes públicos. Nesse momento, o TCU se posicionou pela inarbitrabilidade das questões econômico-financeiras pertinentes às contratações públicas⁹⁴.

Sobrevieram, desde então, relevantes inovações normativas que passam a subsidiar o controle de legalidade dos tribunais de contas quanto à eleição da arbitragem como método de solução de conflitos relativos aos contratos administrativos.

Primeiro, destaca-se a promulgação da Lei nº 13.129/2015, que reformou a Lei de Arbitragem e autorizou expressamente que “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁹⁵.

Ademais, a reforma da Lei de Arbitragem estabeleceu que as arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito, respeitando o princípio da publicidade, encerrou o debate quanto à capacidade para celebração de convenção de arbitragem, estabelecendo tal atribuição à autoridade ou ao órgão da Administração competente para a realização de acordos ou transações.

Rememora-se, também, que a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos consagrou a utilização da arbitragem e dos métodos alternativos de prevenção e resolução de controvérsias no âmbito dos contratos administrativos, inclusive estabelecendo um rol exemplificativo de matérias arbitráveis, entre as quais se incluem o reestabelecimento do

⁹² Vide TCU (1993) – Decisão nº 286/93 - e TCU (2003) – Acórdão nº 587/2003-.

⁹³ MEGNA, Bruno Lopes. *op. cit.*, p. 144.

⁹⁴ Vide TCU (2012) – Acórdão nº 2573/2012 -.

⁹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, bem como o cálculo de indenizações.

Nesses termos, o controle de legalidade das cortes de contas sobre a eleição da arbitragem como método de solução de conflitos deve adaptar-se ao paradigma normativo vigente.

Entretanto, deparando-se com edital de licitação que preveja convenção de arbitragem estabelecendo a resolução por arbitragem de controvérsias respeitantes a direitos não patrimoniais ou efetivamente indisponíveis, bem como a supressão do princípio da publicidade ou a possibilidade de julgamento por equidade, surgiria para os tribunais de contas o dever de determinar ao Poder Público a correção do edital, ou até mesmo de proceder à sustação do certame até que o defeito seja corrigido⁹⁶.

Mediante a eventual celebração de contrato administrativo com cláusula arbitral que padecesse de algum dos vícios acima, os tribunais de contas poderiam exigir que as autoridades competentes firmem termo aditivo para correção dos defeitos, sob pena de apuração das responsabilidades dos administradores envolvidos, aplicando-lhes multa⁹⁷.

4.3 Casos Paradigmáticos e a Evolução da Arbitrabilidade Objetiva na Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Diante do grande vulto de seus direitos e interesses, bem como da crescente especialização de seus agentes, a Administração Pública Federal tem empreendido consideráveis esforços para regulamentar compreensivamente a utilização da arbitragem por órgãos de sua estrutura organizacional, bem como pelas entidades da administração indireta.

Nesse sentido, destaca-se a previsão expressa da arbitragem como método de solução de conflitos pelos seguintes instrumentos: (i) Lei nº 12.815/2013, que dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; (ii) Lei nº 13.448/2017, que estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal; (iii) Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, entre outros.

⁹⁶ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op. cit.*, p. 22.

⁹⁷ SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *op. cit.*, p. 22.

Não é de se estranhar, portanto, que o Tribunal de Contas da União já tenha se debruçado sobre o tema da arbitrabilidade dos conflitos com o Poder Público por diversas vezes ao longo dos anos, especialmente no âmbito dos contratos administrativos, austeramente acompanhando a evolução do instituto e adequando seu posicionamento aos novos paradigmas doutrinários e normativos.

Por isso, reconhecendo o nobre mister do Tribunal de Contas da União e a relevância de sua jurisprudência para conferir segurança jurídica à opção dos administradores públicos pela arbitragem como método de solução de conflitos, proceder-se-á a uma análise minuciosa das principais decisões do TCU quanto à arbitrabilidade objetiva dos conflitos com o Poder Público, efetivamente paradigmáticas e escolhidas por serem representativas dos diversos posicionamentos da corte de contas relativamente à matéria, ressaltando a sua mudança ao longo do tempo.

4.3.1 Decisão nº 286/93 – Plenário – Ata 2993: Incompatibilidade da Arbitragem com os Princípios Básicos de Direito Público

Poucos anos antes da promulgação da Lei de Arbitragem, o Tribunal de Contas da União foi provocado a responder consulta formulada pelo Ministério de Minas e Energia (MME) quanto à conveniência de ser negociada a adoção de juízo arbitral para solucionar pendências relacionadas com preços estabelecidos nos instrumentos contratuais celebrados entre a Companhia Hidro-Elétrica do São Francisco (CHESF) e seus fornecedores de materiais e mão de obra.

Na ocasião, identificada pelo Processo de nº TC 008.217/93-9, o MME cientificou a Corte de Contas de que algumas questões contratuais vinham gerando impasses nas obras e serviços vinculados à construção da Usina Hidrelétrica de Xingó, alertando que eventual falta de continuidade do objeto desses contratos comprometeria interesses relevantes da economia e a garantia da prestação adequada do serviço público de energia elétrica na região Nordeste.

