

**INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO,  
DESENVOLVIMENTO E PESQUISA  
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITO**

**CLEBER LACERDA BOTELHO JUNIOR**

**A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
SEGUNDO O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI FEDERAL  
13.129/2015**

BRASÍLIA  
2021

**CLEBER LACERDA BOTELHO JUNIOR**

**A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
SEGUNDO O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI FEDERAL  
13.129/2015**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito e Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira

BRASÍLIA  
2021

**CLEBER LACERDA BOTELHO JUNIOR**

**A ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA  
SEGUNDO O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO:  
UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL APÓS A LEI FEDERAL  
13.129/2015**

Dissertação apresentada ao Mestrado Profissional em Direito, da Escola de Direito e Administração Pública, do Instituto Brasileiro de Ensino, Pesquisa e Desenvolvimento, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Aprovada em \_\_\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

**Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira (Orientador)**  
**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF**

---

**Prof. Dr. Guilherme Pinheiro**  
**Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF**

---

**Prof. Dr. Bernardo Strobel Guimarães**  
**Doutor pela Universidade de São Paulo - USP**

À minha mãe, Ivone, e aos meus avós  
Waldemar e Marlene, a quem devo tudo que sou  
e que aprendi.

Às minhas irmãs, Adriana e Vivian, cunhado  
Alexandre, a quem agradeço pelo apoio ao  
longo de toda a minha jornada.

Às minhas sobrinhas, Giulia e Cindy, e à  
minha amiga, Nem, por todo carinho, cuidado  
e admiração.

Ao meu filho, Nicolas, maior amor da minha  
vida e a razão de eu existir.

A Deus.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, meu estimado orientador, que me apresentou o instituto da arbitragem envolvendo a Administração Pública em minhas primeiras aulas do mestrado, que me incentivou a não desistir da pesquisa nesse período tão desanimador de pandemia e que sempre me brindou com uma palavra de sabedoria e de compreensão ao longo da minha trajetória acadêmica.

Ao Prof. Guilherme Pinheiro, pelas orientações dadas na banca de qualificação e pelos ensinamentos passados em sala de aula, que muito contribuíram para o aperfeiçoamento do meu trabalho final.

Ao Prof. Bernardo Strobel, pelas orientações passadas na banca de qualificação e por toda atenção conferida ao meu trabalho, que muito auxiliaram no aprimoramento do resultado final.

A todos os demais docentes e à equipe de apoio do Instituto de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP/DF pelo aprendizado, dedicação e acolhimento ao longo de todo o mestrado.

## RESUMO

O objetivo geral do presente trabalho é analisar o tema da arbitragem na Administração Pública Federal sob a perspectiva jurisprudencial do Tribunal de Contas da União após a vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, a fim de averiguar por meio das decisões coletadas a atual compreensão do órgão de controle externo sobre o cabimento da arbitragem na Administração Pública Federal e em que medida as alterações legislativas implementadas a partir dessa lei impactam em eventual mudança de entendimento. Os objetivos específicos do trabalho são: compreender o fenômeno da arbitragem como método heterocompositivo alternativo de solução de conflitos e sua evolução no cenário nacional; verificar como se dá o funcionamento e a fiscalização dos contratos administrativos em matéria de arbitragem pelo Tribunal de Contas da União e avaliar se há atualmente uma maior receptividade por parte desse órgão em relação à arbitragem na Administração Pública Federal. Adotou-se como metodologia de pesquisa a análise das principais decisões do Tribunal de Contas da União em derredor da arbitragem na Administração Pública Federal, com recorte temporal a partir da Lei nº 13.129/2015. A fim de alcançar o escopo da pesquisa, analisou-se, ainda, as principais contribuições legislativas em matéria de arbitragem envolvendo a Administração Pública Federal a partir da Lei nº 13.129/2015. Ao final da pesquisa, concluiu-se que após a Lei nº 13.129 / 2015, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União avançou em termos de arbitragem envolvendo a Administração Pública, entretanto, persiste a discussão em torno da definição da arbitrabilidade objetiva.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Arbitragem na Administração Pública; Tribunal de Contas da União; Lei Federal nº 13.129/2015.

## ABSTRACT

The general objective of this work is to analyze the issue of arbitration in the Federal Public Administration from the jurisprudential perspective of the Court of Auditors of the Union after the enactment of Federal Law n° 13.129/2015, in order to investigate, through the collected decisions, the current understanding of the external control body over the appropriateness of arbitration in the Federal Public Administration and to what extent the legislative changes implemented after this law impact any change of understanding. The specific objectives of the work are: to understand the phenomenon of arbitration as an alternative hetero-composition method of conflict resolution and its evolution in the national scenario; to verify how the functioning and inspection of administrative contracts in matters of arbitration are carried out by the Federal Court of Auditors and assess whether there is currently greater unknowledge on the part of this body in relation to arbitration in the Federal Public Administration. The research methodology adopted was the analysis of the main decisions of the Court of Auditors of the Union around arbitration in the Federal Public Administration, with a time frame from Law n° 13.129/2015. In order to reach the scope of the research, the main legislative contributions in the matter of arbitration involving the Federal Public Administration from Law n° 13.129/2015 were also analyzed. At the end of the research, it was concluded that after Law n° 13.129/2015, the case law of the Federal Court of Auditors advanced in terms of arbitration involving the Public Administration, however, there is still discussion around the definition of objective arbitrability.

**Keywords:** Administrative Law; Arbitration in Public Administration; Court Union Accounts; Federal Legislation n° 13.129/2015.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AGU	Advocacia Geral da União
ANTAQ	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transporte Terrestre
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CBEE	Companhia Brasileira de Energia Elétrica
CEJ/CJF	Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal
CF-1988	Constituição Federal Brasileira de 1988
CHESF	Companhia Hidrelétrica do São Francisco
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CODESP	Companhia do Estado de São Paulo
DNER	Departamento Nacional de Estradas de Rodagem
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura e Transporte
FMI	Fundo Monetário Internacional
LA	Lei de Arbitragem
LAI	Lei de Acesso a Informação
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais
MTPA	Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil
MP/TCU	Ministério Público do Tribunal de Contas da União
PPP	Parceria Público-Privada
SEP/PR	Secretaria Especial de Portos da Presidência da República
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TCU	Tribunal de Contas da União

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>1</b>	<b>CAPÍTULO I: A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b>	<b>12</b>
<b>1.1</b>	<b>A arbitragem como método alternativo de solução de conflitos</b>	<b>12</b>
<b>1.2</b>	<b>Das especificidades da arbitragem envolvendo o poder público</b>	<b>20</b>
1.2.1	O direito aplicável	20
1.2.2	A escolha da câmara e dos árbitros	22
1.2.3	A participação de terceiros	24
1.2.4	A publicidade	25
1.2.5	Da submissão ao regime de precatórios	27
<b>1.3</b>	<b>A arbitrabilidade objetiva: o que se entende por direito patrimonial disponível?</b>	<b>29</b>
<b>2</b>	<b>CAPÍTULO II: A FISCALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO</b>	<b>33</b>
<b>2.1</b>	<b>Dos tipos de controle externo realizados pelo TCU: legalidade, economicidade e legitimidade</b>	<b>33</b>
<b>2.2</b>	<b>Da fiscalização pelo TCU das contratações públicas</b>	<b>41</b>
2.2.1	A análise prévia pelo TCU de minutas de editais de licitação e contratos administrativos	41
2.2.2	Do poder geral de cautela exercido pelo TCU	44
2.2.3	A visão do TCU acerca da publicidade envolvendo a Administração Pública	47
<b>2.3</b>	<b>Da (im)possibilidade de sindicabilidade da sentença arbitral pelo TCU</b>	<b>49</b>
<b>3</b>	<b>CAPÍTULO III: A ARBITRAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO APÓS O ADVENTO DA LEI FEDERAL 13.129/2015</b>	<b>52</b>
<b>3.1</b>	<b>O estado da arte da arbitragem envolvendo a administração pública no âmbito do TCU, antes da lei 13.129/2015</b>	<b>53</b>
<b>3.2</b>	<b>O reforço legislativo ao uso da arbitragem pela administração pública a partir da última reforma da lei 9.307/1996</b>	<b>58</b>
3.2.1	Lei Federal nº 13.129/2015	58
3.2.2	Decreto Federal nº 10.025/2019	60
3.2.3	Lei Federal nº 14.133/2021	63
<b>3.3</b>	<b>Análise das principais decisões do TCU em matéria de arbitragem após a lei 13.129/2015</b>	<b>66</b>
3.3.1	Caso Petróleo Brasileiro S.A.	66
3.3.2	Caso Libra Terminais S.A.	68

3.3.3	Caso Agência Nacional de Transporte Aquaviários - ANTAQ	70
3.3.4	Caso Empresa de Planejamento e Logística S.A	72
	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>74</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>78</b>

## INTRODUÇÃO

No Brasil, a arbitragem envolvendo a Administração Pública é assunto recorrente, relevante e controverso no âmbito da doutrina e da jurisprudência. É objeto de muitas incertezas e discussões, principalmente quanto à compatibilidade desse instituto, historicamente próprio do direito privado, com as especificidades do regime jurídico administrativo.

Por certo, a utilização da arbitragem para dirimir controvérsias atreladas aos contratos administrativos tem sido por muito tempo objeto de polêmica no ambiente jurídico nacional, notadamente por encontrar resistência, dentre outros argumentos, numa suposta afronta aos princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade.

Nesse contexto, a presente dissertação tem por escopo investigar a temática da arbitragem na Administração Pública no âmbito do TCU, a fim de responder a seguinte indagação: qual é a atual visão do TCU quanto ao cabimento da arbitragem na Administração Pública e em que medida as alterações legislativas implementadas a partir da Lei Federal nº 13.129/2015 impactaram em eventual mudança de entendimento?

Assim, para desenvolver o trabalho será adotada a metodologia de análise de dados por intermédio da pesquisa jurisprudencial, analisando-se as principais decisões do TCU referentes à temática da arbitragem na Administração Pública após a vigência da Lei nº 13.129/2015. Além disso, será realizada a revisão bibliográfica na doutrina brasileira acerca do tema, desde um compilado mais abrangente sobre a arbitragem e também sobre o Direito Administrativo, até publicações de artigos em revistas especializadas, monografias, dissertações e teses de doutorado, disponibilizados no meio físico ou digital, almejando a compreensão do estado da arte de conceitos e posicionamentos relacionados ao tema.

A importância da pesquisa reside em melhor compreender em que medida as sucessivas alterações legislativas implementadas em matéria de arbitragem na Administração Pública, especialmente a partir da Lei Federal nº 13.129/2015, influenciam no entendimento atual do TCU, contribuindo para a consolidação do instituto como opção administrativa mais adequada à resolução de controvérsias relacionadas aos contratos administrativos de objetos mais complexos.

Essa pesquisa tem por hipótese que, por ocasião das alterações no cenário legislativo inauguradas pela Lei 13.129/2015, houve mudança de entendimento por parte do TCU, culminando em decisões menos impeditivas à participação da Administração Pública em matéria de arbitragem.

Para viabilizar a análise dessa hipótese, será realizado cotejo da jurisprudência atual do TCU com a anterior à Lei Federal nº 13.129/2015, enfatizando-se os argumentos utilizados pelos julgadores, posicionamentos firmados e demais fundamentos decisórios.

No primeiro capítulo, de cunho eminentemente propedêutico, será apresentada a Arbitragem na administração Pública como método alternativo de solução de conflitos, demonstrando a sua evolução legislativa e jurisprudencial no cenário jurídico brasileiro. Além disso, serão abordadas as especificidades da arbitragem envolvendo o Poder Público, destacando as principais nuances que diferem a arbitragem envolvendo a Administração Pública daquela realizada somente entre particulares. Ainda nesse capítulo, será analisado o conceito de arbitrabilidade objetiva, quer dizer, o que se entende por direito patrimonial disponível, aspecto muito relevante à compreensão do tema e objeto de constantes debates no âmbito do TCU.

No segundo capítulo, de caráter notadamente elucidativo, discorrer-se-á sobre conceitos e características referentes ao processo de fiscalização pelo TCU dos contratos administrativos envolvendo arbitragem. Na ocasião, serão abordados os tipos de controle externo realizados pelo TCU, principalmente em torno das contratações públicas em matéria de arbitragem, perpassando por temas como a análise prévia das minutas de editais de licitação e contratos administrativos, poderes gerais de cautelas exercidos pelo TCU e sua visão acerca da publicidade no procedimento arbitral. Além disso, será analisado a possibilidade da sindicabilidade da sentença arbitral pelo TCU.

No terceiro capítulo, será apresentado um retrospecto das decisões mais significativas produzidas pelo TCU em matéria de arbitragem ao longo do tempo, anteriormente à vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, a fim de examinar o estado da arte do tema. Na sequência, discorrer-se-á sobre as principais alterações normativas implementadas no ordenamento jurídico pátrio em torno da arbitragem na Administração Pública a partir da Lei nº 13.129/2015, salientando as principais contribuições em prol da consolidação do instituto. Por fim, será realizada análise das decisões do TCU reputadas mais importantes em matéria de arbitragem, após a Lei nº 13.129/2015, extraíndo-se os principais argumentos levantados nos julgados selecionados e os confrontando com o debate jurídico já estabelecido, verificando, ao final, se o posicionamento do TCU atual permanece impeditivo à arbitragem na Administração Pública ou se em alguma medida tornou-se mais receptivo.

É nesse contexto que a pesquisa será realizada, visando fazer um reconhecimento da matéria ao longo do tempo, sobretudo no âmbito da jurisprudência do TCU a partir da Lei nº

13.129/2015, promovendo, dessa forma, uma maior reflexão acerca do instituto como método adequado à solução de conflitos envolvendo a Administração Pública.

Para aprofundar a abordagem metodológica, visando atingir o escopo da pesquisa por meio da análise da jurisprudência do TCU, após a Lei nº 13.129/2015, adotou-se a seguinte estratégia para a composição da amostra:

Inicialmente, para a seleção das decisões do TCU, utilizou-se a base eletrônica de jurisprudência disponível daquele órgão para consulta pública, constante do domínio <<https://www.portal.tcu.gov.br>>. A pesquisa nesse site foi realizada entre os meses de abril de 2020 a março de 2021, coletando-se os julgados relacionados à arbitragem na Administração Pública a partir de 25 de julho de 2015, que corresponde à data inicial de vigência da Lei nº 13.129/2015, percorrendo os campos “cidadão”, “jurisprudência” e “pesquisa livre”.

No campo de “acórdãos”, dentro do marco temporal de 25 de julho de 2015 a 03 de março de 2021, encontraram-se os seguintes resultados ao adotar as expressões correspondentes: “arbitragem na administração pública” - 175 julgados; “arbitragem e administração pública” – 175 julgados; “arbitragem administração pública” – 175 julgados; “arbitragem e lei 13.129/2015” – 07 julgados; “administração pública e lei 13.129/2015” – 07 julgados; “administração pública lei 13.129/2015 – 07 julgados. Após leitura preliminar e sistemática dessa amostra inicial, foram excluídos os acórdãos que não guardavam correspondência com o escopo da pesquisa, pois tratavam de arbitramento realizado no âmbito de agências reguladoras, arbitragem referente à direito concorrencial sob análise do CADE, casos que nem sequer tratavam da arbitragem nos fundamentos decisórios, dentre outros. Realizada essa triagem inicial, restaram 18 acórdãos: nº 1451/2015, nº 1720/2016, nº 440/2017, nº 1881/2017, nº 2070/2017, nº 2450/2017, nº 1171/2018, nº 2142/2018, nº 215/2019, nº 1039/2019, nº 3138/2019, nº 1563/2020, nº 1969/2020, nº 2329/2020, nº 2347/2020, nº 3160/2020, nº 4036/2020 e nº 4037/2020.

A fim de atender melhor aos objetivos propostos com a pesquisa e, desse modo, retratar da forma mais fidedigna possível o atual entendimento do TCU acerca da arbitragem na Administração Pública, após a vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, foi feita nova depuração dos julgados coletados. Assim procedendo, constatou-se que desses 18 julgados selecionados, apenas 05 se mostraram significativos ao escopo da pesquisa, em virtude da profundidade e extensão em que a matéria investigada é retratada ao longo de cada voto. Essa medida se justifica por entender que dessa forma se conseguirá extrair mais informações relevantes acerca do objeto pesquisado.

Sendo assim, para uma maior compreensão e organização do trabalho, esses 05 julgados selecionados serão analisados, ora de forma isolada ora conjuntamente, em 04 blocos temáticos: Caso Petróleo Brasileiro S.A. (acórdão nº 1720/2016); Caso Libra Terminais S.A. (acórdãos nº 1171/2018 e nº 1563/2020); Caso Agência Nacional de Transportes Aquaviários (acórdão nº 3160/2020) e Caso Empresa de Planejamento e Logística S.A. (acórdão nº 4037/2020).

Por último, vale registrar que a temática da arbitragem é bastante ampla, comportando diversas discussões e aprofundamentos. Todavia, a análise de julgados proposta na pesquisa focará naquilo que realmente possa contribuir de forma clara e objetiva com a averiguação do atual entendimento do TCU acerca da arbitragem na Administração Pública.

## **1. A ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

### **1.1 A ARBITRAGEM COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS**

Em pesquisa realizada pelo CNJ – Conselho Nacional de Justiça, por meio do Relatório Justiça em Números/2020, verificou-se que o Poder Judiciário Brasileiro se encontra congestionado e com uma elevada carga de trabalho, contando aproximadamente com 114,5 milhões de processos em andamento (BRASIL, 2020). Todo esse volume de processos compromete a duração razoável da prestação jurisdicional, afetando diretamente a sua eficiência e culminando em perda de credibilidade do Poder Judiciário junto à sociedade civil.

Esse crescimento exponencial do número de demandas submetidas ao Poder Judiciário decorre do fenômeno da judicialização dos conflitos e é visto como uma das principais causas da morosidade da prestação jurisdicional. Por certo, quanto maior o número de litígios mais difícil torna-se analisar e julgar esses feitos em tempo razoável, principalmente ante a desproporção existente em relação a quantidade de juízes e demais serventuários da justiça aptos a dar vazão a esses processos.

Ademais, em outra pesquisa realizada pelo CNJ constatou-se que o setor público Federal, Estadual e Municipal, juntamente com bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos 100 (cem) maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do setor de telefonia e 5% de outras empresas (BRASIL, 2020). Isso tudo demonstra o quanto a Administração Pública tem sido ao longo do tempo estimulada à cultura do litígio.

É nesse contexto que surge a necessidade de redefinir os mecanismos de atuação estatal, até então marcados pela utilização do poder extroverso, relações jurídicas verticalizadas e exercício de autoridade estatal. Assim, passa-se a fomentar a consensualidade nas relações jurídicas entabuladas com a Administração Pública, a fim de contribuir com a formação de um Estado mediador de interesses públicos, que estimule relações horizontais com o setor privado e que seja capaz de alcançar maior eficiência na gestão e execução de políticas públicas (MONTEIRO, 2012, p. 108).

No dizer de Gustavo Justino de Oliveira, esse novo modelo de consensualidade proposto à Administração Pública “retrata a substituição das relações administrativas baseadas

na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca” (2008, p. 33).

Aos poucos, a Administração Pública deixa de ser monológica para ser dialógica, menos impositiva e unilateral, passando a adotar fórmulas mais abertas de solução de conflitos. O princípio do consenso na Administração Pública torna-se, então, um mote a ser perseguido, fazendo prevalecer o “primado da concertação sobre a imposição nas relações de poder entre a sociedade e o Estado” (MOREIRA NETO, 2003, p. 133). Ou seja, surge um espaço maior de coordenação entre o setor público e o privado, promovendo um concerto de condutas entre seus agentes e de contratualização da função pública (MONTEIRO, 2012, p. 111).

Dentro desse ambiente de consensualidade, os agentes públicos e privados passam a negociar inclusive quais são os mecanismos alternativos de solução de controvérsias a serem eventualmente utilizados no decorrer da relação contratual. Assim, a Administração Pública passa a fazer uso tanto dos meios autocompositivos, tais como mediação e conciliação, como também dos métodos heterocompositivos de solução de conflitos, especialmente a arbitragem.

Nessas circunstâncias, no tocante à arbitragem, essa consensualidade se manifesta tanto na eleição do instituto como método adequado à solução dos conflitos, quanto no ajuste das suas regras procedimentais, embora essa resolução de litígio se dê de forma impositiva, independente da vontade ou pretensão das partes envolvidas, mediante a decisão de um terceiro, árbitro ou câmara arbitral.

De fato, a possibilidade de se eleger a arbitragem pela Administração Pública como método adequado de solução de controvérsias, desde que atinentes a direito patrimoniais disponíveis constantes dos contratos administrativos, resulta em substancial avanço dessa horizontalização das relações entre público e privado, reforçando essa ideia de Administração consensual, “também alcunhada de Administração democrática, participativa, inclusiva, dentre outras designações” (NATAL, 2019).

Segundo definição trazida por Carlos Alberto Carmona, a arbitragem consiste em “meio alternativo de solução de controvérsia através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.” (2004, p. 51).

Como meio privado heterocompositivo, alternativo à justiça estatal, a arbitragem é marcada pela celeridade, expertise, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental, optando as partes por submeter a questão litigiosa a uma terceira pessoa – árbitro ou câmara arbitral - dotada de poderes para proferir decisão com mesmos efeitos de uma sentença judicial. Essa série de vantagens inerentes ao instituto, associada à crise estrutural que

assola o Judiciário, de certo modo, acabam contribuindo com a sua consolidação e o crescimento de sua utilização no país.

Dentre as diversas vantagens da arbitragem, a livre escolha do julgador pelas partes é uma das mais significativas. Desse modo, as partes podem submeter a análise e o julgamento do litígio àquele profissional que inspire sua confiança, que reúna, segundo seu critério de avaliação, idoneidade, conhecimento técnico específico e experiência suficientes para lidar com a matéria atinente à controvérsia apresentada.

Diverso do que se sucede na Justiça Estatal, que é regida pelo princípio do juiz natural, na arbitragem, o julgador é selecionado mediante convenção entre as partes envolvidas, que terão que escolher um número ímpar de árbitros, a fim de compor o tribunal arbitral, na forma estipulada pelo artigo 13<sup>1</sup> e seguintes da Lei de Arbitragem.

Assim, levando-se em consideração que a escolha do árbitro decorre dessa autonomia de vontade, as partes envolvidas tendem a ter uma maior confiança no procedimento arbitral, uma vez que efetivamente podem participar da formação do tribunal arbitral responsável pelo julgamento da controvérsia, resultando, via de consequência, em uma maior legitimidade dessa decisão arbitral. Dessa forma, aumentam substancialmente as chances de, ao final do procedimento arbitral, obterem-se sentenças mais adequadas e em sintonia com as expectativas das partes (NUNES, 2019, pp. 174-175).

Outra característica importante da arbitragem é a celeridade com que os litígios se resolvem, principalmente quando em comparação com o processo judicial. A arbitragem, por previsão expressa do artigo 23<sup>2</sup> da LA, deve findar-se no prazo de 06 (seis) meses após a sua instituição, podendo as partes, todavia, diante da complexidade do litígio, convencionar prazo mais dilatado.

A celeridade da arbitragem decorre da prioridade com que o litígio é tratado pelo árbitro, além da sua especialidade técnica, experiência para lidar com o caso e o número reduzido de demandas sob sua responsabilidade. Tal situação é bem diversa daquela experimentada pela Justiça Estatal, sabidamente marcada pelo alto grau de congestionamento processual e matérias das mais diversas submetidas ao julgador, comprometendo a sua eficiência. Além disso, o fato

---

<sup>1</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que detenha a confiança das partes.

§1º. As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

<sup>2</sup> Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de 6 meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

de o julgamento arbitral se concretizar em instância única, sem previsão de recursos, faz com que essa prestação jurisdicional seja muito mais rápida.

