**Rodrigo Mota Rodi**

# CABIMENTO DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União

**Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação da Professora Juliana Bonacorsi de Palma.**

**São Paulo**

**2016**

**Resumo:** O problema central desta monografia é o cabimento da arbitragem na Administração Pública tido por um ponto de vista empírico, pautado nas decisões do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União. Modo típico de resolução de conflitos no Direito Privado, a arbitragem é questionada no âmbito público, ainda que largamente utilizada nos contratos de concessão. Tal questionamento demanda que os principais controladores da Administração Pública se pronunciem sobre a validade da inserção de cláusula compromissória em contratos públicos. Pesquisas de jurisprudência foram desenvolvidas até o ano 2010, indicando o posicionamento do STF, do STJ e do TCU sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública. Diante de um quadro de alteração legislativa sobre a arbitragem, e considerando a relevância de atualizar o estudo empírico-jurisprudencial, a presente monografia analisa os posicionamentos das três instituições de controle, comparando-se a produção jurisprudencial anterior a 2010 e o atual posicionamento jurisprudencial. Desse modo, pretende-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: qual é o atual entendimento dos órgãos de controle sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública? Ao final, será possível compreender o atual estágio de discussão sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública.

## Decisões citadas:

**STF:** RE 593.042/DF/16; MC no MS 33.889/DF/15; e MC na ADPF 81/DF/15.

**STJ:** REsp 904.813/PR/11; AgRg na MC 19.226/MS/12; CC 144.477/15; REsp 1.424.456/15; e REsp 1.363.028/16.

**TCU:** Acórdão n.º 1.796/11; Acórdão n.º 2.573/12; e Acórdão n.º 2.145/13.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Administração Pública; contratos administrativos; jurisprudência; STF; STJ; TCU.

## Agradecimentos

Primeiramente aos meus pais e meu irmão, por sempre me motivarem a crescer e buscar o rompimento de novas barreiras, além de estarem presentes nas horas em que mais precisei de apoio.

À minha orientadora, por todos os preciosos apontamentos e sugestões que engrandeceram e fizeram possível esta monografia.

A todos os colegas da Escola de Formação 2016, por todas as conversas, debates e alegrias que compartilhamos ao longo de todo o processo.

E à Coordenação da Escola de Formação, por me proporcionar essa oportunidade única de aprendizado e crescimento acadêmico.

**Lista de Abreviaturas**

AC – Ação Cautelar

ACO – Ação Civil Originária

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

AgR – Agravo Regimental

AGU – Advocacia-Geral da União

AI – Agravo de Instrumento

ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica

ANTT – Agência Nacional de Transportes Terrestres

CCAF - Câmara De Conciliação E Arbitragem Da Administração Federal

CF – Constituição Federal

COMPAGAS - Companhia Paranaense De Gás Natural

DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes

EMC – Emenda da Comissão

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

IGAM - Instituto Mineiro De Gestão Das Águas

INCRA – Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária

LA/96 – Lei de Arbitragem de 1996

MC – Medida Cautelar

Min. – Ministro

MS – Mandado de Segurança

MSGAS - Companhia De Gás do Mato Grosso do Sul

PPP – Parceria Público-Privada

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

EC – Emenda Constitucional

MC – Medida Cautelar

MS – Mandado de Segurança

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TCU - Tribunal de Contas da União

# Sumário

Sumário ..... 7

1. Introdução ..... 9

2. Metodologia ..... 12

2.1. Seleção de julgados ..... 13

2.1.1. STF: 0 Acórdãos ..... 13

2.1.2. STF: 3 Decisões Monocráticas ..... 14

2.1.3. STJ: 2 Acórdãos ..... 15

2.1.4. STJ: 3 Decisões Monocráticas ..... 16

2.1.5. TCU: 3 Acórdãos ..... 17

2.2. Modo de análise dos julgados ..... 18

3. Debate em curso sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública ..... 20

3.1. Construção legislativa acerca do cabimento da arbitragem ..... 20

3.2. Decisões do Tribunal de Contas da União ..... 25

3.3. Síntese do TCU: é possível extrair alguma conclusão? ..... 27

3.4. Posicionamentos do STF e STJ ..... 28

3.4.1. STF ..... 28

3.4.2. STJ ..... 32

3.5. Síntese do STF e STJ ..... 35

4. Debate a partir de 2010 ..... 37

4.1. Apresentação ..... 37

4.2. Resposta Legislativa ao Debate ..... 37

4.3. TCU ..... 47

a) Caso Ferrovia RJ-SP ..... 47

b) Caso da Rodovia BR 101/ES/BA ..... 49

c) Caso Petrobras e Plataformas Petrolíferas ..... 50

4.3.1. Síntese dos Julgados do TCU ..... 54
4.4. STJ ..... 55
a) Caso de Competência Petrobras – Tractebel ..... 55
b) Caso Sergipe - Construtora Celi ..... 57
c) Caso CONEXCON ..... 58
d) Caso COMPAGAS ..... 59
e) Caso Petrobras-Tractebel 2 ..... 61
4.4.1. Síntese dos julgados do STJ ..... 62
4.5. STF ..... 63
a) Caso Coroa Grande ..... 63
b) Caso do RDC ..... 64
c) Caso ABRATI-ANTT ..... 66
4.5.1. Síntese dos julgados do STF ..... 67
5. Confronto Jurisprudencial e Conclusão: o atual estágio do debate ..... 68
6. Anexo ..... 75
7. Bibliografia consultada ..... 77

## 1. Introdução

Ao lado da justiça comum, conhecida de todos e amplamente distribuída por meio do aparato do Poder Judiciário, existem outros métodos de solução de conflitos, que são chamados de Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (do inglês, *Alternative Dispute Resolution* – ADRs), cujo rol envolve a mediação, negociação, conciliação, acordo, arbitragem, entre outros. Manterei o foco exclusivamente nesta última.

Um dos mais antigos meios heterocompositivos de se resolver um conflito, a arbitragem conta com a participação de um terceiro imparcial, assim como na Justiça togada.[1] Esse mecanismo de raízes antigas nasceu no meio privado, partindo da premissa que resolução de controvérsias por comum acordo entre as partes envolvidas, dispostas a transigir e a abrir mão de direitos e interesses para resolver a contenda. Ao final, a decisão será dotada de efeitos equivalentes a uma sentença judicial (eficácia de título executivo extrajudicial).[2]

É, então, um meio de justiça privada que seguirá o rito pactuado entre os envolvidos ou em conformidade com as regras preestabelecidas por uma instituição onde ocorrerá a arbitragem – a Câmara Arbitral –, tudo isso por via de consenso. De um modo geral, a arbitragem é caracterizada pela rapidez, irrecorribilidade, informalidade, confidencialidade e especialização, especialmente quando comparada ao aparato judicial.[3]

O problema é que a arbitragem, típico modo de resolução de conflitos no Direito Privado, é questionada no âmbito público, embora seja empregada em contratos da Administração Pública. Tal questionamento demanda que os principais controladores da Administração Pública se pronunciem sobre a validade do emprego da arbitragem para resolução de conflitos públicos. Assim, a presente monografia desenvolve estudo da

---

[1] SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: Mediação e Conciliação*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015. p. 1.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 765

[3] Como explica Rafael Véras de Freitas em FREITAS, Rafael Véras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 53, p.199-227, jan/mar. 2016.

jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Contas da União sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública.

A arbitragem existe no Brasil desde a época do Império[4]. Em 1850, por meio do Decreto n.º 737, o juízo arbitral já era previsto aos litígios comerciais e também o Código Comercial fazia referência à resolução amigável de conflitos em vários de seus dispositivos[5]. Os extintos Código Civil de 1916 e Código de Processo Civil de 1937 faziam vaga alusão ao mecanismo[6]. Apenas em 1996 a arbitragem foi positivada pela Lei de Arbitragem (Lei 9.3017/96 ou LA/96). Recentemente, a Lei n.º 13.129, de 2015, reformou a arbitragem ao alterar diversos preceitos da LA/96. Trata-se de uma efetiva reforma do instituto, que teve como principal ponto de endereçamento o cabimento da arbitragem na Administração Pública.

Assim, atualmente a Lei de Arbitragem, com todas as modificações que sofreu, prevê expressamente que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem para resolver conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis[7].

Além da LA/96, há outras leis que influem sobre o quadro normativo atual. A título de exemplo, há o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (trazido à tona em função de grandes eventos como a Copa do

---

[4] De acordo com a Constituição do Império (a "Carta de Lei de 25 de Março de 1824"), que facultava às partes a nomeação de árbitros para a resolução de seus conflitos, nos seguintes termos: "Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes";

[5] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (Direito Civil, vol. 2), p. 643.

[6] Revogados expressamente pela LA/96;

[7] LA/96 modificada em 2015:
"Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
§2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.
Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.
(...)
§3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade." (grifei)

Mundo 2014 e Olimpíadas Rio 2016)[8]. Ademais, sucederam-se alterações legais que importam para o debate, como as modificações na Lei Geral de Concessões (por meio da Lei n.º 11.196, de 2005), além das modificações na Lei de Arbitragem já mencionadas (Lei n.º 13.129, de 26.05.2015).

O presente estudo toma este amplo quadro normativo para analisar como os controladores se posicionaram com relação à importante questão do cabimento da arbitragem para resolver conflitos que tenham como parte a Administração Pública. Ocorre que esta é uma questão longe de ser pacificada[9]. Desse modo, analisarei as decisões que emanam dos três órgãos de controle da Administração Pública que têm se posicionado sobre o cabimento da arbitragem para resolução de conflitos públicos, quais sejam: o TCU, o STJ e o STF.

---

[8] Ainda há a recente Lei n.º 13.334 de 2016 que instituiu o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e pode ensejar o maior recurso da arbitragem nos contratos públicos, embora a Lei não faça expressa referência à arbitragem.

[9] Havendo ainda quem discorde, a exemplo de Ricardo Marcondes Martins em MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e administração pública*: contribuição para o sepultamento do tema. In:_____ *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

## 2. Metodologia

O debate sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública travado nos órgãos de controle mencionados já é objeto de estudo. Para analisar empiricamente a jurisprudência de controle da arbitragem em conflitos públicos, optou-se por repartir a análise em dois momentos.

Primeiramente, será feita uma exposição do "*debate em curso*", ou seja, desta jurisprudência até o ano de 2010 catalogada por pesquisadores. Levantamentos empíricos sérios já foram realizados e será a partir deles que reconstruirei o debate em curso.[10] A escolha do ano de 2010 deve-se ao fato de os principais estudos empíricos terem sido publicados até 2010, de modo que se faz necessária a atualização desta agenda de pesquisa em curso.

O termo "debate" aponta para a pauta de discussão nos Tribunais, os temas trazidos à tona pelos membros das três instituições de controle, os temas possivelmente superados ao longo da sucessão de feitos, as ideias já pacificadas, os argumentos por eles empregados, a ordem e a relevância que pautam os debates e – por conseguinte – as decisões judiciais sobre a matéria. A jurisprudência do STF, STJ e TCU será analisada separadamente.

Após o mapeamento do debate em curso, passarei à análise dos julgados a partir do corte temporal 01.01.2010 (momento adotado como fim dos levantamentos empíricos já feitos) a 22.07.2016 (data que remete do momento em que realizei a pesquisa de jurisprudência no sistema dos órgãos em estudo), período este compreendido como "debate mais recente". Considerando as várias alterações legislativas sobre a arbitragem na Administração Pública, até mesmo com a previsão expressa de seu cabimento para resolução de conflitos públicos, a jurisprudência mudou desde 2010? Não bastará simplesmente levantar dados e argumentos esparsos, mas sim confrontar o debate já em curso com o mais recente, a fim de evidenciar se alguma questão referente à matéria já foi pacificada,

[10] Autores realizaram levantamentos empíricos que virão a ser contemplados no corpo deste trabalho. Alguns nomes são: Eugênia Cristina Cleto Marolla, Eduardo Talamini, César A. Guimarães Pereira, Marçal Justen Filho, Selma Lemes, Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara, Juliana Bonacorsi de Palma e Carlos Alberto de Salles.

se novos argumentos tomaram a cena, se os posicionamentos dos órgãos se mantiveram, se modificaram ou se flexibilizaram em alguma medida.

O Capítulo 3 reconstituirá o debate em curso, à luz dos levantamentos empíricos já elaborados, antecedidos pelas inovações na construção legislativa que tiveram lugar ao longo dos anos. Da mesma maneira, o Capítulo 4 terá uma parte dedicada à resposta legislativa ao debate e outra parte destinada a cada um dos órgãos, contemplando as decisões e acórdãos de cada um deles. Esse capítulo também trará, dentro da resposta legislativa, um olhar mais atencioso à tramitação do PL que modificou a LA/96, processo que se deu ao longo do "debate mais recente".

## 2.1. Seleção de julgados

### 2.1.1. STF: 0 Acórdãos

O resultado da primeira busca de acórdãos no portal do Supremo foi:

**(2016)** ARE-AgR 933.368/DF; **(2015)** ADPF-MC 378/DF e RE-AgR 715.400/SP; **(2014)** ADI 2.922/RJ; **(2013)** RE 578.543/MT e RE 597.368/MT; **(2012)** AI-AgR 758.732/SP; e **(2010)** AI-AgR 812.912/RJ, AI-AgR 782.286/MT e AI-AgR 475.917/SP.

Acima estão os 10 acórdãos frutos da seguinte busca no site do Supremo: "arbitragem" – monocráticas, acórdãos, repercussão geral, súmulas vinculantes, súmulas, decisões da presidência, informativo, questão de ordem, todas; no período de 01/01/2010 a 22/07/2016.

Emprega-se o mesmo corte temporal em todas as buscas pelo motivo já apresentado no item anterior.

Desse universo de acórdãos, realizei uma seleção mais apurada tendo em vista a pertinência ao tema estudado. Assim, todos os acórdãos tiveram de ser retirados por variados motivos: a ADPF-MC 378/DF/2015, julgado que nem sequer toca na questão da arbitragem; ADI 2.922/RJ/2014, que trata de acordo alimentar e em nada acrescenta ao debate; RE 578.543/MT e RE 597.368/MT, os dois de 2013, já que abordam questão trabalhista e

imunidade jurisdicional sem discutirem o tema de meu interesse; e AI-AgR 758.732/SP/12 e AI-AgR 812.912/RJ/2010, uma vez que ambos tratam de questão infraconstitucional de nenhuma relevância, em nada acrescentando à análise.

Realizando mais cortes por impertinência temática, tive que retirar os demais acórdãos: ARE-AgR 933.368/DF/2016, versando sobre homologação de sentença arbitral estrangeira em conflito entre duas empresas privadas; RE-AgR 715.400/SP/2015, também sobre homologação de sentença arbitral estrangeira; AI-AgR 782.286/MT/2010, acerca de nulidade de compromisso arbitral em que a Administração não estava envolvida; e AI-AgR 475.917/SP/2010, que também envolvia apenas entes privados.

Com isso, percebi que não terei acórdãos do STF para analisar e o estudo do comportamento da Suprema Corte recairá somente sobre as suas decisões monocráticas.

### 2.1.2. STF: 3 Decisões Monocráticas

O resultado da primeira busca de decisões monocráticas no portal do Supremo foi:

**(2016)** ACO 1.265 / RO, ACO 1.001 / BA, ACO 2.484 / DF, 4 - ACO 963 / AL, ACO 1.797 / PI, RE 593.042 / DF, ACO 2.745 / DF; **(2015)** ACO 900 / RJ, ACO 513 / ES, MS 33.889 MC / DF, ADPF 81 MC / DF, ACO 2.571 / DF, AC 1.492 / AP, ACO 1.915 / DF, ACO 2.228 / DF, ACO 1.718 / DF, ACO 1.091 / DF; **(2014)** ACO 2.453 MC / DF, ACO 974 / DF, ACO 1.176 / MT; **(2013)** ADI 5.062 / DF, AC 3.456 / DF; e **(2011)** MS 30.893 MC / GO, AC 2.866 / AP.

As 24 decisões monocráticas acima são resultado da seguinte busca no site do Supremo: "arbitragem" – monocráticas, acórdãos, repercussão geral, súmulas vinculantes, súmulas, decisões da presidência, informativo, questão de ordem, todas; no período de 01/01/2010 a 22/07/2016.

Vale mencionar que a "pertinência" ao trabalho que foi levada em conta para a seleção das decisões obtidas se justifica pela presença de

elementos que são de interesse nas decisões. Ela é resultado da busca, nas ementas das decisões, por palavras chave como: interesse público, direitos patrimoniais disponíveis, arbitrabilidade, inafastabilidade da tutela jurisdicional, legalidade, administração pública e derivados.