Conforme se consignou em relatório, a unidade técnica do TCU estabeleceu, primeiramente, que os contratos em pauta estariam todos enquadrados no gênero dos contratos administrativos. Em seguida, o órgão se manifestou pela inadmissibilidade da adoção do juízo arbitral para solucionar pendências decorrentes de contratos administrativos, uma vez que a recém editada Lei nº 8.666/1993 teria suprimido a excepcional autorização para que o Poder Público submetesse à arbitragem controvérsias relativas aos contratos administrativos, constante do revogado Decreto-Lei nº 2.300/86. Nesse sentido, considerou-se que o legislador

teria proscrito definitivamente a utilização da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, sob a perspectiva da arbitrabilidade subjetiva.

No campo da arbitrabilidade objetiva, a unidade técnica foi além e firmou que a utilização do juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos afrontaria uma série de princípios de direito público, notadamente: (i) o da supremacia do interesse público sobre o interesse privado; (ii) o da indisponibilidade do interesse público pela Administração; (iii) o da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; (iv) o do controle administrativo ou tutela; (v) e o da vinculação do contrato ao instrumento convocatório e à proposta que lhe deu origem.

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

Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao entregar a terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesses que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida. Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contratado, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiro estranho à Administração (o árbitro, no caso).

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

Fere, por fim, o princípio da vinculação por aquilo que a só previsão do juízo arbitral ou sua adoção constitui, na prática, ameaça constante à estabilidade das regras e condições que presidiram o certame licitatório, bem assim das condições ofertadas na proposta vencedora do mesmo certame, dado que, a todo tempo, poderia o contratado pleitear e talvez obter no juízo arbitral vantagens contratuais que, na instância administrativa, provavelmente não obteria, dados os impedimentos legais que, sem dúvida, se anteporiam à concessão do pleito formulado, tal o pedido de recomposição de preços, cuja concessão, à luz do direito administrativo, só é possível ante a superveniência de evento imprevisível e imprevisto à época da contratação e de excessiva onerosidade para o contratado (teoria da imprevisão)⁹⁸.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 286/93 – Plenário – Ata 29/93**. Relator: Min. Homero Santos. Data da Sessão: 15 jul. 1993. Data de Publicação: 04 ago. 1993.

O Ministério Público, ouvido após a unidade técnica, afirmou que o compromisso arbitral e a transação seriam institutos de notória semelhança e igualmente alheios à disposição do administrador público na falta de autorização expressa, em homenagem ao princípio da legalidade. Ademais, considerou-se que o Código Civil vigente à época prescrevia que os dispositivos concernentes à transação seriam aplicáveis ao compromisso arbitral, no que coubesse. Dado que o art. 1.035 da codificação privada somente permitia a transação quanto a direitos patrimoniais de caráter privado, os direitos e interesses da Administração Pública estariam sujeitos ao monopólio do Poder Judiciário.

Interessante apontar, também, que o Parquet teceu considerações acerca suposta celeridade do juízo arbitral. Na ocasião, considerando o panorama normativo vigente à época e fazendo referência a um artigo publicado por Carlos Alberto Carmona na Revista de Processo, intitulado “Arbitragem e Jurisdição”, levantou-se que a arbitragem poderia ser bastante demorada em causas complexas, que exigem a produção de prova pericial, podendo vir a custar quantias tão vultosas quanto aquelas características do processo judicial. Além disso, o fato de que a sentença arbitral precisaria ser levada ao Poder Judiciário para homologação e execução esvaziaria a celeridade do instituto.

Em seu voto, o relator do processo no TCU limitou-se a ratificar os termos constantes dos pareceres unidade técnica e pelo Ministério Público, firmando que os contratos administrativos, por serem regidos pelo direito público, não seriam compatíveis com a arbitragem como método de solução de conflitos. O entendimento do Ministro Relator prevaleceu e a Corte de Contas proferiu a seguinte decisão:

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

1. conhecer, como consulta, o expediente do Aviso nº 167/GM/1993, do Exmo. Senhor Ministro de Minas e Energia, para respondê-lo que **o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público** (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e à respectiva proposta vencedora, entre outros); [...] ⁹⁹

Esmiuçados os fundamentos que subsidiariam a Decisão nº 286/93, nota-se claramente que o posicionamento da Corte de Contas reflete em grande medida o desprestígio da arbitragem como método de solução de conflitos no período que antecedeu a promulgação da Lei de Arbitragem.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 286/93 – Plenário – Ata 29/93**. Plenário. Relator: Min. Homero Santos. Data da Sessão: 15 jul. 1993, grifo nosso.

Fortemente influenciados pela equivocada aproximação da arbitragem com o instituto da transação, na forma empreendida pelo Código Civil de 1916, a unidade técnica da Corte e o Ministério Público junto ao TCU compreendiam que a renúncia à jurisdição estatal significaria pura e simples disposição dos direitos e interesses envolvidos, supostamente vedada pelos princípios de direito públicos levantados.

Na falta de um critério jurídico-positivo de arbitrabilidade, recorreu-se ao requisito legal que estabelecia os limites materiais para que se realizasse a transação. Assim, acolhendo o parecer do Ministério Público, o TCU considerou que seriam arbitráveis somente os conflitos relativos a direitos patrimoniais de caráter privado.

O advento da Lei de Arbitragem, entretanto, não foi suficiente para modificar o posicionamento da Corte de Contas quanto à arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados através dos contratos administrativos, como se verá a seguir.