A flexibilidade do procedimento da arbitragem também é uma outra vantagem em relação ao processo judicial. Diverso do que se sucede no âmbito do Judiciário, permeado por uma série de atos, protocolos e formalidades, o objetivo primordial da arbitragem é solucionar a controvérsia, sendo, por isso, menos formal em seu procedimento, o que em certa medida acaba contribuindo para uma solução mais adequada e célere da demanda.

Por conta dessa flexibilidade, o procedimento arbitral tende a ser livre, facultando-se às partes pré-determinar as regras que irão seguir, potencializando-se o princípio da autonomia da vontade, que não se limita sequer pelas normas processuais cogentes do país que julgará o litígio, respeitando-se, todavia, as garantias constitucionais como a igualdade, o contraditório e a ampla defesa. Desse modo, as partes podem criar as normas que regerão o procedimento arbitral, bem como optar por seguirem os regramentos internos de uma câmara arbitral específica ou outros que lhes pareçam mais adequados à solução da controvérsia (NUNES, 2019, p. 170).

Outra vantagem inerente à arbitragem é a confidencialidade do procedimento. Embora na LA não haja previsão expressa acerca da confidencialidade, consta do seu artigo 13, §6<sup>o</sup>, bem como de outros regulamentos arbitrais, que os árbitros no desempenho de suas funções deverão pautar suas condutas com “imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”. Por conta disso, deriva um dever de confidencialidade por parte dos árbitros, que abarcaria todas as informações que obtivessem durante o processo arbitral, salvaguardando dessa forma a imagem das partes, a divulgação de segredos comerciais e industriais, além do valor envolvido na demanda, dentre outros dados pessoais e empresariais relevantes (ARAÚJO NETO, 2016, p. 141).

Por outro lado, parte da doutrina entende que essa exigência de comportamento discreto por parte do árbitro está muito mais associada a um conceito de privacidade do que de confidencialidade. Nesse sentido, Cretella Neto salienta que “a privacidade é um conceito que impede que terceiros, estranhos à arbitragem, dela participem, já a confidencialidade impõe obrigações às partes e aos árbitros” (NETO, 2010, p. 65). Assim, remanesce a dúvida se

---

<sup>3</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz que detenha a confiança das partes.

(...)

§6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

realmente há uma imposição legal extensiva às partes de guardar sigilo das informações obtidas no processo arbitral.

Em que pese essa discussão, boa parte da doutrina entende que a confidencialidade representa uma importante forma de se proteger as informações e os dados do processo, cuja divulgação poderia acarretar prejuízos a alguma das partes. Além do mais, dentro dessa autonomia da vontade que permeia esse método de solução de conflitos, a confidencialidade poderia ser livremente estipulada pelas partes em convenção de arbitragem ou, até mesmo, deixada aos cuidados do regulamento de um juízo arbitral escolhido por elas (ARAÚJO NETO, 2016, p. 142).

A arbitragem como método de resolução de conflitos também se mostra vantajosa para atração de investimentos privados, uma vez que a lógica do mercado demanda soluções mais céleres, seguras e especializadas, o que nem sempre encontra guarida no sistema judiciário. Assim, não é demais dizer que o instituto da arbitragem, ao tempo em que garante a celeridade do processo, gerando ganhos de eficiência, contribui para o descongestionamento do sistema judiciário, impactando positivamente na economia com os custos de transação (LEMES, 2016).

Dentro de um cenário de elevada sobrecarga do Judiciário, a arbitragem mostra-se, portanto, como um verdadeiro mecanismo de desjudicialização dos litígios administrativos, assim como os métodos extrajudiciais de solução de conflitos - MESC's, por seu turno, são vistos como medidas eficientes de desburocratização administrativa (OLIVEIRA, 2019, p. 348).

Com efeito, embora à primeira vista a arbitragem possa aparentar uma alternativa cara, tendo em vista os custos com a contratação do árbitro e as altas taxas cobradas pela instituição arbitral, deve-se levar em consideração nessa análise o custo de um processo judicial, marcado, via de regra, pela morosidade e por inúmeros gastos realizados ao longo de todo o processo. Assim, sobreleva observar a relação custo-benefício em questão, uma vez que esses valores adiantados pelas partes podem ser diluídos ao longo do procedimento arbitral e considerados ínfimos em função do negócio e dos riscos de se aguardar por anos uma decisão judicial (LEMES, 2007a, p.176).

No que diz respeito à evolução da arbitragem envolvendo a Administração Pública no cenário nacional, vale registrar que a primeira experiência remonta à época do Império, sob a regência do Código Comercial de 1850 e dos Decretos nº 3.900/1867 e nº 7.959/1880, em que árbitros nomeados se incumbiram de solucionar o conflito concernente à concessão de serviços e obras públicas das estradas de ferro Santos-Jundiaí, Sorocabana e Madeira-Mamoré (JUNQUEIRA, 2019, p. 70).

Desde aquela época, o Governo Geral do Império e as Províncias outorgaram diversas concessões de obras e serviços públicos nos setores portuário, ferroviário e urbano, fazendo constar em cada um desses contratos cláusula prevendo a solução arbitral, em caso de controvérsias surgidas ao longo dessa relação jurídica (LEMES, 2007a, p. 65-66).

Não obstante a existência de outros casos pontuais no passado, somente a partir da década de 90 a arbitragem no setor público ganhou novo estímulo, na linha da própria Lei nº 9.307/96. Deve-se contar também a influência de empréstimos estrangeiros de organismos multilaterais de financiamento, como o FMI e Banco Mundial, que diante da incapacidade econômica do país para implementar grandes projetos de infraestrutura por si só, condicionavam a liberação desses recursos à previsão contratual de compromisso arbitral como método para resolução de eventuais conflitos existentes entre as partes (OLIVEIRA, 2020, p. 162).

Já no ano de 2001, ocorreu o julgamento do célebre “caso Lage” pelo Supremo Tribunal Federal, que é visto como marco emblemático acerca da aceitação e cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público. Nesse processo, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade da arbitragem realizada para a solução do litígio envolvendo o espólio de Henrique Lage, espólio de Renaud Lage e a União, tendo sido fixado no laudo arbitral, indenização decorrente dos prejuízos experimentados pelo Grupo Lage, em virtude da incorporação ao patrimônio nacional de acervos das suas empresas de navegação, estaleiros e portos, durante o período da Segunda Guerra Mundial (SCHMIDT, 2018, p. 24-25).

Com a confirmação da constitucionalidade da LA pelo STF, tanto o setor privado quanto a Administração Pública sentiram-se mais confiantes e instigados a acordar a arbitragem em seus contratos. Em decorrência disso, muitos desses contratos deram origem a disputas que acabaram desaguando no Poder Judiciário, culminando, por seu turno, na produção de relevantes precedentes judiciais que ajudariam a moldar os limites da arbitragem no setor público.

Nessa conjuntura, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) acabou exercendo papel fundamental em relação à arbitragem, atenuando a preocupação dos gestores públicos e dos particulares acerca da sua utilização no âmbito dos contratos administrativos, conferindo maior validade e aplicabilidade às convenções arbitrais em que a Administração Pública figure como parte, proporcionando, via de consequência, um ambiente mais seguro em torno do instituto (OLIVEIRA, 2020, p. 162).

Em acórdão paradigmático produzido nos autos do Recurso Especial nº 612.439/RS (BRASIL, 2005b), de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, o STJ analisou o caso em

que se discutia se a Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, sociedade de economia mista do Estado do Rio Grande do Sul, poderia se submeter ou não à cláusula de arbitragem prevista no contrato firmado com a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., em razão de controvérsia surgida em torno do inadimplemento na aquisição de potência e energia elétrica.

Por unanimidade, o STJ reconheceu a validade e a eficácia da cláusula compromissória constante do contrato em questão, entendendo ser cabível o compromisso arbitral firmado pela Companhia Estadual de Energia Elétrica do Estado do Rio Grande do Sul, independente da existência ou não de autorização legislativa específica para a utilização da arbitragem ou a inserção de cláusula compromissória no referido contrato, fundamentando que por se tratar de uma sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, ela encontra-se submetida ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive no que diz respeito aos seus direitos e suas obrigações contratuais (SCHMIDT, 2018, p. 30).

Essa compreensão foi reiterada nos autos dos Recursos Especiais nº 606.345/RS (BRASIL, 2007b) e nº 904.813/PR (BRASIL, 2012), em que se discutia também a validade de cláusulas compromissórias constantes de contratos de comercialização de potência de energia elétrica, tendo como partes uma empresa estatal e uma companhia privada geradora de energia elétrica. Nesse último recurso, inclusive, a relatora Ministra Nancy Andrichi fez constar em seu voto importante precedente: “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”.

Outro julgado do STJ que merece destaque é o Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF (BRASIL, 2008), de relatoria do então Ministro Luiz Fux, no qual reiterou a possibilidade do uso da arbitragem para solucionar controvérsias envolvendo sociedades de economia mista exploradora de atividade econômica, consignando ainda que a definição de direitos patrimoniais disponíveis não guarda qualquer incompatibilidade com a ideia de interesse público. Em trecho emblemático desse acórdão, registrou-se que “não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público.”

Diante desse cenário favorável, estando em curso as privatizações, reformas e projetos de modernização do Estado, o legislador brasileiro passou a fomentar a inserção no ordenamento jurídico de diversos dispositivos normativos, estipulando a arbitragem como método adequado de resolução de conflitos relacionados aos contratos administrativos firmados com o Poder Público.

Sendo assim, em meados dos anos 90, surgiram diversas leis esparsas autorizando a utilização da arbitragem nos contratos administrativos firmados com a Administração Pública, especialmente contratos de concessão que demandam expressivos aportes de recursos financeiros. Podem ser citados os seguintes instrumentos normativos: (i) Lei das Concessões e Permissões de Prestação de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/1995, com a posterior introdução do artigo 23-A, por intermédio da Lei nº 11.196/2005); (ii) Lei Geral das Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997); (iii) a Lei do Petróleo e Gás (Lei nº 9.478/1997); (iv) a Lei dos Transportes Aquaviários e Terrestres (Lei nº 10.233/2001); (v) Lei dos Contratos de Aquisição de Energia Elétrica (Lei nº 10.848/2004); (vi) Lei de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004); (vii) Lei dos Transportes Rodoviários de Cargas (Lei nº 11.442/2007); (ix) Lei de Transporte de Gás Natural (Lei nº 11.909/2009); (x) Lei de Exploração e Produção de Petróleo (Lei nº 12.351/2010); (xi) Lei do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011, incluído pela Lei nº 13.190/2015); (xii) Lei dos Portos (Lei nº 12.815/2013); (xiii) Lei de Prorrogação e Relicitação de Contratos do Programa de Parceria de Investimento (Lei nº 13.448/2017)(YAMAMOTO, 2018).

Como se depreende, diversas normas esparsas, gradativamente, foram permitindo a inclusão da arbitragem dentro do contexto administrativo, todavia restrita a áreas bastante específicas da atuação estatal.

Nesse contexto, com o advento da Lei nº 13.129/2015 dirimiram-se as dúvidas que remanesciam acerca da possibilidade de emprego da arbitragem pela Administração Pública, resolvendo de vez a questão da arbitrabilidade subjetiva. De fato, houve uma verdadeira mudança de paradigma a partir dessa lei, conferindo autorização geral expressa para a utilização desse método de resolução de conflitos, agora não mais restrito a determinado setor regulado e a algumas espécies de contrato público.

## **1.2 DAS ESPECIFICIDADES DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO O PODER PÚBLICO**

Nas arbitragens em que figure como uma das partes a Administração Pública é imprescindível que sejam observados certos princípios regentes do direito público. Assim, a fim de que a arbitragem se desenvolva com eficiência e legalidade no âmbito da Administração Pública é imperioso que haja adequação do procedimento às especificidades inerentes ao direito público e que, por sua vez, a Administração Pública também se amolde às particularidades do processo arbitral (MORAES; NEVES, 2018, p. 413).

Em que pese o reconhecimento e validade da arbitragem realizada em torno da Administração Pública, não se pode olvidar que a autonomia da vontade, traço marcante do instituto, não é absoluta no procedimento arbitral em que haja participação dela. O interesse público e os princípios vetores da atuação da Administração Pública impõem que essa arbitragem se atenha a algumas peculiaridades (CASTRO; FARIA, 2018, p. 238).

Em relação ao assunto, Gustavo Henrique Justino de Oliveira esclarece o seguinte:

A presença da Administração Pública na arbitragem exige a observância de certas peculiaridades no procedimento alternativo de solução do conflito. Tais particularidades decorrem da função estatal envolvida no litígio arbitral, que atrai as regras norteadoras do sistema democrático e do regime público, em especial para garantir a fiscalização das condutas do Poder Público pelos órgãos de controle e pela sociedade. A legitimidade da arbitragem depende da consideração por aqueles envolvidos direta ou indiretamente no tratamento do conflito por juízo arbitral deste núcleo mínimo, normativo e principiológico, que fundamenta a atuação administrativa, cabendo aos árbitros, os prepostos e os procuradores das partes o dever de adequação da utilização do instituto da arbitragem pela Administração Pública (OLIVEIRA, 2017, p. 2).

Assim sendo, a presença da Administração Pública Direta ou Indireta na arbitragem gera certas especificidades referentes ao procedimento arbitral a serem observadas, fazendo com que algumas questões adquiram relevo diverso do que se sucederia numa arbitragem restrita à particulares. Com efeito, questões concernentes ao direito aplicável, bem como à escolha dos árbitros ou de instituição arbitral, à participação de terceiros, à publicidade dos atos e ao sistema de pagamento das condenações, dentre outras, deverão ser tratadas de forma diferenciada, ou seja, buscará sempre harmonizar-se com as peculiaridades próprias do regime jurídico-administrativo.

### **1.2.1 O direito aplicável**

Apesar da LA admitir que as partes disponham livremente se a arbitragem será de direito ou de equidade, ressalta que quando há a participação da Administração Pública essa arbitragem, obrigatoriamente, terá que ser de direito, em respeito ao princípio da estrita legalidade (art. 37, caput, da CF/1988) que alcança o Direito Administrativo na forma disposta em seu §3º do artigo 2º<sup>4</sup>. Quer dizer, o ordenamento jurídico brasileiro não admite o julgamento

---

<sup>4</sup> 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.

por equidade na arbitragem envolvendo a Administração Pública, mas somente o julgamento com a aplicação do direito.

Em uma arbitragem julgada por equidade, o árbitro não se limita a aplicar as normas legais, pode invocar regras diversas da lei ou das normas de direito positivo posto, baseando o julgamento em seu senso comum de justiça acerca do caso concreto apresentado pelas partes. Assim, consoante leciona Selma Lemes, “a percepção de justiça desvinculada ou não de regras jurídicas e métodos preestabelecidos de interpretação é o que representa a decisão por equidade” (LEMES, 2007b, p. 190).

Nesse cenário, em se tratando de solução de conflitos decorrentes de contratos estabelecidos com a Administração Pública, o julgamento da arbitragem por equidade evidencia-se inconciliável com os princípios do Direito Administrativo, especialmente o da legalidade, que deve nortear todos os atos. É indiscutível que a decisão fundada nas regras do Direito garanta maior previsibilidade às partes, ensejando maior tranquilidade aos gestores públicos, em especial, razão pela qual impõe-se que a sentença arbitral seja fundamentada unicamente no Direito (MORAES; NEVES, 2018, p. 419).

Deveras, apesar de não ser vedado ao árbitro formar seu livre convencimento motivado nos diversos princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública, interpretando o direito e contribuindo com a evolução da hermenêutica das leis, deve sempre atuar dentro das balizas fixadas pelo direito posto, produzindo sentenças arbitrais calcadas nas leis de regência. Com isso, confere-se a desejada segurança jurídica no que diz respeito ao critério de julgamento das arbitragens envolvendo a Administração Pública.

Não obstante a arbitragem envolvendo a Administração Pública ter que ser de direito, não houve qualquer especificação da lei material a ser aplicada. Via de consequência, dentro da autonomia da vontade inerente ao instituto, é facultado às partes disporem acerca dessa escolha em compromisso arbitral ou em cláusula compromissória, devendo essa lei, todavia, ser brasileira (YAMAMOTO, 2018).

### **1.2.2 A escolha da câmara e dos árbitros**

De acordo com o art. 13, §3º, da LA<sup>5</sup>, as partes poderão optar pela arbitragem institucional a ser desenvolvida no âmbito de uma instituição arbitral, subordinando-se aos seus

---

<sup>5</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.  
(...)

regramentos internos, ou pela a arbitragem *ad hoc*, submetendo-se ao procedimento previamente ajustado entre partes em convenção de arbitragem. Apesar dessa liberdade conferida pela LA quanto ao processo de escolha em torno da arbitragem *ad hoc* e a institucional, esta última tem se mostrado mais adequada às necessidades da Administração Pública, que vem preferindo seguir um regulamento de arbitragem já existente a ter que elaborar e aplicar regras que ainda não tenham sido experimentadas (GUERRERO, 2008).

Outra questão que merece ser abordada é o vínculo que se estabelece entre o árbitro ou instituição arbitral e a Administração Pública. Parte da doutrina entende que por se tratar de uma contratação embasada em prestação de serviço singular e de notória especialização técnica, a Administração Pública estaria autorizada a contratar diretamente com o árbitro ou com a câmara arbitral, por se mostrar inviável a competição nesse processo de escolha, sendo essa uma das hipóteses legais de inexigibilidade de licitação pública, em conformidade com o que dispõe o artigo 74, III, da Lei nº 14.133/2021<sup>6</sup>. Além disso, a realização de licitação nessas hipóteses se mostraria demasiadamente burocrática e demorada, o que poderia comprometer a peculiar celeridade atribuída ao procedimento arbitral (GARCIA, 2016).

Em abono a esse raciocínio, tem-se que faltam critérios objetivos para o estabelecimento de competição para a escolha de árbitros ou de instituições arbitrais, dada a especificidade e a indefinição quanto ao serviço a ser prestado, situação em que no caso das câmaras arbitrais evidencia-se ainda mais acentuada, levando-se em consideração que cada uma delas possui regulamento próprio (OLIVEIRA, 2015).

Em sentido diverso, o entendimento que parece mais escorreito é o de que o procedimento licitatório deve ser afastado no processo de escolha dos árbitros ou da instituição arbitral pela Administração Pública, uma vez que essas contratações se perfectibilizam conjuntamente pelo Poder Público e pelo particular, não havendo, desse modo, ingerência da Lei Geral de Licitações Contratos, a qual trata tão somente das contratações realizadas individualmente pela Administração. Além do mais, é preciso ressaltar que tanto o árbitro

---

§3º. As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

<sup>6</sup> Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

(...)

III- contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

§3º. Para fins do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

quanto a instituição arbitral não prestam serviços à Administração Pública, pois o primeiro exerce jurisdição estatal, enquanto o segundo apenas administra o processo arbitral, razão pela qual esse processo de escolha também não se submeteria à Lei Geral de Licitações e Contratos (OLIVEIRA, 2017).

De forma convergente, destaca Marçal Justen Filho que:

A absoluta incompatibilidade entre a indicação de árbitro e o procedimento licitatório é reconhecida de modo genérico. Ninguém ousaria imaginar possível um potencial candidato a árbitro ser selecionado mediante um procedimento fundado em critérios objetivos (tal como menor preço ou a maior qualidade técnica).

A licitação é um mecanismo jurídico destinado a selecionar a proposta de contratação mais vantajosa para a administração pública. Como a arbitragem não se constitui num contrato, é inviável cogitar de promover a licitação para instaurar uma arbitragem – ou para escolher árbitros ou câmaras de arbitragem (JUSTEN FILHO, 2016, p. 32).

Outro viés que se apresenta em algumas legislações, a exemplo da Lei de Prorrogação de Relicitações dos Contratos do Programa de Parceria de Investimentos (PPI) - Lei Federal nº 13.448/2017, é a possibilidade da utilização do credenciamento por parte da Administração Pública. Nessa hipótese, a escolha da câmara de arbitragem credenciada poderá ser realizada pelo particular interessado na resolução do conflito, caso a caso, desde que preenchidos alguns requisitos legais, tais como: notória especialização, expertise, adequação ao preço de mercado, instalações técnicas adequados para a realização do procedimento arbitral e apresentação de corpo técnico de secretariado, dentre outros (YAMAMOTO, 2018).

As referidas câmaras, pré-selecionadas e consideradas aptas à prestação dos serviços, estariam à disposição da Administração Pública, que poderia valer-se delas quando da instauração da controvérsia jurídica entre as partes ou, até mesmo, quando da elaboração das cláusulas compromissórias constantes dos contratos administrativos (OLIVEIRA; SCHWARTSMANN, 2015).

Nesse contexto, não é demasiado ressaltar que o credenciamento prescinde de realização de licitação. Assim, todos os interessados que preencham os requisitos prévios estabelecidos no regulamento pela Administração Pública para prestação de um dado serviço estarão aptos para tanto, não havendo, desse modo, competição entre os participantes para a escolha de um só ganhador (OLIVEIRA, 2015).

Uma última questão que merece atenção em relação à escolha dos árbitros, diz respeito aos requisitos e aos critérios técnicos a serem adotados nesse processo. É recomendável que os

árbitros escolhidos, além preencherem as condições constantes do artigo 13, §6º, da LA<sup>7</sup>, gozando de imparcialidade, independência, diligência, discricção e competência, também sejam avaliados quanto aos seus níveis de conhecimento, formação acadêmica, expertise profissional para lidar com a matéria, quantidade de casos julgados e experiência em arbitragem (OLIVEIRA, 2016).

Tomando esses cuidados, as partes provavelmente poderão alcançar melhores resultados nesse processo, evitando, ou pelo menos atenuando, os prejuízos eventualmente causados por uma arbitragem malsucedida, dirigida por profissional que não reúne as condições mínimas e necessárias para atuar no feito.

### 1.2.3 A participação de terceiros

A LA não disciplinou a participação de terceiros na arbitragem, sendo esse tema objeto de muita controvérsia na doutrina e jurisprudência atuais.

Parte da doutrina entende que nenhuma espécie de intervenção de terceiros deva ser admitida na arbitragem, por malferir a natureza contratual do instituto, cujos efeitos das cláusulas de arbitragem ou compromisso arbitral só vinculam as partes signatárias da convenção anuída, portanto, não se submetendo ao juízo arbitral aqueles que não participaram da avença (MAZZONETTO, 2012). Em sentido diverso, há também o entendimento de que essa regra merece ser mitigada, em razão da potencial transcendência dos efeitos da decisão arbitral que ultrapassam as partes originariamente envolvidas na arbitragem, principalmente quando um dos partícipes é a Administração Pública (JUNQUEIRA, 2019, p. 131).

Não é incomum que as decisões arbitrais em torno de contratos administrativos que versem sobre a execução de obra ou concessão de serviço público possam impactar em outros setores de infraestrutura, irradiando efeitos para além das partes signatárias da convenção de arbitragem, a exemplo do que ocorre no setor de energia elétrica, que por ter uma série de contratos interligados em cadeia (geração, transmissão e distribuição) acaba, muitas das vezes, atraindo a participação da ANEEL na arbitragem (JUNQUEIRA, 2019, p. 132).

Nesse contexto, diante dessa latente interação entre os diversos contratos administrativos, principalmente aqueles ligados aos setores de infraestrutura, e dos efeitos regulatórios decorrentes de uma decisão arbitral, é que essa intervenção de terceiro na

---

<sup>7</sup> Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

(...)

§6º. No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com competência, diligência e discricção.

arbitragem envolvendo a Administração Pública deve ser, no mínimo, objeto de ponderação por parte de todos os personagens do procedimento arbitral.

No tocante à participação do *amicus curiae* na arbitragem, é preciso considerar que ele “intervém com vistas a enriquecer o debate judicial, atuando em prol de interesses metaindividuais existentes na sociedade e no Estado, os quais são afetados, em alguma medida, pela decisão tomada dentro do processo” (OLIVEIRA, 2018, p. 40). Sendo assim, a intervenção de terceiros como o *amicus curiae*, viabilizando a participação de entidades públicas ou da sociedade civil, pode ser em certa medida incorporada ao procedimento arbitral, como já ocorre nas arbitragens internacionais de investimento (OLIVEIRA, 2017).