No total, 18 decisões monocráticas tratam apenas de conflitos federativos, com posicionamento no sentido de remeter o conflito à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF).[11] São elas: ACO 1.265/2016; ACO 1.001/BA/2016; ACO 2.484/DF/2016; ACO 963/AL/2016; ACO 1.797/PI/2016; ACO 2.745-DF/2016; ACO 900/RJ/2015; ACO 513/ES/2015; ACO 2.571/DF/2015; AC 1.492/AP/2015; ACO 1.915/DF/2015; ACO 1.718/DF/2015; ACO 1.091/DF/2015; MC na ACO 2.453/DF/2014; ACO 974/DF/2014; ACO 1.176/MT/2014; AC 3.456/DF/2013; AC 2.866/AP/2011.[12]

Todas as 18 decisões monocráticas foram excluídas da amostra, bem como a ACO 2.228/2015, a ADI 5.062/2013 e a MC no MS 30.893/GO/201, essas últimas por não guardarem pertinência com o tema.

Foram selecionadas, portanto, as seguintes decisões monocráticas: RE 593.042-DF; MC no MS 33.889/DF/2015; e MC na ADPF 81-DF/2015.

### 2.1.3. STJ: 2 Acórdãos

A busca inicial, com o único termo "arbitragem" e no período escolhido para estudo, trouxe um total de 119 acórdãos, dos quais apenas 9 eram pertinentes ao tema da monografia quando analisadas apenas suas ementas:

[11] A CCAF é um órgão ligado à AGU instituído em 2007 para solucionar amigavelmente os conflitos entre os órgãos da União e as entidades da Administração Federal Indireta. Suas competências estão no art. 17 do Ato Regimental n.º 5 de 2007 da AGU.

[12] Nesses julgados sobre conflitos federativos, a decisão recorrente do Supremo é apresentar às partes a possibilidade de submeter o feito à CCAF. Aceita a proposta do STF, o feito é submetido à CCAF, onde será desenvolvido processo de arbitragem ou conciliação. O laudo emitido posteriormente é apenas apresentado ao STF para fins de homologação. Agrupando todos esses julgados que remetem a causa à CCAF, parece-me que se tornou uma tendência na jurisprudência do STF, nos últimos anos, submeter a esse órgão os conflitos federativos.

**(2015)** AgRg no REsp 1.424.456 / SE; **(2014)** SEC 11.529 / EX; **(2013)** REsp 1.327.619 / MG; **(2012)** REsp 1.275.859 / DF, REsp 1.334.843 / DF, AgRg na MC 19.226 / MS; **(2011)** REsp 904.813 / PR; **(2010)** AgRg no REsp 979.709 / PA, REsp 1.171.688 / DF.

Daqueles 9, foram excluídos por impertinência temática os seguintes julgados: SEC 11.529/ EX/2014, REsp n.º 1.171.688-DF/2010, AgRg no REsp 979.709/ PA/2010, REsp n.º 1.275.859-DF/2012, REsp n.º 1.334.843-DF/2012, REsp 1.327.619/MG/2013 e AgRg no REsp 1.424.456/SE/2015.

Após as exclusões, foram selecionados 2 julgados: AgRg na MC 19.226/MS/2012 e REsp 904.813/PR/2011.

### 2.1.4. STJ: 3 Decisões Monocráticas

O resultado da primeira busca de decisões monocráticas no portal do STJ foi:

**(2016)** CC 146.213, CC 146.213, CC 146.213, REsp 1.363.028, REsp 1.591956; **(2015)** CC 144.477, AREsp 792.864, MC 024.831, REsp 1.424.456, REsp 1.520.043, REsp 1.510.915, AgRg no AREsp 626.712, REsp 1.504.578, REsp 1.490.081; **(2013)** EREsp 1.232.257, REsp 1.118.116, REsp 1.274.138, HC 272.549; **(2011)** MS 016.667; (**2010)** REsp 1.129.903.

As decisões foram selecionadas após buscas no *site* do Superior Tribunal de Justiça com muitos termos como "arbitragem", "arbitragem e administração adj3 pública" e "arbitragem prox administração adj3 pública". A busca com maior número de ocorrências foi a seguinte: "arbitragem e administração adj3 pública não greve" no período de 01/01/2010 a 22/07/2016, sem pesquisa de sinônimos nem de plurais.

Entendi que seria melhor retirar alguns julgados do universo de análise: REsp 1.129.903/2010, que discute o exercício do poder de polícia pela Administração; MS 16.667/2011, acerca de demarcação de terras indígenas envolvendo a FUNAI; HC 272.549/2013, pois se trata de uma condenação por falsificação de documento que remetia à expressão "juiz

arbitral"; MC 024.831/2015, que trata da possibilidade de se socorrer do Judiciário em caso de medida cautelar para alcançar um resultado útil, quando o juízo arbitral estiver impedido de se manifestar; REsp 1.504.578/2015, que versa sobre improbidade administrativa; e AREsp 1.591.956/2016, mero caso de falsificação de documento em que o recorrido apenas exercia um cargo público ligado a "Conciliação, Mediação e Arbitragem".

Muitos foram os casos de arbitramento de valores ou honorários advocatícios, razão pela qual não foram selecionados para compor a amostra final de pesquisa: EREsp 1.232.257; REsp 1.118.116; REsp 1.274.138/2011; REsp 1.490.081/2015; AgRg no AREsp 626.712/2015; REsp 1.520.043/2015; e AREsp 792.864/2015.

Também não foram selecionadas outras três decisões que mencionam a CCAF, sem analisar diretamente a questão do cabimento da arbitragem na Administração Pública: REsp 1.510.915/2015, CC 146.213/2016, CC 146.213/2016 e CC 146.213/2016.

Ao todo, 3 decisões monocráticas do STJ foram inseridas na amostra de pesquisa: REsp 1.363.028/2016; CC 144.477/2015; e REsp 1.424.456/2015.

### 2.1.5. TCU: 3 Acórdãos

No banco de dados disponível para consulta pública, a lista de acórdãos do TCU, pode ser obtida por meio do seguinte procedimento no portal do TCU: clicar na aba cidadão; na busca de jurisprudência no site, clicar em Acórdãos; em pesquisa livre digitar a expressão: "arbitragem"; marcar o Colegiado (por exemplo: Plenário); e clicar pesquisar.

Aplicou-se o mesmo filtro temporal (01/01/2010 até 22/07/2016), resultando no Acórdão n.º 1.720/2016 (impertinente ao tema) e o Acórdão n.º 2.145/2013 (selecionado para compor a amostra).

Embora a busca que realizei não tenha me trazido o Acórdão n.º 2.573 de 26 de setembro de 2012, decidi incluí-lo, pois tomei conhecimento dele por meio da própria ouvidoria do TCU em resposta à minha demanda por decisões sobre o tema. Ao ler o acórdão em questão, constatei que era de total relevância e não poderia deixar de estudá-lo.[13] Na referida consulta feita junto à ouvidoria do Tribunal de Contas da União a fim de coletar decisões, obtive a resposta que me encaminhou alguns julgados do TCU sobre "Arbitragem em Contratos Administrativos".

Considerou-se julgado o Acórdão n.º 1.796/11, ainda que não tenha sido relacionado entre as ocorrências nas buscas de julgados[14].

Assim, três julgados do TCU foram selecionados para análise: Acórdão n.º 1.796/11, Acórdão n.º 2.573/2012 e o Acórdão n.º 2.145/2013.

## 2.2. Modo de análise dos julgados

O Capítulo 5 analisa o efetivo confronto entre os dois estágios de debate e terá por finalidade extrair resultados e conclusões úteis acerca do *atual* entendimento dos órgãos de controle sobre o cabimento de arbitragem na Administração Pública. Neste capítulo haverá efetiva resposta à pergunta de pesquisa levantada: *qual é o atual entendimento dos órgãos de controle sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública?* E também se: *as alterações legislativas contribuíram para a eventual mudança de entendimento?*

Assumo a hipótese de que, a despeito das alterações no cenário legislativo, o entendimento dos órgãos de controle se manteve e as alterações na legislação não participaram da eventual mudança de

[13] Entrei em contato com a ouvidoria do Tribunal de Contas da União por meio de um "Pedido de Acesso à Informação" (PAI disponível em <https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=sisouv_web:147>) e recebi uma resposta no dia 17 de agosto de 2016. A resposta está transcrita no Anexo;

[14] Julgado de 2011 trazido pela análise de Marçal Justen Filho em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 825.

entendimento dos órgãos controladores. Em outras palavras, ao considerar os dois momentos do estudo e confrontá-los, suponho que os entendimentos tenham se mantido inalterados, sem, portanto, qualquer influência das recentes alterações legislativas.

Para analisar a hipótese, será necessário identificar a atual jurisprudência e comparar com a jurisprudência já catalogada por pesquisas empíricas e anteriores à edição de novas normas sobre arbitragem. Assim, serão analisados os argumentos empregados pelos julgadores, os posicionamentos firmados, mantidos ou retificados, bem como o fundamento das decisões, inclusive quanto à menção à nova legislação.

## 3. Debate em curso sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública

O panorama empírico sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública foi traçado por autores, de modo que os julgados até 2010 já foram debatidos por eles, dos quais me valho para a presente pesquisa.[15]

O primeiro momento deste item terá a exposição de marcos legislativos que tiveram lugar ao longo do debate em curso e, em seguida, as decisões serão mapeadas. Seguirei essa sequência na busca de evidenciar como as alterações legislativas dialogaram de alguma forma com os órgãos controladores. Essa etapa é de especial relevância uma vez que toda a discussão sobre o cabimento da arbitragem na Administração é permeada por permissivos e vedações legais que se sucederam16 e esse diálogo é fundamental se quero responder a subpergunta de pesquisa.

### 3.1. Construção legislativa acerca do cabimento da arbitragem

#### Lei de Licitações

O Decreto-Lei n.º 2.300/86 trazia uma vedação expressa ao emprego da arbitragem na esfera pública.[17] Esse óbice legal foi retirado pelo advento

[15] Selma Lemes, Juliana Palma, Carlos Alberto Salles, Eduardo Talamini e César A. Guimarães Pereira são alguns dos estudiosos que já realizaram levantamentos empíricos sobre o tema, empregando critérios diversos, focalizando determinados argumentos e dedicando certo enfoque a depender de seus objetivos, embora sem metodologia clara de seleção de decisões. Trata-se de estudos que possuem grande valor e serão aproveitados nesta e nos tópicos a seguir;

[16] PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 150;

[17] "Art 45. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:" (...) Parágrafo único. "Nos contratos com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, **vedada a instituição de juízo arbitral**".

do Decreto-Lei 2.348/87, que trouxe expresso permissivo legal.[18] Além disso, o Decreto-Lei de 1987 também acrescentou um novo parágrafo ao art. 25 com vista a autorizar o uso da arbitragem nos contratos da Administração que se relacionem com aquisições internacionais.[19] Essa última alteração veio para chancelar exigências de empresários estrangeiros que, historicamente, exigem a presença do método de solução de conflitos em pauta em contratos administrativos internacionais, o que acompanhou toda a construção legislativa e se repete até os dias atuais.[20]

Esse tipo de permissão é, portanto, feito para facilitar o comércio exterior e agradar investidores externos interessados em licitações no Estado brasileiro, já que dispensa para os casos elencados – nitidamente casos de captação de capital estrangeiro para o país – a previsão contratual de foro competente, deixando em aberto a possibilidade de um juízo arbitral para dirimir as querelas oriundas do contrato, com o fito de proporcionar maior segurança jurídica aos investimentos e diminuir custos de transação.[21]

---

[18] "Parágrafo único. Nos contratos celebrados pela União Federal ou suas autarquias, com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar, necessariamente, cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 13, do artigo 25, **permitido nesses casos o Juízo arbitral**."(grifei);

[19] "Art. 25 (...)§ 13. O disposto no § 2º do artigo 3º, no § 10 do artigo 25, no § 1º do artigo 26 e no parágrafo único do artigo 45, não se aplica às concorrências internacionais, para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo internacional, de que o Brasil faça parte, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Presidente da República";

[20] A presença do juízo arbitral em contratos administrativos internacionais se coloca como uma espécie de norma supranacional, seguindo a atual corrente do direito chamada Global Administrative Law. Ou seja, é uma norma que perpassa todos os sistemas, uma vez que a prática jurídica assim – historicamente – determina;

[21] Juliana Bonacorsi de Palma bem aponta isso na seguinte passagem: "Alterações legislativas vieram para viabilizar a celebração de contratos internacionais pela Administração Pública, em atendimento à exigências dos empresários estrangeiros de utilizar a arbitragem para solucionar os conflitos Verificadas na execução dos contratos administrativos internacionais". PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2015, p. 155;

A Lei de Licitações revogou o Decreto-Lei 2.300/86, sem trazer o permissivo genérico anteriormente previsto.[22] Sem ser expressa sobre o cabimento da arbitragem para dirimir conflitos em contratos administrativos[23], o Ministério de Minas e Energia formulou consulta ao TCU, gerando o importante precedente ao tema: a decisão n.º 286/93. Nele, o TCU firmou entendimento no sentido de proibição do juízo arbitral pela ausência de expressa previsão sobre o instituto da arbitragem na Lei de Licitações.

**Lei de Concessão Comum**

A arbitragem está expressamente prevista no art. 23-A da Lei de Concessões (Lei n.º 8.987 de 1995) nos seguintes termos:

> "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 n.º 11.196, de 2005)" (grifei).

Contudo, à época de sua promulgação a Lei não dispunha esta redação. No texto original da Lei n.º 8.987/95, era o art. 23, inc. XV, que versava sobre os métodos de resolução consensual de disputas, nos seguintes termos:

> "Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

---

[22] Para um escorço histórico mais aprofundado, consultar LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

[23] Art. 32. (...). § 6º. O disposto no § 4o deste artigo, no § 1o do art. 33 e no § 2o do art. 55, não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior;
Art. 55. (...). § 2º. Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6o do art. 32 desta Lei.

> (...)
>
> XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais."

A questão que se colocava era se a arbitragem estava contemplada no "modo amigável de solução de divergências contratuais", especialmente diante do quadro de forte resistência do TCU à arbitragem nas concessões[24]. O art. 23-A foi acrescido[25] com redação que contém expressamente a locução *"inclusive a arbitragem"*. Portanto, as concessões passaram a dispor de um permissivo expresso ao cabimento da arbitragem, disciplinada nos termos da Lei da Arbitragem de 1996.

**Leis especiais dispondo sobre a arbitragem**

Além da própria LA/96, há outros diplomas que preveem o cabimento da arbitragem no âmbito público. Essas leis versam sobre três aspectos:

*Cláusulas obrigatórias* – estão aqui compreendidas as leis que determinam a obrigatoriedade de cláusulas compromissórias, a exemplo da Lei Geral de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97)[26], a Lei de Petróleo e Gás (Lei n.º 9.478/97)[27], Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei n.º 10.233/01)[28], Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/04)[29], Lei

---

[24] Esse assunto será trabalhado no item 3.2., quando serão mapeadas as decisões do TCU;

[25] O art. 23-A foi acrescido à Lei 8.987/95 pela Lei n.º 11.196, de 2005, a Lei de Incentivos Fiscais à Pesquisa e Desenvolvimento da Inovação Tecnológica ("Lei do Bem");

[26] A Lei de Telecomunicações (Lei n.º 9.472/97) prevê em seu art. 93, inciso XV, que o contrato de concessão *indicará necessariamente* o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais, expressão da qual se nota a margem necessária para a aplicação da arbitragem, remetendo ao aspecto. Ou seja, esse diploma fala de *cláusula obrigatória* (1);

[27] Segundo a Lei de Petróleo e Gás (Lei n.º 9.478/97), *será cláusula essencial* do contrato "as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional" (art. 40, X), o que remete ao que categorizei como *cláusulas obrigatórias* (1);

[28] A Lei de Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei n.º 10.233/01) também exige como *cláusula obrigatória* (1) do contrato de concessão nesse ramo a previsão de "regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem" (art. 35, XVI e art. 39, XI).