4.3.2 Acórdão nº 587/2003 – TCU - Plenário: Indisponibilidade dos Interesses de Natureza Pública

Em 2003, no Processo nº TC 004.031/2003-0, o Tribunal de Contas da União foi instado a se pronunciar a respeito de um Levantamento de Auditoria realizado junto ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT) quanto a obras de adequação de trechos rodoviários no Estado do Rio Grande do Sul – Divisa SC/RS - Osório. Na ocasião, a Equipe de Auditoria da Corte de Contas teria constatado a existência de irregularidades graves em dos contratos auditados, além de outras irregularidades e impropriedades relativas à documentação, ao processo licitatório, à falha na execução de contratos, havendo pendências jurídicas relevantes.

De acordo com a Auditoria, as irregularidades relevantes no processo licitatório em questão diriam respeito à estipulação de arbitragem para a solução de conflitos entre o DNIT e o contratado. Para a Secretaria de Controle Externo do Rio Grande do Sul – TCU (Secex/RS), o interesse tutelado na relação jurídica que viria a ser estabelecida pelo contrato seria de inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível e inarbitrável à luz do art. 1º da Lei nº 9.307/1996.

A Secex/RS, nesses termos, propôs que a Corte de Contas suprimisse as cláusulas editalícias que previam a solução por arbitragem, bem como as menções ao instituto constantes da minuta do contrato, por considerá-las contrárias ao art. 1º da Lei nº 9.307/96 e ao interesse público, sendo, portanto, nulas.

O TCU, em seu Acórdão, reproduziu integralmente a proposição da Auditoria e determinou a supressão das cláusulas editalícias e as menções à arbitragem na minuta do contrato, firmando que os direitos e interesses de natureza pública, característicos dos contratos administrativos, seriam incompatíveis com o critério de arbitrabilidade estabelecido pela Lei de Arbitragem, através de seu art. 1º¹⁰⁰.

Assim, mesmo após a promulgação da Lei de Arbitragem, o TCU reafirmou a sua jurisprudência no sentido de que os direitos e interesses da Administração Pública seriam genericamente indisponíveis, negando a arbitrabilidade objetiva de quaisquer controvérsias relativas a contratos administrativos, sempre firmados para atender ao interesse público.

4.3.3 Acórdão nº 157/2012 – TCU – Plenário: Arbitrabilidade do Interesse Público Secundário

Em fevereiro de 2012, o Tribunal de Contas, no exercício de sua competência fiscalizatória, pronunciou-se quanto ao 2º estágio da concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, em Guarulhos/SP, Viracopos, em Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, em Brasília/DF.

No Acórdão, proferido em razão do Processo nº TC 032.786/2011-5, a Corte de Contas adotou como relatório a instrução elaborada pelos auditores federais de controle externo encarregados do exame do processo no âmbito da 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação (Sefid-1).

Da referida instrução, constou análise quanto à conformidade do processo concessório em apreço diante da Lei nº 8.987/1995, que já dispunha, à época, pela legitimidade do emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem¹⁰¹.

A unidade técnica da Corte de Contas, nesse sentido, identificou que a minuta contratual constante do Edital ANAC 2/2011 previa a resolução de controvérsias por arbitragem, circunscrevendo a sua aplicação a questões relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato. Ponderou-se, na ocasião, que seria sempre lícita a estipulação da arbitragem como método de solução de litígios futuros e incertos no âmbito dos contratos

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 587/2003 – TCU - Plenário**. Plenário. Relator: Min. Adilson Motta. Data da Sessão: 28 mai. 2003.

¹⁰¹ “Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005. (BRASIL. *op. cit.*, 1995.

administrativos, quando incidente exclusivamente sobre direitos patrimoniais, que representariam o interesse público secundário ou instrumental. As potestades de índole pública, em sentido contrário, seriam inarbitráveis por constituírem verdadeira manifestação do que se entende como interesse público primário¹⁰².

Fez-se referência expressa, ainda, à doutrina de Ferreira Lemes, no sentido de que tudo que tivesse reflexo patrimonial e estivesse relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público seria suscetível de solução pelo juízo arbitral. Para o autor, somente as cláusulas regulamentares estariam fora do alcance da disponibilidade e, portanto, da arbitrabilidade.

Invocando os fundamentos acima, em face do teor da cláusula compromissória prevista no caso concreto, a Sefid-1 concluiu pela admissibilidade da previsão da arbitragem contida na minuta contratual anexa ao instrumento convocatório.

Nota-se, portanto, que a unidade técnica da Corte de Contas, no processo em questão, adotou como critério de arbitrabilidade objetiva a distinção entre os interesse públicos primário e secundário, considerando que as disposições regulamentares dos contratos administrativos seriam inarbitráveis, por representarem manifestação do interesse público primário, e que as cláusulas econômico-financeiras e patrimoniais desses mesmos ajustes seriam arbitráveis, por estarem compreendidas entre os interesses públicos secundários, meramente instrumentais.

Ainda que o tema não tenha constado expressamente do dispositivo do Acórdão nº 157/2012, pode-se apontar que o TCU acolheu os fundamentos levantados pela auditoria da Sefid-1, uma vez que não houve qualquer determinação pela alteração ou supressão da cláusula compromissória constante da minuta contratual em apreço.

Nesses termos, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União dava sinais de que estaria superando os posicionamentos anteriores, efusivamente contrários à utilização da arbitragem por parte da Administração Pública e representativos de um panorama normativo institucional que ficara no passado.