#### **1.2.4 A publicidade**

Um dos substanciais atrativos da arbitragem é a possibilidade de se estabelecer confidencialidade ao procedimento. Ela pode ser compreendida como um dever das partes que optaram pela arbitragem de preservar do conhecimento de terceiros estranhos ao procedimento a existência do litígio, os documentos exibidos, as provas apresentadas, o desdobramento da audiência e das decisões proferidas no curso do procedimento. Assim, todos esses atos e documentos ficariam restritos ao conhecimento das partes, árbitros, à instituição administradora, mantendo o caráter privado do procedimento, tudo isso dentro dessa autonomia da vontade inerente ao instituto (FICHTNER; MANNHEIMER; MONTEIRO, 2012, p. 230).

Todavia, essa confidencialidade, que não é obrigatória ou essencial à arbitragem, nem decorre de regra imutável ou fixa nesse sentido, não se confunde com a ideia de privacidade. No dizer de José Cretella Neto, enquanto “a confidencialidade institui obrigações aos sujeitos da arbitragem (partes e árbitros), a privacidade impede que terceiros, alheios ao procedimento arbitral, dele participem” (CRETELLA NETO, 2010, p. 65).

Sucedeu que a LA, após o advento da Lei nº 13.129/2015, normatizando a utilização da arbitragem pela Administração Pública, passou a dispor sobre a necessidade de observância ao princípio da publicidade, o que à primeira vista poderia levar à ideia equivocada de que seria inconciliável com o instituto. Assim, a partir dessa alteração legislativa, o princípio da publicidade passou a constar expressamente no âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública, embora seu alcance e forma de implementação no procedimento arbitral ainda demande uma maior regulamentação.

Essa exigência, fundamentada no próprio texto constitucional, faz com que o princípio da publicidade deva ser observado pela Administração Pública ao longo da sua gestão da coisa

pública, notadamente em relação aos contratos administrativos que celebra, proporcionando a devida transparência dos atos administrativos praticados, fator esse imprescindível para *accountability* dos agentes públicos (OLIVEIRA; FIGUEIROA, 2015).

De fato, por conta do princípio da publicidade, a mera participação da Administração Pública em uma arbitragem traz consigo algumas limitações à livre autonomia de vontade das partes, uma vez que, habitualmente, se pode dispor acerca da extensão do sigilo nos procedimentos arbitrais. Via de consequência, esse dever de publicidade impõe uma maior responsabilidade aos árbitros, exigindo-lhes maior atenção ao longo do procedimento, a fim de salvaguardar a devida transparência e responsividade em sua condução, conferindo maior legitimidade à sentença arbitral e, com isso, evitando a judicialização do litígio (OLIVEIRA, 2017).

Apesar disso, é preciso ressaltar que o princípio da publicidade no âmbito da arbitragem envolvendo a Administração Pública não é absoluto, podendo ser mitigado. Nem todos os atos e documentos constantes do processo arbitral devem ser alcançados por essa publicidade, sob pena vir a prejudicar interesses públicos e privados, a exemplo de documentos sensíveis, patentes, segredos industriais, financeiros, informações ligadas à economia ou de mercado e pessoais, relacionados à intimidade, vida particular, honra e imagem (ROCHA, 2018, p. 77-78).

Assim, tem-se que reconhecer que essa publicidade envolvendo a Administração Pública está relacionada a elementos fundamentais da arbitragem, como a sua existência, seus atos essenciais e decisões arbitrais, devendo se resguardar o sigilo quanto a determinados documentos e atos cuja divulgação possa acarretar prejuízos ao interesse público ou ao particular. É justamente dessa forma que se deve observar o princípio da publicidade em torno da arbitragem envolvendo a Administração Pública, divulgando-se apenas as informações necessárias à transparência do ato administrativo, a fim de se viabilizar o controle do Poder Público.

Nesse contexto, deve-se entender que o princípio da publicidade realmente pode e deve ser excepcionado em algumas situações pontuais, a exemplo do que se sucede com as informações descritas por autoridades na Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/11 (BRASIL, 2011) como sigilosas, salientando também que dados pessoais não são públicos e que seu acesso é restrito (MORAES; NEVES, 2018, p. 416).

Nos termos do que dispõem a LGPD (BRASIL, 2018) e a Resolução CNJ nº 363/2021<sup>8</sup>, o mesmo acontece com alguns dados pessoais sensíveis<sup>9</sup> constantes do procedimento arbitral que, desde que não tenham por base legal o exercício regular de direitos (artigo 7º, VI, da Lei Geral de Proteção de Dados<sup>10</sup>), não devem ser “tratados”<sup>11</sup>, divulgados, se isso não for imprescindível ao caso concreto. Nesse particular, o cuidado que se exige das instituições arbitrais quanto à proteção de dados sob a sua tutela supera a mera previsão legal de sanção em relação ao tratamento conferido, podendo comprometer a sua própria reputação no mercado em que atua (OLIVEIRA, T.; VOSGERAU, 2020).

Outra situação que surge em torno da arbitragem envolvendo o ente público diz respeito a saber a quem incumbiria realizar essa publicidade: se à instituição arbitral ou à própria Administração Pública. O que se evidencia mais razoável, é que esse ônus recaia sobre a Administração Pública, pois é dela o dever de publicidade, estando sujeita às implicações legais em caso de descumprimento, e não das partes privadas que participam da arbitragem. Além disso, essa aparentemente é a solução mais adequada, posto que reserva à Administração Pública a análise daquilo que entende que deva ser divulgado ao público e o que merece ser mantido em sigilo (ROCHA, 2018, p. 79).

### 1.2.5 Da submissão ao regime de precatórios

Acerca da forma de pagamento por parte da Administração Pública da condenação pecuniária imposta por sentença arbitral o debate tem sido intenso. De um lado, está o sistema de precatório previsto no artigo 100<sup>12</sup> da CF/1988, e, do outro, a preservação da ideia de celeridade inerente ao instituto da arbitragem. Essa discussão se concentra basicamente em torno da possibilidade da Administração Pública, por ocasião de uma sentença arbitral que lhe

<sup>8</sup> A Resolução CNJ nº 363/2021 estabelece medidas para o processo e adequação à LGPD no âmbito dos tribunais.

<sup>9</sup> De acordo com o artigo 5º, II, da LGPD, um dado pessoal é concebido como sensível caso refira-se à origem “racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicatos ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

<sup>10</sup> Art. 7º. O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:

(...)

VI – para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem).

<sup>11</sup> De acordo com a LGPD, o tratamento de dados engloba toda operação realizada com dados pessoais, apresentando um amplo conjunto de operações efetuadas em meios manuais ou digitais.

<sup>12</sup> Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

seja desfavorável, poder realizar o pagamento de forma espontânea ou eleger outra forma diversa do sistema de precatórios.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, diante de uma sentença arbitral que aplique uma condenação pecuniária à Administração Pública, “deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição Federal, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem” (CUNHA, 2017, p. 133). Esse raciocínio está embasado na ideia de que somente dessa forma restariam preservados os princípios administrativos da impessoalidade, isonomia e moralidade.

Gustavo Justino de Oliveira, por sua vez, respeitando-se a dotação orçamentária correspondente, entende que em algumas hipóteses “nada impede que, após o laudo arbitral, reconheça o cumprimento de determinada obrigação contratual por parte da contratada, Administração Pública efetue o pagamento de maneira voluntária, como simples manifestação de acatamento da decisão arbitral” (OLIVEIRA, 2017, p. 7-8).

Há ainda quem entenda que a Administração Pública pode celebrar acordos administrativos com os seus credores, sem que precise se submeter a ordem de precatórios estabelecida pelo artigo 100 da CF/1988, desde que o ajuizamento dessas demandas limitem-se a discutir o crédito e que isso tudo se dê antes da sentença de mérito ou até o seu trânsito em julgado, não sendo possível assim proceder após essa etapa, sob pena de se burlar a ordem cronológica dos precatórios (WILLEMANN, 2009).

Ademais, tal como ocorre nos contratos decorrentes das PPP, Lei Federal nº 11.079/04, como alternativa ao sistema de precatórios, esse crédito conferido pela sentença arbitral em favor do particular poderia ser satisfeito mediante o acionamento da garantia estabelecida pelo Fundo Garantidor das PPP<sup>13</sup> (SCHMIDT, 2018, p. 93).

Assim, ante esse novo cenário de consensualidade envolvendo a Administração Pública, a possibilidade de cumprimento pecuniário espontâneo das sentenças arbitrais, em algumas situações específicas, não parece violar o sistema de precatórios. Em verdade, representa medida de estímulo substancial ao instituto da arbitragem na Administração Pública, preservando a sua peculiar celeridade e ao mesmo tempo prestigiando-se os princípios da razoabilidade e da eficiência.

---

<sup>13</sup> Art. 8º. As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

(...)

V – garantias prestadas no fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

### **1.3 A ARBITRABILIDADE OBJETIVA: O QUE SE ENTENDE POR DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL?**

No artigo 1º da LA<sup>14</sup>, a arbitrabilidade objetiva é retratada condicionando a arbitragem aos litígios concernentes aos direitos patrimoniais disponíveis. Assim, as partes só podem buscar a justiça arbitral quando o objeto do litígio puder ser alvo de disposição, ou seja, se esse direito puder ser cedido ou renunciado não há óbice algum subordina-lo à decisão de um árbitro ou tribunal arbitral.

Após as alterações trazidas pela Lei nº 13.129/2015, apesar da LA tratar de forma expressa da arbitrabilidade subjetiva, dispondo que a Administração Pública pode participar de arbitragens, no tocante à arbitrabilidade objetiva deu contornos menos precisos acerca do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis”. A definição de forma clara e contundente do seu real alcance e significado é imprescindível para se estabelecer quais as matérias alvos de controvérsias envolvendo a Administração Pública podem ser submetidas ao juízo arbitral (ARAGÃO, 2017).

De fato, apesar da LA dizer que as Administrações Públicas Direta e Indireta poderão utilizarem-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não definiu em que isso consistiria, tampouco trouxe parâmetros normativos claros que pudessem auxiliar na discricionariedade administrativa, resultando, ao que parece, numa mera autorização genérica para o uso do instituto pela Administração Pública (VALLE, 2018, p. 219).

A prevalência no âmbito do Direito Administrativo do princípio da indisponibilidade do interesse público dificulta ainda mais a adequada compreensão do tema, pois parte da doutrina sustenta de forma geral e irrestrita a indisponibilidade e, via de consequência, a inarbitrabilidade, de todos os direitos de titularidade da Administração Pública (ARAGÃO, 2017). Assim, uma vez que a Administração Pública é regida pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, cuja observância é obrigatória, a adesão ao juízo arbitral resultaria em total afronta a esse princípio, promovendo a discussão indevida, por meio de arbitragem, sobre bens de quem não detém a sua titularidade e disposição direta. (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Essa visão tradicional do Direito Administrativo busca respaldo no entendimento de que os interesses do Poder Público devam sempre ser tratados como indisponíveis, em abono à ideia

---

<sup>14</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

de supremacia do interesse público sobre o direito privado. Parte-se da premissa de que essa prerrogativa conferida à Administração Pública se dá em razão dos interesses coletivos que administra e protege, reafirmando a concepção clássica de que a coletividade está em um patamar superior ao particular.

Todavia, essa visão tradicional acerca da supremacia do interesse público em relação ao privado atualmente vem cedendo espaço para uma interpretação mais relativizada desse princípio, promovendo novas reflexões acerca dessa ideia de que os interesses públicos são sempre indisponíveis. Nesse sentido, esclarece Carlos Alberto Salles que:

De fato, a concepção de interesse público dessa maneira e com essas repercussões omite vários elementos essenciais às relações do Estado com particulares, muito especialmente, àquelas de natureza contratual. Em primeiro lugar, ignora a possibilidade de os particulares possuírem interesses legítimos em face do Estado, derivados, muitas vezes, de erros de avaliação e funcionamento dos próprios órgãos públicos envolvidos em determinada decisão. Tanto assim que, submetidos à apreciação judicial, as posições jurídicas – a princípio representativas do interesse público – não são sempre vencedoras.

Em segundo lugar, deixa de considerar o fato de o Estado contemporâneo utilizar interesses privados para atingir objetivos públicos, como se verifica nas estratégias de gestão discutidas na primeira parte deste trabalho. Tais métodos de gestão da coisa pública tornam necessário criar mecanismos de atratividade para a iniciativa e capital privados. Para tanto, a devida consideração pelo Estado do interesse do particular é essencial, mesmo na projeção de eventuais futuros litígios, sob pena de esvaziar-se tal atratividade para participação do particular. Diversamente do que pode parecer à primeira vista, a adoção de mecanismos eficientes de solução das controvérsias é tendente a reduzir o custo total dos contratos, pois reduz os riscos contratuais associadas às perdas decorrentes de eventual litigância em juízo.

Em terceiro lugar, deve-se destacar o fato de interesse público e interesse do Estado nem sempre andarem juntos, como geralmente se tende a colocar. Há de se reconhecer um espaço específico ao interesse patrimonial do Estado, que nem sempre é coincidente com o interesse público em um sentido mais amplo. Por fim, não se pode desconsiderar o caráter burocrático de qualquer organização estatal contemporânea. A esse propósito sempre possível questionar a legitimidade da decisão de determinada esfera de competência administrativa. (...) Os litígios com o Estado, nesse sentido, podem ser indicativos não de divergências de fundo, quanto ao interesse público subjacente à determinada ação estatal, mas simples reclamação quanto ao mau funcionamento da burocracia estatal.

A natureza burocrática do Estado moderno e contemporâneo não permite, racionalmente, negar o vasto campo de conflituosidade decorrente da operação e funcionamento da burocracia estatal. O manto do interesse público não pode cobrir a vasta gama de atividades administrativas existentes. Impõe-se diferenciar aquelas decisões administrativistas representativas de efetivas opções políticas do administrador, tomadas com amplo grau de discricionariedade e correspondente legitimidade democrática, de outras, próprias do funcionamento da burocracia estatal, cuja regularidade e correção devem estar submetidas à ampla possibilidade de revisão.

Desconhecer o conflito, sob o argumento da supremacia da decisão da Administração Pública quanto ao interesse público, reduz a responsabilidade

dos órgãos do Estado, fechando-os à reclamação do particular e impedindo solucionar consensualmente controvérsias, que deveriam ser vistas como uma oportunidade de melhorar o funcionamento burocrático do próprio Estado (SALLES, 2018, p. 48-49).

Essa confusão terminológica também é abordada por Eros Roberto Grau, que esclarece que:

Não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, sendo certo que se pode dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles.

(...) 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 (GRAU, 2010, p. 20).

Em raciocínio complementar, por intermédio do voto<sup>15</sup> condutor da Ministra Regina Helena Costa, o STJ assinala que dispor da arbitragem para tratar de direitos patrimoniais disponíveis não redundava, por si só, em afronta à indisponibilidade do interesse público:

Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público. [...]

De todo o exposto, conclui-se que a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu entendimento.

Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. (BRASIL, 2017).

Assim, há de se reconhecer que não existe qualquer vínculo entre disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público e disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais do Poder Público. Há uma diferença substancial em relação a esses conceitos. Dispor de direito patrimonial não é o mesmo que dispor de interesse público, sendo que esse último princípio administrativo é atingido por intermédio da disposição daquele (TONIN, 2018, p. 70).

Com efeito, não se mostra razoável invocar o princípio da indisponibilidade para obstar que a Administração Pública possa participar de arbitragens, pois isso seria incompatível com os bons resultados advindos dessa prática, valendo salientar que por intermédio da arbitragem

---

<sup>15</sup> Vale ressaltar o voto da Relatora Ministra Regina Helena Costa. Julgado: STJ. Conflito de Competência nº 139.519-RJ, Primeira Seção, Brasília, DF, 10 de novembro de 2017.

o interesse público realiza-se completamente, de forma célere, especializada, sem os ônus e a lentidão própria da via jurisdicional (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Outro entendimento que surge é de que a arbitragem na Administração Pública só é viável quando estiver tratando de interesses públicos secundários, isto é, interesses da Administração Pública que seriam interesses públicos disponíveis dentro aceção conferida pela LA, em contraposição aos interesses públicos primários - interesses públicos propriamente ditos (ARAGÃO, 2017). Os primeiros dizem respeito aos interesses instrumentais ou acessórios da Administração Pública, são os interesses patrimoniais do Estado que visa obter os meios necessários para a promoção dos interesses primários, que por sua vez correspondem a própria razão de existir do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social (TIBÚRCIO, 2018, p. 122-123).

A importância prática dessa distinção clássica reside no fato de se conferir aos interesses públicos secundários cunho patrimonial, podendo, por isso mesmo, ser objetos de disposição por parte do Estado, enquanto os interesses públicos primários continuariam sendo considerados indisponíveis por sua própria natureza. Essa mesma linha de raciocínio se aplicaria à validade da convenção de arbitragem, valendo ressaltar que mesmo antes da reforma da LA já prevalecia o entendimento de que quando a Administração Pública praticava ato de cunho privado equiparava-se ao particular, sendo essa relação regida pelo direito privado (TIBÚRCIO, 2018, p. 124).

Discorrendo acerca do assunto, Alexandre Santos Aragão tece as seguintes críticas:

Olvidam, contudo, que no Direito Administrativo os interesses públicos “meramente” secundários também são, por óbvio, indisponíveis, não podendo a Administração Pública simplesmente abrir mão de seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente suas receitas.

A limitação objetiva da arbitrabilidade envolvendo a Administração, com base nessa importação apressada do conceito civilista de “direitos disponíveis”, conduziria, no limite, à disparatada conclusão de que qualquer contrato administrativo seria, de per se, juridicamente proscrito.

(...)se a Administração Pública pode celebrar contratos e (deve) cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são disponíveis para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são indisponíveis para vedar controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem (ARAGÃO, 2017, p. 102).

A par disso, ao que parece, a mera tentativa de se estabelecer uma distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, por si só, também não representa

solução adequada em relação à exata compreensão e alcance da expressão “direito patrimonial disponível”.

Uma reflexão que surge é que a LA não reproduziu a restrição, veiculada no projeto de lei, de que só poderiam ser submetidos à arbitragem os direitos que admitissem contratação pela Administração Pública, assim aplica-se também aos direitos negociáveis relacionados aos atos de gestão. Por conta disso, não seria demasiado afirmar que os direitos disponíveis expressos na lei correspondem àqueles que podem ser objetos de transferência ou alienação a terceiros. Então, a definição de disponibilidade para esse efeito no âmbito do direito administrativo estaria associada à ideia de matérias consideradas contratualizáveis (GIOVANINI; PEREIRA, 2017).

Acerca do tema, Gustavo Justino de Oliveira se posiciona da seguinte forma:

Em síntese apertada, a patrimonialidade significa que a controvérsia para ser arbitrável deverá expressar direta ou indiretamente valores pecuniários (por exemplo, indenizações e obrigações contratuais in natura). Por seu turno, a disponibilidade será retratada por uma liberdade da parte em dispor livremente do direito, no sentido de poder aliená-lo, renunciá-lo, transferi-lo e assim por diante. Obviamente, essa liberdade deve estar ancorada no ordenamento jurídico e será indisponível um direito ou interesse cuja disponibilidade seja vedada por lei, casos em que somente o Judiciário poderá ser chamado a decidir o litígio, e jamais a instância arbitral. (OLIVEIRA, 2019, p. 350-351).

Enfim, de forma geral, a definição do que seja ou não um direito patrimonial disponível ainda desperta muito debate na doutrina e é questão muito relevante à arbitragem envolvendo a Administração Pública, principalmente diante da necessidade de se estabelecer parâmetros mais claros acerca da arbitrabilidade objetiva, alvo de dúvidas e questionamentos no âmbito da jurisprudência, notadamente aquela produzida pelo TCU.

## **2. A FISCALIZAÇÃO DA CONTRATAÇÃO PÚBLICA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**

### **2.1 DOS TIPOS DE CONTROLE EXTERNO REALIZADOS PELO TCU: LEGALIDADE, ECONOMICIDADE E LEGITIMIDADE**

Diversas são as formas de exercício do controle externo da Administração Pública, sendo certo que não há um único modelo, replicado internacionalmente, variando mediante a opção constitucional e legal de cada país. Assim, os tipos de controle externo podem ser diferenciados em função de como são estruturados os órgãos de controle, ou ainda, sobre qual será a natureza jurídica de suas decisões, bem como sobre quais matérias serão objeto de análise e qual universo de sujeitos fiscalizados e, também, quanto ao momento da verificação (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 113).

Na história do controle externo no Brasil ocorreram mudanças na forma de sua realização. Em tempos pretéritos, o controle era realizado previamente às contratações, isto é, para que pudessem ser eficazes e produzir despesas, os contratos dependiam de prévia submissão aos Tribunais de Contas. A sistemática então vigente obrigava a que o contrato administrativo fosse apresentado para registro, sem o qual não poderia haver a execução contratual.

A título ilustrativo, nas lições de Fernanda da Silva Cava, Gabriella Marti e Luca Mendonça (2020, p. 2), menciona-se o fato histórico de que a criação do Tribunal de Contas de União ocorre em 1890, durante o Governo Provisório da recém-proclamada da República, por meio do Decreto-lei nº. 966-A. Foi criação do então Ministro da Fazenda, Rui Barbosa. É válido acrescentar, ainda, que a Constituição Federal de 1891, a primeira da história republicana, mantém a implementação do Tribunal, visando controlar as despesas governamentais, numa mudança de paradigmas, após o período monárquico. Eduardo Jordão (2014, p. 216) menciona, inclusive, a existência de uma lei ordinária de 1892, a qual regulamentou o funcionamento do Tribunal de Contas da União, estabelecendo o modelo de registro prévio de despesas.

Esse sistema de controle prévio das contratações da Administração perdurou no ordenamento jurídico brasileiro até o advento da Constituição de 1967. Refletindo a evolução do tempo, com o aumento de tamanho da máquina estatal, o que, por razões lógicas, conduz a um maior volume de contratos firmados, o referido texto constitucional insere, na ordem jurídica nacional, a realização do controle externo *a posteriori*.

Com essa alteração, substancial por natureza, a fiscalização realizada pela Corte de Contas passa a ocorrer após a realização da despesa pelo ente público, desaparecendo, portanto, a necessidade de aprovação e o registro do contrato. Desta forma, passa a também seguir tal molde, o controle realizado sobre atos unilaterais da Administração, como, por exemplo, transferências de recursos ou atos de concessão de benefício fiscal. Logo, sendo o controle externo realizado posteriormente à contratação e à despesa, muda-se o foco da atividade fiscalizatória, que começa a ter baliza norteadora enfrentar o gasto ilegal e/ou irregular de recursos públicos.

Como ensinam Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara:

A transição destes modelos de controle justifica-se pela inclusão de mais órgãos controláveis, sujeitos à fiscalização (já que, inicialmente, só o Poder Executivo era), tais como, por exemplo, autarquias, fundações, e, empresas públicas.

(...)

A manutenção do controle prévio poderia gerar a paralisação da máquina pública estatal, diante da necessidade de otimização dos processos, para evitar o risco de ineficiência da gestão. Assim, a inovação trazida pela Constituição de 1967 é mantida no ordenamento jurídico brasileiro, sendo incorporado à vigente Constituição republicana de 1988 (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 116).

Nesta linha, mantendo o controle externo realizado *a posteriori*, o legislador constituinte originário de 1988 dispôs, entre os artigos 70 e 75 do texto constitucional, a disciplina inerente à “fiscalização contábil, financeira e orçamentária” da Administração Pública. Estes dispositivos estão inseridos na Seção IX, do Capítulo I, em que são descritas as normas atinentes ao Poder Legislativo, do Título IV da Constituição da República, aquele responsável por tratar da organização dos Poderes.

Ante a esta disposição topográfica, na análise da sistemática constitucional vigente importa destacar que o Tribunal de Contas da União é inserido como parte importante do mecanismo de controle externo, mas integrante do Poder Legislativo, e não como órgão autônomo, ou ainda, como um dos poderes da República.