[29] A Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n.º 11.079/04), em seu artigo 11, inciso III ("inclusive a arbitragem") explicita a necessidade de acrescer no rol das previsões da minuta

de Franquias Postais (Lei n.º 11.668/08)[30] e Lei de Transporte de Gás Natural (Lei n.º 11.909/09).[31]

*Poder de Regulamentar sobre a arbitragem* – correspondem às leis que conferem à Administração Pública poder de regulamentar sobre a arbitragem, como a Lei da ANP (Lei n.º 9.478/97)[32], a Lei do Setor Elétrico (Lei n.º 10.438/02)[33] e Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei n.º 10.848/04).[34]

*Permissivo* – há leis que expressamente autorizam o emprego da arbitragem na resolução de controvérsias, como a Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei n.º 10.848/04)[35] e a Lei de Transporte de Gás Natural (Lei n.º 11.909/09).[36]

Em comum, todas essas normas versam sobre o cabimento da arbitragem no âmbito do Direito Público, atuando sobre diversos serviços a serem prestados mediante a participação do setor privado. Firmou-se, portanto, ao longo das últimas décadas, uma legislação regulatória nessas

---

do contrato uma *cláusula obrigatória* (1) sobre o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas a arbitragem;

[30] A Lei de Franquias Postais (Lei n.º 11.668/08) traz em seu art. 4º as *cláusulas essenciais* (1) do contrato de franquia postal, dentre elas aquela que verse sobre o "foro e aos métodos extrajudiciais de solução das divergências contratuais" (inciso XII);

[31] A Lei de Transporte de Gás Natural (Lei n.º 11.909/09) dispõe que o contrato de concessão deve refletir fielmente as condições do Edital e da proposta vencedora, tendo como *cláusulas necessárias* (1) as "regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem" (art. 21, XI);

[32] A lei n.º 9.478/97, ao lado do que consta em uma nota anterior, ainda autoriza a ANP a prever no seu regimento interno os "procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores, com ênfase na conciliação e no arbitramento" (art. 20). Ou seja, o que está em jogo é o *poder de regulamentar* sobre a arbitragem (2) no regimento interno;

[33] A Lei do Setor Elétrico (Lei n.º 10.438/02), fixa que a ANEEL, em determinadas ocasiões, estará condicionada, *nos termos de suas resoluções* (abrangendo os aspectos 1 e 2), à "solução de controvérsias contratuais e normativas e à eliminação e prevenção de eventuais litígios judiciais ou extrajudiciais, inclusive por meio de arbitragem" (art. 4º, § 5º, V);

[34] A Lei de Comercialização de Energia Elétrica (Lei n.º 10.848/04), postula, em seu art. 4º § 5º, que as *regras para a resolução das eventuais divergências* entre os agentes (2) integrantes da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da LA/96, que a essa altura já havia sido editada.

[35] Além do que consta na nota anterior, a Lei n.º 10.848/04 *autoriza* (3) as empresas públicas e as sociedades de economia mista subsidiárias da CCEE a aderirem à convenção de arbitragem;

[36] Não só o que consta em outra nota, a Lei n.º 11.909/09 também *faculta às empresas públicas e sociedades de economia mista* (3) a adesão ao mecanismo em seus artigos 48 e 49.

áreas e o emprego da arbitragem não permaneceu alheio a esse fenômeno, pelo contrário, verifica-se sua presença em todas as leis mencionadas.

## 3.2. Decisões do Tribunal de Contas da União

Em um estágio inicial, o TCU consolidou entendimento de não cabimento da arbitragem na esfera administrativa por razões de legalidade estrita, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público e vinculação ao instrumento convocatório.[37]

O grande *leading case* na jurisprudência do TCU sobre o cabimento da arbitragem para resolução de conflitos na esfera administrativa corresponde à Decisão n.º 286, de 1993. Neste caso, acerca de contratos de fornecimento de materiais e de mão-de-obra da CHESF junto ao Ministério de Minas e Energia, o TCU entendeu ser ilegal a arbitragem neles prevista, tendo em vista (i) a ausência de lei expressa, (ii) a contrariedade ao postulado de supremacia do interesse público e (iii) a vinculação ao instrumento convocatório da licitação.

Na Decisão n.º 188, de 1995, relativa à exploração da Ponte Rio-Niterói, admite-se a utilização da arbitragem pela Administração Pública em limites específicos, a saber: (i) vincular-se ao princípio da legalidade e (ii) da indisponibilidade do interesse público. Os Ministros do TCU entenderam que, neste caso, a Lei n.º 8.987/95 forneceu base para o emprego da arbitragem. Trata-se de constatação interessante, visto que anterior ao acréscimo do art. 23-A à Lei de Concessão Comum.[38]

No Acórdão n.º 587, de 2003, determinou-se ao DNIT a supressão de cláusula de arbitragem introduzida em contratos de obra pública com base na aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. A mesma

---

[37] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, pp. 221-226;

[38] Trecho do voto do Relator da Decisão n. 188/95: "a Lei n.º 8.987/95 [Lei de Concessões] conferiu [...] **base legal para a utilização da arbitragem** (art. 23, XV), [...] no sentido de considerar a arbitragem no âmbito da expressão "modo amigável de solução das divergências contratuais", desde que observe **o princípio da legalidade** e a **indisponibilidade do interesse público**, o que também deve ocorrer nas chamadas 'concessões mútuas', ou na 'transação'" (grifei);

*ratio decidendi* se verificou no Acórdão n.º 906, de 2003.[39] Ambos os casos versam sobre contratos administrativos regidos pela Lei n.º 8.666/93.

Outro acórdão que rejeita a previsão contratual da arbitragem por ausência de expressa autorização legal é o Acórdão n.º 1.271, de 2005. Nele, vedou-se um mero juízo de oportunidade e conveniência do administrador ao "adotar tão relevante inovação".[40]

O posicionamento do TCU foi reforçado pela edição da Instrução Normativa n.º 52/07, a partir do julgamento do Acórdão n.º 1.330, de 2007, que versa sobre o controle dos processos de licitação e contratação de PPPs. Vê-se que a decisão não se pautou no argumento de ausência de legalidade, uma vez que o Relator[41] entendeu que a previsão legal expressa da possibilidade de juízo arbitral em contratos de PPP (art. 11, inciso III da lei das PPPs) daria respaldo para a disciplina jurídica[42]. Em suma, o artigo da IN já tem como premissa a legalidade do juízo arbitral em PPPs, estabelecendo apenas que a entidade concedente ou a Agência Reguladora mantenha arquivada a documentação relativa à arbitragem, nos termos da LA/96.

O Acórdão n.º 391, de 2008, não trata exatamente da arbitragem, mas se relaciona ao objeto desta monografia. No caso, de adequação dos valores de tarifas de pedágio na rodovia Osório-Porto Alegre, admitiu-se uma espécie de mecanismo alternativo de solução de disputas –

---

[39] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 652.

[40] TCU, Acórdão n. 1.271/2005, Relator Ministro Benquerer Costa, Plenário, j. 24/08/2005. Disponível em <www.tcu.gov.br>. Acesso em 22 de ago. 2016;

[41] No Relatório consta que "A adequada análise da execução contratual pelo órgão de Controle Externo deve englobar a conduta dos gestores na condução de eventuais divergências entre contratante e contratado. Desta feita, como o inciso III do art. 11 da Lei n.º 11.079/2004 prevê a possibilidade de resolução de disputas mediante arbitragem, entende-se adequada a previsão normativa da disponibilização de tais documentos ao TCU";

[42] "Art. 10. O órgão, a entidade federal concedente ou a Agência Reguladora manterá arquivo atualizado dos seguintes documentos relacionados aos processos de Parceria Público-Privada de sua competência, que ficarão disponíveis para fins de fiscalização pelo prazo de cinco anos, contado do dia seguinte ao término da vigência contratual:
(...) III - o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato".

semelhante, mas não idêntico à arbitragem – com a constituição de uma comissão de peritos independentes para resolver o conflito, desde que com base em previsão contratual, condição para se admitir o emprego desse método. Este julgado reconhece a natureza negocial de alguns atos do Poder Público, que vem a atuar de maneira idêntica ao particular e nele são evocados argumentos como a natureza indisponível do interesse público e o princípio da legalidade, a serem previstos nas cláusulas que versarem sobre arbitragem em contratos administrativos.

Ainda temos um caso que não se coaduna com a linha jurisprudencial traçada até aqui. O Acórdão n.º 1.339, de 2009, admitiu implicitamente a arbitragem em atos complementares de cooperação internacional na esfera pública, porém de maneira mitigada. Por não haver nenhum estranhamento causado pela cláusula compromissória em um contrato celebrado com sujeito que se não se encontra sob o poder jurisdicional do Estado, é cabível a arbitragem. É um caso peculiar que trata de um ajuste submetido às influências do direito internacional.

### 3.3. Síntese do TCU: é possível extrair alguma conclusão?

O TCU é o controlador que exerce maior oposição ao emprego da arbitragem no âmbito do Poder Público. Especialmente na fase inicial da jurisprudência, alguns julgados foram frontalmente contrários ao cabimento da arbitragem. Mais recentemente, pode-se notar certa flexibilização em casos em que haja permissivo legal expresso prevendo o instrumento da arbitragem.

Nessa posição do TCU, o argumento mais recorrente é o da estrita legalidade, uma vez que ele inexoravelmente exige um permissivo legal expresso para que a arbitragem seja utilizada pela Administração Pública. Ao lado disso, é recorrente o argumento de indisponibilidade do interesse público. Resultado disso: um órgão refratário ao cabimento da arbitragem na seara da Administração, posicionamento que se deve muito à presença

de argumentos de resistência fundados nos princípios da indisponibilidade, da supremacia do interesse público e de estrita legalidade.

Assim, há uma clara resposta negativa do TCU ao longo desse debate em curso averiguado, mas – concomitantemente – vê-se que o órgão aponta para outra direção quando há a expressa permissão legal.[43] Portanto, ainda não se pode reputar consolidada a orientação do TCU sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública.

## 3.4. Posicionamentos do STF e STJ

A resistência à utilização da arbitragem na esfera administrativa mapeada na análise da jurisprudência do TCU não é observada nos Tribunais Superiores. Pelo contrário, em suas decisões, STF e STJ tendem a chancelar o uso da arbitragem na esfera administrativa.

Nesta seção, verei como se comportaram os Tribunais Superiores sobre a matéria.

### 3.4.1. STF

Quando se fala no posicionamento do Supremo acerca da Arbitragem aplicada pelo Poder Público, geralmente se destacam dois julgados que norteiam o entendimento do Supremo: aquele que reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem (um agravo regimental em homologação de sentença estrangeira n.º 5.206–7, caso "b") e o Caso Lage, um precedente histórico julgado de 1975 (caso "a").

**Caso Lage** [44]

[43] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p.226.
[44] STF, AI 52.181, Pleno, rel, Min. Bilac Pinto, 1975.

O julgado conhecido como "Caso Lage" trata de um precedente histórico em que a própria União, em 1942, sob estado de guerra, submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicavam à navegação, estaleiros e portos. A União incorporou bens da tal organização e também do espólio de Henrique Lage, passando ao patrimônio público empresas de navegação, estaleiros e portos. Dessa relação contratual entre ente público e particular, sobrevieram dificuldades para fixação dos valores devidos a título de indenização, que viriam a ser fixados em sede de juízo arbitral. A primeira sentença arbitral foi proferida em 1948, mas quatro anos mais tarde teve de ser revisitada em função de um parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que argumentava pela inconstitucionalidade do juízo arbitral para dirimir questão pública. O caso foi decidido em 1973 pelo STF no sentido de restabelecer a sentença de primeiro grau, favorável à arbitragem. Interessante notar que o STF vem pautando toda sua jurisprudência sobre o assunto em um único julgado muito antigo, não parece ter atualizado a discussão nos anos mais recentes.

Por uma linha de análise[45], pode-se dividir a análise do caso em questões de fato e a *ratio decidendi* que norteou a decisão.

Como fatos determinantes para a deliberação, indicam-se: (i) a natureza indenizatória do pleito, ou seja, não se trata de contrato administrativo propriamente dito, mas de qualquer forma o julgado apresenta interesse por tratar da possibilidade da Administração, validamente, submeter-se à arbitragem; e (ii) o fato de a arbitragem haver sido instituída por força de disposição legal – o Decreto-Lei n. º 9.521/46[46] –, que trazia um regime próprio para a arbitragem.

Dentre os argumentos que resultaram na razão de decidir, indicam-se: (i) o argumento de satisfação do requisito de legalidade; (ii) o argumento de ser um verdadeiro juízo de exceção e a criação de sua

[45] SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011, p.227-229;

[46] Decreto-Lei que regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage e disciplina os bens e direitos incorporados ao Patrimônio Nacional;

estrutura judiciária ter se dado à margem da estrutura constitucional; e (iii) o afastamento desse último argumento pelo Ministro Rodrigues Alkmin sob o argumento de que os conflitos comportavam solução negocial, permitindo transação e compromisso[47]. Isso resultou no apoio à possibilidade de utilização da arbitragem em causas envolvendo o Poder Público.

Esse precedente histórico mostra raízes de um entendimento dentro da Corte de admissibilidade do emprego da arbitragem em conflitos que envolvem interesses patrimoniais da Administração.

### Homologação de Sentença Estrangeira n.º 5.206–7[48]

Trata-se de um caso entre uma empresa espanhola e outra brasileira com a requisição de homologação, em território brasileiro, de laudo arbitral proferido na Espanha, procedimento que é desnecessário no país de origem do laudo. Em contrapartida, um laudo deste teor não é passível de homologação em nosso território, uma vez que não foi proferido por Tribunal judiciário ou órgão público equivalente.

Haveria algumas ressalvas acerca da então recente Lei de Arbitragem de 1996. Duas grandes inovações eram: a possibilidade de execução específica do compromisso arbitral e a equiparação de efeitos gerados pela sentença arbitral aos da sentença judicial. Em meio a essas questões, o julgamento entrou na discussão incidental da constitucionalidade[49] de vários dos tópicos da nova Lei.

Debateu-se especialmente acerca da compatibilidade entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula

---

[47] Voto do Ministro Rodrigues Alkmin, no julgado em análise, p. 5.

[48] Ag.Reg. na Sentença Estrangeira - SE 5206 AgR / EP – Espanha, Rel. Min. Sepúlveda Pertence;

[49] Lembra-se que, quando há arguição de inconstitucionalidade *incidenter tantum* (o controle difuso que enseja atacar indiretamente a lei ou um ato normativo considerado inconstitucional), em qualquer processo, o juiz não pode deixar de julgar o feito, se este depender do pronunciamento sobre inconstitucionalidade em questão. Sendo assim, a controvérsia constitucional é antecedente lógico e necessário à declaração judicial, logo, o STF não pode furtar-se ao exame preliminar dessa arguição. Ou seja, o reconhecimento da inconstitucionalidade do diploma não é o objeto da causa, não é a providência postulada. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, P. 120;

compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, da CF), de onde surge a questão sobre a completa equiparação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial.[50]

O que está em pauta aqui é o direito instrumental de ação, de ter a causa apreciada pelo Judiciário ante a inafastabilidade do Poder Judiciário (tutelada pela CF em seu art. 5º, XXXV). Nesse raciocínio, se as partes pudessem subtrair a causa às Justiças regulares, estariam infringindo o princípio citado. A Lei – em seus arts. 6º e 7º – estaria indo "efetivamente além das marcas impostas pela Constituição no âmbito de validez da disciplina legal da arbitragem".[51]

Para a corrente vencedora, conduzida pelo Ministro Nelson Jobim[52], não haveria renúncia absoluta ao Poder Judiciário, uma vez que a Constituição não proíbe que as partes pactuem sobre a solução do conflito ser efetivada por um terceiro que não o Judiciário. Contudo, o Ministro Jobim manteve a ressalva da disponibilidade do direito envolvido na relação a ser submetida à arbitragem.[53]

Com relação à equiparação do árbitro ao juiz, promovida pelo artigo 18[54] da LA/96, as disposições deste artigo e do art. 31[55] são tratadas como "rupturas de uma longa tradição do direito brasileiro" pelo voto vencido do

---

[50] Sobre isso, o Relator, Sepúlveda Pertence, que foi voto vencido, entende que o diploma tende a "vedar o acesso ao judiciário da lide que uma das partes lhe quisesse submeter, forçando-a a trilhar a via alternativa da arbitragem" (p. 11). Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP – Espanha, Relator ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 12/12/2001. Voto do Ministro Sepúlveda Pertence. Disponível em <http://www.cbar.org.br/PDF/SEC_05206_voto_Pertence.pdf>. Acesso em 03 mar. 2016.

[51] Extraído da confirmação e voto do Relator. Ag.Reg. na Sentença Estrangeira - SE 5206 AgR / EP – Espanha. relator: min. Sepúlveda Pertence, p. 1098;

[52] Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206/EP – Espanha, Relator ministro Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 12/12/2001. Voto do Ministro Nelson Jobim;

[53] Tal, pensamento é endossado por Marco Aurélio – que também votou pela constitucionalidade da lei atacada – em seu voto, ao mencionar que outras hipóteses na legislação civil em que é plenamente possível a transação em matéria de direitos disponíveis, vedando indisponíveis como de família ou do trabalho;

[54] "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo poder Judiciário";

[55] "Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo."

Relator, mas esses dispositivos não são declarados inconstitucionais ao fim da deliberação incidental.