4.3.4 Acórdão nº 2573/2012 – TCU - Plenário: Inarbitrabilidade das Questões Econômico-Financeiras

¹⁰² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 157/2012 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Aroldo Ceraz. Data da Sessão: 1º fev. 2012.

Mais adiante, em setembro de 2012, o Tribunal de Contas da União pronunciou-se quanto aos autos do acompanhamento do processo de outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, com uma extensão de 475,9 km.

No Processo nº TC 003.499/2011-1, também instruído pela Sefid-1, a Corte de Contas conheceu do Edital de Concessão nº 001/2011-BR-101/ES/BA, formulado pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Na minuta do contrato, previa-se a arbitragem como método de solução de toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as partes oriunda ou relacionada ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

A opção da ANTT pelo uso da arbitragem encontrava respaldo na própria Lei nº 10.233/2001, que criou a autarquia federal e instituiu as cláusulas essenciais dos contratos de concessão a serem outorgados pela agência. Através de seu art. 35, o diploma estabelece que “O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a: [...] **XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem**”¹⁰³.

No mesmo sentido, rememora-se que também a Lei nº 8.897/1995, com a inclusão do art. 23-A pela Lei nº 11.196, de 2005, já estabelecia a possibilidade de que o contrato de concessão estabelecesse o emprego da arbitragem para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.

A despeito disso, a unidade técnica do TCU apontou que o contrato de concessão em apreço seria de caráter administrativo, relativo à prestação de serviço público. Nesses termos, considerando que a Administração Pública poderia alterar unilateralmente os aspectos referentes ao funcionamento do serviço, pontuou-se que a fixação de tarifas não poderia ser submetida à arbitragem. A unidade técnica, então, firmou que as questões econômico-financeiras dos contratos administrativos seriam de interesse público e, por isso, indisponíveis ao conhecimento do juízo arbitral.

¹⁰³ BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências. Brasília, DF, 2001, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110233.htm. Acesso em: 27 set. 2023.

Em suas considerações, apontou-se o Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante como exemplo de instrumento em conformidade com os critérios de arbitrabilidade objetiva estabelecidos pelas normas de referência, uma vez que esse delimitava as situações que ensejariam a resolução por arbitragem como sendo aquelas relativas às indenizações eventualmente devidas quando da extinção do ajuste, inclusive quanto aos bens revertidos.

Na ocasião, a Sefid-1 não fez nenhuma referência ou consideração relativa ao pronunciamento ofertado pelo mesmo órgão técnico no âmbito do Processo nº TC 003.499/2011-1, julgado pelo TCU em fevereiro de 2012, quando se estabeleceu que seriam plenamente arbitráveis as matérias relativas ao interesse público secundário, incidentes exclusivamente sobre direitos patrimoniais, inclusive as questões relacionadas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, posto que representativas do interesse público secundário ou instrumental.

Assim, contrariando a posição assumida naquele mesmo ano, a Sefid-1 entendeu por devido determinar à ANTT que previsse expressamente, no Contrato de Concessão atinente ao Edital 001/2011-BR-101/ES/BA, a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de controvérsias respeitantes às questões econômico-financeiras do ajuste.

O Relator, Min. Raimundo Carreiro, concordou com o parecer da unidade técnica e encontrou mácula na minuta de contrato do edital em apreço ao prever a ampla arbitrabilidade de toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as Partes oriunda ou relacionada ao contrato de concessão. Em seu voto, o Ministro julgou que as previsões editalícias seriam contrárias à competência da ANTT, considerando que a previsão editalícia estenderia demasiadamente o rol das possibilidades que poderiam ensejar a instituição de arbitragem, inclusive quanto às questões econômico-financeiras.

Por seu turno, o Min. Walton Alencar Rodrigues proferiu Voto Revisor e propôs breve reflexão quanto à proposta de inclusão, no contrato, de cláusula prevendo a inaplicabilidade da arbitragem para questões econômico-financeiras do contrato. O Ministro considerou “importante deixar assente que esse tipo de arbitragem - que a partir de agora deve ser excluída dos termos de contrato – está prevista nos ajustes anteriores da ANTT, sem que se tenha notícias de prejuízo à administração”¹⁰⁴.

Não obstante, constou do Acórdão proferido no Processo o seguinte trecho:

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Voto Revisor no Processo nº TC 003.499/2011-1**. Plenário. Redator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 26 set. 2012.

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que cuidam do acompanhamento do processo de outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, nos termos da IN/TCU nº 46/2004.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Redator, em:

[...]

9.2. determinar, com fundamento no ar 43, inciso I, da lei 8.443/92 e art 250, inciso II do Regimento Interno do TCU, à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que, na presente outorga para concessão, recuperação, operação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101/ES/BA, compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro, **adote as medidas pertinentes para fazer constar expressamente no contrato de concessão proveniente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA:**

9.2.1. **a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão**, haja vista o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001; [...] ¹⁰⁵

A análise do Acórdão nº 2573/2012 – TCU – Plenário e dos fundamentos nos quais a decisão se alicerça revela que a previsão expressa da possibilidade de utilização da arbitragem nas leis que regulamentam os contratos administrativos em determinados setores na economia brasileira não foi suficiente para arrefecer as desconfianças da Corte de Contas com relação à utilização da arbitragem.