Assim, o caput do artigo 70 da Constituição<sup>16</sup> faz a conceituação da fiscalização da Administração Pública, estabelecendo as modalidades de controle interno e externo a que submeteria seus gestores. Além disso, o texto constitucional cria quais são os marcos balizadores da atividade fiscalizatória. Notadamente: legalidade, legitimidade e economicidade.

---

<sup>16</sup> Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Feita a previsão do controle externo da Administração Pública Federal, atribuída ao Congresso Nacional, cuidou o constituinte de disciplinar quais sujeitos estariam submetidos a tal controle. Desta forma, pelo teor da norma contida no parágrafo único do citado artigo 70, tem a obrigação de prestar contas, qualquer pessoa – física ou jurídica, de direito público ou privado – que detenha relação com dinheiros, bens e valores públicos ou pelas quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária, tendo o texto constitucional citado, expressamente, as ações de utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar tais recursos da União.

No artigo seguinte, o de número 71, a disciplina constitucional reitera, mais uma vez, que o controle externo cabe ao Congresso Nacional e alberga status constitucional ao Tribunal de Contas da União, prevendo-o como órgão auxiliar do Congresso. Com isso, nos onze incisos do artigo 71, o constituinte originário estabeleceu as competências do Tribunal, de modo a ver concretamente realizado o controle externo da Administração.

Ainda na Seção IX, do Magno Texto, no artigo 72, o constituinte traçou normas para a Comissão Mista de Orçamento do Congresso. Por sua vez, no artigo 73, foram estabelecidas as linhas gerais de funcionamento do Tribunal de Contas da União, estando previsto que seria composto por nove ministros, com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território brasileiro, bem como os critérios para a nomeação de seus membros, suas garantias e prerrogativas, e, normas de pessoal. Além destas, o constituinte originário, em seu artigo 74, previu, também, a criação de um sistema de controle interno pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e, em seu artigo 75, determinou a aplicação das normas da seção, no cabível, aos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, além dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Outrossim, antes de adentrar à análise das competências do Tribunal de Contas da União, e, em consequência, aos métodos de exercício do controle externo previstos na Constituição, importa interpretar as premissas de legalidade, economicidade e legitimidade, adotadas pelo constituinte como parâmetros para o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

O controle de legalidade decorre, necessariamente, da previsão contida no *caput* do artigo 37 da Constituição, que considera a legalidade como um dos princípios gerais da Administração Pública. Segundo a lição de Odete Medauar, “o controle de legalidade há que seja verificado se o ato, medida ou atuação administrativa, está em conformidade com as normas respectivas que os fundamentam” (ROSILHO, 2019, p. 124).

Portanto, trata-se de constatar na análise da fiscalização financeira e orçamentária da Administração, se a despesa foi realizada de acordo com a lei. E, neste ponto, a legalidade buscada pelo constituinte deve ser entendida sob maior amplitude, abrangendo legislação de nível hierárquico inferior e superior.

Quanto aos outros dois parâmetros, economicidade e legitimidade, André Rosilho entende que:

não possam ser conceituados com precisão. Mesmo diante de eventual embaraço à conceituação, o doutrinador paulista leciona que esses pressupostos não estão direcionados para uma análise notadamente jurídica, sustentada pela dicotomia existente entre o ilegal e o legal, ou ainda, entre o permitido e o proibido, mas sim tratam de cotejos de natureza diversa, como, por exemplo, a econômica, em que se avalie o custo e o benefício; ou, a política, em que comparece o adequado e o inadequado; ou então, a filosófica, em que se analise o justo e o injusto (ROSILHO, 2019, pp. 124-125).

Mesmo assim, importa salientar que o parâmetro da legitimidade é entendido como a verificação do ato fiscalizado quanto ao principal fim da Administração Pública, que é perseguir o bem comum. Desta forma, ainda que carregado de abstratividade, entende-se que seria legítimo o ato que tenha por intento a salvaguarda de interesse público e coletivo.

Quanto ao critério da economicidade, para basear a fiscalização do emprego de verbas públicas, resta interpretá-lo como a verificação de custo e benefício para Administração e para os administrados, a partir da realização daquela despesa pública. E, por isso, a análise da economicidade está intimamente ligada ao princípio da eficiência, também consagrado como um dos princípios gerais da Administração Pública, no caput do artigo 37 da Carta Magna. Isto é, quanto mais eficiente for o ato fiscalizado, mais econômico também será, eis que estarão sopesados o melhor benefício, ante ao custo menor, tornando, assim, possível, a otimização do gasto público.

Contempladas as premissas balizadoras da atividade de controle externo, é por meio das competências atribuídas ao Tribunal de Contas da União pelo artigo 71 da Constituição e no plano infraconstitucional, pelos artigos 1º, 2º, e, 3º da Lei nº. 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União), que ele é plenamente levado à efeito. Acerca do tema, Eduardo Jordão defende a seguinte divisão de competências:

(i) corretivas, das quais decorreriam os poderes diretos do Tribunal, direcionados a sanar os vícios contidos nos atos administrativos, ou, pelo menos, coibir sua produção de efeitos; em (ii) sancionatórias, de onde se desdobrariam poderes indiretos da Corte de Contas, pois, seriam aquelas atribuições dirigidas a punir o agente fiscalizado, o que, de modo reflexo, contribuiria para a retirada e/ou o desestímulo à prática de ações viciadas pelos gestores (2014, p. 213).

Em sentido diverso, André Rosilho vislumbra as competências sob aspecto mais amplo, defendendo que há ganho didático neste aspecto, e as classifica baseadas nos produtos que decorrem da atuação do Tribunal. O entendimento é justificado pelo autor por olhar para o grau de influência que a Corte pode ter no caso concreto, permitindo, assim, que sejam discriminadas as condições e as circunstâncias que autorizariam a prática dos atos de controle (ROSILHO, 2019, p. 120).

Neste sentido, então, o autor detalha os tipos de controle em cinco classificações, baseadas nos atos que a legislação permitiu que o Tribunal elabore. Ele entende que o Tribunal de Contas da União detém competência para: “(i) editar normas; (ii) praticar atos sancionatórios; (iii) praticar atos de comando; (iv) levantar dados e produzir informações; (v) formular orientações gerais; e, (vi) representar” (ROSILHO, 2019, p. 120).

Logo, adotando por base para o presente estudo a classificação das competências proposta por André Rosilho, passa-se a analisar a primeira delas, quer seja, a competência para editar normas. Quanto a tal competência, importa salientar que não há sobre ela previsão expressa no texto constitucional, sendo, em verdade, estabelecido pela Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, a possibilidade de a Corte ter competência normativa, que é exercida por dois meios: a edição de regulamentos e a resposta a consultas.

Há, ainda, no aspecto desta competência, debate sobre ser possível que o Tribunal, em análise de caso concreto, declare inconstitucionalidade de leis, atuando como uma espécie de “legislador negativo”<sup>17</sup>. Todavia, o que tem prevalecido, inclusive com sustentação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup> é de que tal competência não encontraria assento na Constituição de 1988, razão pela qual estaria superado o entendimento consolidado na Súmula 347 do STF, aprovada nos idos de 1963<sup>19</sup>.

Em sequência, a segunda classificação é a competência para praticar atos sancionatórios. Ela consiste na possibilidade de o Tribunal agir com a imposição de sanções de cunho administrativo sobre os sujeitos fiscalizados, os quais precisam ser determinados ou

---

<sup>17</sup> A expressão refere-se tanto ao dever do STF de afastar normas inconstitucionais (aspecto negativo), quanto à proibição feita ao Tribunal em criar e inovar o sistema jurídico.

<sup>18</sup> Nesse sentido, vide: MS 25.888, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 22/03/2006, e, mais recentemente, MS 35.500, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 13/04/2021. Nesse último, firmou-se a tese que O Tribunal de Contas da União, órgão sem função jurisdicional, não pode declarar a inconstitucionalidade de lei federal com efeitos *erga omnes* e vinculantes no âmbito de toda a Administração Pública Federal.” (STF, MS 35.500/DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2021, publicado em 05/05/2021).

<sup>19</sup> “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público.”.

determináveis. Com nítido caráter punitivo, no exercício desta competência de controle, o Tribunal age posteriormente ao ato, agindo para desconstituir ou constituir direitos.

É evidente que para aplicar sanção devem ser observados pela Corte o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, corolários do direito individual do sujeito fiscalizado, dependendo, assim, da esmerada apuração dos fatos e da identificação de autoria, que sempre dependerão da produção de provas pelo Tribunal, pelo fiscalizado ou por terceiros. Exemplificativamente, para a competência sancionatória pode-se citar a atribuição de julgar contas dos chefes de Poder – que remonta à origem histórica das Cortes de Contas e que poderá resultar na imposição de multas – ou ainda, a verificação de realização de despesa ilegal, que poderá ocorrer não só nos processos de controle de contas, mas também em outros procedimentos investigativos que tramitem pelo Tribunal.

Outrossim, a terceira das competências classificadas por André Rosilho é a competência de praticar atos de comando. No exercício dela, ao Tribunal se atribuiu a possibilidade de “criar, por força própria, deveres de fazer ou não fazer a terceiros, agentes públicos ou não” (ROSILHO, 2019, p. 215).

Vinculadas a esta competência estão as competências da Corte: para apreciar atos de pessoal para fins de registro; ordenar a prática de atos por terceiros; tomar medidas cautelares; e, ordenar o envio de informações ao Tribunal. E, nestas atribuições de prática de atos de comando, importa ressaltar que se trata de rol exaustivo de atribuições, visto que tais atos só podem ser editados a partir de exame de legalidade, não sendo o caso de edição baseada nos parâmetros de economicidade e de legitimidade.

A quarta das competências é a de levantar dados e produzir informações. Trata-se, portanto, de permitir ao Tribunal a busca e a organização de fatos e atos para exercitar o controle externo, sempre nos limites de sua jurisdição e que possam ser sistematizadas e agrupadas para basear a atuação dos órgãos da Corte, possibilitando, inclusive, a divulgação de tal material ao público amplo.

Assim, no exercício dela o Tribunal de Contas da União poderá apreciar contas e investigar e fiscalizar. Na fiscalização e investigação, o Tribunal pode proceder a inspeções e auditorias, fazer a fiscalização de contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital a União participe e fiscalizar o repasse voluntário de recursos federais aos demais entes da Federação. Na apreciação de contas, a Corte irá emitir parecer, de caráter técnico e opinativo, sobre as contas do governo, o qual será encaminhado ao Poder Legislativo – a quem compete o julgamento para aprovação ou rejeição das contas.

Prosseguindo na análise dos tipos de controle exercidos pela Corte Federal de Contas, cabe analisar a quinta das competências propostas, quer seja, a de formular orientações gerais, o que decorre, naturalmente, do conjunto de competências estabelecidas pelo arcabouço jurídico ao Tribunal. Assim, seria possível cogitar a possibilidade desta competência ter como destinatários gerais todos os jurisdicionados da Corte. Entretanto, registram-se dois limites a ela que são a necessidade de as orientações serem formalizadas, mediante procedimento próprio no Tribunal, bem como a ausência de caráter vinculante de tais orientações.

Diante disto, resta estudar a última das competências. É a competência da Corte para representar. Buscando impedir a impunidade e, também, incentivar a cooperação entre os órgãos de controle, por meio da representação, o Tribunal compartilha as informações que obteve acesso no âmbito do exercício de sua competência, por meio de seus mecanismos próprios, permitindo que quaisquer outros órgãos do Estado exerçam sua atribuição específica e constitucionalmente prevista.

Verificadas, pois, as competências constitucionalmente atribuídas ao Tribunal de Contas da União que lhe possibilitam o exercício do controle externo por seus diversos meios, importa, para encerrar a análise proposta neste capítulo da pesquisa, tratar de um aspecto discutido por boa parte da doutrina. É o que se debate quanto à eventual atuação dos componentes da Corte, buscando maximizar, na prática, suas competências, afastando-se de uma atuação que deveria ser baseada na legalidade e na neutralidade.

Essa discussão se sustenta em eventual extrapolação de competência do Tribunal, a partir de recomendações, opiniões, proibições ou exigências, carregadas de razões políticas, e não jurídicas. Assim, com tal prática, por questões de convicção pessoal, os ministros da Corte estariam buscando substituir, de maneira claramente indevida, a vontade do gestor público, democraticamente eleito, avocando para si a realização das políticas públicas.

Em artigo conjunto publicado, Carlos Ari Sundfeld, Jacintho Arruda Câmara, Vera Monteiro e André Rosilho sintetizam, com propriedade, a crítica feita pela doutrina. Observe-se:

Não se trata de diagnóstico desmotivado. De fato, o TCU tem procurado, por diversos meios e instrumentos, “reinterpretar” suas competências com a finalidade de expandi-las além dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico [...].

Na prática, o TCU muitas vezes tenta atribuir efeitos vinculantes às recomendações que emite. Uma das estratégias é a combinação de simples recomendações com ordens para elaboração de “planos de ação” para “sanear o problema verificado” (art. 2º, I, da Resolução n. 265, editada pelo TCU em 2014), descaracterizando-se indiretamente o viés apenas orientativo da recomendação (2017).

Ademais, nesta reflexão que é feita pela doutrina, é acrescentado o caráter político da composição do Tribunal de Contas, inclusive diante do critério constitucional para escolha de seus membros. Como mencionado alhures, a Constituição atual disciplinou a composição da Corte em seu artigo 73, prevendo no § 1º os requisitos para ocupar o cargo de ministro, e no § 2º o método de escolha dos membros, sendo um terço pelo Presidente da República e o restante pelo Congresso Nacional.

Sendo assim, não sempre, mas a composição do Tribunal acaba revelar este perfil, o que se verifica por análise histórica de suas recentes composições. Normalmente, a maioria dos membros do Tribunal já foi detentora de mandato eletivo, seja no Poder Executivo, seja no Poder Legislativo, ou, ainda, em ambos os Poderes.

Desta maneira, mesmo que o Tribunal seja composto por valoroso e qualificado quadro técnico, de servidores públicos efetivos, os atos decisórios são produzidos pelos seus ministros componentes, os quais, até mesmo por suas biografias, tem mais visão política, do que jurídica. Decorre de tal celeuma o contraponto feito pela doutrina sobre a maximização das competências constitucionais da Corte de Contas.

Tecidas estas considerações, resta que os Tribunais de Contas detêm poderes para fiscalizar os sujeitos, não os objetos, o que gera, sob os rumos da gestão administrativa, efeitos indiretos, não imediatos. O sistema vigente está assim concebido para formular controles que não substituam os gestores pelos controladores (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 118).

## **2.2 DA FISCALIZAÇÃO PELO TCU DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS**

### **2.2.1 A análise prévia pelo TCU de minutas de editais de licitação e contratos administrativos**

Para a Administração Pública, no ordenamento jurídico pátrio, como regra, há a obrigatoriedade de realização de licitação para aquisição de bens e serviços. Tal determinação decorre de imposição constitucional, prevista pelo inciso XXI do artigo 37 do Magno Texto<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No plano infraconstitucional, o referido dispositivo foi regulamentado pela Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu as normas gerais para licitações e contratos administrativos. Recentemente, foi editada a Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021, que passou a ter vigência concomitante a anteriormente referida Lei 8.666/93. Assim, pela sistemática vigente, o procedimento licitatório é previsto como regra geral, havendo na própria lei menção expressa às hipóteses em que não é aplicável. O procedimento se desenvolve em duas fases, uma interna ou preparatória e outra externa.<sup>21</sup>

Dessa forma, na fase interna, ou preparatória, compete à Administração proceder à escolha do objeto da licitação; verificar a ausência de critérios impeditivos para realizar o certame licitatório; constatar o preenchimento das exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (notadamente, artigos 15 a 17 da Lei Complementar nº 101/2000); produzir os estudos técnicos necessários; e, por fim, elaborar o instrumento convocatório. De outro lado, na fase externa, o edital é publicado, os proponentes pleiteiam a habilitação, apresentando suas propostas, que serão, posteriormente, julgadas pela comissão processante, a quem caberá classificar as propostas habilitadas; feito isto, a Administração homologará o procedimento, adjudicando, ao vencedor, o objeto licitado.

Considerando toda a transição operada a partir da Constituição de 1967, e mantida pela Constituição de 1988, a respeito do o controle externo ser realizado *a posteriori*, muito se discute sobre a possibilidade de o Tribunal de Contas analisar de forma prévia as minutas de editais de licitação e, por consectário lógico, de contratos administrativos. No âmbito da legislação infraconstitucional, o primeiro texto legal a disciplinar esta questão foi o Decreto-lei nº. 2.300, de 21 de novembro de 1986, que atribuiu expressamente ao Tribunal essa possibilidade. O Decreto, idealizado pelo então Consultor Geral da República, Saulo Ramos, pretendia que o Tribunal tivesse o papel de fiscal da lisura nas licitações e nas contratações públicas (ROSILHO, 2019, p. 244).

A referida previsão foi mantida no sistema de licitações pela Lei nº. 8.666/1993, que, em verdade, aprofundou a possibilidade de participação dos Tribunais de Contas nas licitações. Em virtude do disposto no artigo 113<sup>22</sup> de seu texto, e, especialmente de seu § 2º, a referida Lei

---

<sup>21</sup> Cabe salientar que o procedimento contido na lei 14.133/2021 foi bastante alterado em relação à Lei 8.666/93. Esta permanecerá em vigência por dois anos após a promulgação da nova Lei, tendo sido revogados imediatamente apenas a parte referente aos tipos penais. Outrossim, é preciso salientar também que, no que cabe, o presente trabalho assenta a sua análise sobre os ditames da Lei 8.666/93, pois em razão do caráter incipiente da Lei 14.133/2021 não há jurisprudências e nem mesmo doutrinas robustas que possam embasar um estudo mais aprofundado.

<sup>22</sup> Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da

permitiu que os órgãos de controle solicitassem editais já publicados para sua avaliação e que pudessem determinar a correção de eventuais vícios, aos órgãos licitantes, sob sua fiscalização.

Neste ponto, importa ressaltar que, apesar do que dispôs a Lei de Licitações, não ocorreu automática conversão do Tribunal em órgão de controle prévio, até mesmo porque isso afrontaria diretamente o ditame constitucional. Na forma como estabelecido, restam evidentes dois limites à atuação prévia da Corte fiscalizadora: (i) a solicitação de exame de editais se restringe apenas aos já publicados pelo ente licitante, e; (ii) somente se permite a ordenação de ações corretivas pertinentes, baseadas no exame de legalidade.

Quanto ao primeiro limite, entende-se existente a partir de mera interpretação literal do § 2º do discutido artigo 113, haja vista menção expressa da Lei à “cópia de edital de licitação já publicado”. Há relativa celeuma na doutrina quanto à possibilidade de o Tribunal fiscalizar editais ainda não publicados, mas esse tema será abordado a seguir, ainda neste subitem. No tocante ao segundo limitador, depreende-se que quis o legislador fixar a análise prévia baseada, exclusivamente, na legalidade da despesa e de sua execução, afastando do Tribunal, que justificasse sua intervenção, sob as balizas da economicidade ou da legitimidade, por exemplo. Ademais, se ao contrário fosse, poderiam ser desconfiguradas as competências do Tribunal de Contas, transformando-o de órgão de controle para um gestor de segunda ordem (ROSILHO, 2019, p. 249).

De modo complementar, o Guilherme Corona Rodrigues Lima entende que o citado artigo 113 da Lei de Licitações, conjugado com o artigo 71 da Constituição são “o mote legitimador da atuação preventiva do Tribunal de Contas sobre os editais de licitação” (LIMA, 2018, p. 54). Desta forma, sustenta que a atuação tende a coibir ilegalidades no edital, permitindo que sejam apontados mecanismos corretivos necessários, portanto, à devida realização do procedimento licitatório. Leciona, ainda que no âmbito de cada Corte de Contas restará estabelecido o rito a ser observado para análise dos editais, em seus competentes Regimentos Internos.

Outrossim, é de ser ressaltado que o controle prévio dos editais de licitação que aqui é estudado, deve ser realizado caso a caso e mediante requisição do Tribunal. Não há amparo

---

Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§ 2º. Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

para eventuais regulamentos, ou mesmo leis, que contenham previsão de remessa automática do edital à Corte de Contas, como condição de validade do processo licitatório. Esta questão já foi, inclusive, objeto de análise pelo Colendo Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> que, em precedente consolidado, considerou indevida a norma geral que estabeleça o envio de todos os editais ao órgão de controle externo.

Ademais, questão que merece análise é a possibilidade de o Tribunal exercer a atividade de fiscalização sobre procedimento de licitação, cujos editais ainda não foram publicados. Eduardo Jordão responde à dúvida de maneira bastante didática, porém crítica: “a ação do TCU de impedir a publicação de um edital ou condicionar a sua publicação ao cumprimento de alguma determinação sua não encontra fundamento explícito em norma de qualquer hierarquia” (JORDÃO, 2014, p. 220-221). O autor entende que o Tribunal não detém, nem sequer, poder de constrição de autoridades administrativas, nesse momento anterior a que o edital se torne público.

Trazendo o aspecto histórico deste ponto, importa rememorar que a pretensão do Tribunal de Contas da União manifestada durante a tramitação de sua Lei Orgânica no Congresso Nacional (legislação que é anterior à Lei de Licitações) foi de buscar amparo legal para a realização do controle sobre editais não publicados. No entanto, a emenda ao projeto de lei em tramitação – proposta, nesse sentido, pelo então Senador gaúcho Pedro Simon – acabou rejeitada pela Câmara dos Deputados, ainda que houvera obtido aprovação do Senado Federal, de modo que não veio a integrar a lei aprovada (ROSILHO, 2019, p. 248).

Assim, do ponto de vista prático, como já mencionado em outros pontos deste estudo, essa questão assume especial relevo, pois vedar a atuação do Tribunal quanto aos editais ainda não publicados resguardaria a liberdade de agir do gestor público, mantendo, desse modo, o Tribunal como um fiscal eventual, e não como um “quase administrador” (JORDÃO, 2014, p. 224).

Neste contexto, entre os órgãos de controle e os entes licitantes resta certo que é necessário que sejam compatibilizadas<sup>24</sup> as atribuições precípuas de cada um, visando, sempre,

---

<sup>23</sup> “A exigência feita por atos normativos do Tribunal sobre a remessa prévia do edital, sem nenhuma solicitação, invade a competência legislativa distribuída pela Constituição Federal, já exercida pela Lei federal nº. 8.666/93, que não contém essa exigência.”. (STF, RE 547.063/RJ, Relator: Min. Menezes Direito, 1ª Turma, julgado em 17/10/2008, publicado em 12/12/2008).

<sup>24</sup> Corroborando esta conclusão, a lição de Temístocles Brandão Cavalcanti: “Não parece, assim, que deva haver incompatibilidade entre uma boa administração e um regular sistema de controle, mesmo que este se exerça preventivamente, mas para isso é indispensável um bom entendimento, ação harmônica de todos os órgãos que devem estar aparelhados para atingir as finalidades para que foram criados.”. (*apud* LIMA, 2018, p. 60).

o interesse público coletivo do cidadão, que é o destinatário final dos atos praticados pelo Estado.

### 2.2.2 Do poder geral de cautela exercido pelo TCU

Como vem sendo estudado neste capítulo, é admitida a realização de controle prévio pelo Tribunal de Contas de União nos procedimentos de licitação. Assim, exsurge outra questão acerca da possibilidade de o Tribunal atuar de modo cautelar para obstar a consecução de eventual prejuízo ao erário.

André Rosilho pergunta, para, ao final, responder afirmativamente: “poderia o Tribunal praticar atos de comando *ad cautelam* para impedir que o transcurso do tempo viesse a consolidar prejuízos ou situações de legalidade duvidosa?” (ROSILHO, 2019, p. 260). Esclarece, ainda, que a legislação concedeu autorização à Corte para atuação cautelar, mas em hipóteses muito específicas, ressaltando que essa possibilidade não se confunde com o sistema do registro prévio de despesa, vigente até 1967 (ROSILHO, 2019, p. 261).