O incidente foi resolvido por maioria de votos, decidindo o STF pela constitucionalidade da LA/96. A decisão se pautou, sobretudo, nos argumentos de *não estar se afastando a incidência do Poder Judiciário*, uma vez que o direito de ação tutelado pela CF seria uma faculdade das partes, e a disponibilidade dos direitos envolvidos em uma causa levada a juízo arbitral.[56]

### 3.4.2. STJ

O STJ tende a não chancelar as decisões do TCU, pelo contrário, possui maior parte dos precedentes favorável à adoção da arbitragem pela Administração.

Em julgado de 2005, o Recurso Especial 612.439-RS – conflito entre a Companhia Estadual de Energia Elétrica do RS e a AES Uruguaiana sobre comercialização de energia –, o STJ decidiu pela validade da cláusula arbitral no contrato que vinculava as partes e extinguiu processo judicial que corria. Pautou-se no argumento de que a atividade econômica em sentido estrito era o centro daquele contrato entre empresa estatal e pessoa jurídica de direito privado, uma vez que *os* direitos envolvidos são plenamente transacionáveis e disponíveis. Ou seja, justamente pela

[56] Excerto do informativo da Suprema Corte: "Apesar de todos os ministros terem votado pelo deferimento do recurso, no sentido de homologar o laudo arbitral espanhol no Brasil, houve discordância quanto ao incidente de inconstitucionalidade. Sepúlveda Pertence, o relator do recurso, bem como Sydney Sanches, Néri da Silveira e Moreira Alves *entenderam que a lei de arbitragem, em alguns de seus dispositivos, dificulta o acesso ao Judiciário*, direito fundamental previsto pelo artigo quinto, inciso XXXV, da Constituição Federal. A corrente vencedora, por outro lado, considera um grande avanço a lei e não vê nenhuma ofensa à Carta Magna. O ministro Carlos Velloso, em seu voto, salientou que *se trata de direitos patrimoniais e, portanto, disponíveis*. Segundo ele, *as partes têm a faculdade de renunciar a seu direito de recorrer à Justiça*. "O inciso XXXV representa um direito à ação, e não um dever." Informativo do Supremo: Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem (republicação), de Quarta-feira, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198> acesso em 03 de março de 2016.(destaquei);

natureza das relações travadas, não estaria havendo qualquer barreira imposta pela máxima da indisponibilidade do interesse público.[57]

Três anos mais tarde, o STJ concedeu segurança no MS 11.308-DF, em que reconheceu novamente a validade da arbitragem nos contratos administrativos que envolviam uma sociedade de economia mista.[58] O caso trazia uma divergência oriunda da rescisão unilateral de contrato e acabou por elucidar a dúvida se havia ou não direitos públicos de natureza contratual, portanto, disponíveis e sindicáveis em via arbitral. Assim, traçou-se uma diferenciação entre interesses públicos de direitos patrimoniais do Estado.

A sociedade de economia mista que protagoniza o caso tinha vínculo de natureza disponível, assumindo cláusula compromissória, que faz submeter qualquer litígio decorrente dessa relação a Juízo Arbitral. É reforçada a tese doutrinária de que "indisponível é o interesse público, não o interesse da administração".[59] Ademais, a arbitragem se dá sobre direitos patrimoniais disponíveis, o que nada tem a ver com disponibilidade do interesse público.[60] Isso gera, de imediato, um feixe de disponibilidade em que a utilização do mecanismo se torna plenamente permitida. Constata-se que a argumentação do STJ se pautou na disponibilidade dos direitos envolvidos na disputa, mesmo que tenham vínculo com a Administração,

---

[57] Este caso é muito semelhante ao Acórdão n.º 584/03 do TCU analisado na seção anterior, que se deteve às questões de indisponibilidade, mas não concluiu pela disponibilidade dos direitos que lá estavam envolvidos;

[58] A TMC - Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S.A. Uma sociedade de economia mista do setor de transporte marítimos fluviais de Itaguaí, RJ.

[59] "Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que, indisponível, é o interesse público, e não o interesse da administração." STJ. Mandado de Segurança n.º 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, 2008, p. 23;

[60] Tese largamente reforçada por Eros Roberto Grau: "não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. [ ... ] Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem" (Arbitragem e Contrato Administrativo, RTDP 32/20);

indo – a exemplo do caso anterior – de encontro com a máxima da indisponibilidade do interesse público.[61]

Além disso, o julgado concedeu interpretação abrangente ao art. 23, inc. XV, da Lei de Concessões.[62] O STJ não encontrou óbice ao cabimento da arbitragem, mesmo que não houvesse a previsão expressa da arbitragem no dispositivo mencionado.

Exponho aqui um julgado muito completo, uma vez que concilia diversos aspectos de grande relevância para o debate. Dessa forma, a decisão do STJ se pauta em aspectos como: distinção entre o interesse público primário e o interesse da administração; a situação paritária das sociedades de economia mista em relação às empresas privadas, postulados da doutrina clássica do tema sobre o contratante público ser capaz de transigir; legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral; e a existência de lei específica, artigo 23 da Lei 8987/95.[63]

Esse julgado é uma reafirmação do que vem sendo consolidado pelo Judiciário na matéria, movimento que vem tendo lugar na jurisprudência do STJ como na do STF desde o mencionado Caso Lage de 1973.[64]

O REsp n.º 606.345-RS, de 2007, segue a *ratio decidendi* do caso da AES Uruguaiana (REsp 612.439-RS). Ambos tratavam de dar eficácia à cláusula compromissória dos contratos de aquisição de potência e energia entre sociedade de economia mista concessionária de serviços públicos e uma empresa privada geradora de energia. A conclusão a que se chega é que nos dois casos a 2ª Turma do STJ entendeu ser cabível a arbitragem, levando em conta, inclusive, a questão de autorização legislativa específica.

---

[61] Na fundamentação fornecida pelo Ministro Luiz Fux, há um trecho reconhecendo que o interesse envolvido é patrimonial, o que faz o interesse da Administração no caso ser disponível, serve para operacionalizar os interesses públicos originários. Conclui que a Administração pode dispor da forma alternativa de solução de conflitos tanto na acepção da arbitrabilidade objetiva (matéria) quanto subjetiva (indiscutível capacidade de contratar). Selma Lemes, destaca um trecho da fundamentação do Ministro Luiz Fux em LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 140-141.

[62] Vê-se que não tinha ocorrido ainda a inclusão do art. 23-A neste diploma, como já foi comentado no item 3.1.2.

[63] Marçal Justen Filho expõe trechos do MS em questão em JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 823;

[64] É o que aponta César A. Guimarães Pereira sobre esse emblemático julgado.

## 3.5. Síntese do STF e STJ

A despeito do reduzido número de casos observados nos itens anteriores, faço aqui uma síntese para melhor configurar o entendimento dos Tribunais Superiores.

Na decisão incidental de constitucionalidade da LA/96, o STF resolveu a questão estando amparado pelo argumento de compatibilidade do juízo arbitral com a inafastabilidade do Poder Judiciário, pois este não estaria afastado por completo, e também se apoiou na disponibilidade dos direitos envolvidos.

Já a decisão do Caso Lage se ampara em expressa autorização normativa e embora a discussão não tratasse especificamente sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública, firmou-se precedentes sobre o assunto.

O STJ, por sua vez, decidiu pela validade da cláusula arbitral em três oportunidades que envolviam, inclusive, sociedades de economia mista e se pautou fortemente na questão de disponibilidade dos direitos envolvidos, entendendo que se os direitos ligados ao conflito tiverem essa natureza, o cabimento da arbitragem estaria garantido. Para tanto, o STJ realiza uma precisa distinção entre dois desmembramentos do interesse público (o primário e o secundário). Nos julgados também se faz presente a consideração da legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral e a existência de lei específica.

Acontece que permaneço com um questionamento: no período inicial do debate, que já foi objeto de estudo, haveria arcabouço jurisprudencial suficiente para extrair um posicionamento firme dos Tribunais Superiores? Parece-me que sim. O entendimento majoritário de ambos é alinhado com o discurso de cabimento do juízo arbitral nas causas que envolvem a Administração, uma vez que os principais argumentos de resistência à arbitragem na Administração Pública são enfrentados e afastados, seja quanto à disponibilidade e patrimonialidade dos interesses e direitos, seja

quanto à inafastabilidade do Poder Judiciário ou ao requisito de estrita legalidade.

# 4. Debate a partir de 2010

## 4.1. Apresentação

Após o estudo do debate em curso, parto para a atualização do debate acerca do cabimento da arbitragem na Administração Pública. Ao final dessa etapa, pretendo mapear o debate mais recente (2010-2016) sobre a matéria, que será confrontado com o quadro já analisado.

Antes da análise propriamente dita, olharei para a resposta que o Poder Legislativo deu ao diálogo. Em outras palavras, é preciso averiguar se esse Poder se manteve inerte ou reagiu às discussões travadas nos órgãos de controle.

## 4.2. Resposta Legislativa ao Debate

Aqui o que se busca investigar é a legislação que versa sobre arbitragem editada a partir de 2010. Essa investigação se pauta no questionamento: *Qual foi a resposta legislativa a esse debate?*

Para tanto, verei o Regime Diferenciado de Contratações Públicas e a reforma operada na LA/96 em 2015.

### Regime Diferenciado de Contratações Públicas

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) versa sobre a arbitragem no rol de meios para solução de disputas que venham a ocorrer em meio à relação negocial. Isso vem claramente exposto no art. 44-A da Lei n.º 12.462, de 2011, inserido pela Lei n.º 13.190, de 2015, a mesma que reformou a Lei de Arbitragem de 1996. Diz o dispositivo:

> "Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, **inclusive a arbitragem**, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir

> conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados." (grifei)

Vale lembrar que o RDC veio para disciplinar as licitações necessárias para a realização de obras, aquisição de bem e contratação de serviços destinados aos eventos que tomaram a cena pública nos anos de 2013 a 2016, quais sejam: Copa das Confederações de 2013, Copa do Mundo de 2014 e Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016. Assim, tudo que se relacionava a esse agrupado de eventos mereceu considerável atenção e urgência na pauta do Poder Público, o que demandou agilidade, inclusive na resolução de controvérsias oriundas das relações travadas nesse ínterim. Pode-se reputar disso a necessidade de incluir no texto legislativo o artigo destacado acima.

**Reforma da Lei de Arbitragem**

A Lei 13.129, de 2015, modificou a Lei de Arbitragem no que tange à sua aplicação na esfera pública, inserindo dois parágrafos no art. 1º do diploma de 1996:

> "Art.1º.....
>
> § 1º - A **administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem** para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.
>
> § 2º - A autoridade ou **o órgão competente da administração pública** direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de **acordos ou transações**." (grifei)

No entanto, a Lei de 2015 não veio a integrar o ordenamento de maneira simples e inquestionada. Pelo contrário, e para entender isso se faz necessária uma análise de seu histórico legislativo.

Analiso a atividade legislativa para evidenciar a relação do Poder Legislativo com a discussão que está sendo travada nos órgãos controladores. Isso vem à tona para responder como a resposta legislativa ao debate nos órgãos de controle contribui para uma mudança de comportamento dos controladores.

O Projeto de Lei do Senado (PLS) 406/2013 deu origem à reforma e passou pela Câmara como PL 7.108/2014. De autoria do Senador Renan Calheiros, o PLS 406/2013 apresenta em sua ementa que a lei visaria a ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem. Disso decorreu a principal alteração trazida pelo projeto transformado na Lei n.º 13.129/2015, que foi estabelecer que a Administração Pública direta e indireta possa utilizar a arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes de contratos por ela celebrados.

Na Câmara dos Deputados, emendas foram apresentadas[65] e aqui está o epicentro de um debate que permanece vivo sobre a questão. A Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) será a única observada em função de sua pertinência ao tema estudado.

A primeira emenda ao PL 7.108/2014 (EMC 1/2014 CTASP), de autoria de Laercio Oliveira (Solidariedade/SE), visava a dar a seguinte redação ao §3º do Art. 2º:

> "Art.1º.....
>
> "Art.2º.....
>
> § 3º As arbitragens que envolvam a Administração Pública serão sempre de direito e respeitarão o princípio da publicidade, **observado o sigilo de informações comerciais e restritas dos particulares envolvidos.**

Sob a justificativa de que, nos casos de discussões de informações comerciais dos particulares envolvidos, é preciso resguardar o sigilo dessas informações, diante do risco de comprometer o segredo de empresa, embora haja o "dever de publicidade dos atos da Administração Pública, encartado no caput do art. 37 da Constituição Federal de 1988". Contudo, esse acréscimo não foi acolhido.

A EMC 2, de autoria do mesmo Deputado, desejava incluir no art. 31 da Lei n.º 9.307/96 dois parágrafos:

---

[65]Emendas apresentadas ao PL 7108/2014 na Câmara: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_emendas;jsessionid=72F7FDB2655261E5970098DF46473D67.proposicoesWeb2?idProposicao=606030&subst=0>. Acesso em 11 set. 2016.

> "Art.31.....
>
> § 1º Nas arbitragens conduzidas em virtude de contratos celebrados pela Administração Pública, a **sentença arbitral poderá determinar a rescisão do contrato**;
>
> § 2º Na hipótese prevista no § 1º deste artigo, a sentença arbitral deverá, observada a legislação em vigor, decidir, dentre outros fatores, sobre:
>
> I - a existência de causa que justifique a rescisão;
>
> II - o direito das partes a eventuais indenizações, inclusive quanto a perdas e danos, investimentos não amortizados e lucros cessantes;
>
> III - a forma e mecanismos de garantia da continuidade da prestação de serviços essenciais; e
>
> IV - a forma de reversão de bens públicos ou da ocupação de bens e imóveis utilizados na execução do contrato." .....".

Ademais, queria dar a seguinte redação aos artigos 4º e 5º:

> "Art.1º .....
>
> Art. 4º. O **art. 79 da Lei n.º 8.666**, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art.79 .....
>
> V – decidida em juízo arbitral, na forma da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996." ....."
>
> Art. 5º. O **art. 39 da Lei n.º 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> Art. 39. O contrato de concessão **poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária**, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, ou por decisão arbitral, na forma da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996.
>
> Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado ou até a decisão arbitral. .....". (grifei)

Essa emenda tinha por objetivo disciplinar a rescisão dos contratos administrativos, que só pode ser efetuada pela própria Administração ou por sentença judicial. Isso sob a justificativa de que a arbitragem tem por

intuito ser um meio alternativo à esfera judicial, podendo também ser utilizada para rescindir contratos administrativos. E isso pode reduzir sensivelmente o risco institucional desses contratos, elevando o nível a confiança dos particulares em contratar com a Administração.[66] A EMC 2 foi rejeitada.

O Deputado Laércio Oliveira, autor das outras duas emendas, propôs também a EMC 3, que buscava alterar o art. 4º da LA/96, acrescentando-lhe os parágrafos 5º e 6º com o seguinte texto:

> "Art.1º.....
>
> "Art.4º.....
>
> § 5º Nos contratos, convênios e demais avenças celebradas pela Administração Pública a cláusula compromissória deverá estar prevista no respectivo edital e no instrumento contratual;
>
> §6º Nos contratos, convênios e demais avenças celebradas pela Administração Pública, atualmente em execução, **poderá ser incorporada cláusula compromissória mediante aditivo celebrado na forma da Lei**." (grifei)

O Deputado considera um importante avanço à eficiência da Atividade Pública no país e reconhece que a intenção é ampliar a utilização da arbitragem para um número relevante de contratos[67]. Para tal, esses contratos deveriam contar com este importante avanço em prol da sua correta execução, mais do que um permissivo legal, mas sim uma obrigação imposta por lei. O primeiro parágrafo sugerido (§5º) obrigaria a previsão da cláusula compromissória já no edital de licitação correspondente ao futuro contrato, que também deverá explicitar essa cláusula. Por sua vez, o sugerido §6º autorizaria que contratos já em execução possam abraçar a arbitragem como caminho para solução de divergências. Contudo, esses acréscimos não foram acolhidos.

---

[66] Trecho da "Justificação" da EMC 2 do PL em tela, disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237141&filename=EMC+2/2014+CTASP+%3D%3E+PL+7108/2014> . Acesso em 11 set. 2016.

[67] No momento em que justifica sua emenda, o Deputado diz que ela viria para "regulamentar a forma de previsão da cláusula compromissória nos contratos e demais avenças celebradas pela Administração". Justificação da EMC 3 disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237142&filename=EMC+3/2014+CTASP+%3D%3E+PL+7108/2014>. Acesso em 3 out. 2016.