Embora se tenha pacificado o debate em torno da arbitrabilidade subjetiva dos litígios envolvendo o Poder Público, a Corte de Contas ignorou os fundamentos constantes do relatório do Acórdão nº 157/2012 – TCU – Plenário e voltou a fazer referência a antigas decisões que proibiram a previsão de arbitragem de forma indiscriminada nos contratos administrativos.

Assim, valendo-se de interpretação extremamente restritiva do conceito de arbitrabilidade objetiva estabelecido pela Lei nº 9.307/1996, o Tribunal de Contas da União fez questão de dissipar os sinais de que a sua jurisprudência estaria evoluindo rumo à ampla arbitrabilidade dos conflitos administrativos, retornando à posição de outrora e conferindo insegurança jurídica à opção dos administradores públicos pela utilização da arbitragem como método de solução de conflitos.

¹⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2573/2012 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 26 set. 2012.

4.3.5 Acórdão nº 4036/2020 – TCU – Plenário: Arbitrabilidade Objetiva em Rol Taxativo

Em dezembro de 2020, o Tribunal de Contas da União proferiu acórdão no âmbito do processo TC 016.936/2020-5, referente ao acompanhamento do primeiro estágio de desestatização pela outorga de concessão dos trechos das rodovias federais BR-153/TO/GO e BR-080/414/GO.

À época, já haviam sido integrados ao ordenamento jurídico brasileiro as primeiras leis e atos normativos que se propuseram a positivizar situações e matérias passíveis de submissão ao juízo arbitral, exemplificando questões abrangidas pelo conceito de arbitrabilidade objetiva com a Administração Pública estabelecido pela Lei nº 9.307/1996, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.129/2015.

Nesse sentido, em ordem cronológica, destacam-se (i) a Lei nº 13.448/2017, que versa sobre a prorrogação antecipada de contratos de concessão e criou o instituto da relicitação; (ii) a Resolução ANTT nº 5.845/2019, de 14 de maio de 2019, que dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da autarquia federal; e (iii) o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário.

Os diplomas acima, respectivamente, regulamentam a matéria da forma que segue:

Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017.

[...]

Art. 31. As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

[...]

§ 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei:

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes. [...] ¹⁰⁶

¹⁰⁶ BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário,

Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019.

[...]

Art. 2º São considerados direitos patrimoniais disponíveis, sujeitos ao procedimento de Solução de Controvérsias regulado pela presente Resolução:

I - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - indenizações decorrentes da extinção ou transferência do Contrato;

III - penalidades contratuais e seu cálculo; (Redação dada pela Resolução 5960/2022/DG/ANTT/MI)¹⁰⁷;

IV - o processo de relicitação do contrato nas questões que envolvam o cálculo das indenizações pelo órgão ou pela entidade competente; e

V - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.

Parágrafo único. **Quaisquer outros litígios, controvérsias ou discordâncias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato não previstos acima poderão ser resolvidos por arbitragem, desde que as partes, em comum acordo, celebrem compromisso arbitral**, definindo o objeto, a forma, as condições, conforme definido no art. 12.¹⁰⁸

Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.

[...]

Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Parágrafo único. **Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras:**

I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e

III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo¹⁰⁹.

ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

¹⁰⁷ Em dezembro de 2020, quando prolatado o Acórdão nº 4036/2020, o art. 2º, III, da Resolução ANTT nº 5.845, de 14 de maio de 2019, tinha a seguinte redação: “penalidades contratuais e seu cálculo, **bem como controvérsias advindas da execução de garantias**” (grifo nosso).

¹⁰⁸ ANTT. **Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019**. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Brasília, DF, 2019, grifo nosso. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=0005845&seqAto=000&valorAto=2019&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796. Acesso em: 28 set. 2023.

¹⁰⁹ BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário

Conforme a instrução elaborada pela Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil, constante do relatório do Acórdão nº 4036/2020, haveria irregularidades na minuta contratual elaborada pela ANTT no âmbito do processo concessório, especialmente quanto ao escopo da previsão da arbitragem.

A minuta em questão estabelecia a utilização da arbitragem para resolver todas as questões que abordam direitos patrimoniais disponíveis, assim consideradas “(i) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico financeiro do Contrato; (ii) as indenizações, incluindo seu cálculo, decorrentes da extinção ou transferência do Contrato; (iii) as penalidades contratuais e seu cálculo, bem como controvérsias advindas da execução de garantias; (iv) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das Partes”¹¹⁰.

Como visto, os termos constantes da minuta eram exatamente os mesmos constantes da Resolução ANTT nº 5.845, de 14 de maio de 2019. Para a unidade técnica, entretanto, a promulgação do Decreto nº 10.025/2019, posterior ao ato normativo da autarquia federal, teria reduzido o escopo da arbitrabilidade objetiva no âmbito da administração pública federal em diversos setores, inclusive o do transporte rodoviário.

Por isso, a unidade técnica compreendeu que o TCU deveria determinar à agência reguladora que excluísse da minuta do contrato o dispositivo que permite a arbitragem para solução de controvérsias relativas à execução de garantias, sob o fundamento de que a hipótese não teria sido abarcada pelo Decreto nº 10.025/2019 e, portanto, não poderia ser levada à arbitragem. Além disso, o órgão técnico entendeu por bem que a Corte de Contas determinasse à ANTT que retificasse a Resolução ANTT nº 5845/2019, adequando a sua definição de direitos patrimoniais disponíveis àquela constante do Decreto nº 10.025/2019.