Neste diapasão, é oportuno registrar que a atual Constituição não prevê em nenhum dos incisos de seu artigo 71 o poder geral de cautela dos Tribunais de Contas expressamente. Sustenta-se sua existência a partir de uma leitura implícita do referido dispositivo, visto que a ação cautelar seria consectária lógica das atribuições constitucional da Corte. Isto é, a intervenção preventiva e, portanto, imediata, nas despesas públicas, oriundas dos contratos administrativos firmados, é justificada pela necessidade de resguardar e dar efetividade às decisões do Tribunal (SUNDFELD; CÂMARA, 2011, p. 125).

Em sua jurisprudência há anos sedimentada, o Pretório Excelso reconhece a existência do poder geral de cautela do Tribunal de Contas da União<sup>25</sup>, reconhecendo-lhe competência para expedir cautelares que visem obstar a lesão aos cofres públicos, bem como assegurar a autoridade de suas decisões. O entendimento foi formado com base em voto condutor da Ministra Ellen Gracie, sob o fundamento de que a atuação cautelar é um poder implícito do

---

<sup>25</sup> PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. IMPUGNAÇÃO. COMPETÊNCIA DO TCU. CAUTELARES. CONTRADITÓRIO. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO. 1- Os participantes de licitação têm direito à fiel observância do procedimento estabelecido na lei e podem impugná-lo administrativa ou judicialmente. Preliminar de ilegitimidade ativa rejeitada. 2- Inexistência de direito líquido e certo. O Tribunal de Contas da União tem competência para fiscalizar procedimentos de licitação, determinar suspensão cautelar (artigos 4º e 113, § 1º e 2º da Lei nº 8.666/93), examinar editais de licitação publicados e, nos termos do art. 276 do seu Regimento Interno, possui legitimidade para a expedição de medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões. 3- A decisão encontra-se fundamentada nos documentos acostados aos autos da Representação e na legislação aplicável. 4- Violação ao contraditório e falta de instrução não caracterizadas. Denegada a ordem. (STF, MS 24.510/DF, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 19/11/2003, publicado em 19/03/2004)

Tribunal que decorre do previsto no inciso IX do artigo 71 da Constituição. Por exemplo, a atribuição de assinalar prazo para sanar ilegalidade de ato administrativo e ainda compatível compatibilidade plena com a sistemática de controle externo adotado no Brasil.

Importa ressaltar que o aludido julgamento foi concluído por maioria, eis que houve divergência aberta pelo Ministro Ayres Britto, que entendia que as atribuições constitucionais da Corte de Contas estariam dispostas em *numerus clausus*, sendo, portanto, restritas às hipóteses prescritas textualmente na Constituição. No campo doutrinário, também há quem critique o entendimento manifestado pelo Supremo Corte, justificando a impossibilidade de leitura implícita do texto constitucional, quando haveria previsão explícita de outra forma, a qual estaria prevista no inciso X do artigo 71, o que incluiria a obrigatoriedade de oitiva prévia das autoridades fiscalizadas, com a concessão de prazo para manifestação e regularização do ato controlado (JORDÃO, 2014, p. 226).

Outrossim, menciona-se que o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi reafirmado posteriormente<sup>26</sup>. Também se afirmou que o poder geral de cautela se encontra previsto no artigo 276 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União<sup>27</sup>.

De tal maneira, sendo certa a possibilidade de atuação cautelar da Corte, para a sua concessão são adotados requisitos semelhantes àqueles estabelecidos para as medidas cautelares processuais no processo civil comum: a fumaça do bom direito (no brocardo latino, *fumus boni iuris*) e o perigo na demora (no latim, *periculum in mora*). O primeiro requisito é entendido na identificação, de plano, a partir de análise superficial do edital licitatório, de manifesta ilegalidade capaz de lesionar o erário. Por outro lado, o segundo critério advém da necessidade iminente da decisão para salvaguardar o interesse público, que seria vilipendiado pela instauração ilegal da licitação impugnada.

Logo, preenchidos os requisitos e concedida a medida cautelar pelo Tribunal de Contas, a decisão será temporária e suspenderá a licitação na fase que se encontrar. Importa registrar, inclusive, que deverão ser respeitados os direitos ao contraditório e à ampla defesa dos fiscalizados, mas de forma diferida, eis que a sua oitiva será posterior ao eventual deferimento da cautelar. Após a instrução devida, haverá julgamento de mérito, no qual a cautelar poderá ser revogada, determinando-se o reinício da licitação, ou ainda, caso confirmada a ilegalidade,

---

<sup>26</sup> Julgado: STF, MS 26.547-MC/DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, publicado em 25/09/2009)

<sup>27</sup> Art. 276. O Plenário, o relator, ou, na hipótese do art. 28, inciso XVI, o Presidente, em caso de urgência, de fundado receio de grave lesão ao erário, ao interesse público, ou de risco de ineficácia da decisão de mérito, poderá, de ofício ou mediante provocação, adotar medida cautelar, com ou sem a prévia oitiva da parte, determinando, entre outras providências, a suspensão do ato ou do procedimento impugnado, até que o Tribunal decida sobre o mérito da questão suscitada, nos termos do art. 45 da Lei nº 8.443, de 1992.

a cautelar será mantida com a expedição de ordem para que a autoridade fiscalizada faça os ajustes pertinentes no instrumento convocatório.

Por fim, é válido acrescentar que independente de requisição ou de decisão cautelar, o gestor pode enviar, voluntariamente, os editais de suas licitações para análise do Tribunal, caso em que a atuação se dará de forma opinativa, no intuito de orientar o gestor a tomar a melhor decisão para o interesse público.

### **2.2.3 A visão do TCU acerca da publicidade envolvendo a Administração Pública**

A publicidade é um dos princípios gerais da Administração Pública consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição. Consiste em tornar público, de modo oficial, os atos administrativos para que possam produzir efeitos externos.

Trata-se, pois, de assegurar ao povo, titular do interesse público, meios de ter ciência dos atos praticados pela gestão pública, permitindo, assim, que possa ser exercido o controle ou para que haja mero conhecimento por parte do cidadão. Maior valor, ainda, deve ser dado à publicidade, em virtude de o Estado Brasileiro estar concebido sob a forma de República, eis que sem ter ciência dos atos de seus administradores, de nada valeria aos cidadãos serem os titulares do interesse coletivo (COUTO, 2020, p. 137).

O referido princípio se desdobra como criador da obrigação do gestor público de prestar contas à coletividade e de ser transparente por gerir algo que a ela pertence. E assim, a publicidade é condição de eficácia do ato ou da atividade administrativa (COUTINHO; RODOR, 2015, p. 41).

Decorre deste ditame constitucional a edição da Lei de Acesso à Informação, Lei nº. 12.527, de 18 de novembro de 2011, que estabelece as hipóteses de restrição de informações e sua classificação em grau de sigilo, observada o seu nível de importância para a sociedade e para o Estado. Também, é consequência do constitucional princípio da publicidade a regra contida na Lei de Licitações<sup>28</sup>, no sentido de o procedimento ser público, sendo seus atos acessíveis a todos, resguardando-se, apenas, o conteúdo das propostas até o momento de sua abertura.

---

<sup>28</sup> Lei nº. 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.

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

A publicidade do certame licitatório traduz-se como regra necessária à disputa justa entre os licitantes, que devem concorrer em condições de igualdade, e, como consequência, o edital deve conter a delimitação precisa do objeto licitado. Esse ponto, inclusive, é objeto de entendimento sumulado do Tribunal de Contas da União (Súmula nº. 177<sup>29</sup>), que registra ser a regra de igualdade entre os licitantes decorrente do princípio da publicidade.

Ilustrativamente, para demonstrar a relevância da publicidade no entendimento da Corte Federal de Contas, importa mencionar o Acórdão nº. 2099/2011<sup>30</sup>, relatado pelo Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, em que o Tribunal, ao responder consulta formulado pelo Ministério das Cidades, entendeu obrigatória a publicação do edital da licitação também no Diário Oficial da União. Nesse julgamento, discutia-se a hipótese de licitação realizada por outro ente federado a partir de transferência de recursos federais (por termo de compromisso ou por contrato de repasse), com o intermédio da Caixa Econômica Federal. Assim, o Tribunal entendeu por tornar necessária, além da publicação do edital no órgão oficial do ente licitante, a publicação no órgão de imprensa federal.

Finalmente, de modo a reiterar, uma vez mais, o valoroso reflexo do princípio da publicidade, sobretudo nos procedimentos de licitações e contratações públicas, é oportuno consignar que a Lei de Acesso à Informação<sup>31</sup> estabeleceu algumas obrigações aos entes públicos para divulgar em local de fácil acesso, informações de interesse coletivo ou geral. Dentre delas, o legislador incluiu, expressamente, os dados relativos aos procedimentos licitatórios, seus editais e resultados, e ainda, os contratos a partir deles celebrados. Acrescenta-se, ainda, que a mencionada lei determinou aos entes federados a utilização de todos os meios

---

<sup>29</sup> TCU, Súmula 177. “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

<sup>30</sup> “ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: 9.1. conhecer da presente Consulta, formulada pelo Ministro de Estado das Cidades, Sr. Márcio Fortes de Almeida, por atender aos requisitos de admissibilidade de que tratam os arts. 1º, inciso XVII, e § 2º, da Lei n. 8.443/1992, e 264, inciso V, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno/TCU, para responder ao consulente que: [...] 9.1.2. no tocante à abertura de licitação pelo ente federado, quando há previsão de repasse de recursos federais por meio de termo de compromisso ou contrato de repasse, além da prévia aprovação do projeto básico pela Caixa Econômica Federal – CAIXA, deve haver a necessária publicação do edital do certame no Diário Oficial da União – DOU; [...]”. (TCU, Acórdão nº. 2099/2011 – Processo nº. TC-030.336/2010-4, Plenário, Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, julgado em 10/08/2011).

<sup>31</sup> Lei nº. 12.527/2011 – Art. 8º. “É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo: [...] IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;”.

legítimos a eles disponíveis, considerando obrigatória a publicação em sítio eletrônico, na rede mundial de computadores.

### **2.3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE SINDICABILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL PELO TCU**

Após estudar os aspectos da arbitragem relacionados à Administração Pública, com as especificidades a ela inerentes e suas diferenças em relação à arbitragem entre particulares, bem como analisar as matérias decorrentes do meio de exercício do controle externo das contratações públicas pelo Tribunal de Contas, neste tópico será feito o cotejo entre essas análises. Isto é, tratando-se, pois, de um ente fiscalizado pela Corte que celebre uma convenção de arbitragem e que participe do procedimento arbitral, recebendo uma sentença arbitral resolutive do conflito, cabe ser verificado se há a possibilidade de intervenção do Tribunal nesse caso. Assim, é que se discute ser possível a sindicabilidade da sentença arbitral pela Corte de Contas.

Na correlação do controle externo e da arbitragem, sendo esta celebrada por meio de um contrato administrativo, é consequência que possa ser ela submetida a controle dos órgãos de contas. Entretanto, essa submissão ao controle externo não traduz alteração do controle jurisdicional necessariamente, nos termos previstos pela LA. Desse modo, o que compete ao Tribunal é exercer o controle sobre a conduta da Administração ao exercer os seus direitos e deveres como partícipe do procedimento arbitral, os quais estão estabelecidos na LA (PEREIRA, 2019, p. 82).

Em paralelo, antes de prosseguir com este estudo, importa ressaltar que a LA assegurou ao interessado que possa reclamar no Poder Judiciário a nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos naquele diploma. É o que se depreende do previsto em seu artigo 33<sup>32</sup> e seus parágrafos. No entanto, o legislador não permitiu que o Judiciário proferisse nova decisão sobre

---

<sup>32</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º. A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º. A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3º. A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser requerida na impugnação ao cumprimento da sentença, nos termos dos arts. 525 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

§ 4º. A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

a demanda levada ao Juízo Arbitral, sendo somente concebida a anulação da sentença arbitral para que nova seja proferida.

Desse modo, o procedimento arbitral é legítimo para dirimir o conflito sob o qual as partes celebraram cláusula compromissória, não havendo que se cogitar a utilização do Poder Judiciário, exceto nas hipóteses previstas na própria LA, para manifestação do inconformismo da parte sucumbente. Sendo certo, portanto, que não há a possibilidade de revisão do mérito arbitral após a decisão do Juízo Arbitral, como se o Judiciário fosse uma via recursal.

Somado a isto, compreende-se que se as partes entregaram a solução do conflito a um terceiro-árbitro, não pode a justiça declarar que o árbitro julgou errado ou que aplicou erroneamente a lei. Por tal razão, compete ao Judiciário analisar, por exemplo, se os requisitos estão preenchidos, se é correto o número de árbitros, se ocorreu o cumprimento dos prazos ou se houve a devida citação.

Assim, nesta linha de raciocínio, exercendo a atividade controladora, se a Corte de Contas considerar inválida a sentença arbitral, somente a ela caberá avaliar a conduta do ente fiscalizado diante da prolação da sentença. Isto quer dizer que o Tribunal poderá avaliar os motivos que levaram a gestão a escolher entre ajuizar a ação anulatória, acima mencionada, prevista no artigo 33 da LA, ou a não o fazer. Todavia, de modo algum, poderá o Tribunal de Contas, assim como o Judiciário, discutir o mérito arbitral ou o procedimento em que proferida a sentença arbitral (PEREIRA, 2019, p. 82).

Outrossim, há que ser feito o acréscimo do fato de que o Tribunal de Contas é órgão componente de uma estrutura político-administrativo, da qual também faz parte o ente federativo que está participando da arbitragem. Com esta qualidade, eventual manifestação do Tribunal terá caráter unilateral perante o árbitro, haja vista sua necessária condição de imparcialidade. Exemplo da mesma natureza é o parecer de conselho fiscal, integrante de uma associação privada, que se submete ao Juízo Arbitral.

Logo, para solucionar o conflito posto à arbitragem e decidir sobre eventuais questões atinentes à existência, eficácia ou validade da convenção de arbitragem, compete aos árbitros com exclusividade. Após a prolação da sentença arbitral fica ela sujeita a controle apenas do Poder Judiciário, como estabelecido pela LA.

Neste ponto, convém salientar que esta conclusão decorre do princípio da competência-competência, estatuído no parágrafo único do artigo 8º da LA<sup>33</sup>, que não é afetado pela

---

<sup>33</sup> Lei nº. 9.307/96 – Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

competência controladora do Tribunal de Contas. Desse modo, ao árbitro é que fica atribuído o juízo inicial sobre essas questões inerentes ao pacto compromissório.

Com isso é que se sobressai relevante o papel das Cortes de Contas quando atuam previamente à celebração da convenção de arbitragem, visto que nesse momento dos fatos, procedendo ao exame preliminar dos editais e dos contratos, poderão ser emitidas recomendações e/ou orientações para que a Administração faça os pertinentes ajustes no pacto que irá celebrar.

Por outro lado, desenvolve-se o raciocínio quando o Tribunal for exercer sua própria competência para aplicação de sanção, sendo o fato oriundo do resultado da arbitragem. Registra-se a sucinta diferença, pois nesse caso não se discutirá a validade ou eficácia da convenção, mas o seu âmbito material exatamente. Nesta hipótese, para verificar ser caso de impor sanção, competirá ao Tribunal fazer a competente instrução do feito, para constatar que o tema submetido à arbitragem, seja elementar para a incidência da sanção a ser aplicada (PEREIRA, 2019, p. 83).

Ademais, é importante verificar também, se há um limite revisional que pode ser levado a efeito pela autoridade encarregada de controle. É entendimento comum de que o mérito do ato administrativo não seria arbitrável, mas leciona César Pereira, “essa afirmação envolve uma confusão entre o processo e o seu resultado”, pois “a arbitrabilidade não tem a ver com o limite de revisão, mas com o processo para promovê-la” (PEREIRA, 2019, p. 71). Ora, podendo se discutir em um processo a verificação de validade do ato, sem que haja a obrigatoriedade de submissão da demanda ao Judiciário, a questão é passível de arbitragem.

De outra monta, é a discussão sobre a sentença arbitral adentrar no cerne da decisão administrativa. E, nesse aspecto, a resposta há de ser negativa, sendo indiferente tratar-se do Poder Judiciário ou do Juízo Arbitral. A função administrativa é protegida constitucional e, por isso, há impedimento para que as razões de conveniência e oportunidade sejam revistas, tanto por um, quanto por outro.<sup>34</sup>

Não é esta a discussão sobre controlar a discricionariedade do administrador, pois o elemento essencial ao controle, judicial ou arbitral, é determinável diante dos requisitos de validade do ato administrativo, seus pressupostos e modo de prática. Nessa senda, todos estes

---

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

<sup>34</sup> Convém lembrar que o entendimento atualizado da jurisprudência e doutrina administrativistas é que, sim, é possível a revisão de atos discricionários caso eles violem preceitos constitucionais, em especial os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

aspectos são sindicáveis e, havendo pacto arbitral, competirá ao árbitro na sentença que dirimir o conflito efetuar a sinalização de algum item não alcançado por sua competência controladora.

Diante dessas considerações é que se sustenta o argumento de não ser possível ao Tribunal de Contas de União sindicarem a sentença arbitral, sob pena de desrespeitar os preceitos da convenção de arbitragem, o disposto na legislação atinente à matéria e, notadamente, a competência do árbitro ou do tribunal arbitral para julgar a controvérsia.

### **3. A ARBITRAGEM NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO APÓS O ADVENTO DA LEI FEDERAL 13.129/2015**

Em termos de arbitragem envolvendo a Administração Pública, a jurisprudência do TCU tem oscilado bastante ao longo dos anos, mostrando-se mais refratária ao seu uso em seus julgados iniciais. Posteriormente, embora de forma ainda controversa, evidencia-se mais receptiva ao instituto à medida em que se passa a compreendê-lo melhor e, ao mesmo tempo, em que se implementam no ordenamento jurídico alterações legislativas esparsas, abrindo caminho para a participação do Poder Público.

Em verdade, diverso do que se deu no âmbito do Poder Judiciário, notadamente em torno da jurisprudência capitaneada pelo STJ, o TCU por muito tempo colocou em dúvida a possibilidade de se inserir cláusulas de arbitragem em contratos administrativos, demonstrando uma visão demasiadamente restritiva à sua utilização (JUNQUEIRA, 2019, p. 165). Assim, já sob a vigência da LA, o TCU se mostrou contrário à participação da Administração Pública embasado em dois pressupostos: ausência de lei específica autorizando a arbitragem na Administração Pública e a ofensa ao princípio da indisponibilidade do direito público (PARADA, 2016, p. 169).

Apesar de constar em diversos diplomas legais autorização expressa para inclusão de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos, foi somente com o advento da Lei Federal 13.129/2015, alterando a LA, que a controvérsia acerca da possibilidade de participação da Administração Pública, pelo menos no tocante à arbitrabilidade subjetiva, restou dirimida (MELLO, 2015, p. 54). Finalmente, superou-se a celeuma conferida pela interpretação resistente do TCU acerca da inexistência no ordenamento jurídico de autorização legislativa específica para a Administração Pública participar de arbitragens.

Realmente, com a consolidação da Lei Federal 13.129/2015 conferiu-se maior respaldo normativo e segurança jurídica às cláusulas arbitrais constantes dos editais de licitação e contratos administrativos, reduzindo, via de consequência, as dúvidas, as divergências pontuais e os riscos de reprimenda posterior por parte dos órgãos de controle externo em derredor da legalidade da participação da Administração Pública em arbitragens.

Diante desse contexto, nos tópicos subsequentes será analisada empiricamente a evolução da jurisprudência do TCU em matéria de arbitragem envolvendo a Administração Pública, antes e após a vigência da Lei Federal 13.129/2015, a fim de averiguar se atualmente há uma maior aceitação do instituto pelo TCU e em que bases jurídicas argumentativas. Na oportunidade, serão analisados também alguns reforços legislativos à arbitragem envolvendo a

Administração Pública consolidados após a Lei 13.129/2015, destacando-se, ao final, os seus principais aspectos e contribuições.

### **3.1 O ESTADO DA ARTE DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DO TCU ANTES DA LEI 13.129/2015**

A fim de compreender a linha de entendimento perfilhada pelo TCU antes da vigência da LA e a evolução do tema envolvendo o setor público, é imperioso destacar, de imediato, as decisões do Plenário nº 286/93<sup>35</sup> (BRASIL, 1993) e nº 763/94<sup>36</sup> (BRASIL, 1994), que em termos gerais assentam posicionamento totalmente impeditivo ao uso do instituto pela Administração Pública.

Ao buscar demonstrar a falta de autorização legal expressa para submeter a Administração Pública à arbitragem, o TCU construiu o entendimento de que a Lei nº 8.666/1993 deixou de prever expressamente a utilização da arbitragem quando revogou o §13 do artigo 25 e o parágrafo único do artigo 45, ambos dispositivos do Decreto-Lei 2.300/1986<sup>37</sup>, que continham a previsão de instauração de juízo arbitral (NASCIMBENI; RAMIRES, 2018, p. 130-131).

Além disso, assinalou o TCU que, em se tratando de matéria contratual, as normas de direito privado devem guardar compatibilidade com os princípios básicos de direito público, o que não se verificaria em matéria de arbitragem tendo como parte a Administração Pública. Nessa linha de exegese, a decisão do TCU seguiu o posicionamento prévio do MP/TCU e da unidade técnica do órgão, ratificando o entendimento de que inexistia lei específica autorizando o uso da arbitragem pela Administração Pública e que a sua utilização malferiria as prerrogativas do Poder Público e os princípios administrativos (PARADA, 2016, p. 171-172).

No que se refere ao argumento da ausência de lei específica a permitir a utilização da arbitragem pela Administração Pública, notadamente após a revogação do Decreto-Lei nº 2.300/1986 pela Lei nº 8.666/93, cumpre pontuar que esse posicionamento se apresenta bastante equivocado. Isso porque se por um lado não houve reprodução expressa do aludido dispositivo na Lei nº 8.666/93, por outro isso está longe de representar rejeição do instituto da arbitragem

---

<sup>35</sup> Relator ministro Homero Santos, julgado em 15 de julho de 1993.

<sup>36</sup> Relator ministro Carlos Átila Álvares da Silva, julgado em 13 de dezembro de 1994.

<sup>37</sup> Art. 45. São cláusulas necessárias em contrato a que estabeleçam: 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, no artigo 25, permitido nesse caso o Juízo arbitral.

em contratos administrativos. Em verdade, o que houve foi apenas a revogação da ressalva que permitia o compromisso arbitral conferida ao parágrafo único do artigo 45 do citado Decreto-Lei, resultando, então, na supressão de norma proibitiva à utilização da arbitragem pela Administração Pública e não o contrário (NASCIMBENI; RAMIRES, 2018, p. 131-132).

Quanto à assertiva de que a inserção de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos representaria violação às prerrogativas e aos princípios próprios da Administração Pública, é forçoso reconhecer a confusão estabelecida pelo TCU. Isso porque não há como se sustentar o argumento de que a simples previsão de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos obstará a Administração Pública de valer-se das suas prerrogativas contratuais previstas em lei, tampouco há de se confundir disponibilidade de interesse público com disponibilidade de interesse patrimonial, que poderia de ser tranquilamente submetido ao juízo arbitral (PARADA, 2015, p. 139).

Ao que se constata, o período que antecede o ingresso da LA no ordenamento jurídico foi o momento em que a jurisprudência do TCU se mostrou mais impeditiva à utilização do instituto pela Administração Pública. Assim, após a vigência da LA estabeleceu-se a possibilidade de “pessoas” capazes virem a participar de arbitragem visando a resolução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis<sup>38</sup>. Por certo, diante da clareza da norma que não fez qualquer distinção entre serem essas “pessoas” de direito público ou privado, esse dispositivo alcançaria também a Administração Pública.