A EMC 4, também proposta pelo referido Deputado, acrescentaria ao art. 5º da Lei de Arbitragem os seguintes parágrafos:

> "Art.1º .....
>
> "Art.5º.....
>
> § 1º A **adoção de regras** de órgão arbitral institucional ou entidade especializada, quando a Administração Pública for parte, **será devidamente justificada**, podendo o edital, contrato ou demais instrumento no qual figure cláusula compromissória já estabelecer a submissão da arbitragem a tais regras;
>
> § 2º O órgão arbitral institucional ou entidade especializada referido no § 1º deste artigo deverá ter comprovada experiência e notoriedade na regulamentação e condução de arbitragens;
>
> § 3º A cláusula compromissória, constante de edital, contrato ou outro instrumento celebrado pela Administração Pública deverá obrigatoriamente prever a forma convencionada para a instituição da arbitragem, observado o disposto no art. 6º desta Lei". (grifei).

A emenda em tela visa adequar dispositivos da LA/96 à adoção da arbitragem pela Administração Pública. Assim, os três parágrafos ao art. 5º teriam por objetivo regulamentar a possibilidade de escolha prévia das regras de órgão arbitral institucional ou entidade especializada, assim como a obrigatoriedade da cláusula compromissória, quando a Administração Pública for parte, já prever as regras de instituição da arbitragem. Seria evitada eventual discussão, quando da necessidade de instituição da arbitragem, acerca das regras que irão regê-la. No entanto, os três parágrafos não foram incluídos na Lei de Arbitragem.

A última emenda (EMC 5) proposta pelo Deputado das últimas quatro acrescentaria o seguinte parágrafo único ao art. 1º da LA/96:

> "Art.1º.....
>
> Parágrafo único. A Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, **inclusive aqueles decorrentes de contratos, convênios ou demais instrumentos de relacionamento com o particular.**" (grifei)

Esse dispositivo tornaria evidente a possibilidade de adoção da arbitragem pela Administração Pública, que vem sendo cada vez mais utilizada nos contratos por ela celebrados com os particulares. O intuito da emenda seria abarcar os convênios e demais instrumentos de interação entre a Administração Pública e particulares e clarificar expressa permissão para que seja adotada a arbitragem nesses instrumentos, evitando questionamentos. Esse parágrafo não consta na redação final da lei, mas seu conteúdo é de certa forma contemplado pelos atuais parágrafos do art. 1º da LA/96.

Agora, a EMC 6 foi apresentada pelo Deputado Silvio Costa do PSC/PE (que também trouxe as EMC 7, 8 e 9) e modificaria o art. 18 da LA/96, para ter a seguinte redação:

> "Art. 18 O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário, **ressalvado o direito das partes convencionarem sua revisão por outro árbitro, tribunal ou câmara arbitral**." (grifei)

Essa emenda atuaria na "impossibilidade de revisão das decisões proferidas", um fator que, para alguns, desencoraja e desestimula a adoção da arbitragem. As partes poderiam estabelecer a revisão da decisão feita por outro árbitro, Tribunal ou Câmara Arbitral convencionado quando da contratação da arbitragem, "trazendo às partes maior conforto e estímulo na escolha da arbitragem para solução de seus conflitos", nas palavras do próprio parlamentar em sua justificação.[68] Nada disso seria obrigatório, mas apenas facultativo para as partes. A despeito dessa sugestão legislativa, o art. 18 permaneceu com sua redação original.

A EMC 7, por sua vez, pretendia conferir ao § 1º do Art. 14 a seguinte redação:

> "Art. 14.....
>
> § 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, **por escrito, nos autos da arbitragem**, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote

[68] Inteiro teor da EMC 6 disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237667&filename=EMC+6/2014+CTASP+%3D%3E+PL+7108/2014>. Acesso em 3 out. 2016.

> dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência."

A única diferença em relação ao texto original seria que a recusa deveria ser feita por escrito nos autos para garantir o conhecimento dos atos, a segurança e a efetividade na utilização do instituto. Essa mínima modificação não foi incluída no texto final da lei.

A EMC 8 acrescenta o art. 5º-A nos seguintes termos:

> "Artigo 5º-A. As arbitragens que envolvam valores superiores a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), deverão ser realizadas, obrigatoriamente, no âmbito de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, os quais deverão possuir os seguintes requisitos mínimos:
>
> a) regulamentos com registro em cartório ou órgão de registro do comércio;
>
> b) previsão em regulamento de um órgão interno para revisão de decisões que tratem do exato cumprimento do próprio regulamento;
>
> c) mecanismo para recebimento das reclamações das partes;
>
> d) controle do número de arbitragens realizadas e das reclamações apresentadas contra o árbitro, para fins de apresentação ao interessado na indicação de árbitros."

Esse dispositivo traria requisitos mínimos para os órgãos arbitrais que pretendam atuar em procedimentos com vultosos valores, o que traria às partes confiança e segurança por meio de regramentos mínimos. O Deputado do PSC ainda observa que, "nos termos dos artigos 18 e 31 da lei em tela, que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário"[69], logo, esses requisitos mínimos estariam em consonância com o conceito atribuído pela lei e reforçariam a segurança jurídica do instituto. No entanto, esse art. 5º-A não foi acolhido.

A última emenda apresentada na Comissão, a EMC 9, trazia o seguinte acréscimo no art. 24:

---

[69] Inteiro teor da EMC 7 disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1237669&filename=EMC+8/2014+CTASP+%3D%3E+PL+7108/2014>. Acesso em 3 out. 2016.

> "Art. 24.....
>
> § 2º O árbitro que divergir da maioria deverá declarar seu voto em separado por escrito."

Esse dispositivo apenas tornaria o que era uma faculdade do juiz em uma obrigação devido ao termo "deverá", pois as partes devem ter acesso ao voto divergente para possuírem conhecimento da integralidade do processo de arbitragem, o que torna o processo arbitral confiável e transparente. Mas essa alteração não foi acatada.

É claro que me concentrei na tramitação do PL na Câmara dos Deputados, pois sua tramitação no Senado Federal (PLS 406/2013) não trouxe emendas de valor para este estudo. As emendas nesta última Casa versavam sobre prorrogação de prazos ao longo do processo arbitral, sentenças parciais, nulidades de sentenças, diálogo do juízo arbitral com o Judiciário, ampliação para o campo do direito do consumidor e inclusão da arbitragem em concursos públicos.

No entanto, uma emenda em especial[70] versava sobre a aplicação da arbitragem no Poder Público. Ela visava ampliar o cabimento do instrumento arbitral não somente para os contratos celebrados pelo Poder Público, como o PLS inicial pretendia. O Senador destaca o papel que a CCAF já desempenha junto à Administração e ela não o faz somente no que tange aos contratos, mas também a muitos outros conflitos entre entes federais. Para tanto, a emenda propunha que a expressão "conflitos [...] decorrentes de contratos por ela celebrados" fosse suprimida para que o real objetivo da lei fosse atingido, e nisso a emenda foi acolhida. Já em outras colocações menos significativas, a emenda não foi acolhida.

Esse debate legislativo mostra que ainda existe algo vivo acerca da matéria. Isso se mostra, acima de tudo, nos textos das emendas 2, 3, 4 e 5 ao PL e na emenda ao PLS que destaquei. Nelas são discutidos tópicos como: a inclusão de dispositivos expressos sobre arbitragem na Lei n.º

---

[70] Emenda n.º 7 do Senador Jorge Afonso Argello do PTB/DF à CCJ. Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=142783&c=PDF&emenda=Emenda7>. Acesso em 3 out. 2016.

8.666/93 e n.º na Lei n.º 8.987/95; a obrigatoriedade de previsão da cláusula compromissória no edital e no respectivo instrumento contratual e a possibilidade de ser incorporada mediante aditivo; a possibilidade de o edital já prever as regras a serem aplicadas de justificada; a previsão legal da possibilidade da Administração dirimir conflitos decorrentes de contratos, convênios ou demais instrumentos de relacionamento com o particular; e a maior abrangência para conflitos, não somente os decorrentes de contratos celebrados pela Administração.

Esse diálogo representa um marco legislativo para o cabimento da arbitragem no âmbito da Administração Pública. Ele também traz algo de extrema relevância para a análise jurisprudencial feita nas seções seguintes, uma vez que entendo esse fenômeno como resposta à postura dos controladores, em especial o TCU.

Nota-se também a preocupação do legislador em fornecer ao debate a autorização para uso, o poder de regulamentar e a obrigatoriedade de cláusula arbitral, reflexo da necessidade de atender ao requisito da legalidade estrita, percebida à exaustão na argumentação combatente das decisões do TCU. Assim, o diálogo fica evidente e percebe-se um endereçamento do Legislativo às demandas do Controlador, ou seja, uma resposta à sua resistência.

Quando me aproximo da interação com os controladores, noto que o movimento legislativo é no sentido de mudar o entendimento jurisprudencial de resistência à arbitragem nos contratos públicos. No tocante ao TCU, o objetivo de considerável número de parlamentares é mudar o entendimento desse órgão de controle, fornecendo-lhe o que seria necessário para repensar suas restrições ao cabimento da arbitragem.

## 4.3. TCU

Após o levantamento descrito no item 2.3.1, passo a analisar agora o Acórdão n.º 1.796/11, o Acórdão n.º 2.573/2012 e o Acórdão n.º 2.145/2013.

No atual entendimento do TCU, a regra de legalidade já está praticamente pacificada e sedimentada como um requisito indispensável para o cabimento da arbitragem na Administração. Dessa maneira, esse requisito não encontrou empecilhos maiores, uma vez que a legislação sobre a matéria já progrediu a ponto de versar sobre e prever o juízo arbitral nas situações em que ela considera cabível. Por outro lado, o que mereceu mais atenção em cada um dos julgados foi a disponibilidade dos direitos envolvidos nos conflitos, como será visto mais adiante.

### a) Caso Ferrovia RJ-SP[71]

O Acórdão n.º 1.796/11 tem como entidades participantes a ANTT e BNDES e como interessado, o TCU. Trata-se de processo de concessão do transporte ferroviário de passageiros por meio de trem de alta velocidade (TAV) entre Rio de Janeiro e São Paulo. No contrato de concessão de serviço público houve previsão do instituto da arbitragem na resolução de divergências de natureza econômico-financeira no tocante à precificação das tarifas.

A minuta do contrato[72] dizia que "eventuais divergências de natureza técnica ou de natureza econômico-financeira" seriam dirimidas por meio da instalação de comissão técnica, em primeira instância, ou de arbitragem.[73] A questão central era relativa à viabilidade de resolução de controvérsias tarifárias por arbitragem.

---

[71] TCU. Acórdão n.º 1.796/2011. Rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, j. 06/07/2011.

[72] Nos itens 39.1.1 e 39.1.2 da minuta;

[73] Institutos que na prática possuem a mesma configuração: "um representante do poder concedente, um representante da concessionária e outro com notória especialização na matéria em contenda. Em não havendo consenso, o último componente pode ser indicado, já para a comissão técnica, pela Corte Internacional de Arbitragem". TCU. Acórdão n.º 1.796/11. Relatório, p.32.

O Relatório remonta à decisão do MS 11.308-DF do STJ quanto à "aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado"[74], que ratificou o pressuposto de disponibilidade dos direitos patrimoniais do Estado, uma vez que afirma que indisponível é o interesse público, não o interesse da Administração.

Remontou-se também à jurisprudência do TCU, segundo a qual a previsão da arbitragem, de forma indiscriminada, em contratos firmados para a prestação de serviço público já foi apreciada e proibida (no Acórdão n.º 584/2003 e no Acórdão n.º 537/2006[75]). Esse entendimento "tem buscado resguardar o interesse público, indisponível por natureza".[76]

Isso levou a unidade técnica a endereçar determinações corretivas à Agência Reguladora, dentre as quais que a ANTT preveja expressamente, no edital e na minuta de contrato, a inaplicabilidade da Comissão Técnica e da Arbitragem para resolução de divergências.

O voto do Relator Augusto Nardes, ao apreciar as determinações da unidade técnica, chancela o entendimento de que a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, o argumento da indisponibilidade faz concluir que as questões de poder tarifário são de natureza econômico-financeira[77],

---

[74] STJ. Mandado de Segurança n.º 11.308, Rel. Min. Luiz Fux, 2008, p.30;

[75] Ambas decisões em que teria existido descumprimento da estrita legalidade ao se inserir clausula arbitral sem a necessária autorização legal. No caso, a CBEE teve que excluir a tal cláusula contratual;

[76] TCU. Acórdão n.º 1.796/2011. Rel. Min. Augusto Nardes, Plenário, j. 06/07/2011, p. 33. Para exemplificar um caso de previsão legal de juízo arbitral em contrato de concessão, o Relatório menciona a minuta do contrato para Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, que, em fase de licitação, delimitava as situações que ensejará a resolução por meio de arbitragem como sendo as relativas a eventuais indenizações.

[77] "No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (objeto da determinação proposta no subitem "c.7"), comungo do entendimento da unidade técnica no sentido de que, consoante o disposto nas Leis n.ºs 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se incluam na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser

portanto, irrenunciáveis e indisponíveis, não podendo ser objeto de arbitragem.[78]

Posto isso, o julgamento final foi no sentido de vetar cláusula arbitral acerca do poder tarifário, pautando-se na ideia de indisponibilidade dos direitos envolvidos (de natureza econômico-financeira), em aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público.

### b) Caso da Rodovia BR 101/ES/BA [79]

No Acórdão n.º 2.573/2012, ANTT e Ministério dos Transportes eram os interessados no processo de desestatização. Tratava-se de concessão da Rodovia BR 101/ES/BA, em que a minuta do contrato de concessão igualmente estipulou que toda e qualquer controvérsia ou disputa entre as partes decorrente ou relacionada ao contrato seria resolvida por arbitragem.[80]

De maneira idêntica ao Acórdão n.º 1.796/11, o Relatório analisa os mesmos precedentes do STJ e do TCU.[81]

O Acórdão, seguindo o que o encaminhamento da unidade técnica que consta no relatório, determinou[82] à ANTT que adotasse as medidas

---

objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível." (p.51);

[78] O Acórdão decide finalmente que a ANTT: "9.1.6. preveja, no Edital de Concessão n.º 1/2010 e na respectiva minuta de contrato, a inaplicabilidade da Comissão Técnica e da Arbitragem para resolução de divergências relativas às questões econômico-financeiras do contrato de concessão" (p.53);

[79] TCU. Acórdão n.º 2.573/2012. Rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, j. 26/09/2012;

[80] O item 35.1.1 da minuta do contrato pretende garantir a arbitragem como solução de toda e qualquer controvérsia e/ou disputa entre as partes oriunda ou relacionada ao contrato de concessão. Deixando o rol de possibilidades de ensejo à arbitragem muito amplo, incluindo até questões econômico-financeiras. (Relatório, p.37). O rol é tão amplo que o item 19.2.2 da minuta contratual impõe ao poder concedente a responsabilidade por "decisão arbitral, judicial ou administrativa que impeça ou impossibilite a Concessionária de cobrar a Tarifa de Pedágio ou de reajustá-la de acordo com o estabelecido no Contrato, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa a tal decisão".

[81] "Sobre a matéria, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se no MS 11.308/DF: "(...) Finalmente, a título de exemplo, é oportuno mencionar que o Contrato de Concessão do Aeroporto Internacional de São Gonçalo do Amarante (ASGA), no Rio Grande do Norte, delimita as situações que ensejará a resolução por meio de arbitragem como sendo as relativas às "indenizações eventualmente devidas quando da extinção do presente contrato, inclusive quanto aos bens revertidos". (p.38);

[82] "9. Acordão. (...) ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, diante das razões expostas pelo Redator, em: (...)

pertinentes para fazer constar expressamente no contrato de concessão a inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências sobre questões econômico-financeiras.[83] Em seu voto, o Relator Raimundo Carreiro entende que essa determinação aponta para a omissão de cláusulas que deveriam ter constado da minuta do contrato que acompanha o edital. Os Ministros consideraram que houve infração ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei de Licitações.[84]

Dentro dessas considerações, a razão de decidir do TCU no caso corresponde ao postulado de indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório.

### c) Caso Petrobras e Plataformas Petrolíferas[85]

O Acórdão n.º 2.145/2013 trata de um pedido de reexame do Acórdão 2.094/2009, feito pela "Petróleo Brasileiro S.A." (Petrobras), em que se analisava a validade de contratos de construção de unidades estacionárias de produção no exterior (plataformas petrolíferas). O Acórdão de 2009 expediu determinações à Petrobras, nos seguintes termos:

> "9.3.2. nos contratos doravante firmados em que sejam incluídas cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral, **restrinja a resolução de eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos**;" (grifei)

---

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." (p.61) (grifei);

[83] Levando em conta o que dispõe o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001:
"Art. 24. Cabe à ANTT, em sua esfera de atuação, como atribuições gerais: (...)
VII – proceder à revisão e ao reajuste de tarifas dos serviços prestados, segundo as disposições contratuais, após prévia comunicação ao Ministério da Fazenda";

[84] Lei n.º 8.666/93, "Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos";

[85] TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013.