Ainda que não tenha declarado textualmente, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Rodoviária e de Aviação Civil se posicionou no sentido de que o rol constante do Decreto nº 10.025/2019 seria taxativo, negando a arbitrabilidade de quaisquer matérias não previstas expressamente pelo ato normativo.

Assim, ignorou-se a própria literalidade do art. 2º, Parágrafo Único, do Decreto nº 10.025/2019, que dispõe: “Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias

e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF, 2019, grifo nosso. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4036/2020 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Vital do Rêgo. Data de Sessão: 8 dez. 2020.

sobre direitos patrimoniais disponíveis, **entre outras**: [...]”¹¹¹. A locução “entre outras”, naturalmente, conduz à interpretação de que o rol estabelecido pelo administrador federal, no exercício de sua função atípica, é meramente exemplificativo, não havendo óbice à submissão de outras controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis ao juízo arbitral.

Apreciando o tema, nos termos do voto prolatado pelo Ministro Relator, o Tribunal de Contas da União deu razão à unidade técnica e afirmou categoricamente: “não há dúvidas de que é exaustivo o rol de direitos patrimoniais disponíveis da Lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019”¹¹². No Acórdão, determinou-se que a ANTT, previamente à publicação do edital de concessão dos trechos das rodovias federais em apreço, restringisse a arbitrabilidade objetiva às controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis expressamente previstos no rol constante da Lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019, combinado com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996. Além disso, recomendou-se que a agência reguladora revisasse a sua Resolução nº 5.845/2019, estabelecendo que a utilização da arbitragem estaria restrita às hipóteses previstas na Lei 13.448/2017 e do Decreto 10.025/2019, combinadas com o disposto no art. 1º da Lei 9.307/1996.

Notavelmente, as considerações que subsidiam a conclusão do Relator, Min. Vital do Rêgo, contém erros de premissa tão relevantes quanto os apontados em relação ao posicionamento da unidade técnica, equivocadamente acolhido pelo voto condutor.

Em seu voto, o Ministro apontou que “Os direitos patrimoniais disponíveis surgiram no âmbito da Lei 13.448/2017, ao dispor sobre a prorrogação antecipada de contratos de concessão e ao criar o instituto da relicitação [...]”. Na verdade, a adoção da fórmula “direitos patrimoniais disponíveis” como critério de natureza conceitual para a determinação da arbitrabilidade objetiva no Brasil remonta à promulgação da própria Lei de Arbitragem, em 1996, tendo a sua aplicabilidade ratificada quanto à arbitragem com a Administração Pública por ocasião da Lei nº 13.129/2015.

A Lei nº 13.448/2017, como visto, somente representa o primeiro marco legislativo quanto à exemplificação das matérias que estariam compreendidas pela locução “direitos patrimoniais disponíveis”. Mesmo após a sua promulgação, o conceito brasileiro de arbitrabilidade objetiva continua incólume, não havendo qualquer norma que condicione a sua aplicação à previsão expressa de um ou outro rol constante de leis esparsas ou de atos normativos infralegais.

¹¹¹ BRASIL. *op. cit.*, 2019, grifo nosso.

¹¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4036/2020 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Vital do Rêgo. Data de Sessão: 8 de dezembro de 2020.

Pontue-se, nessa oportunidade, que a necessidade de previsão específica das matérias arbitráveis no âmbito dos contratos administrativos só se justifica em face da insegurança jurídica causada por deliberações atécnicas de instituições como o próprio Tribunal de Contas da União, por vezes contrárias à jurisprudência do Poder Judiciário e distantes da coerência teórica construída pela melhor doutrina administrativista e arbitralista do País.

Felizmente, o legislador brasileiro demonstrou-se atento à temática e reafirmou, no texto da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o caráter enumerativo do rol de direitos patrimoniais disponíveis constante das leis e atos normativos que disciplinam a utilização da arbitragem por parte da Administração Pública. Através de seu art. 151, Parágrafo Único, a Lei 14.133/2021 dispôs: “Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, **como** as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”¹¹³.

Em face da utilização do vocábulo “como” por lei em sentido estrito e de aplicação geral, faz-se cristalina a opção do legislador pela enumeração exemplificativa de matérias que seriam indubitavelmente arbitráveis. Nesses termos, constata-se que o direito positivo brasileiro não admite obstáculos à submissão de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, ainda que diversos das hipóteses previstas pelo novel estatuto geral das contratações públicas, ao juízo arbitral.

¹¹³ BRASIL. *op. cit.*, 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A determinação compreensiva da arbitrabilidade objetiva, especialmente no campo do direito administrativo, é fundamental para garantir segurança jurídica e eficácia ao instituto da arbitragem. No Brasil, entretanto, ainda não há consenso doutrinário ou institucional quanto aos limites materiais para a submissão de controvérsias a esse método de solução de conflitos.

Como visto no primeiro capítulo, o ordenamento jurídico pátrio adotou critérios de natureza conceitual para a definição da arbitrabilidade. Combinando os critérios da patrimonialidade e da disponibilidade, o legislador brasileiro conferiu grande abertura material ao escopo da arbitragem, de modo que todas as disputas de conteúdo e natureza eminentemente econômicos seriam passíveis de solução por árbitros.

No direito administrativo, entretanto, a definição da arbitrabilidade objetiva exige que os intérpretes observem o critério da disponibilidade através das lentes próprias ao regime jurídico de direito público, que estabelece inúmeras prerrogativas e sujeições à Administração, mas não a proíbe de perscrutar o interesse público através da celebração de contratos com particulares.