Todavia, a jurisprudência do TCU, ressalvados alguns avanços pontuais, não conseguiu se afastar desse viés impeditivo da adoção da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos, limitando-se a reproduzir os fundamentos delineados anteriormente à vigência da LA, quais sejam: a ausência de lei formal autorizativa específica e a indisponibilidade do interesse público. Assim, o TCU, reafirmando as balizas constantes da decisão do Plenário nº 286/93 (BRASIL, 1993) e nº 763/94 (BRASIL, 1994), assentou que careceria de amparo legal a previsão de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos. Quer dizer que para o TCU não seria suficiente a vigência da LA para suprir essa exigência, entendendo que a arbitragem seria incompatível com a relação pública entabulada entre o particular e a Administração Pública e, por via de consequência, buscar insistir na sua utilização ofenderia o princípio da indisponibilidade do interesse público (PARADA, 2016, p. 179).

---

<sup>38</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Em acórdão do Plenário nº 587/03<sup>39</sup>, o TCU assinalou que a arbitragem é incompatível com a regime jurídico administrativo por colidir com o princípio da indisponibilidade do interesse público e, por conta disso, determinou que o DNER suprimisse as cláusulas de arbitragem constantes dos seus contratos (PEREIRA, 2019, p. 84).

Já no acórdão do Plenário nº 906/03 (BRASIL, 2003b)<sup>40</sup>, o TCU reafirmou sua jurisprudência constante da supracitada decisão Plenário nº 286/93(BRASIL, 1993), aduzindo que não existe amparo legal para a utilização de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos, se admitindo apenas, excepcionalmente, em contratos de concessões públicas, conforme entendimento consubstanciado na decisão Plenário nº 188/95<sup>41</sup>(BRASIL, 1995), diante da exegese conferida ao inciso XV do artigo 23 da Lei 8.987/95<sup>42</sup>. Devido a isso, determinou-se a exclusão da cláusula de arbitragem prevista no contrato administrativo celebrado com a Construtora OAS (NASCIMBENI; RAMIRES, 2018, p. 137).

Nos acórdãos do Plenário nº 584/03<sup>43</sup> (BRASIL, 2003) e nº 537/06<sup>44</sup> (BRASIL, 2006a), o TCU passou a enfrentar de forma explícita a superveniência e vigência da LA, notadamente a questão da arbitrabilidade subjetiva, concluindo, mais uma vez, que não restou superada a exigência de lei específica para adoção do juízo arbitral em contratos administrativos e que a arbitragem não se compatibiliza com a esfera da Administração Pública por cuidar de direito patrimonial indisponível, no caso, o fornecimento de energia elétrica, na contramão de direção do entendimento do STJ. E, por conta disso, determinou que a CBEE suprimisse as cláusulas de arbitragem constantes dos seus contratos (PARADA, 2016, p. 183).

O mesmo se sucedeu com os acórdãos do Plenário nº 1.271/05<sup>45</sup> (BRASIL, 2005c) e nº 1.099/06<sup>46</sup> (BRASIL, 2006b) em que o TCU afastou as cláusulas de arbitragem dispostas em contratos administrativos, sob fundamento de inexistir expressa autorização legal e por ofensa aos princípios de direito público, determinando ao DNIT que em licitações posteriores não mais constassem cláusulas de arbitragem em seus editais e contratos (RODI, 2016).

---

<sup>39</sup> Relator ministro Adylson Motta, julgado em 28 de maio de 2003.

<sup>40</sup> Relator ministro Lincoln Magalhães da Rocha, julgado em 16 de julho de 2003.

<sup>41</sup> Relator ministro Bento José Bugarin, julgado em 22 de agosto de 1995.

<sup>42</sup> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:  
XV – ao foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais.

Art. 23-A. O contrato de concessão preverá prever o emprego de mecanismos privados para a 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.

<sup>43</sup> Relator ministro Ubiratan Aguiar, julgado em 10 de abril de 2003.

<sup>44</sup> Relator ministro Walton Alencar Rodrigues, julgado em 14 de março de 2006.

<sup>45</sup> Relator ministro Benquerer Costa, julgado em 24 de agosto de 2005.

<sup>46</sup> Relator ministro Augusto Nardes, julgado em 02 de maio de 2006.

Depreende-se dos julgados citados que, em linhas gerais, o TCU continuou reverberando o entendimento constante do paradigma inaugurado pelo acórdão Plenário nº 286/93 (BRASIL, 1993), rechaçando o instituto da arbitragem em contratos administrativos sob o pálio da indisponibilidade do interesse público e da ausência de lei específica autorizativa, com exceção dos contratos regidos pela Lei nº 8.987/95. Com efeito, ao que tudo indica, as premissas fixadas nessas decisões foram equivocadas, fundadas numa visão anacrônica acerca desses princípios, não se harmonizando com a melhor exegese jurídica realizada em torno do tema.

Acerca desse entendimento descompassado do princípio da legalidade, ancorado numa suposta ausência de autorização expressa na LA, não é ocioso dizer que essa interpretação errônea decorre de um viés conservador do direito administrativo, que não encontra eco na doutrina majoritária, em que se impunha ao administrador fazer somente o que estaria autorizado em lei, tornando-o um mero executor do comando normativo, sem qualquer espaço criativo para interpretar e aplicar o direito (OLIVEIRA, 2015, p. 62-63).

Hodiernamente, a atuação administrativa não se restringe ao mero cumprimento da lei. Há consolidada percepção de que o agente público não é um mero executor da lei, mas um gestor da coisa pública, o que justifica, inclusive, a possibilidade da tomada de decisões discricionárias. Muito além disso, esse agir deve-se pautar pela efetivação dos direitos fundamentais, salvaguardando ao máximo os princípios constitucionais, dentre os quais o da juridicidade, que submete toda essa atividade à lei e ao Direito. Esse princípio sobreleva a importância do Direito como um todo, que deve ser interpretado sempre à luz do que se nominou de “bloco de legalidade”, exigindo muito mais do que adequação da atividade administrativa a uma lei específica, mas sobretudo conferindo maior relevo e amplitude à noção de legitimidade do Direito (OLIVEIRA, 2015, p. 63).

Ademais, ao insistir na premissa de que faltaria autorização legislativa expressa para a utilização da arbitragem no âmbito da Administração Pública, o TCU interpreta de forma equivocada o princípio da legalidade administrativa, renegando, por assim dizer, outros princípios administrativos também caros ao ordenamento jurídico, como o da eficiência, da razoabilidade e da economicidade e despreza todas as vantagens que a arbitragem oferece como método heterocompositivo de solução de litígios (FONTOURA, 2014, p. 468).

Diverso do posicionamento do TCU constante das decisões retromencionadas, quando a LA estabeleceu em seu artigo 1<sup>o</sup><sup>47</sup> que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da

---

<sup>47</sup> Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

arbitragem”, não houve qualquer ressalva à participação da Administração Pública, devendo-se interpretar o “as” como “todas”, de modo a abarcar “todas as pessoas” que detenham capacidade para contrair direitos e obrigações. Com efeito, não deveria haver qualquer óbice à participação da Administração Pública em matéria de arbitragem, pela clareza da norma (LEMES, 2007a, p. 120-121).

Quanto à suposta ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público vislumbrada pelo TCU, ao analisar a validade das cláusulas de arbitragem inseridas em editais de licitação e contratos administrativos, é preciso assinalar que se trata de mais um equívoco hermenêutico cometido por esse órgão de controle. A confusão que se estabeleceu em torno do conceito de indisponibilidade do interesse público e de direitos patrimoniais disponíveis resultou em diversas decisões impeditivas à utilização da arbitragem pela Administração Pública, decisões essas carentes de fundamentação e que não esclarecem o real significado para o TCU desses conceitos jurídicos indeterminados (PARADA, 2016, p. 181-182).

Já em acórdão Plenário nº 1.330/07<sup>48</sup> o órgão de controle mostrou-se um pouco mais flexível, reiterando o seu posicionamento acerca da possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir conflitos porventura existentes entre as partes relacionados a contratos de PPP, por entender que o princípio da legalidade se encontra suficientemente respaldado pela previsão expressa no artigo 11 da Lei nº 11.079/2004<sup>49</sup> (RODI, 2016).

Em acórdão Plenário nº 2.573/12<sup>50</sup>, o TCU mais uma vez retrocedeu em matéria de arbitragem, mais especificamente no que tange à arbitrabilidade objetiva, entendendo incabível a previsão e a discussão de matéria envolvendo reequilíbrio econômico-financeiro e revisão tarifária em sede de juízo arbitral em contrato de concessão da Rodovia BR 101/ES/BA. (PEREIRA, 2019, p. 85). Devido a isso, o TCU recomendou que a ANTT previsse expressamente no contrato de concessão em questão a inaplicabilidade da arbitragem para dirimir conflitos desse jaez. (NASCIMBENI; RAMIRES, 2018, p. 149).

Finalmente, em acórdão do Plenário nº 2.145/13<sup>51</sup>, o TCU deu um passo importante em prol do instituto da arbitragem envolvendo a Administração Pública. Ao reexaminar seu posicionamento anterior, mais restritivo, passou a permitir a utilização da arbitragem pelas

---

<sup>48</sup> Relator ministro Raimundo Carreiro, julgado em 05 de julho de 2007.

<sup>49</sup> Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§3º e 4º do art. 15, 18, 19 e 21 da Lei 8.987/1995.

III – 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 9.307/1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

<sup>50</sup> Relator ministro Raimundo Carreiro e redator para Acórdão ministro Walton Alencar Rodrigues Nardes, julgado em 26 de setembro de 2012.

<sup>51</sup> Relator ministro Benjamim Zymler, julgado em 14 de agosto de 2013.

sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, desde que houvesse justificativa técnica ou econômica e compatibilidade com a prática de mercado (PARADA, 2016, p. 191-192).

### **3.2 O REFORÇO LEGISLATIVO AO USO DA ARBITRAGEM PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA ÚLTIMA REFORMA DA LEI 9.307/1996**

#### **3.2.1 Lei Federal nº 13.129/2015**

Em 26 de maio de 2015, foi sancionada a Lei nº 13.129/2015 que alterou a LA, regulamentando de forma mais precisa a matéria e dando maior amplitude ao tema da arbitragem envolvendo a Administração Pública.

Dentre as alterações promovidas, a lei trouxe de forma expressa em seu artigo 1º, §§1º e 2º<sup>52</sup>, a possibilidade de a Administração Pública participar de arbitragem para solucionar conflitos relacionados a direitos patrimoniais disponíveis, proibindo, todavia, o uso da equidade e salvaguardando o princípio da publicidade.

Assim, a nova alteração normativa conferiu maior segurança jurídica ao gestor público, atenuando algumas dúvidas e controvérsias até então existentes nos debates jurídicos acerca da legalidade da arbitragem na administração pública, diminuindo, dessa forma, o risco de controle posterior por parte dos Tribunais de Contas (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Vale dizer que a nova lei conseguiu atenuar algumas desconfiças e entraves visualizados em alguns julgados, especialmente do TCU, acerca da utilização da arbitragem pela Administração Pública e da sua relação com o princípio da indisponibilidade do interesse público (VALLE, 2018, p. 219).

No contexto normativo anterior a Lei nº 13.129/2015, muito se debatia no âmbito do TCU a necessidade ou não de lei prévia que autorizasse a Administração Pública a participar de arbitragens. Após muitas discussões, já numa evolução menos restritiva por parte daquele órgão de controle, afastou-se essa exigência em algumas situações pontuais, como nas hipóteses de arbitragens envolvendo empresas públicas e sociedades de economia mista, sob o

---

<sup>52</sup> 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 litígios 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.

fundamento de que haveria nesses casos uma autorização genérica conferida a ambas pelo texto constitucional, que teria lhes emprestado o mesmo tratamento dispensado às empresas do setor privado, se amoldando ao regramento contido no *caput* do artigo 1º da antiga lei (ROCHA, 2016, p. 9).

No cenário atual, a discussão acerca da necessidade ou não de lei prévia que autorize a Administração Pública a participar de uma arbitragem perde espaço com a chegada da Lei nº 13.129/2015, superando-se, finalmente, as dúvidas porventura existentes em torno da arbitrabilidade subjetiva. O debate agora restringe-se à arbitrabilidade objetiva, quer dizer, os litígios envolvendo a Administração Pública que podem ser objeto de arbitragem e do procedimento a ser implementado, a fim de compatibilizar as especificidades própria da arbitragem com o regime jurídico de direito público. (OLIVEIRA, 2017).

Por sua vez, o §3º do artigo 1º da Lei nº 13.129/2015<sup>53</sup> dispõe que é vedado o julgamento por equidade, em atenção ao princípio da estrita legalidade, com suporte constitucional estabelecido pelo *caput* do seu artigo 37<sup>54</sup>. Além disso, consta também menção expressa de que a arbitragem que envolva a Administração Pública deverá se dar em conformidade com o princípio constitucional da publicidade.

Nesse contexto, é de se reconhecer que não é permitido que um conflito submetido à arbitragem possa adotar soluções não previstas no ordenamento jurídico pátrio, causando uma fissura no Estado de Direito. Todavia, conforme dito anteriormente, isso não pode representar óbice a julgamentos arbitrais embasados nos múltiplos princípios jurídicos inerentes à Administração Pública, consignados de forma expressa ou implícita na Constituição Federal e demais dispositivos infraconstitucionais, tais como os da proporcionalidade, razoabilidade, economicidade, boa-fé e segurança jurídica (SARAIVA, 2019, p. 28).

Quanto à controvérsia existente em torno do princípio da publicidade e da confidencialidade em matéria de arbitragem, que sempre foi tema de muitos questionamentos por parte do TCU quando se deparava com a participação da Administração Pública, consoante também já foi exposto, agora com o advento da Lei Federal nº 13.129/2015, finalmente, tornou-se uma questão superada.

---

<sup>53</sup> Art. 1º. Os arts. 1º, 2º, 4º, 13, 19, 23, 30, 32, 33, 35 e 39 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passam a vigorar com a seguinte redação:

§3º. A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

<sup>54</sup> Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também ao seguinte.

Enfim, após o advento da Lei nº 13.129/2015 muitos dos argumentos do TCU contrários à ideia de participação da Administração Pública em arbitragens restaram superados, principalmente a questão da arbitrabilidade subjetiva. Assim, embora se constate que ainda remanescem algumas dúvidas acerca da arbitrabilidade objetiva, a exemplo da exata compreensão do termo “direitos patrimoniais disponíveis”, há de se reconhecer que as alterações implementadas pela nova legislação representam significativo reforço à institucionalização da arbitragem na Administração Pública, garantindo maior respaldo jurídico aos julgamentos futuros emanados do TCU.

### **3.2.2 Decreto Federal nº 10.025/2019.**

Em 23 de setembro de 2019, foi publicado Decreto 10.025/2019, regulamentando a arbitragem como método alternativo de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal e o particular, nos setores portuário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Na linha do que já dispõe a LA, o Decreto assinala em seu artigo 2<sup>o</sup><sup>55</sup> que só poderão ser submetidas à arbitragem divergências sobre direitos patrimoniais disponíveis e traz um rol exemplificativo das matérias arbitráveis, o que é um facilitador ante a dificuldade prática de compreender o alcance da expressão “patrimoniais disponíveis” (OLIVEIRA, 2019, p. 32).

Em seu artigo 3<sup>o</sup><sup>56</sup>, o Decreto estabelece algumas diretrizes para o procedimento arbitral. Dentre as quais, destaca-se a diretriz de que a arbitragem será exclusivamente de direito, ou seja, vedada a arbitragem por equidade, exigindo-se o uso do vernáculo português, a aplicação do direito material pátrio, que a arbitragem seja realizada no Brasil e que a decisão administrativa contestada na arbitragem seja definitiva, não havendo, contudo, uma exigência

<sup>55</sup> Art. 2º. Poderão ser submetidas à arbitragem controvérsias sobre direito patrimoniais disponíveis.

<sup>56</sup> Art. 3º. A arbitragem que trata este Decreto observará as seguintes condições:

I – será admitida exclusivamente a arbitragem de direito;

II – as regras de direito material para fundamentar a decisão arbitral serão as da legislação brasileira;

III – a arbitragem será realizada na República Federativa do Brasil e em língua portuguesa;

IV – as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira;

V – a arbitragem será, preferencialmente, institucional;

VI – uma câmara arbitral previamente credenciada pela Advocacia Geral da União deverá ser escolhida para compor o litígio; e

VII – a decisão administrativa contestada na arbitragem deverá ser definitiva, assim considerada aquela insuscetível de reforma por meio de recurso administrativo.

§1º. Exceto se houver convenção entre as partes, caberá à câmara arbitral fornecer o acesso às informações de que trata o inciso IV do caput.

§2º. Fica vedada a arbitragem por equidade.

§3º. Observado o disposto no inciso V do caput, será admitida a opção pela arbitragem ad doc, desde que devidamente justificada.

de exaurimento de todos os recursos administrativos para se viabilizar a instauração da arbitragem (PEREIRA, 2019, p. 5).

Além disso, o artigo 3º privilegia a arbitragem institucional ao exigir que a arbitragem *ad hoc* seja devidamente justificada, tendo em vista as vantagens com eficiência e previsibilidade que aquela oferece. Discorrendo sobre o assunto, Felipe Faiwichow Estefam leciona que:

(...) do ponto de vista prático, é conveniente o fornecimento de infraestrutura específica para a realização de audiências, oitivas, reuniões, assim como para a conservação dos documentos a serem compulsados ao longo do processo. Ademais, a arbitragem institucional assegura que a administração da arbitragem seja feita de uma maneira mais organizada, previsível, eficiente e segura.

Tecnicamente, pois, a arbitragem institucional se alinha com o princípio constitucional da eficiência de modo mais adequado. Afinal, a relação processual fica presidida por uma instituição especializada, e não pela pessoa natural, que exerce, tipicamente, o papel de julgar, e não o de administrar. (ESTEFAM, 2019, p. 6).

O artigo 3º, em seu inciso IV, tratou também da questão da publicidade na arbitragem, em deferência ao quanto disciplinado pelo artigo 2º, §3º, da LA, prevendo a divulgação das informações constantes do processo de arbitragem, com exceção daquelas que versem sobre segredos industriais, comerciais, bem como as sigilosas pela legislação pátria, cabendo às câmaras de arbitragem a divulgação das informações acerca das arbitragens sob seus cuidados, salvo quando houver convenção diversa entre as partes.

Apesar da referida norma aplicar-se, via de regra, apenas às arbitragens futuras, quer dizer, após a sua vigência, consta previsão expressa no texto de possibilidade de aditamento dos contratos administrativos celebrados anteriormente a sua edição para inserção de cláusula compromissória, sendo facultado ainda a celebração de compromisso arbitral, nos termos do que dispõem os artigos 5º, §3º<sup>57</sup> e 6º, §2º<sup>58</sup> do Decreto.

Apesar de o instituto da arbitragem ser reconhecidamente um procedimento muito mais célere se comparado com o processo judicial, o legislador achou por bem em inserir no artigo

---

<sup>57</sup> Art. 5º. Os contratos de parceria abrangidos por este Decreto poderão conter cláusula compromissória ou cláusula que discipline a adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias.

§3º. Os contratos que não contiverem cláusula compromissória ou possibilidade de adoção alternativa de outros mecanismos adequados à solução de controvérsias poderão ser aditados, desde que seja estabelecido acordo entre as partes.

<sup>58</sup> Art. 6º. Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.

§2º O compromisso arbitral poderá ser firmado independentemente de celebração prévia de termo aditivo de que trata o §3º do caput do art. 5º.

8<sup>59</sup> do Decreto um prazo de 24 (vinte e quatro) meses para apresentação de sentença arbitral, prorrogável por uma vez, mediante ajuste entre as partes, desde que não se exceda o prazo de 48 (quarenta e oito) meses.

Acerca dos custos com a arbitragem, o artigo 9<sup>60</sup> do Decreto segue a regra geral de antecipação pelo contratado, sendo reembolsado no final, acaso exitoso na demanda. Assim, a Administração Pública não está isenta do pagamento dos custos da arbitragem, há apenas um diferimento dessa cobrança, tal como ocorre na esfera judicial, desde que sobrevenha uma sentença arbitral desfavorável.

O artigo 10<sup>61</sup> do Decreto versa sobre o credenciamento e escolha da câmara de arbitragem, estabelecendo requisitos mínimos, tais como funcionamento da instituição arbitral por pelo menos 03 (três) anos, idoneidade, experiência na condução dos trabalhos e regulamento próprio em português, além de outros requisitos que a AGU julgue necessários, dispondo ainda em seu artigo 11<sup>62</sup> que a convenção de arbitragem poderá facultar ao contratado a escolha dessa câmara de arbitragem (PEREIRA, 2019, p. 7).

Quanto ao processo de escolha dos árbitros, o Decreto exigiu em seu art. 12<sup>63</sup> capacidade civil, conhecimento compatível com o litígio - expertise, capacidade técnica e especializada para lidar com a matéria - além de não incorrer em hipóteses de impedimentos ou suspeições previstas no Código de Processo Civil Brasileiro.

---

<sup>59</sup> Art. 8º. No procedimento arbitral, deverão ser observados os seguintes prazos:

I – o prazo mínimo de sessenta dias para resposta inicial; e

II – o prazo máximo de vinte quatro meses para a apresentação da sentença arbitral, contado da data da celebração do termo de arbitragem.

Parágrafo único. O prazo que se refere o inciso II do caput poderá ser prorrogado uma vez, desde que seja estabelecido acordo entre as partes e que o período não exceda quarenta e oito meses.

<sup>60</sup> Art. 9º. As custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral, em especial.

I – as custas da instituição arbitral; e

II – o adiantamento dos honorários arbitrais.

<sup>61</sup> Art. 10º. O credenciamento da câmara arbitral será realizado pela Advocacia Geral da União e dependerá do atendimento aos seguintes requisitos mínimos:

I – estar em funcionamento regular como câmara arbitral há, no mínimo, três anos;

II – ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de procedimentos arbitrais; e

III – possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa.

<sup>62</sup> Art. 11. A convenção de arbitragem poderá estipular que a indicação da câmara arbitral que administrará o procedimento arbitral será feita pelo contratado, dentre as câmaras credenciadas na forma prevista no art. 10.

<sup>63</sup> Art. 12. Os árbitros serão escolhidos nos termos estabelecidos na convenção de arbitragem, observados os seguintes requisitos mínimos:

I – estar no gozo de plena capacidade civil;

II – deter conhecimento compatível com a natureza do litígio; e

III – não ter, com as partes ou com o litígio que lhe for submetido, relações que caracterizam as hipóteses de impedimento ou suspeição de juízes, conforme previsto na Lei nº 13.105 de 2015 – Código de Processo Civil, ou outras situações de conflito de interesses previstas em lei ou reconhecidas em diretrizes internacionalmente aceitas ou nas regras da instituição arbitral escolhida.

Por último, outro ponto que merece ser destacado é o art. 15<sup>64</sup> do Decreto que estabeleceu outra forma de cumprimento da sentença arbitral diversa do sistema de precatório e requisição de pequeno valor, o que aparentemente segue ao encontro da almejada consensualidade administrativa.

Enfim, o Decreto 10.025/2019 representa mais um avanço na consolidação da arbitragem na Administração Pública e, certamente, acaba por influenciar também a jurisprudência atual do TCU.

### **3.2.3 Lei Federal nº 14.133/2021**

No dia 1º de abril de 2021, entrou em vigor a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Federal nº 14.133/2021, que também trouxe contribuições importantes à arbitragem na Administração Pública, reforçando a possibilidade de sua utilização, até então alvo de muitos questionamentos por parte do TCU sob o prisma da Lei nº 8.666/1993.

Como é sabido, por muito tempo prevaleceu o entendimento de que não seria possível a arbitragem na Administração Pública, sob o fundamento de inexistir previsão legal para tanto. O TCU, em especial, consoante já explicitado em diversos dos seus julgados, afirmou que a arbitragem no setor público não teria sido admitida pela Lei nº 8.666/1993, não se harmonizando com os princípios e postulados básicos de direito público.

Por conta disso, muita das vezes, o gestor público mostrava-se receoso de incluir cláusulas compromissórias em editais e contratos administrativos. Não encontrava, pelo menos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 1993, autorização expressa e literal ao uso da arbitragem pela Administração Pública que lhe conferisse segurança jurídica e respaldo junto aos órgãos de controle.