Em sua argumentação, a Petrobras buscou reforçar o caráter privado dos contratos por ela celebrados com base na Lei n.º 9.478/97. Na qualidade de sociedade de economia mista, a Petrobras atuaria como as demais pessoas de direito privado que com ela desejam contratar. Os contratos celebrados com a Petrobras, independentemente de o objeto estar relacionado com a atividade-fim (comércio e transporte de petróleo) ou com a atividade-meio (construção de plataformas), submetem-se ao regime jurídico privado. Da argumentação da empresa, não haveria controvérsia alguma quanto à possibilidade de ela firmar cláusula elegendo a arbitragem como meio de solução de seus conflitos.

Ocorre que, segundo a Equipe de Auditoria – haveria uma correlação entre direitos disponíveis e área-fim e direitos indisponíveis e área-meio. E assim, a construção de plataformas não estaria inserida na atividade núcleo da Companhia, tornando-se meio, logo, envolvendo direitos indisponíveis.[86]

Além disso, outra questão levantada pela Petrobras é a importância da possibilidade de incluir a cláusula de arbitragem nesse tipo de contratação em face da segurança jurídica exigida nas negociações internacionais, reivindicação de empresas estrangeiras com longo precedente histórico. Sem a cláusula, a atividade econômica da empresa, quanto às condições contratuais, seria dificultada.

Fica claro que a questão central aqui debatida é a disponibilidade dos direitos envolvidos e, por via de consequência, a indisponibilidade do interesse público, que permeia a jurisprudência do controlador estudado. Segue o julgado a jurisprudência do TCU que considera o juízo arbitral

[86] Sobre isso, excerto da manifestação da A Secretaria de Recursos deste Tribunal (Serur) citado pelo Relator Benjamin Zymler do Acórdão 2.145/2013: "Utilizando o art. 25 da Lei n.º 9.307/96, conceitua que direito indisponível é aquele que não pode ser objeto de transação plena, decorrendo a indisponibilidade de normas de ordem pública que tutelam direitos e obrigações dos cidadãos e do próprio Estado. Ainda, segundo ela, por exclusão, direito disponível é aquele que pode ser apreciado economicamente, isto é, aquele que se refere a bens transacionáveis, alienáveis, que se encontram dentro do comércio, estando, portanto, sujeito à arbitragem. Desse modo, fala que a disponibilidade está amplamente ligada ao exercício da autonomia da vontade, que é característica essencial dos contratos regidos pelo direito privado". TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013. p.6.

incompatível com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público.[87]

O TCU determinou à Petrobras e suas subsidiárias que as cláusulas arbitrais a serem incluídas em seus futuros contratos se restrinjam à resolução dos litígios relacionados à área-fim da empresa e a disputas técnicas.

A questão da disponibilidade dos direitos envolvidos no litígio foi enfrentada no caso a partir do momento em que se aceitou a distinção entre a atividade estritamente econômica do Poder Público (disponíveis) e os atos de império (indisponíveis).[88]

Foi levantado o requisito de estrita legalidade ao qual a Administração estaria sempre vinculada. Teve de ser ponderada a ausência de lei específica e a situação peculiar das sociedades de economia mista (estando elas sob o regime jurídico próprio das empresas privadas, de acordo com o inciso II do art. 173 da CF).[89]

---

[87] O Relator apontou outras deliberações nessa linha: Decisão n.º 286/93-Plenário, Decisão n.º 188/95-Plenário, Acórdão n.º 906/03-Plenário e Acórdão n.º 537/06-2ª Câmara;

[88] "(...) pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre **atividade econômica em sentido estrito** – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes **serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem**. (...) Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do **poder de império da Administração Públic**a e, consequentemente, sua consecução esteja diretamente **relacionada ao interesse público primário**, estarão envolvidos **direitos indisponíveis** e, portanto, **não sujeitos à arbitragem**. Desse modo, estando o objeto do contrato de serviço público prestado pela entidade estatal estritamente vinculado à atividade econômica desenvolvida pela empresa estatal – no caso, venda de energia elétrica –, inexiste óbice a que seja pactuada a respectiva cláusula compromissória na hipótese de descumprimento da avença". TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013. p.13 (grifei);

[89] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da **sociedade de economia mista** e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
II - **a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas**, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 19, de 1998) (grifei).

Quanto à ausência de permissivo legal, o TCU entendeu que, em regra, o juízo arbitral não é cabível, havendo exceções previstas expressamente em lei como o art. 23-A da Lei Geral de Concessões.[90]

No entanto, na linha argumentativa do TCU, embora a situação das sociedades de economia mista seja peculiar, elas ainda pertencem à Administração, devendo se sujeitar aos princípios insculpidos no art. 37 da CF. Destacam-se os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, eficiência e economicidade, aos quais o instituto da arbitragem se coaduna.

Ainda foi lembrada a jurisprudência do STJ, que não estabelece limites para a utilização da cláusula compromissória. Isso levou à conclusão de que a arbitragem somente deve ser utilizada em situações peculiares devidamente justificadas e de modo a se seguir a comprovada prática de mercado, como em contratações internacionais, construção de plataformas e na resolução de questões ou disputas técnicas por envolver assunto especializado.[91]

Para a decisão final do caso concreto, noto dois posicionamentos distintos: o do Ministério Público (MP/TCU) e do próprio TCU.

O MP/TCU opta apenas por manter a determinação do Acórdão reexaminado, mas inovando apenas em sugerir que se esclareça à Petrobras que "é possível a resolução de conflitos por meio de juízo arbitral envolvendo a construção de plataformas de petróleo."[92]

---

[90] "29. Esse parece ser também o entendimento do legislador que especificamente, de acordo com a natureza das avenças, **permitiu, somente em determinas hipóteses**, a instituição de cláusula arbitral em contratos administrativos. Assim, ocorre nos contratos de concessão de serviços públicos (art. 23-A da Lei 8.987/1995), de parceria público privada (art.11, inciso III da Lei 11.079/2004) e de transações, por parte de empresa estatal, de compra e venda de energia elétrica nos sistemas interligados (§ 4 do art. 20 da Lei 10.433/2002);
30. Ou seja, **como regra geral, o compromisso arbitral não é cabível nos contratos administrativos**, sendo as exceções objeto de específica disposição legal" (grifei). TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013, p. 19;

[91] TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. 14/08/2013, p. 20.

[92] Excerto do Voto Revisor do Min. José Jorge, p.25.

Já o posicionamento do Revisor do TCU é mais incisivo e aponta para uma modificação na determinação da deliberação recorrida. Assim, determinou-se que se desse a seguinte redação ao dispositivo:

> "9.3.2. nos futuros contratos que vier a celebrar, limite-se a incluir cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral **às hipóteses em que a adoção da arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado**;" (grifei)

Essa redação mostra que a utilização de cláusula arbitral não deve ser restrita à atividade-fim da empresa, podendo ser aplicada a outras questões desde que justificada sob o prisma técnico e econômico de acordo com a prática de mercado.

### 4.3.1. Síntese dos Julgados do TCU

Os casos em que houve análise do cabimento da arbitragem na Administração Pública eram relativos à concessão e a contrato de obra pública.

O primeiro deles é uma concessão do transporte ferroviário em que o TCU vetou a previsão de cláusula compromissória seja na minuta do contrato, seja no próprio contrato, uma vez que a definição de tarifa não se caracteriza como um direito patrimonial disponível. O argumento de indisponibilidade do interesse público conduziu o julgado.

Já na concessão de rodovia – de maneira muito similar ao anterior –, o TCU acabou decidindo no sentido de inaplicabilidade da arbitragem para resolução de divergências sobre conflitos econômico-financeiros, pautando-se na indisponibilidade do interesse público e da obrigatoriedade de vinculação ao instrumento convocatório.

Quanto aos contratos de obra pública da Petrobrás, a deliberação foi no sentido de permitir cláusulas de arbitragem em contratos futuros, porém com conteúdo limitado às disputas de caráter técnico. Buscou-se respaldo

na disponibilidade dessas questões envolvidas e na própria legalidade do juízo arbitral para as causas que envolvam questões técnicas. Neste último caso, nota-se uma abertura do controlador à adoção do juízo arbitral por parte de uma sociedade de economia mista que integra a estrutura da Administração.

Em suma, dois julgados que ratificam a resistência do órgão controlador e um que traz um indício de flexibilização e superação da questão da legalidade, somente no que tange às sociedades de economia mista.

## 4.4. STJ

Neste item, faço a análise das 3 decisões monocráticas ("a", "b" e "c") e dos 2 acórdãos ("d" e "e") proferidos pelo STJ, a fim de destacar os argumentos e as razões empregadas pela Corte ao decidir cada caso e evidenciar qual o seu comportamento nos julgados após 2010 sobre a matéria.

### a) Caso de Competência Petrobras – Tractebel

O CC 144.477 de 2015[93] trata de um conflito de competência suscitado pela Petrobras frente ao Tribunal Arbitral do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) e têm como interessados a Tractebel Energia AS e a Companhia de Gás do Estado de MS (MSGAS).

A Petrobras pleiteia que seja designado o Tribunal Arbitral competente para apreciar pedidos urgentes, inclusive e particularmente a reapreciação da liminar atualmente em vigor, e, assim, declarar também a nulidade da decisão de primeira instância.

Havia uma cláusula compromissória no contrato, mas o conflito de competência iniciou-se com o ajuizamento, em 2014, de ação judicial pela Tractebel na Justiça Estadual do Mato Grosso do Sul para obrigar a

[93] STJ. Conflito de Competência n.º 144.477, Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, 2015.

Petrobras a continuar a lhe fornecer gás até 2024 pelo mesmo preço pactuado em contrato negociado no início da década de 2000, previsto para se encerrar em setembro de 2014.

Contudo, a Tractebel ignorou a cláusula compromissória e ajuizou nova ação judicial. Alegou-se o direito advindo das regras do PPT, o "Programa Prioritário de Termeletricidade". A Tractebel teria direito ao fornecimento de gás pelo preço originalmente pactuado por força das regras estatais que instituíram, no início da década de 2000, o PPT.

Tractebel ajuizou ação em Campo Grande, enquanto a Petrobras – observando a cláusula compromissória constante do contrato – instaurou procedimento arbitral perante o CBMA[94] para que fosse reconhecida a inexistência de obrigação de fornecer gás, pelos dez anos seguintes, ao preço pactuado no contrato. A Tractebel questionou a aplicação da cláusula compromissória, mas o CBMA afastou as alegações e reconheceu legítima a instauração da arbitragem.

O juízo de Campo Grande deferiu uma liminar, mas também reconheceu sua incompetência em razão da cláusula compromissória. O tribunal arbitral também se declarou incompetente por entender que a pretensão da Tractebel não guardaria relação com o contrato, mas exclusivamente com as regras aplicáveis ao PPT. No entendimento dos árbitros, apenas questões diretamente relacionadas ao contrato e suas cláusulas poderiam ser submetidas à arbitragem, de modo que pretensões que decorressem diretamente das normas do PPT, ainda que relacionadas à mesma relação comercial entre as partes, deveriam ser submetidas ao Poder Judiciário.

Em suma, o que está em discussão é a prerrogativa da Tractebel no tocante à criação de novos vínculos contratuais com base em normas positivadas e pautadas no PPT, e não a relação contratual que existiu entre as partes por conta dos contratos já extintos em 2014.

A decisão do ministro do STJ leva em conta que essa cláusula atribui poderes ao juízo arbitral para analisar, com primazia, sua própria

[94] Procedimento arbitral n.º 2014.00895 na CBMA.

competência para o julgamento da causa que lhe é submetida a exame (art. 8º, parágrafo único, da LA/96).

Ademais, o STJ não enxergou *periculum in mora* para justificar o pedido de liminar. Não se provou razão da Petrobras, portanto, declarou o juízo de primeira instância competente para resolver as questões urgentes acerca do litígio estabelecido entre as partes até a solução final do conflito. O resultado é, assim, o indeferimento do pleito suscitado pela estatal.[95]

### b) Caso Sergipe - Construtora Celi

O REsp 1.424.456 de 2015[96] foi interposto pelo Estado de Sergipe, frente à Construtora Celi Ltda., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (TJSE).

Trata-se de controvérsia na execução do contrato celebrado entre as partes, referente ao não pagamento por serviços supostamente prestados pela empresa. O objeto em discussão corresponde à viabilidade de transacionar remuneração de perdas econômico-financeiras por suposta ausência de reajuste contratual.

Considerando o debate sobre direitos patrimoniais disponíveis, o ponto central é a suposta violação ao art. 1º da LA/96, levando a recorrente a sustentar a impossibilidade de instauração de juízo arbitral, pois o contrato administrativo foi firmado pela Administração Pública Direta, que deve estrita obediência ao princípio da legalidade e, por isso, o direito patrimonial é necessariamente indisponível.

No que se refere à tese de que o direito patrimonial discutido nos autos é indisponível e, por isso, incabível a instauração do procedimento arbitral, o Tribunal de origem apenas entendeu que o objeto do litígio não se pode transacionar em questão que evolva direitos indisponíveis, mas admite que se instaure procedimento arbitral em caso de direito disponível.

---

[95] A jurisprudência do STJ já reconheceu o cabimento de conflito de competência entre órgão judicial e tribunal arbitral no CC 111.230/DF;

[96] STJ. Recurso Especial n.º 1.424.456, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2015.

O Caso Sergipe – Construtora Celi versa sobre direitos disponíveis, conforme entendimento da Corte *a quo*. O exame probatório empreendido pela Corte *a quo* resultou na compreensão de que o objeto do contrato firmado entre as partes admite a instauração do procedimento arbitral, porquanto o direito tutelado na espécie é disponível.

Para que o STJ revertesse a decisão da instância inferior, deveria ter sido apreciada a tese da indisponibilidade do direito patrimonial envolvido, o que não ocorreu. Isso porque, no tocante à tese de que a indisponibilidade do direito patrimonial decorre do fato de que o ente contratante é a Administração Pública Direta, "não houve apreciação pelo Tribunal de origem"[97] sobre a questão, o que impossibilitou a procedência do recurso nesse aspecto por ausência de prequestionamento (Súmula 211/STJ). [98]

É indispensável que o acórdão de origem tenha abrangido a questão, sob pena de não preenchimento do requisito do prequestionamento, necessário para o conhecimento do recurso. Frente a isso, o resultado foi o indeferimento do recurso sob a razão de não apreciação da tese da indisponibilidade pelo Tribunal *a quo*.

Importante destacar que, na argumentação da recorrente, fizeram-se presentes os argumentos de legalidade e de indisponibilidade do direito patrimonial em contratos firmados com a Administração Direta.

O STJ não acolheu o recurso, pois isso demandaria a apreciação de elementos de fato.

### c) Caso CONEXCON

O REsp 1.363.028 de 2016[99] foi interposto pelo Instituto Mineiro De Gestão Das Águas (IGAM) contra acórdão prolatado, por unanimidade, pela Justiça de Minas Gerais[100] no julgamento de apelação, cuja outra parte era o Consórcio Consel-Exponencial (CONEXCON). O contrato administrativo de

---

[97] STJ. Recurso Especial n.º 1.424.456, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2015, p.3.
[98] Súmula n.º 211: "Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo".
[99] STJ. Recurso Especial n.º 1.363.028, Rel. Min. Regina Helena Costa, 2016;
[100] 7ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais;

prestação de serviços continha compromisso arbitral. O Tribunal *a quo* entendeu que a Administração pode submeter-se a procedimento de arbitragem.

Frente a essa decisão, a recorrente alegou que haveria ofensa aos artigos 1º da LA/96, 54 da Lei de Licitações e 113 do Código Civil, uma vez que os direitos previstos no contrato administrativo seriam indisponíveis e a Administração Pública não se submete à arbitragem para dirimir suas controvérsias.

No entanto, a Min. Relatora Helena Costa evidenciou que o acórdão recorrido adotou entendimento consolidado na Corte Superior segundo o qual a Administração Pública pode se submeter ao juízo arbitral quando a controvérsia envolver direitos disponíveis, o que seria exatamente o caso.[101]

Como o acórdão recorrido está em plena sintonia com a jurisprudência consolidada da Corte, o resultado foi o não prosseguimento do recurso, nos termos da Súmula 83.[102]

Assim, as razões de decidir do STJ foram as mesmas aplicadas ao MS 11.308, ou seja, sem inovação, a decisão pautou-se – indiretamente – nos argumentos de disponibilidade dos direitos envolvidos e de legalidade.

### d) Caso COMPAGAS

O REsp 904.813-PR de 2011[103] tem como recorrente a Companhia Paranaense De Gás Natural (COMPAGAS) e, como recorrido, o Consórcio Carioca Passarelli.