Em homenagem ao princípio constitucional da eficiência e reconhecendo as virtudes da via arbitral para a solução de controvérsias espinhosas, bem como a possibilidade de disposição de direitos e interesses tutelados pelo Poder Público na forma dos contratos administrativos, não há óbice para que a Administração opte pela submissão de conflitos decorrentes dessa espécie de ajuste à arbitragem.

Remanesce, porém, controvérsia doutrinária acerca da extensão da arbitrabilidade objetiva no âmbito dos contratos administrativos, especialmente quanto às cláusulas exorbitantes do direito comum que lhes são características.

Nesse contexto, relevante parcela dos autores compreende que os poderes unilaterais da Administração Pública não seriam arbitráveis, por decorrerem diretamente da Lei e representarem manifestação do *ius imperii* estatal. As cláusulas relativas aos atos de gestão, entretanto, seriam plenamente passíveis de solução na via arbitral.

Outra corrente, por seu turno, defende que todas as matérias contratualizáveis seriam arbitráveis. As cláusulas exorbitantes, nessa perspectiva, também seriam passíveis de solução por árbitros, uma vez que o fundamento direto e indispensável à sua aplicação seria o encontro de vontades entre o Poder Público e o particular, celebrando o contrato.

Estudados os contornos legislativos e teóricos da arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados pelos contratos administrativos, ressaltou-se que os tribunais de contas, no exercício de suas competências fiscalizatórias, cumprem importante papel na determinação

concreta da arbitrabilidade objetiva na prática da Administração, especialmente no que tange ao controle de legalidade da opção dos administradores públicos pela utilização da arbitragem.

No terceiro capítulo, então, procedeu-se à investigação de 5 (cinco) acórdãos representativos de diferentes posições defendidas pelo TCU, cotejando-os com o avanço da legislação referente à arbitragem no País, num intervalo de 27 (vinte e sete) anos que se inicia anteriormente à promulgação da Lei de Arbitragem e se estende até a introdução, no ordenamento jurídico pátrio, das primeiras leis e atos normativos que intentaram positivizar enumerações exemplificativas de matérias passíveis de submissão ao juízo arbitral.

A análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União quanto a esse tema, entretanto, revela que a corte se notabilizou pela interpretação restritiva – e por vezes contrária à própria literalidade - dos panoramas normativos vigentes, em dissonância com a posição sustentada pela doutrina e pelas cortes guardiãs da Constituição e da legislação infraconstitucional, *i.e.*, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

Não se ignora, contudo, que o TCU vem adotando uma série de iniciativas orientadas à compatibilização de suas atribuições constitucionais com os métodos adequados de solução de controvérsias, especialmente quanto à via consensual.

Nesse sentido, destacam-se a criação, em dezembro de 2022, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), através da Instrução Normativa nº 91/2022¹¹⁴, e a instituição do Prêmio Ministro Guilherme Palmeira, criado para reconhecer as melhores monografias inéditas sobre o seguinte tema: “A solução consensual como forma de resolver controvérsias e prevenir conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares”¹¹⁵.

Espera-se, nesse sentido, que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União – e dos demais tribunais de contas e conselhos de contas pátrios - quanto à arbitrabilidade objetiva dos direitos e interesses veiculados pelos contratos administrativos caminhe em direção ao reconhecimento de que a utilização da arbitragem como método de solução de conflitos privilegia o princípio constitucional da eficiência, devendo-se conferir maior abertura material

¹¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 91/2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 06 out. 2023.

¹¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-TCU nº 44, de 07 de fevereiro de 2023**. Institui o Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72889904>. Acesso em: 06 out. 2023.

ao instituto para que se fortaleça a segurança jurídica da opção de administradores públicos e particulares contratados pela submissão de suas controvérsias ao juízo arbitral.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (ZPO)**. Código de Processo Civil Alemão. 2005. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 28 set. 2023.

ALMEIDA, Carolina. **A (des)necessidade de uma Lei para a Arbitragem Administrativa**. Orientador: Prof. Dr. João Miranda. 2020. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito e Ciência Jurídica, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2020.