Com edição da Lei Federal nº 14.133/2021, a discussão acerca da possibilidade de inserção de cláusulas de arbitragem em contratos administrativos passa a ganhar novos

---

<sup>64</sup> Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso.

§2º. O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de:

I – instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro;

II – compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448/2017.

III – atribuição de pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira.

contornos, ao tratar de forma expressa e contudente o instituto, suprimindo uma suposta lacuna da Lei Federal nº 8.666/1993:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

(...)

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

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

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

A partir da leitura dos referidos dispositivos legais, percebe-se uma evolução normativa muito significativa por parte da Lei nº 14.133/2021. Enquanto a Lei nº 8.666/1993 quase nada dispôs acerca da arbitragem, limitando-se a dizer apenas que o Brasil poderia aceitá-la em contratos internacionais, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos dedicou um capítulo específico à matéria.

Assim, o artigo 151 da Lei nº 14.133/2021 trouxe um rol exemplificativo do que pode ser dirimido pela arbitragem, dando uma noção do que se entende por direito patrimonial disponível, seguindo o que já vinha sendo adotado em outros textos normativos, a exemplo do Decreto Federal nº 10.025/2019<sup>65</sup>, bem como em enunciados da 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios da CEJ/CJF<sup>66</sup> (realizada nos dias 22 e 23 de agosto de 2016

<sup>65</sup> Art. 2º. Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.

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

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

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

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

<sup>66</sup> Enunciado 13. Podem ser objeto de arbitragem relacionada à Administração Pública, dentre outros, litígios relativos: I – ao inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes; II – à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, cláusulas financeiras e econômicas. Disponível em: <<https://cej.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>> Acesso em: 06.05.2021.

em Brasília-DF) e da 1ª Jornada de Direito Administrativo<sup>67</sup> (realizada nos dias 03 a 07 de agosto de 2020 em Brasília-DF).

Dentre as matérias arbitráveis, elencaram-se aquelas relacionadas ao “restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, ao que parece medida escorreita, principalmente quando se tem em mente que essa matéria já foi objeto de acirrada discussão judicial em episódio ocorrido em 2016, o Caso Libra. Nessa ocasião se questionava, dentre outras coisas, o artigo 2º, inciso II, do Decreto Federal nº 8.465/2015<sup>68</sup>, concernente aos contratos de concessões de portos. Além disso, esse dispositivo esclarece que o inadimplemento de obrigações contratuais é matéria de arbitragem, inclusive as suas consequências pecuniárias, mitigando a ideia da indisponibilidade do Estado em relação às penalidades aplicadas.

Vale dizer que se por um lado é verdade que aquelas matérias exorbitantes previstas como subjacentes em alguns contratos administrativos são prerrogativas da Administração Pública, por outro, as suas consequências financeiras podem sim se sujeitar à arbitragem.

Já em seu artigo 152, a Lei assinala que a arbitragem deve ser de direito em observância ao princípio da legalidade, vedando-se o emprego da equidade. Nesse particular, vale ressaltar que o que a Lei veda é a equidade substitutiva, ou seja, aquela em que o árbitro julga de acordo com o seu real saber e entender, de acordo com os seus critérios pessoais de justiça, mas não a equidade corretiva, interpretativa, supletiva e quantificadora, comumente praticada na aplicação do direito. Ainda esse dispositivo, em sua parte final, impõe que seja observado o princípio constitucional da publicidade, atendendo a uma exigência constitucional que também já constava da LA após a reforma implementada pela Lei Federal nº 13.129/2015.

Por sua vez, o artigo 153 da Lei se posiciona favoravelmente, de forma clara e objetiva, acerca da possibilidade de o Estado firmar compromisso arbitral por intermédio de aditamento contratual em que não houve cláusula compromissória no edital do certame e contrato.

Por último, em seu artigo 154, a Lei cuidou de tratar do processo de escolha dos árbitros e câmaras arbitrais, elencando alguns princípios a serem seguidos. Quanto a essa temática, vale o registro de que com o início da participação da Administração Pública em arbitragens, muito se discutiu acerca da necessidade de realização de abertura de processo licitatório para a escolha

---

<sup>67</sup> Enunciado 19. As controvérsias acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas (Dispute Board) e a arbitragem. Disponível em <<https://cjf.jus.br/enunciados/pesquisa/resultado>> Acesso em: 06 mai. 2021.

<sup>68</sup> Art. 2º. Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto de arbitragem de que trata o Decreto:

II – questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

de árbitros ou de instituições arbitrais. Após muito se debater, o entendimento doutrinário majoritário é de que o árbitro não presta um serviço ao Estado, em verdade ele é um terceiro indicado pelas partes que firma com elas contrato de investidura, que é contratual na fonte e jurisdicional no objeto, tendo uma série de peculiaridades que não se adequam ao processo de licitação.

Enfim, há de se compreender que a Lei Federal nº 14.133/2021 representa também outro reforço normativo importante à disseminação da arbitragem no seio da Administração Pública que, juntamente com os demais instrumentos normativos, certamente, impõe ao TCU uma revisitação da sua jurisprudência.

### **3.3 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS DECISÕES DO TCU EM MATÉRIA DE ARBITRAGEM APÓS A LEI 13.129/2015.**

Feito o levantamento das principais decisões do TCU sobre arbitragem na Administração Pública após a Lei Federal nº 13.129/2015, na forma constante da Nota Metodológica, passa-se agora à análise dos acórdãos do Plenário nº 1720/2016, nº 1171/2018, nº 1563/2020, nº 3160/2020 e nº 4037/2020.

#### **3.3.1 Caso Petróleo Brasileiro S.A**

No acórdão do Plenário nº 1720/2016<sup>69</sup>, referente à embargos de declaração contra o acórdão do Plenário nº 425/2016, primeiro julgamento envolvendo a arbitragem na Administração Pública após a vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, o TCU tratou do tema examinando a conduta de subsidiárias estrangeiras da Petrobrás e de seus dirigentes que teria resultado em irregularidades na aquisição da refinaria Pasadena, no Texas (EUA), em virtude de pagamentos adicionais realizados indevidamente.

Embora as razões recursais dirigidas ao TCU não envolvessem a temática da arbitragem, o voto condutor do acórdão do Plenário nº 1720/2016 discorreu sobre o assunto, reconhecendo, inicialmente, a legalidade da cláusula contratual de arbitragem em que previa, na eventualidade de controvérsia entre as partes, a adoção da Lei de Arbitragem dos Estados Unidos e também julgamento perante o tribunal arbitral daquele país. Em sua fundamentação, o relator pontuou que cabe às partes, em atenção ao princípio da autonomia da vontade, escolher livremente em

---

<sup>69</sup> Relator Ministro Vital do Rego, julgado em 06 de julho de 2016.

convenção de arbitragem a lei aplicável ao contrato, tudo isso com suporte na LA e na Lei Federal nº 13.105/2015 – Código de Processo Civil.

Nesse ponto específico, vale salientar que apesar de o relator não ter feito referência às alterações implementadas na LA pela Lei Federal nº 13.129/2015, os comentários realizados em derredor da Lei nº 9.307/96 e do novo CPC prestigiam a arbitragem como método alternativo de solução de controvérsias, em plena expansão interpretativa no âmbito da jurisprudência do TCU (PARADA, 2016, p. 194).

Realmente, nesse primeiro momento, ainda que em tese e mesmo sem fazer menção à Lei Federal nº 13.129/2015, o relator externou posição favorável à cláusula contratual de arbitragem, tendo em vista a autonomia da vontade das partes e “que o contrato traz em seu bojo todas as informações para a resolução do conflito, não havendo espaço para qualquer juízo no Brasil apreciar a matéria”<sup>70</sup>. Reconhece, portanto, o instituto da arbitragem como método adequado de resolução de conflitos também envolvendo a Administração Pública.

Por outro lado, o referido acórdão considerou inexecúvel a decisão arbitral por suposta ofensa à ordem pública nacional, invocando regra de direito internacional privado para invalidar o contrato, acarretando a aplicação do ordenamento jurídico brasileiro, com a consequente jurisdição do TCU para analisar o caso e a anulação da própria sentença arbitral. Vale dizer que o TCU entendeu que a sentença arbitral se amparou em contrato, provavelmente eivado de vontades viciadas, afrontando a ordem pública nacional.

Acerca do controle externo simultâneo exercido pelo TCU em processos de licitação e contrato, é preciso reconhecer que ele se limita ao atendimento da legalidade, legitimidade e economicidade do ato administrativo, estendendo-se essa verificação às minutas de editais dos certames e dos contratos em que foram inseridas cláusulas arbitrais, posto poder envolver dispêndio indevido de recursos públicos. De fato, o TCU pode e deve utilizar-se de instrumentos de controle simultâneo a fim de averiguar as possíveis disfunções com a LA, notadamente quando essas dissonâncias se referem a custos de solução, remanescendo a sua competência mesmo após a assinatura do contrato administrativo.

Todavia, situação bem diversa é o TCU realizar sindicabilidade da sentença arbitral. Ainda que realmente presente algum vício de consentimento quando da celebração do contrato, a LA reserva tão somente ao Poder Judiciário a primazia de anular a sentença arbitral, na forma preconizada em seu artigo 33<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Trecho do voto do Ministro Vital do Rego, p. 13.

<sup>71</sup> Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade de sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

Deveras, o escopo da fiscalização exercida pelo TCU não é a solução de conflitos estabelecido entre as partes signatárias de cláusula de arbitragem, não pode avocar para si a competência do juízo arbitral, sob pena de romper com o princípio da separação dos poderes. De outro lado, deve o TCU ater-se a analisar a juridicidade e a economicidade do ato administrativo negocial que elegeu a arbitragem como método de solução de controvérsia porventura existente.

Nesse contexto, consoante se depreende da análise do acórdão Plenário nº 1720/2016, o TCU, em que pese ter invalidado o contrato administrativo sob fundamentos questionáveis, soube respeitar a competência do juízo arbitral para julgar a controvérsia, o que em certa medida contribui com o fortalecimento do instituto da arbitragem no âmbito da Administração Pública.

### **3.3.2 Caso Libra Terminais S.A**

O acórdão do Plenário nº 1171/2018<sup>72</sup> trata de representação apresentada pela Unidade Técnica do TCU a respeito de indícios de irregularidades identificados na prorrogação antecipada do contrato de arrendamento do Porto de Santos estabelecido entre a União e a empresa Libra Terminais S.A., por ocasião da assinatura do Segundo Termo Aditivo, em que teve como parte intervenientes a CODESP, MPTA, ANTAQ e Libra Terminal 35 S.A.

Na ocasião que antecede a análise do TCU, a Libra Terminais S.A., a SEP/PR, a ANTAQ e a CODESP optaram por realizar transação das questões atinentes ao inadimplemento contratual, encerrando 09 (nove) processos judiciais referentes aos contratos de arrendamento portuário geridos pelo grupo Libra, firmando em seguida Termo de Compromisso Arbitral e definindo que todas essas controvérsias seriam discutidas em arbitragem, tudo isso na forma da LA, com redação dada pela Lei nº 13.129/2015, combinados com a Lei Federal nº 12.815/2013 e Decreto Federal nº 8.465/2015.

Da análise do acórdão do Plenário nº 1171/2018, percebe-se uma postura mais receptiva e respeitosa por parte do TCU em relação à arbitragem desenvolvida no caso, não se levantando qualquer dúvida acerca da eficácia do compromisso arbitral. Essa constatação se revela ao longo do voto condutor.

Ao discorrer acerca da justificativa apresentada pela Libra quanto ao seu baixo desempenho na execução do contrato, alegando descumprimento de obrigações por parte da CODESP, restou consignado no voto total respeito ao princípio da competência-competência

---

<sup>72</sup> Relatora Ministra Ana Arraes, julgado em 23 de maio de 2018.

ao assinalar que não cabe ao TCU substituir ao juízo arbitral e adentrar no mérito das discussões sobre os valores pendentes de pagamento no contrato de arrendamento PRES 32/98.

Mais adiante, a Relatora do aludido acórdão se insurge quanto à demora na instauração do juízo arbitral, realizada somente após dois anos da assinatura do termo aditivo de prorrogação contratual antecipada, determinando, por conta disso, a apuração de responsabilidades, vislumbrando afronta ao artigo 13, §1º, II, do revogado Decreto Federal nº 8.465/2015<sup>73</sup>.

Além disso, restou consignado no referido acórdão a demora para a prolação da sentença arbitral, inicialmente fixada para ser apresentada em 24 meses a contar da data de eficácia do compromisso arbitral, todavia adiada por mais de um ano, com possibilidade de nova prorrogação, pelo mero acordo das partes, em contrariedade ao termo de compromisso arbitral, que estabelecia essa faculdade apenas ao árbitro.

Outra deliberação da Corte de Contas que merece atenção, ainda nos autos da representação do “Caso Libra”, trata-se do acórdão do Plenário nº 1563/2020<sup>74</sup>, em que a CODESP requereu medida cautelar de indisponibilidade de bens da empresa por supostas irregularidades de seus dirigentes, consistentes em dilapidação patrimonial premeditada visando frustrar a cobrança da dívida constituída por sentença arbitral final.

Nesse acórdão conferiu-se prestígio à arbitragem realizada, reafirmando a competência do Tribunal Arbitral no julgamento da demanda que culminou na condenação do Grupo Libra em ressarcimento ao erário, bem como na apuração do montante devido. Assim restou consignado no voto do relator que “a dívida apurada e objeto de condenação na arbitragem é irrecusável no âmbito judicial, assim como também o é no TCU”, não podendo dentro de sua competência, portanto, desconsiderar a certeza, liquidez e exigibilidade dos valores constantes da sentença arbitral.

Reconheceu o TCU que a sentença arbitral é título executivo judicial e, por isso mesmo, dispensa processo de execução, sendo exigível pelos meios comuns de cumprimento de julgado, não demandando homologação pelo Poder Judiciário. Inclusive, sugere que a Corte de Contas

---

<sup>73</sup> Art. 13. Quando necessário, o árbitro estabelecerá valor provisório para a obrigação litigiosa, que vinculará as partes até que se sobrevenha a decisão arbitral definitiva.

§1º. Enquanto houver litígio pendente de decisão arbitral, os contratos de que trata este Decreto poderão ser prorrogados, observados os demais requisitos legais e regulamentares, se caracterizando o interesse público desde que:

II – o contratado tenha pago ou depositado à disposição do juízo a quantia correspondente ao valor provisório da obrigação litigiosa que for fixado pelo árbitro na forma estabelecida pelo caput.

<sup>74</sup> Relator Ministro Vital do Rego, julgado em 17 de junho de 2020.

pode utilizar-se da sentença arbitral como prova emprestada para a cobrança de débitos objetos de sua competência concorrente, emprestando maior racionalidade e efetividade ao processo.

Por fim, o referido acórdão sinaliza, acertadamente, que uma vez encerrado o juízo arbitral por sentença condenatória final não cabe mais a esse determinar medidas cautelares em desfavor das partes que participaram da arbitragem.

### **3.3.3 Caso Agência Nacional de Transporte Aquaviários - ANTAQ**

Em julgamento igualmente auspicioso, o TCU examinou representação em que se questionava a utilização de arbitragem em câmaras privadas no setor portuário, por meio do acórdão do Plenário nº 3160/2020. Na ocasião, o representante solicitou a suspensão de cláusulas contratuais que versassem sobre arbitragem envolvendo a União em trâmite nas câmaras privadas, bem como a eficácia de sentenças arbitrais já proferidas, sob o fundamento de que a referida conduta afrontaria a competência reservada às Agências Reguladoras.

O Relator do feito acompanhou o entendimento da unidade técnica, assinalando as diversas vantagens advindas da arbitragem, dentre as quais a de aumentar a segurança jurídica, melhorar o ambiente institucional em torno dos contratos de infraestrutura e atenuar o problema da demasiada judicialização dos contratos de concessão. Esclareceu ainda que a arbitragem, objeto da representação, não se confunde com o arbitramento realizado no âmbito das agências reguladoras, que consiste em ato administrativo decisório, passível de reexame pelo Poder Judiciário.

Ao tratar ainda da viabilidade da arbitragem na Administração Pública e da questão do credenciamento de câmaras arbitrais para dirimir controvérsias contratuais, o Relator fez referência em seu voto a amplo aparato normativo que lhes confere suporte, notadamente a LA, com alterações implementadas pela Lei nº 13.129/2015, e o Decreto Federal nº 10.025/2019, o que demonstra, inclusive, superação do TCU dos entraves vislumbrados em muitos dos seus julgados anteriores quanto à legalidade das cláusulas de arbitragem inseridas em editais de licitação e em contratos administrativos.

No caso em questão, conforme se extrai do voto do Relator, o Decreto Federal nº 10.025/2019, em seu artigo 10, regulamenta de forma precisa como se dá o credenciamento junto à AGU das câmaras arbitrais e, uma vez atendidos os requisitos legais, não há qualquer vedação legal à utilização de câmaras privadas em matéria de arbitragem envolvendo a Administração Pública. O mesmo se pode afirmar em relação à Lei nº 8.987/1995 –que versa sobre as concessão e permissão administrativa, à Lei nº 10.233/2001 que criou a ANTAQ,

alterada pela Lei nº 12.815/2013 – Lei dos Portos, nenhuma dessas normas faz qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral.

Assim, de forma bastante contundente, pontuou o Relator “que não cabe ao TCU fixar regime jurídico para a utilização da arbitragem, mesmo em câmaras privadas, por já existir todo um aparato legal que confere possibilidade jurídica para sua utilização.”<sup>75</sup>

Outro ponto a se destacar no acórdão é a atenção que se deve ter no processo arbitral em relação ao princípio constitucional da publicidade, que também se encontra positivado no artigo 2º, §3º, da LA, acrescido pela Lei Federal nº 13.129/2015. Diverso do que habitualmente ocorre na arbitragem entre particulares, o sigilo tradicionalmente previsto no procedimento arbitral, via de regra, em nome da transparência, cede espaço ao princípio da publicidade sempre que houver a participação da Administração Pública, sob pena de posterior anulação da sentença arbitral pelo Poder Judiciário.

Ademais, adverte o Relator que não existem entraves à realização do controle público no processo arbitral, “uma vez obrigatória a publicação de todos os fatos atinentes a eventuais arbitragens com envolvimento de ente público, independente da natureza da câmara utilizada, que vem ao encontro ao princípio da publicidade.”

Nesse contexto, ao que tudo indica, após a vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, restou superado o posicionamento anterior do TCU constante do acórdão da 2ª Câmara nº 537/2006<sup>76</sup>, restritivo à arbitragem na Administração Pública sob o entendimento de que tal método de resolução de conflitos afrontaria os princípios constitucionais da transparência e publicidade.

Enfim, reconheceu o acórdão Plenário TCU nº 3160/2020 a viabilidade da arbitragem realizada no âmbito de câmaras privadas, julgando improcedente a representação.

### **3.3.4 Caso Empresa de Planejamento e Logística S.A**

Outra deliberação da Corte de Contas que merece atenção é o acórdão Plenário nº 4037/2020 proferido em processo de Acompanhamento<sup>77</sup> da licitação referente à concessão de

---

<sup>75</sup> Trecho do voto do Ministro Vital do Rego, p. 02.

<sup>76</sup> Relator Ministro Guilherme Palmeira, julgado em 14 de março de 2006.

<sup>77</sup> O Acompanhamento é o instrumento de fiscalização utilizado pelo TCU para: a) examinar ao longo de um período predeterminado a legalidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos a sua jurisdição, quanto ao aspecto contábil financeiro e orçamentário e patrimonial; e b) avaliar, ao longo de um período predeterminado, o desempenho dos órgãos e entidades jurisdicionadas, assim como dos sistemas, programas, projetos e atividades governamentais, quanto aos aspectos de economicidade, eficiência e eficácia dos atos praticados. Verificar nesse sentido Regimento Interno do TCU. Disponível em <[http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/noemativos/sobre\\_regimento.pdf](http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/noemativos/sobre_regimento.pdf)>. Acesso em: 15 jul. 2021.

exploração da BR-116 Mato Grosso/Pará e BR-130/Pará. Nesse processo, o TCU determinou uma série de providências a serem adotadas pela ANTT antes da publicação do edital da referida concessão.

Um dos pontos abordados no voto do Relator diz respeito à resolução de controvérsias por meio da arbitragem. Reconheceu o julgador que se trata de mecanismo adequado para pôr fim às disputas relacionadas aos contratos administrativos, que atenua os riscos inerentes às demandas submetidas ao Poder Judiciário e ao mesmo tempo consegue atrair investimentos para projetos de infraestrutura.

Constou do voto também um amplo compilado normativo a respeito da arbitragem na Administração Pública, aduzindo ainda que após a edição da Lei Federal nº 13.129/2015, consignando de forma expressa o uso da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta de todos entes federados, encerrou-se a antiga controvérsia acerca da legalidade do instituto no âmbito dos contratos administrativos.

Esse ponto é importante porque demonstra como a evolução legislativa em relação à arbitragem vem conferindo maior compreensão, segurança jurídica e tranquilidade aos gestores e aos órgãos de controle externo quanto à sua utilização. Atualmente, há vasto material normativo disciplinando a arbitragem na Administração Pública, valendo citar, dentre outros, a Lei Federal nº 13.129/2015, que reformou a LA, o Decreto Federal nº 10.025/2019, que regulamenta a arbitragem na Administração Pública Federal, e a Lei Federal nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos, todos esses reforços legislativos relevantes à consolidação do instituto.

Apesar de o voto reconhecer as inúmeras vantagens decorrentes da arbitragem como método adequado à solução de eventuais controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis constantes dos contratos administrativos, faz ressalva à recomendação da unidade técnica do TCU no sentido de que a ANTT se abstenha de firmar compromisso arbitral abarcando todas as hipóteses da sua Resolução nº 5.845/2019, limitando-se à utilização do instituto a situações mais específicas.

Assim, após salientar que a ANTT não detém “experiência acumulada para atestar as vantagens e desvantagens para a regulação das rodovias concedidas”<sup>78</sup> e que carece de uma “melhor estrutura para lidar com a arbitragem”<sup>79</sup>, o Relator determinou que a Agência excluísse

---

<sup>78</sup> Trecho do voto do Ministro Benjamin Zylmer, p. 32.

<sup>79</sup> Trecho do voto do Ministro Benjamin Zylmer, p. 105.

cláusulas compromissórias dos editais de licitação e minutas contratuais, passando-se a adotar modelagem compatível com o artigo 6º<sup>80</sup> do Decreto nº 10.025/2019.

De fato, a arbitragem é um método de solução de controvérsias dispendioso e, por isso mesmo, não é o mais indicado para resolver todo e qualquer tipo de conflito. No cenário da “Justiça Multiportas”<sup>81</sup>, a arbitragem volta-se a atender, principalmente, demandas relacionadas à objeto contratual mais complexo e que exigem do julgador um grau mais especializado de conhecimento e experiência compatível com a natureza do litígio.

Assim, antes de se recorrer à via arbitral, realmente é recomendável aferirem-se as vantagens e desvantagens que o método pode oferecer diante de uma determinada controvérsia, avaliando riscos e custos. Além disso, que a ANTT invista também na capacitação do seu corpo técnico, visando promover uma melhor compreensão acerca da arbitragem e, com isso, conseguir extrair os melhores resultados possíveis.

Por último, o referido acórdão determina que a ANTT compatibilize a Resolução 5.845/2019 aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente o da publicidade, providência essa que também é uma exigência do artigo 2º, §3º da LA, introduzido pela Lei Federal nº 13.129/2015, sempre que uma das partes na arbitragem é a Administração Pública. Assim, a arbitragem envolvendo a Administração Pública impede que as partes optem pela confidencialidade do procedimento, estando o sigilo reservado apenas àquelas situações específicas constantes da Lei Federal nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, bem como às questões relacionadas à intimidade, vida privada, honra, imagem, segredo industrial ou comercial, na forma do que também dispõe o artigo 3º, IV<sup>82</sup> do Decreto Federal nº 10.025/2019.

---

<sup>80</sup> Art. 6º. Na ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e desvantagens da arbitragem no caso concreto.