O resultado da ação inicial no TJPR foi de improcedência da ação, sob o fundamento de que os direitos envolvidos não eram indisponíveis, já que a controvérsia se restringia a questões de cunho econômico e financeiro.[104]

---

[101] STJ. Recurso Especial n.º 1.363.028, Rel. Min. Regina Helena Costa, 2016, p.3;
[102] Súmula n.º 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".
[103] STJ. Recurso Especial n.º 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011;
[104] "(...) a controvérsia levada ao juízo arbitral se refere exclusivamente à recomposição da equação econômico financeira, decorrente de atrasos no início da execução da obra contratada. Por conseguinte não há que se falar em direito indisponível, e, portanto, nada

A recorrente pretendeu a declaração de nulidade do compromisso arbitral, alegando que não havia previsão no edital nem no contrato celebrado de resolução de conflitos por arbitragem e, ainda, elegia-se o foro de Curitiba.

O argumento que conduz o voto da Relatora Nancy Andrighi é o de disponibilidade dos direitos envolvidos.[105]

O Min. Ricardo Villas Boas Cueva acompanhou integralmente o voto da Relatora. No entanto, ao seu convencimento ainda restava dúvida acerca da arbitrabilidade, mas o voto da Relatora deixou claro o posicionamento já consolidado da Corte.[106]

Este julgado também reitera que não há óbice legal para a Administração lançar mão da arbitragem, afastando o argumento de legalidade observado nas deliberações do TCU.[107]

Ainda, põe em xeque o argumento de necessidade de previsão no instrumento convocatório ao afirmar que a não previsão da arbitragem no edital da licitação ou no contrato não exclui o compromisso arbitral firmado entre as partes.[108]

---

obsta a solução do conflito através do juízo arbitral". STJ. Recurso Especial n.º 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011, p.3.

[105] "(...) a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral." E também: "(...) No âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal". STJ. Recurso Especial n.º 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011, p. 14;

[106] "(...) tinha dúvida quanto à arbitrabilidade desse tipo de conflito, mas o voto é muito claro, muito sólido, e consolida bem o entendimento do Tribunal sobre a matéria. E, responde à uma dúvida sobre a disciplina que alguns entes da federação vêm dando à questão". STJ. Recurso Especial n.º 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011, p. 19;

[107] Na ementa do acórdão: "5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos";

[108] "A peculiaridade da hipótese analisada reside no fato de que, no contrato celebrado entre as partes, não foi estabelecida a arbitragem como meio de solução de controvérsias (cláusula compromissória). O compromisso arbitral foi firmado posteriormente pela concessionária recorrente." (...) "o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente". STJ. Recurso Especial n.º 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, 2011, p. 12.

Ao lado disso, o julgado ainda remete à concepção que o Poder Judiciário é absolutamente inafastável (art. 5º, XXXV da CF).

Postas essas questões, a deliberação final deste Caso COMPAGAS, assim como no Caso CONEXCON, é no sentido de reiterar o posicionamento inquestionavelmente consolidado pela Corte, afastados os recorrentes óbices legais como o argumento de estrita legalidade, de inafastabilidade do Judiciário e de indisponibilidade dos direitos e interesses envolvidos; pelo contrário, os direitos aqui – e em muitos casos – são, de fato, transacionáveis e permitem o emprego da arbitragem.

### e) Caso Petrobras-Tractebel 2

No AgRg na MC 19.226-MS de 2012[109], em que o agravante é a Petrobras e o agravado é a Tractebel Energia S/A e a Companhia De Gás do Mato Grosso do Sul (MSGAS), discute-se a possibilidade de atuação do Judiciário na presença de cláusula compromissória.[110]

Quanto à legalidade, ponderou-se que o objeto do contrato de serviço prestado pela entidade estatal possui ligação direta com a atividade econômica por ela desenvolvida – venda de gás natural –, não havendo óbice para que o instrumento contenha cláusula de compromisso arbitral. Ainda é destacada a importância do serviço para o setor energético, dando ênfase para a necessidade de "mecanismos ágeis e eficazes" para o melhoramento do serviço, incluída aqui a arbitragem.[111]

Por fim, deu-se provimento ao agravo regimental na medida cautelar, entendendo que em circunstâncias temporárias (quando o juízo arbitral

---

[109] STJ. AgRg na Mc n.º 19.226, Rel. Min. Massami Uyeda, 2012;

[110] Do Voto-Vista do Min. Paulo De Tarso Sanseverino: "O ponto central do recurso especial é a impossibilidade de atuação jurisdicional pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, pois o contrato de fornecimento de gás firmado entre as partes prevê cláusula compromissória, como permite a Lei n. 9.307/96". STJ. AgRg na Mc n.º 19.226, Rel. Min. Massami Uyeda, 2012, p. 16;

[111] Do voto-vista da Min. Nancy Andrighi: "(...) sendo o gás natural uma commodity, de indubitável relevância para o país, sobretudo após a desregulamentação do setor energético, as empresas voltadas para o seu fornecimento devem contar com mecanismos ágeis e eficazes para gestão dos seus negócios – que terão reflexo no aperfeiçoamento do serviço e, por via de consequência, na maior satisfação do consumidor final – entre eles a utilização do compromisso arbitral". STJ. AgRg na Mc n.º 19.226, Rel. Min. Massami Uyeda, 2012, p. 10;

estiver impedido), o Poder Judiciário será competente para uma intervenção contingencial, jurisdição estatal será derrogada por força da celebração do compromisso arbitral.

### 4.4.1. Síntese dos julgados do STJ

Os julgados do STJ são favoráveis ao cabimento da arbitragem nas causas em que a Administração está envolvida, logo, não há rompimento com a linha jurisprudencial já traçada pela Corte.

A decisão do Caso de Competência Petrobras-Tractebel concede primazia à cláusula arbitral em termos de competência para resolver o conflito, enquanto o Judiciário passa a se ocupar somente de questões urgentes.

Já no Caso da Rodovia BR 101/ES/BA, o debate se dá acerca da disponibilidade de direitos patrimoniais envolvidos em contrato de construção firmado com a Administração Pública Direta e a decisão tomou a direção já consolidada no STJ, no sentido da disponibilidade dos direitos. No entanto, a argumentação contrária da parte inconformada levantou argumentos pautados, como não seria diferente, na indisponibilidade e na legalidade estrita. Esses argumentos não foram acolhidos como razão de decidir; manteve-se a posição da decisão de instância inferior, favorável à arbitragem.

Em sede de contrato administrativo, no Caso CONEXCON, o posicionamento do STJ também permaneceu o mesmo: aquele já consolidado em sua jurisprudência, sem muita controvérsia na deliberação. Da mesma forma, o Caso COMPAGAS mostra a posição assumida pelo STJ novamente aliada ao juízo arbitral, como já firmado em muitos julgados da Corte, o que ficou claro no voto da Relatora, quando afirmou a disponibilidade dos direitos, a ausência de óbice legal e a não infração ao princípio da inafastabilidade do Judiciário.

No Caso Petrobras-Tractebel 2 também não foi encontrado óbice para a arbitragem na esfera de contrato de serviço prestado pela entidade estatal.

Dessa vez foi trazida à luz a possibilidade da presença de cláusula compromissória no instrumento que vincula as partes. Foi questionado o afastamento do Judiciário, que – na verdade – não teria sua competência totalmente excluída, mas meramente derrogada para intervenção contingencial.

Todas as decisões mantiveram, de alguma maneira, a construção jurisprudencial do STJ nesta matéria, sem desvios ou direcionamentos para uma mudança de opinião. Vale ressaltar que não houve menção expressa às alterações legislativas recentes, embora elas possam ter servido como mais um incentivo para um posicionamento firme no sentido que vem sendo. Por fim, percebe-se que foram afastados, sempre que necessário, os argumentos contrários muito recorrentes como razões de decidir nas deliberações do TCU.

## 4.5. STF

Para a análise da jurisprudência mais recente do Supremo terei apenas as 3 decisões monocráticas selecionadas, quais sejam: RE 593.042-DF; MC no MS 33.889/DF/2015; e MC na ADPF 81-DF/2015.

### a) Caso Coroa Grande

Começando pelo RE 593.042-DF[112], no qual a recorrente é a União em face do Terminal Multimodal De Coroa Grande SPE S/A (TMC), uma sociedade de economia mista. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu ser possível a utilização do juízo arbitral em contrato administrativo.

O Min. Luís Roberto Barroso adota como razões de decidir o parecer do Subprocurador-Geral da República Paulo de Tarso Braz Lucas, que opinou pelo não conhecimento do recurso extraordinário.

[112] STF. Recurso Extraordinário n.º 593.042, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 2016.

Da ementa do parecer da Procuradoria-Geral da República[113], extrai-se a fundamentação empregada pelo Min. Barroso, sobretudo quando fala da "possibilidade do uso de arbitragem pela administração pública" e "doutrina e previsão legal". Aqui se encontra a *ratio decidendi* pautada na existência de previsão legal suficiente para se admitir a possibilidade da Administração se submeter à arbitragem. É, portanto, esse argumento respaldado pela doutrina e por abundante previsão legal que conduz a decisão.

Dessa maneira, o Supremo nega seguimento ao recurso e reafirma o cabimento da arbitragem em contrato administrativo, já esboçado desde o precedente histórico, o Caso Lage, embora não combata em sua deliberação os argumentos relevantes de resistência ao cabimento.

### b) Caso do RDC

O MC no MS 33.889-DF[114] é especialmente interessante, pois toca na questão do RDC, instituído pela Lei n.º 12.462/2011.[115] É um MS, com pedido liminar, impetrado pelo Senador Álvaro Dias, alegando inconstitucionalidade formal do Projeto de Lei de Conversão n.º 17/2015 (proveniente da Medida Provisória n.º 678/2015).

A decisão monocrática em tela segue no sentido de suspender[116] a tramitação do Projeto de Lei de Conversão n.º 17/2015 que alteraria um

---

[113] Ementa do parecer tomado como razão de decidir: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA POR SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – ALEGAÇÃO DE CONTRARIEDADE AOS ARTS. 21, INCISO XII, ALÍNEA 'F'; 37, CAPUT E INCISO XIX; 173, § 1º E INCISO II, 175, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV; E 178, TODOS DA CF/88 – EXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO AUTÔNOMO INATACADO – ATENTADO (ART. 879 DO CPC) – SÚMULA 283/STF – CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL E NECESSIDADE DE EXAME DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS (SÚMULA 454-STF) –POSSIBILIDADE DO USO DE ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – DOUTRINA E PREVISÃO LEGAL – PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO E, CASO CONHECIDO, PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO";

[114] STF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 33.889, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 2015;

[115] Lei que instituiu o RDC já foi vista no item 4.2.1;

[116] "(...) defiro o pedido liminar alternativo, ad referendum do Plenário (RI/STF, art. 21, V), para suspender o trâmite do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015, exceto naquilo que corresponde ao acréscimo dos incisos VI e VII ao art. 1º da Lei nº 12.462/2012". STF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 33.889, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 2015.

trecho importante da Lei n.º 12.462/2011. O tal Projeto, dentre muitas outras disposições, trazia o seguinte preceito:

> "Art. 44-A. Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados."

Esse dispositivo foi de fato incorporado à Lei nº 12.462/2012, que hoje prevê expressamente a autorização legal para o emprego da arbitragem nos contratos regidos pelo RDC.

Voltando à decisão, foi provada a urgência do provimento e o vício formal no devido processo legislativo para a conversão da MP em Lei[117], o que levou à suspensão do trâmite do Projeto na Câmara dos Deputados no que remete a alguns de seus aspectos, mas não interferindo no acréscimo do dispositivo aludido, até porque atualmente ele se encontra no diploma normativo modificado.

Ou seja, passou pelo crivo do STF o dispositivo do RDC colocado em destaque e ele nada opôs à previsão da arbitragem nos contratos regidos pela lei em questão. Essa é mais uma forma do STF se manifestar de modo a não colocar obstáculos à prática em estudo. Se houvesse alguma real ofensa, seja ao interesse público, seja à inafastabilidade do Poder Judiciário, o Supremo viria a se opor ao cabimento do juízo arbitral em contratos de tal gênero.

---

[117] "(...) impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida Provisória", em síntese, porque tal prática subtrai do Presidente da República a competência para avaliar as matérias com relevância e urgência a serem tratadas em medida provisória; viola o devido processo legislativo ordinário (...) 12. A MP nº 678/2015 tratava originalmente apenas do acréscimo de dois incisos ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011, para autorizar a utilização do regime diferenciado de contratações públicas (RDC) para "obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo" (inciso VI) e "ações no âmbito da Segurança Pública" (inciso VII). 13. No entanto, o art. 1º do Projeto de Lei de Conversão nº 17/2015 fez novos acréscimos ao art. 1º da Lei nº 12.462/2011 (...)".STF. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n.º 33.889, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, 2015.

### c) Caso ABRATI-ANTT

Na MC na ADPF 81-DF[118], a Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros (ABRATI) pede medida cautelar para que o STF reconheça a competência da União, por meio de seus órgãos delegados (como a ANTT), de outorgar autorização, concessão ou permissão de exploração de transporte público mediante licitação.[119]

Trata-se de um julgado que reafirma o cabimento da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes de concessão. Ele o faz ao reforçar que a ANTT é o órgão responsável pela arbitragem dos conflitos decorrentes de licitações, concessões, controle de serviços, fixação de tarifas, dentre outras competências.[120]

Esse aspecto da competência da ANTT para dirimir conflitos decorrentes de concessão não é o elemento central da ADPF. No entanto, percebo que o Supremo ratifica o entendimento favorável ao cabimento da arbitragem na Administração ao reconhecer que a Agência Reguladora é o órgão responsável para realizar processo de arbitragem em tais conflitos, chancelando o que já ocorre na prática.

---

[118] STF. Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 81, Rel. Celso de Mello, 2015;

[119] "(...) declare, com eficácia 'erga omnes' e efeito vinculante, ser competência privativa da União, pelos órgãos delegados, obedecidos os critérios de conveniência e oportunidade, inerentes à Administração, a outorga de autorização, concessão ou permissão de exploração de transporte interestadual e internacional de passageiros, sempre mediante licitação, prestando-se homenagem, assim, ao disposto nos arts. 2º, mediante licitação, prestando-se homenagem, assim, ao disposto nos arts. 2º, 5º, 'caput' e inciso XXXVI, 21, XII, e, 37, 'caput' e inciso XXI, e 175, da Constituição". STF. Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n.º 33.889, Rel. Celso de Mello, 2015;

[120] "3 – Nesse passo, o particular ao pretender explorar tais serviços deverá reportar-se à ANTT, que, por determinação legal [Lei nº 10.233, de 2001, já vista no item 3.1.3], é o órgão responsável pelo estabelecimento do plano de concessão, pela realização de licitações, pelo incentivo à competição, pela definição da tarifa, pelo controle de serviços, pela defesa dos direitos dos usuários **e pela arbitragem de conflitos**" (grifei). STF. Medida Cautelar na Arguição De Descumprimento De Preceito Fundamental n.º 81, Rel. Celso de Mello, 2015.

### 4.5.1. Síntese dos julgados do STF

O debate sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública se deu, fundamentalmente, no julgamento das decisões monocráticas no âmbito do STF. O Supremo reafirmou o cabimento da arbitragem em contrato administrativo por meio do Caso Coroa Grande, no qual reconheceu ser possível a utilização do juízo arbitral em função de já existir doutrina e previsão legal que sustente isso.

No Caso ABRATI-ANTT, o STF reafirmou o cabimento da arbitragem na resolução de conflitos decorrentes de contrato de concessão. O Supremo reforça que a ANTT é o órgão responsável pela arbitragem dos conflitos, ou seja, a arbitragem já está plenamente incorporada na Agência Reguladora em comento, o que mostra novamente a ausência de obstáculos apresentados pelo Controlador mais resistente, o TCU.

Já no Caso do RDC, o Supremo manifestou indiretamente seu apoio à inserção da arbitragem para dirimir conflitos decorrentes dos contratos regidos pelo RDC, o que entendo ser uma forma de se mostrar sensível às mudanças na legislação e reafirmar seu posicionamento aparentemente consolidado.

## 5. Confronto Jurisprudencial e Conclusão: o atual estágio do debate

Nesta última etapa do estudo, faço o confronto entre as decisões, acórdãos, argumentos e posicionamentos dos órgãos que protagonizam o debate. O confronto se dá entre o que foi observado no período anterior a 2010 e o período posterior a essa data, de modo a concluir sobre qual é o atual estágio de debate acerca da matéria, lembrando de sua relação com a construção legislativa em evolução.