ANTT. **Resolução nº 5.845, de 14 de maio de 2019**. Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição e a arbitragem no âmbito da ANTT. Brasília, DF, 2019, grifo nosso. Disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=RES&numeroAto=00005845&seqAto=000&valorAno=2019&orgao=DG/ANTT/MI&cod_modulo=161&cod_menu=7796. Acesso em: 28 set. 2023.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Arbitragem no Direito Administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 03, p. 19-58, jul./set., 2017.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidez. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, v. 19/2003, p. 415-439, jan./mar., 2003.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on International Arbitration**. 7. ed. Oxford University Press, 2023.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. 3. ed. Kluwer Law International, 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019.** Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 12 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 1993. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. **Lei nº 8.997, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 21 jun. 2023.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017**. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113448.htm. Acesso em: 28 set. 2023.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **CC n. 139.519/RJ**. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Relatora para Acórdão: Ministra Regina Helena Costa. Primeira Seção. Data de Julgamento: 11 out. 2017. Data de Publicação: 10 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206-7**. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 12 dez. 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 52181 / GB – GUANABARA**. Relator: Ministro Bilac Pinto. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 14 nov. 1973. Data de Publicação: 15 fev. 1974.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 587/2003 – TCU - Plenário**. Plenário. Relator: Min. Adylson Motta. Data da Sessão: 28 mai. 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 157/2012 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Aroldo Ceraz. Data da Sessão: 1º fev. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2573/2012 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Raimundo Carreiro. Data da Sessão: 26 set. 2012.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 4036/2020 – TCU – Plenário**. Plenário. Relator: Min. Vital do Rêgo. Data de Sessão: 8 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão nº 286/93 – Plenário – Ata 29/93**. Plenário. Relator: Min. Homero Santos. Data da Sessão: 15 jul. 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Instrução Normativa nº 91/2022**. Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília, DF, 2023. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/ato-normativo/*/TIPO%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520NUMATO%253A91/score%2520desc/0/%2520. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria-TCU nº 44, de 07 de fevereiro de 2023**. Institui o Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72889904>. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Voto Revisor no Processo nº TC 003.499/2011-1**. Plenário. Redator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Data da Sessão: 26 set. 2012.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 27/2010, p. 129-161, out./dez., 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da arbitragem aos litígios envolvendo o Poder Público. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XV, n. 58, p. 7 -27, 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 37. ed. Barueri: Atlas, 2023.

DEUS, Adriana Sarra de. Arbitrabilidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas? **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, v. XVIII, n. 72, p. 10-46, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

ESPAÑA. **Ley nº 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje**. Lei Espanhola de Arbitragem. 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>. Acesso em: 28 set. 2023.

FRANÇA. **Code Civil**. Código Civil Francês. 2023. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/. Acesso em: 28 set. 2023.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (org). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, v. 21, n. 21, 2017.

GRAU, Eros Roberto. Pareceres: Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação da cláusula compromissória. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, n. 18, out./dez., 2002.

ITÁLIA. **Regio Decreto 28 ottobre 1940, n. 1443 in G.U. 28 ottobre 1940**. Codice di Procedura Civile. 1940. Disponível em: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-di-procedura-civile>. Acesso em: 28 set. 2023.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo**. 363 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MONTEIRO, André Luís. Algumas questões sobre a recente decisão do STJ na arbitragem Petrobras v. ANP: princípio da competência-competência, arbitrabilidade e Convenção de Nova Iorque. **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 57/2018, p. 57 – 98, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37117087/Algumas_quest%C3%B5es_sobre_a_recente_decis%C3%A3o_do_STJ_na_arbitragem_Petrobras_v_ANP_princ%C3%ADpio_da_compet%C3%AAncia_compet%C3%AAncia_arbitrabilidade_e_Conven%C3%A7%C3%A3o_de_Nova_Iorque. Acesso em: 21 set. 2023.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, 209/81-90, jul./set. 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

OLIVEIRA, Mário Esteves (org.). **Lei da Arbitragem Voluntária Comentada**, Coimbra: Almedina, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; HALPERN, Erick. O controle dos Tribunais de Contas e o art. 171 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). **Zênite**, 2021. Disponível em: https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2021/05/Controle-dos-tribunais-de-contas-e-o-art.-171-da-Lei-13133_2021_Erick-Halpern_Rafael-Oliveira.pdf. Acesso em: 06 out. 2023.

PINHEIRO, Luís Lima. **Arbitragem Transnacional: A Determinação do Estatuto da Arbitragem**, Coimbra: Almedina, 2005.

PORTUGAL. **Lei nº 63/2011, de 14 de dezembro**. Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária. 2011. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis#:~:text=%3A%3A%20Lei%20n.%C2%BA%2063%2F2011%2C%20de%2014%20de%20Dezembro&text=1%20%2D%20%C3%89%20aprovada%20a%20Lei,nova%20Lei%20da%20Arbitragem%20Volunt%C3%A1ria. Acesso em: 28 set. 2023.

PUCCI, Adriana Noemi; AZEVEDO NETO, Mauro Cunha. Introdução ao Procedimento Arbitral. In: MAIA NETO, Francisco; FIGUEIREDO, Flavio Fernando de (org.). **Perícias em Arbitragem**. São Paulo: LEUD, 2012.

ROSA, Marília Bittencourt. SILVA, Vinícius Pavan. Arbitrabilidade dos Direitos Autorais – A Questão dos Direitos Morais. **Revista Brasileira de Arbitragem – Edição Especial – Arbitragem e Mediação em Matéria de Propriedade Intelectual**, 2014, p. 93-109. Disponível em: https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2015/03/RBA_Especial_PIArbMed.pdf. Acesso em: 15 set. 2023.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. Interações entre Tribunal de Contas, arbitragem e as autoridades administrativas nela envolvidas. **Revista Brasileira de Arbitragem**, v. XIX, n. 75, p. 11-35, 2022.

SERRÃO, André. WALD, Arnoldo. Aspectos constitucionais e administrativos da arbitragem nas concessões. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 16/2008, p. 11-32, jan./mar., 2008.

SUIÇA. **Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht**. Lei Suíça de Direito Internacional Privado. 1987. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/de. Acesso em: 28 set. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. o Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 248, p. 117–126, 2008.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitoria) – Versão atualizada para o CPC/2015. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 264, ano 42, p. 83-107, 2017.

YOUSSEF, Karim A. The Death of Inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros. **Arbitrability: International and Comparative Perspectives**. Kluwer Law International, 2009.