Começando pelo Tribunal de Contas da União, nos julgados anteriores a 2010, o controlador se pauta frequentemente no argumento do princípio da legalidade estrita (argumento mais recorrente); no princípio da indisponibilidade do interesse público; da supremacia do interesse público; e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Em todos os casos, esses argumentos operam contra o cabimento da arbitragem na Administração Pública, de modo a amparar um entendimento frontalmente contrário a essa prática. Há ainda um caso (o último que foi abordado no período do debate em curso até 2010) que demandou atenção, já que ele ainda não pode ser considerado um novo precedente do TCU que flexibiliza seu entendimento na medida em que o caso se encontra vinculado a um ajuste submetido às influências do direito internacional, não se inserindo plenamente na discussão travada estritamente em âmbito interno.

Já no período posterior a 2010, o TCU nos trouxe três julgados, dentre os quais as razões de decidir resgatam os argumentos do período anterior. A indisponibilidade do interesse público aparece três vezes operando em desfavor da arbitragem, como requisito primordial para que a causa seja apreciada por juízo arbitral; a vinculação ao instrumento convocatório aparece novamente apenas uma vez e também operam como requisito; já a estrita legalidade aparece com menos força e menos frequência, pois já se trata de um ponto sedimentado e imprescindível para poder começar a discutir o juiz arbitral na Administração. Válido apontar que, quando vejo os dois julgados de concessões, a legalidade não é

elemento central da discussão, uma vez que a previsão legal da arbitragem nesse tipo de contrato já está presente no atual texto da lei correspondente.

É de se admitir que, à época do primeiro caso analisado (2011), ainda não havia previsão expressa na LA/96, o que pode ter contribuído para o freio imposto pelo controlador. De maneira diferente ocorreu no terceiro caso em que a estrita legalidade foi lembrada, mas já havia norma que chancelasse a adoção da arbitragem por sociedade de economia mista, norma vinda diretamente da CF. Contudo, a deliberação foi pautada principalmente na disponibilidade e tecnicidade dessas questões envolvidas, o que não deixa de mostrar uma disposição do controlador à adoção do juízo arbitral por parte de uma sociedade de economia mista, integrante da Administração Pública.

Ocorre que a legislação já progrediu e vem progredindo no sentido de permitir ou até obrigar que a arbitragem esteja presente em contratos públicos, de modo a já fornecer a base legal necessária para que o TCU aceite a sua inclusão. O que ainda parece ser freado pelo órgão é a questão da disponibilidade dos direitos em disputa, o que requer um ônus argumentativo para se convencer que o que está em jogo é, de fato, algum interesse disponível, logo, transacionável.

Em suma, dois julgados ratificam a resistência do órgão controlador quanto à disponibilidade dos direitos disputados e outro acórdão traz um indício de flexibilização e superação da questão da legalidade, somente no que tange às sociedades de economia mista.

Já no STJ, os quatro casos anteriores a 2010 foram analisados e os argumentos que mais se destacaram como razões para decidir, foram o de disponibilidade dos direitos envolvidos e o de legalidade. Ambos operam a favor do emprego da arbitragem na Administração Pública nas causas cujos direitos em conflito sejam de natureza disponível, o que contribuiu para a fixação de um entendimento sólido da Corte, muitas vezes mencionado em deliberações posteriores.

Ao longo do período compreendido pelo debate mais recente, o STJ traz decisões que permanecem chancelando o juízo arbitral nas questões que tocam na atividade da Administração. Exemplificando, quando se depara com questionamento acerca da competência para apreciar um feito, decide ser do juízo arbitral em detrimento do aparato Judiciário; no mesmo sentido, quando aborda o princípio de inafastabilidade do Judiciário, entende que a arbitragem não o estaria afastando, porém mantém o Judiciário em casos de resolução de questões urgentes; já no que tange à disponibilidade, o Caso CONEXCON e o Caso COMPAGAS declaradamente adotam entendimento bem consolidado na Corte, segundo o qual a Administração Pública pode se submeter ao juízo arbitral quando a controvérsia se der em torno de direitos disponíveis.

Dessa maneira, não há grande novidade na situação atual do STJ diante da matéria, uma vez que ele tem reafirmado sua posição inicialmente tomada sem ceder aos possíveis óbices à adoção da arbitragem, largamente impostos pelo Controlador mais relutante.

Na esfera de atuação do STF, tenho inicialmente apenas os dois grandes casos: o Caso Lage, cuja deliberação embasou-se – sobretudo – no princípio da estrita legalidade, mas dessa vez operando a favor do cabimento da arbitragem na Administração, estando presente a permissão específica, por meio de Decreto-Lei para o emprego do instituto. Já no julgado que reconheceu a Constitucionalidade da LA/96, alguns argumentos foram trazidos à discussão, como o de inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF), o de disponibilidade dos direitos envolvidos, requisito que, quando presente e satisfeito, opera a favor da arbitragem de modo geral, não somente aplicada na seara pública.

Assim, o STF não cravou entendimento inequívoco acerca da matéria, mas passou a contar com uma declaração de constitucionalidade e um precedente histórico que nortearam sua jurisprudência desde então.

A jurisprudência recente do STF, por sua vez, deixa a desejar no que diz respeito aos seus acórdãos. No entanto, quanto às decisões

monocráticas, noto uma reiterada fidelidade ao posicionamento majoritário da Corte, que não por acaso é o mesmo do STJ.

Falando dos argumentos que nortearam as decisões monocráticas recentes, tenho a questão da legalidade, uma vez que foi evidenciada a existência de previsão legal e competência do juízo arbitral para dirimir conflitos decorrentes de concessão (Caso Coroa Grande e Caso ABRATI-ANTT), fortalecendo ainda mais o que vem figurando na jurisprudência dos Tribunais em foco. Também é importante ressaltar o RDC, que aparece em uma deliberação do STF por meio de um entendimento implícito de que a Corte não encontra óbices para a arbitragem nos contratos regidos pelo RDC, o que entendo ser uma reafirmação do posicionamento que já vem se solidificando. Ou seja, o STF, por meio dessa deliberação, teve contato direto com a inserção do RDC no ordenamento jurídico e reagiu de maneira favorável a esse diploma que contempla a arbitragem para dirimir conflitos.

Retomando a hipótese que tracei logo no início deste trabalho, supunha que a despeito das alterações no cenário legislativo, nada teria mudado na jurisprudência e que, mesmo com as alterações do mundo externo, o entendimento dos órgãos de controle teria se mantido.

Devo confrontá-la de maneira individualizada para cada um dos órgãos.

O STJ, por exemplo, não apresentou mudança em sua jurisprudência, pois manteve sua posição inicialmente firmada. Ele apenas a reafirmou e fortaleceu o entendimento suficientemente solidificado em sua jurisprudência. No entanto, ponho em evidência que não houve menção expressa às alterações legislativas sobre a arbitragem, embora tenha sido recorrente a alusão a casos do primeiro período analisado, antes de 2010, o que somente corrobora a tese de que seu posicionamento permanece favorável à arbitragem na Administração Pública.

Já para o STF, não houve uma mudança de entendimento abrupta, mas se deve ressaltar que ele se mostrou sensível ao tema quando se posicionou à nova Lei do RDC em um de seus julgados. Isso mostra que o Supremo pode ser sensível às alterações legislativas e sua jurisprudência se

molda, em certa medida, à atividade legislativa, ao menos no que toca ao tema estudado. Considerando que ele não tinha um julgado específico que debatesse o tema, além do precedente histórico Caso Lage, muito aludido neste estudo e permissivo no que tange à arbitragem, havia um entendimento já reiterado e sólido no interior da Corte. Assim sendo, sua posição já era historicamente permissiva. O que ocorreu com o passar dos anos e o avanço da produção legislativa foi a sustentação dessa tese de maneira mais enfática, como visto nas decisões monocráticas do segundo período. Esse fortalecimento da opinião foi corroborado, inclusive, por meio de expressiva decisão vinda do STJ. Ora, a posição que já permeava a Corte permanece vigente, não havendo porque se falar em indiferença à evolução que teve lugar no âmbito do Poder Legislativo, além do fato de uma alteração legislativa ter sido contemplada pelo julgado denominado Caso do RDC.

Quanto ao TCU, a mudança de entendimento é um tanto quanto singela. Como é sabido, incialmente sua visão era extremamente resistente e refratária. O que houve de lá para cá não foi uma quebra completa de seu entendimento, mas sim um indício de abertura. O que sustenta isso é a o seu posicionamento permissivo no que toca às sociedades de economia mista. Contudo, os demais acórdãos do TCU após 2010 continuam carregados do entendimento pretérito, ou seja, pelo não cabimento da arbitragem. Nos dois casos de concessão, o motivo no qual se esbarrou foi a disponibilidade dos direitos envolvidos, nada remetendo à legalidade, requisito que já estaria garantido pela reforma na legislação, como comentei anteriormente.

Aqui está outro resultado valioso dessa pesquisa: vejo que a Justiça não se manteve totalmente inerte e apática ao mundo que a circunda e os avanços legislativos que ocorreram. Assim, reconheço avanço no atual estágio de discussão no âmbito dos controladores, sobretudo no STF e no TCU com sintomas de flexibilização, levando em conta os avanços que tiveram lugar na esfera legislativa.

Portanto, a análise responde às perguntas anunciadas no início desta monografia: "qual é o atual entendimento dos órgãos de controle sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública?" e se "as alterações legislativas contribuíram para a eventual mudança de entendimento".

Primeiramente, como reposta para análise que recai sobre o STF, temos uma Suprema Corte que já vem historicamente se posicionando de maneira favorável ao cabimento da arbitragem na Administração Pública e se mostrou sensível à atividade do Poder Legislativo quando este inovou sobre a matéria, mas mantendo e reforçando seu posicionamento anterior. Assim, a análise sobre o Supremo respondeu negativamente à hipótese de pesquisa, uma vez que a Corte reagiu de alguma maneira à alteração legislativa, que contribuiu para seu atual posicionamento, como visto no Caso do RDC.

Conclui-se ainda que temos um STJ com uma jurisprudência sólida sobre a matéria e com um movimento recente de firmar ainda mais seu entendimento, embora sem menção expressa às recentes alterações legislativas. Isso faz a jurisprudência do STJ se aliar à hipótese de pesquisa, já que o manteve seu posicionamento inalterado.

Ademais, a conclusão desta análise no que toca ao Tribunal de Contas, sempre avesso ao emprego do juízo arbitral na Administração, é de que ele mantém em grande medida sua concepção pretérita. Porém, o TCU traz indícios de flexibilização por meio de um posicionamento de caráter permissivo que observei em sua jurisprudência recente, visto no caso Petrobras e Plataformas Petrolíferas. Dessa forma, a hipótese de pesquisa traçada não foi o que se observou neste órgão.

Lembrando que essas constatações e conclusões decorrentes da análise empírica estão inseridas em um cenário de evolução legislativa que pode vir a mudar o entendimento dos controladores, principalmente daquele mais resistente a aceitar a tese do cabimento.

Enfim, a análise traz seus resultados e revela que temos um tema e um estágio atual de debate ainda abertos, sobretudo no que tange ao posicionamento do controlador mais rigoroso, o TCU. Isso, sem dúvida, abre

espaço para pesquisas posteriores com o mesmo intuito de atualizar o debate a partir desse panorama traçado.

## 6. Anexo

Entrei em contato com a ouvidoria do Tribunal de Contas da União por meio de um "Pedido de Acesso à Informação" (PAI disponível em <https://contas.tcu.gov.br/ords/f?p=sisouv_web:147>. Obtive resposta no dia 17 de agosto de 2016. Esta foi a resposta da ouvidoria do TCU:

"Acórdãos nº 584/2003 e 537/2006 - 2ª Câmara, O TCU rejeitou o cabimento da arbitragem com base na suposta ausência de autorização legislativa específica. A 2ª Câmara adotou interpretação estrita, reputando não ser aplicável a legislação atinente às PPPs ou às concessões comuns, por não se tratar de contratos administrativos dessa natureza no caso sob decisão, e compreendendo que a Lei nº 9.307/96 seria insuficiente para configurar autorização legislativa para a arbitragem em contatos administrativos.

De igual forma, por meio do Acórdão n.º 1.099/2006- Plenário, o TCU determinou ao DNIT que, "em futuros procedimentos licitatórios, abstenha-se de incluir cláusulas editalícias e contratuais prevendo a adoção do juízo arbitral para a resolução de eventuais conflitos, a exemplo dos itens 24 a 26 do Aviso de Licitação nº 396/2000, ante a ausência de previsão legal e à afronta a princípios de direito público".

No Processo TC 003.499/2011-1, no qual há o 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. O Acórdão TCU Plenário 2.573/2012, de 26 de setembro de 2012, determinou à ANTT, responsável pela regulação da sobredita concessão, que adote medidas no contrato de concessão a fim de não aplicar a arbitragem para resolução de controvérsias pertinentes a questões econômico-financeiras da concessão.

Já no Acórdão nº 2.145/2013 - Plenário, o qual tratava de pedido de reexame de decisão que proibiu a utilização arbitral pela empresa estatal Petrobrás. Afirmou a Corte que: (...) Veja-se que o custo das contratações

não pode ser considerado baixo se há descumprimento do ordenamento jurídico, na verdade o custo real é o dito ¿elevado¿ e não o minorado em face de desvios legais "9.3.2. nos futuros contratos que vier a celebrar, limite-se a incluir cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral às hipóteses em que a adoção da arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado".

Já o STJ, se manifestou contrariamente ao entendimento do TCU, por meio dos acórdãos proferidos nos Recursos Especiais nº 612.439-RS e 606.345-RS, da seguinte forma: "(...) Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

Em outras palavras, pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito, isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem art. 1º da Lei n. 9.307/96 estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Ou seja, no entendimento do STJ a previsão do art. 1º da Lei nº 9.307/96, que não contém nenhuma exclusão de entes da Administração ou de contratos regidos pelo Direito Público, deve obrigatoriamente ser tida como autorização legislativa suficiente para a submissão de entes da Administração direta ou indireta ao juízo arbitral".

## 7. Bibliografia consultada


BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

FALCÃO, Joaquim; GUERRA, Sérgio; ALMEIDA, Rafael (Org.). *Soluções Alternativas de controvérsias no setor público***.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. (Direito do Estado e da Regulação);

FERREIRA, Carolina Iwancow. *Arbitragem Internacional e sua Aplicação no Direito Brasileiro*. Belo Horizonte: D'plácido, 2016;

FREITAS, Rafael Véras de. Novos desafios da arbitrabilidade objetiva nas concessões. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, n. 53, p.199-227, jan/mar. 2016;

GEBRIM, Larissa Santiago. *A adoção do Procedimento Licitatório Simplificado pela Petrobrás sob as perspectivas do STF e do TCU*. 2013. 1 v. Monografia - Escola de Formação Pública, Sbdp, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/227_Larissa Gebrim.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Adminstrativo*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

_____. *Curso de Direito Adminstrativo*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

_____. *Curso de Direito Adminstrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013;

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*: Fundamentos Jurídicos e Eficiência Ecônomica. São Paulo: Quartier Latin, 2007;

MARCO, Carla Fernanda de. *Arbitragem internacional no Brasil*. São Paulo: Rcs Editora, 2005;

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Arbitragem e administração pública*: contribuição para o sepultamento do tema. In: *Estudos de Direito Administrativo Neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEDEIROS, Suzana Domingues. *Arbitragem envolvendo o Estado no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45444/44988>. Acesso em: 04 jun. 2016;

MIRANDA, Gabriel Mattioli de. *Serviços Funerários e Livre Iniciativa Econômica* **-** Perspectiva Jurisprudencial (STF/STJ/TJSP). 2011. 1 v.

Monografia - Escola de Formação Pública, Sbdp, São Paulo, 2011. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/180_Monografia Gabriel.pdf>. Acesso em: 31 maio 2016;

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2015.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Arbitragem e a Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ*. In. PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães; e TALAMINI, Eduardo(coord.), Arbitragem e Poder Público. São Paulo, Saraiva, 2010;

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). *Supremacia do interesse público*: e outros temas relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010;

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. São Paulo: Forense, 2011;

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem*: Mediação e Conciliação. 6. ed. São Paulo: Forense, 2015;

SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações Públicas e Seu Controle*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013;

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005;TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público*: consequências processuais (Curitiba, 04.06.2004). Disponível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_público_consequências_processuais>. Acesso em: 22 ago. 2016;

SUNDFELD, Carlos Ari. *Desafios do Governo Temer para Recuperar a Regulação e as Parcerias*: as respostas da MP 727. Direito do Estado, São Paulo, 2016, n. 173, 18 maio 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/carlos-ari-sundfeld/desafios-do-governo-temer-para-recuperar-a-regulacao-e-as-parcerias-as-respostas-da-mp-727>. Acesso em: 3 out. 2016;

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016. (Direito Civil, vol. 2), p. 643.