<sup>81</sup> Conceito apresentado em 1976 pelo professor da faculdade de Direito da Harvard, Frank Sander.

<sup>82</sup> Art. 3º. A arbitragem que trata este Decreto observará as seguintes condições:

(...)

IV – as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como propósito analisar a arbitragem na Administração Pública sob a ótica do TCU a partir do advento da Lei Federal nº 13.129/2015, averiguando em que medida as alterações legislativas implementadas impactaram em eventual mudança de entendimento naquele órgão.

Para tanto, na primeira parte do trabalho foi apresentado o substrato teórico inicial acerca do instituto da arbitragem e suas especificidades envolvendo a Administração Pública, além de uma abordagem quanto à temática da arbitrabilidade objetiva, tudo isso no intuito de obter subsídios à apreciação do ponto central da pesquisa realizada.

Seguindo-se nessa direção, discorreu-se sobre a arbitragem como método adequado à solução de conflitos, perpassando pelo problema da morosidade instaurada no âmbito do Poder Judiciário, causado principalmente pelo aumento dos índices de litigiosidade no país, que tem o Poder Público como um dos seus maiores litigantes e, por isso, a necessidade de se fomentar a consensualidade (autocompositiva e heterocompositiva) na solução de litígios, inclusive na esfera da Administração Pública.

Nesse panorama, buscou-se delinear as principais vantagens da arbitragem como alternativa à Justiça Estatal, demonstrando que ela oferece soluções mais céleres, seguras e especializadas às partes envolvidas no litígio, trazendo resultados positivos na relação custo-benefício. Além disso, traçou-se uma linha temporal em relação ao instituto, mostrando sua evolução no cenário nacional, desde a época do Império, passando pelo célebre “caso Lage” pelo STF, que reconheceu o cabimento da arbitragem envolvendo o Poder Público, chegando às decisões do STJ que muito contribuíram com a sua consolidação.

Na sequência, tratou-se das especificidades do procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública, demonstrando que algumas questões na arbitragem devem ser implementadas em harmonia com o interesse público e os princípios vetores da atuação da Administração Pública, ajustando-se, em certa medida, ao regime jurídico-administrativo.

Assim, tem-se que a arbitragem envolvendo a Administração Pública, obrigatoriamente, deverá seguir tais orientações: ser de direito, em atenção ao princípio da estrita legalidade, proibindo-se o julgamento por equidade; as partes poderão escolher pela arbitragem institucional ou *ad hoc*, não havendo submissão dessa contratação à Lei Geral de Licitações e Contratos; a possibilidade de participação de terceiros, tal como já ocorre na arbitragem internacional de investimentos; a necessidade de observância do princípio da publicidade que, todavia, poderá ser mitigado em situações específicas, que possam acarretar prejuízos a

interesses públicos ou privados; o pagamento da condenação imposta à Administração Pública se dará, via de regra, mediante precatório, embora seja viável outras alternativas, como o acionamento do Fundo Garantidor nas PPP e o pagamento feito de forma voluntária mediante simples concordância com o laudo arbitral.

Ainda nessa primeira parte foi debatida a questão da indisponibilidade do interesse público, afastando-se a ideia equivocada de ser indisponível tudo que for relacionado à Administração Pública. Discutiu-se ainda a questão da arbitrabilidade objetiva, mais precisamente, a busca por uma definição para a expressão “direito patrimonial disponível”, entendendo-se, ao final, que corresponderia às matérias que podem ser consideradas contratualizáveis.

Na segunda parte do trabalho, procurou-se esclarecer as competências constitucionais conferidas ao TCU, descrevendo os tipos de controle externo realizados, a forma como a fiscalização da contratação pública se desenvolve e, por último, estabelecendo-se uma discussão acerca da possibilidade desse órgão vir a realizar a sindicabilidade de uma sentença arbitral.

De um modo geral, demonstrou-se que atualmente esse controle externo é realizado *a posteriori*, ou seja, após a contratação da despesa pública, tendo por parâmetros da atividade fiscalizatória, notadamente, a aferição de legalidade, legitimidade e economicidade em relação ao emprego dos recursos públicos. Além disso, discorreu-se quanto à análise prévia realizada pelo TCU de minutas de editais de licitação e de contratos administrativos já publicadas, salientando-se que eventuais ordenações corretivas efetivadas pelo órgão deverão se restringir ao exame de legalidade. Ressaltou-se ainda nesse ponto ser possível o exercício do poder geral de cautela por parte do TCU e a visão do órgão quanto ao princípio da publicidade, notadamente nos procedimentos de licitações e contratações públicas.

Quanto à sindicabilidade da sentença arbitral pelo TCU, registrou-se que o órgão não detém legitimidade para revisar o mérito dessa decisão, sob pena de violar o princípio da competência-competência previsto no art. 8º da LA. Desse modo, a competência do TCU se limitaria apenas a avaliar a conduta da Administração Pública, aferindo a regularidade dos atos praticados por seus agentes em torno do procedimento arbitral.

Encerrada a parte de cunho propedêutico do estudo, na terceira e última fase do trabalho passou a analisar a visão do TCU acerca da arbitragem na Administração Pública após o advento da Lei Federal nº 13.129/2015, averiguando em que medida as alterações legislativas implementadas impactaram em eventual mudança de entendimento naquele órgão.

Assim, inicialmente, procurou-se delinear o estado da arte da jurisprudência do TCU anteriormente à vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, constatando-se que no começo o TCU era totalmente refratário à ideia do emprego da arbitragem pela Administração Pública, por entender que não havia lei específica autorizativa para tanto e que restaria violado o princípio da indisponibilidade do interesse público. Ainda nesse período, entendeu o TCU que a previsão de cláusulas de arbitragem nos contratos administrativos colidiria com os princípios constitucionais de publicidade e transparência, daí concluir que não seria possível seu uso pela Administração Pública.

Todavia, com o passar do tempo, esse posicionamento do TCU tornou-se mais flexível, passando a aceitar a utilização da arbitragem, inclusive, em contratos administrativos firmados por sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica, desde que houvesse justificativa técnica e econômica e que se demonstrasse a conformidade com as práticas de mercado. Assim, paulatinamente, o TCU passou a permitir a arbitragem envolvendo a Administração Pública em situações específicas.

Na sequência, analisou-se algumas alterações legislativas importantes à consolidação da arbitragem na Administração Pública, como o Decreto Federal nº 10.025/2019, a Nova Lei de Licitações e, em especial, a Lei Federal nº 13.129/2015 que encerrou o antigo debate a respeito do cabimento da arbitragem nos conflitos envolvendo o Poder Público.

Por último, examinou-se as principais decisões emanadas do TCU acerca da arbitragem na Administração Pública após a vigência da Lei Federal nº 13.129/2015, verificando-se, ao final, que a hipótese de pesquisa foi confirmada, chegando-se à constatação de que atualmente há um maior alinhamento pró-arbitragem por parte da Corte de Contas. Apesar disso, ainda remanescem algumas incertezas acerca de como esse órgão se posicionará ao longo do tempo em relação, por exemplo, à questão da arbitrabilidade objetiva, tendo em vista a própria imprecisão legislativa acerca do conceito de “direitos patrimoniais disponíveis”.

Assim, à medida em que a arbitragem na Administração Pública se intensifique, novas questões deverão vir à tona, o que certamente demandará novas reflexões e soluções por parte da doutrina e jurisprudência, dentre elas aquela capitaneada pelo TCU.

## REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti; LEVY, Daniel; ALVES, Rafael Francisco. **Lei de arbitragem anotada: a jurisprudência do STF e do STJ**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A arbitragem no direito administrativo. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 5, p. 19-58, 2017.

ARAÚJO NETO, Pedro Irineu de Moura. A confidencialidade do procedimento arbitral e o princípio da publicidade. **Revista de Informação Legislativa: RIL**, v. 53, n. 212, p. 139-154, out./dez. 2016. Disponível em: <[http://www.12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril\\_v53\\_n212\\_p139](http://www.12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/212/ril_v53_n212_p139)>. Acesso em: 01.11.2020.

BORGES, Fernanda Gomes e Souza; BOLDRIN, Lucas Martinucci. Arbitragem e concessão de tutelas de urgência: os impactos legislativos e jurisprudenciais. *In*: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords.). **Arbitragem: atualidades e tendências**. Ribeirão Preto: Migalhas, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2020**: ano base 2019. Departamento de pesquisas judiciárias. Brasília, 2020. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf)> Acesso em: 11.12.2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <<https://planalto.gov.br>>. Acesso em: 08.04.2021.

BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuários e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2019. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 15.04.2021.

BRASIL. Decreto nº 3.900, de 26 de junho de 1867. Regula o Juízo Arbitral do Comércio. **Palácio do Rio de Janeiro**. 1867. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 05.02.2020.

BRASIL. Decreto nº 7.959, de 29 de dezembro de 1880. Regula as concessões de estrada de ferro gerais do Império. **Palácio do Rio de Janeiro**. 1880. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 30.01.2020.

BRASIL. Decreto nº 8.465, de 08 de junho de 2015. Regulamenta o §1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 05 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 1987. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 05.04.2021.

BRASIL. Lei n. 10.233, de 05 de junho de 2001. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2001. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 10.848, de 15 de março de 2004. Dispõe sobre a comercialização de energia elétrica, altera as Leis nºs 5.655, de 20 de maio de 1971, 8.631, de 4 de março de 1993, 9.074, de 7 de julho de 1995, 9.427, de 26 de dezembro de 1996, 9.478, de 6 de agosto de 1997, 9.648, de 27 de maio de 1998, 9.991, de 24 de julho de 2000, 10.438, de 26 de abril de 2002, e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2004. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação – REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras – RECAP e o Programa de Inclusão Digital, e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2005a. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 11.442, de 05 de janeiro de 2007. Dispõe sobre transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração e revoga a Lei nº 6.813, de 10 de julho de 1980. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2007a. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 11.909, de 04 de março de 2009. Dispõe sobre as atividades relativas ao transporte de gás natural, de que trata o art. 177 da Constituição Federal, bem como sobre as atividades de tratamento, processamento, estocagem, liquefação, regaseificação e comercialização de gás natural; altera a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2009. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 12.351, de 22 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social – FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997; dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2011. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do §3º do art. 37 e no §2º do art. 216 da Constituição

Federal; altera a Lei nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111 de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2011. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 26.07.2021.

BRASIL. Lei n. 12.815, de 05 de junho de 2013. Dispões sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários; e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2013. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 18.04.2021.

BRASIL. Lei n. 13.190, de 19 de novembro de 2015. Altera as Leis nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratação Pública – RDC; e dá providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2015. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 13.448, de 05 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2017. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2018. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 13.05.2021.

BRASIL. Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 2021. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 23.04.2021.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 1996. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 18.05.2021.

BRASIL. Lei n. 9.472, de 16 de julho de 1997. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 1997. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei n. 9.478, de 06 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF: 1997. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](http://www.https://planalto.gov.br)> Acesso em: 17.04.2020.

BRASIL. Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Diário Oficial da**

**União.** Brasília, DF: 2004. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](https://planalto.gov.br)> Acesso em: 10.05.2021.

BRASIL. Lei nº 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. **Secretaria d'Estado dos Negócios da Justiça.** 1850. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](https://planalto.gov.br)> Acesso em: 02.03.2020.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF: 1993. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](https://planalto.gov.br)> Acesso em: 08.04.2021.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal e dá outras providências. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF: 1995. Disponível em: <[www.https://planalto.gov.br](https://planalto.gov.br)> Acesso em: 23.05.2021.

BRASIL. Resolução CNJ n. 363, de 12 de janeiro de 2021. Estabelece medidas para o processo de adequação à Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais a serem adotadas pelos tribunais. **Diário Judicial Eletrônico do CNJ.** Brasília, DF: 2021. Disponível em: <[www.https://cnj.jus.br/atos](https://cnj.jus.br/atos)> Acesso em: 20.05.2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção de Direito Público. **Mandado de Segurança nº 11.308-DF.** ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. Relator Rel. Ministro Min. Luiz Fux, julgado em 09.04.2008, DJe 19.05.2008 1ª Seção de Direito Público, Brasília, DF, 19 de maio de 2008. Disponível em: <<https://stj.jus.br>> Acesso em: 30.05.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Seção. **Conflito de Competência nº 139.519-RJ.** CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, julgado em 11.10.2017, DJe 10.11.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 612.439-RS.** PROCESSO CIVIL. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 267, VII, DO CPC. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DIREITOS DISPONÍVEIS. EXTINÇÃO DA AÇÃO CAUTELAR PREPARATÓRIA POR INOBSERVÂNCIA DO PRAZO LEGAL PARA A PROPOSIÇÃO DA AÇÃO PRINCIPAL. Rel. Min. João Otávio Noronha, julgado em 25.10.2005b, DJe em 14.09.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. **Recurso Especial nº 606.345-RS**. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. Rel. Min. João Otávio Noronha, julgado em 26.09.2006, DJe 23.10.2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. **REsp 904813/PR**. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, julgado em 20.10.2011, DJe em 28.02.2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Mandado de Segurança nº 35.500-DF**. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE EXERCÍCIO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COM EFEITOS ERGA OMNES E VINCULANTES PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DECISÃO DE AFASTAMENTO GENÉRICO E DEFINITIVO DA EFICÁCIA DE DISPOSITIVOS LEGAIS SOBRE PAGAMENTO DE “BÔNUS DE EFICIÊNCIA E PRODUTIVIDADE NA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E ADUANEIRA” A INATIVOS E PENSIONISTAS, INSTITUÍDO PELA LEI 13.464/2017. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PROCEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 13.04.2021, DJe 05.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2ª Câmara. **Acórdão nº 537/06**. Representação. Comercializadora Brasileira de Energia Emergencial. Pedidos de reexame do Acórdão 584/2003-2ª Câmara, que estabeleceu prazo para a celebração de termos aditivos aos contratos firmados com Produtores Independentes de Energia (PIE), com o fim de deles excluir cláusulas que tratam da confidencialidade e da adoção de arbitragem como meio de solução dos conflitos. Não conhecimento do recurso interposto pela empresa Breitener Energética S.A. em decorrência de desistência formal nos autos. Conhecimento dos demais pedidos de reexame. Grande número de contratos de compra de energia já inteiramente executados e outros em via de extinção. Ausência de amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos. Jurisprudência pacífica do TCU. Negativa de provimento. Ciência aos interessados. Rel. Min. Guilherme Palmeira, 2006a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 07.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão Plenário nº 1039/2019**. REPRESENTAÇÃO. ANTAQ E MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA. PORTO DE SANTOS. TERMINAIS 33, 35 E 37. ILEGALIDADE NO ATO DE UNIFICAÇÃO E PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO. DISSONÂNCIA COM O INTERESSE PÚBLICO. DETERMINAÇÕES PARA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DO TERMO ADITIVO E PROMOÇÃO DE NOVA LICITAÇÃO. PEDIDOS DE REEXAME. CONHECIMENTO. IMPROVIMENTO. ALERTA AO MINISTÉRIO DA INFRAESTRUTURA SOBRE A DETERMINAÇÃO DE NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. Rel. Min. Raimundo Carreiro, 2019a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 763/94**. Acompanhamento. Exploração da Ponte Rio Niterói. Licitação. 3ª Etapa. Não fixação, no Edital, dos parâmetros

essenciais para o cálculo do valor da tarifa básica de pedágio. Não observância do princípio constitucional da isonomia. Julgamento das propostas sem embasamento. Análise criteriosa do processo licitatório. Fixação de prazo para o DNER promover a anulação da 3ª fase e adotar outras providências. Rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, 1994. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-70539%22>>. Acesso em: 07.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1.099/06**. FISCOBRAS. LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. INCLUSÃO DE CLÁUSULA DE ARBITRAGEM. DETERMINAÇÃO. INFORMAÇÃO À COMISSÃO MISTA DE PLANOS, ORÇAMENTOS PÚBLICOS E FISCALIZAÇÃO DO CONGRESSO NACIONAL. É ilegal, com afronta a princípios de direito público, a previsão, em contrato administrativo, da adoção de juízo arbitral para a solução de conflitos. Rel. Min. Augusto Nardes, 2006b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 08.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1.271/05**. Fiscobras 2005. Levantamento de Auditoria realizado nas obras de Recuperação de Trechos Rodoviários – DivisaSC/RS-Aceguá – na BR-153/RS, no Rio Grande do Sul. Existência de cláusulas contratuais prevendo a arbitragem das controvérsias. Necessidade da audiência das partes contratadas quando da análise do processo puder resultar determinação para supressão de cláusulas contratuais. Tema da arbitragem tratada em outro processo. Dispensa da audiência. Comunicação. Arquivamento. Rel. Min. Benquerer Costa, 2005c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 08.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1.330/07**. ADMINISTRATIVO. PROJETO DE RESOLUÇÃO. PROPOSTA DE INSTRUÇÃO NORMATIVA SOBRE FISCALIZAÇÃO DE PROCESSOS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS (PPP). APROVAÇÃO. Rel. Min. Raimundo Carreiro, 2007b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 24.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1171/2018**. REPRESENTAÇÃO DE UNIDADE TÉCNICA. IRREGULARIDADES NA PRORROGAÇÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE CONCESSÃO PORTUÁRIA. OITIVAS. DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIAS. DETERMINAÇÃO NO SENTIDO DE LIMITAR A VIGÊNCIA DO ADITIVO DE PRORROGAÇÃO. DETERMINAÇÃO PARA QUE SE REALIZE NOVA LICITAÇÃO. FORMAÇÃO DE APARTADO PARA APURAÇÃO DE RESPONSABILIDADES. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA. Rel. Min. Ana Arraes, 2018a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1451/2015**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃOS DO PLENÁRIO 2.775/2014 E 186/2015. CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DAS FALHAS APONTADAS. REJEIÇÃO. CIÊNCIA. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1563/2020**. REPRESENTAÇÃO. ARRENDAMENTO PORTUÁRIO. INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES FINANCEIRAS. SENTENÇA ARBITRAL CONSTITUTIVA DE DÉBITO. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. INDÍCIOS DE DESFAZIMENTO DO PATRIMÔNIO DAS DEVEDORAS E DE ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS, COM VISTAS A DIFICULTAR O CUMPRIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONHECIMENTO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TCU. APROVEITAMENTO DO TÍTULO EXECUTIVO CONSTITUÍDO NA ARBITRAGEM. ATOS TENDENTES A INVIABILIZAR O RESSARCIMENTO DO ERÁRIO. PERICULUM IN MORA E FUMUS BONI IURIS. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR INAUDITA ALTERA PARS. DECRETAÇÃO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. OITIVAS. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2020a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1720/2016**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E RECURSO INOMINADO EM FACE DE DECISÃO DESTA CORTE DE CONTAS QUE DECRETOU A INDISPONIBILIDADE DE BENS DOS RECORRENTES. CONHECIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO. RECEBIMENTO DO RECURSO INOMINADO COMO MANIFESTAÇÃO A QUE SE REFERE O ITEM 9.7.2. DO ACÓRDÃO 425/2016- PLENÁRIO. APRECIÇÃO DE MEDIDAS PRELIMINARES. IMPOSSIBILIDADE DE USAR NO PRESENTE PROCESSO A TEORIA DO DANO IN RE IPSA. POSSIBILIDADE DE TRAZER AOS AUTOS AS EMPRESAS QUE FIRMARAM CONTRATO COM A PETROBRAS PARA AQUISIÇÃO DA REFINARIA DE PASADENA. CRIAÇÃO DE PROCESSO APARTADO PARA FAZER A CITAÇÃO DAS REFERIDAS EMPRESAS. DETERMINAÇÕES. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2016. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 188/95**. PEDIDOS DE REEXAME DA DECISÃO Nº 763/94 - PLENÁRIO, ADOTADA QUANDO DO EXAME DO RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO DOS PROCEDIMENTOS RELATIVOS AOS ESTUDOS DA VIABILIDADE TÉCNICA E LICITAÇÃO DA CONCESSÃO DE EXPLORAÇÃO DA PONTE RIO-NITERÓI (3ª FASE). CONHECER DOS PEDIDOS APRESENTADOS PARA, NO MÉRITO, DAR-LHES PROVIMENTO, E EM CONSEQUÊNCIA ALTERAR A DECISÃO RECORRIDA, FAZENDO DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES AO DNER. Rel. Min. Paulo Affonso Martins de Oliveira, 1995. Disponível em: <<https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1995/Plenario/DC-1995-000188-PA-PL.pdf>>. Acesso em: 21.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1881/2017**. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL INSTAURADA PARA APURAR DANOS RELATIVOS À AQUISIÇÃO DA REFINARIA DE PASADENA PELA PETROBRAS, EM CUMPRIMENTO AOS ITENS 9.5 E 9.6 DO ACÓRDÃO 1.927/2014- TCU-PLENÁRIO. ANÁLISE DAS CITAÇÕES. REJEIÇÃO DAS ALEGAÇÕES DE DEFESA DO DÉBITO RELACIONADO À ASSINATURA DA CARTA DE INTENÇÕES. INSUBSITÊNCIA DO DANO RELATIVO AO NÃO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL. CONTAS IRREGULARES CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA. MULTA. INABILITAÇÃO PARA EXERCÍCIO DE CARGO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA. NOVAS AUDIÊNCIAS.

SOLICITAÇÃO DE ARRESTO DOS BENS. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2017. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 1969/2020**. RELATÓRIO DE ACOMPANHAMENTO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS FINAL DA CONCESSÃO DO PORTO DE IMBITUBA/SC. CIÊNCIA DE IRREGULARIDADES. RECOMENDAÇÕES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO PARCIAL PARA SUPRIR OMISSÃO IDENTIFICADA. ACÓRDÃO MANTIDO INALTERADO. Rel. Min. Bruno Dantas, 2020b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2.145/13**. RELATÓRIO DE LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DETERMINAÇÕES. PEDIDO DE REEXAME. CONHECIMENTO. OBRIGATORIEDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATOS EM LÍNGUA PORTUGUESA PARA A PRODUÇÃO DE EFEITOS NO PAÍS. CLÁUSULA ARBITRAL, POSSIBILIDADE DESDE QUE JUSTIFICADA TÉCNICA E ECONOMICAMENTE. CONTRATAÇÃO NO MODELO “TURN KEY”, CONSIDERAÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL. CIÊNCIA À RECORRENTE. Rel. Min. Benjamim Zymler, 2013. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 24.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2.573/12**. DESESTATIZAÇÃO. CONCESSÃO DA RODOVIA BR 101/ES/BA. ANÁLISE DO SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO ESTÁGIOS. ILEGALIDADES VERIFICADAS. NÃO APROVAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA LEI E ANULAÇÃO DO CERTAME. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À UNIDADE TÉCNICA PARA CONTINUIDADE DO ACOMPANHAMENTO. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Redator para Acórdão: Ministro Walton Alencar Rodrigues Nardes, 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 24.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2070/2017**. REPRESENTAÇÃO. BNDES. CONVERSÃO DOS AUTOS EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO SUPOSTAS. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. Rel. Min. Weder de Oliveira, 2017a. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2099/11**. CONSULTA. QUESTIONAMENTOS QUANTO A POSSÍVEIS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELO MINISTÉRIO DAS CIDADES, NO CONTROLE DA APLICAÇÃO DOS RECURSOS FINANCEIROS DESCENTRALIZADOS PARA ENTES FEDERATIVOS, EM ESPECIAL AQUELES REPASSADOS POR INTERMÉDIO DA CAIXA, MEDIANTE CONTRATO DE REPASSE OU TERMO DE COMPROMISSO. NO TOCANTE ÀS PONDERAÇÕES SOBRE GASTOS COM BDI, CUMPRE AGUARDAR O

JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE TRATA DE ESTUDO ELABORADO PELA 1ª SECOB ESPECIFICAMENTE ACERCA DESSE TEMA (TC 025.990/2008-2). Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, julgado em: 10.08.2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 30.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2142/2018**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SUPOSTAS CONTRADIÇÕES, OMISSÕES E OBSCURIDADES NA DELIBERAÇÃO EMBARGADA. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. ESCLARECIMENTO PONTUAL. REJEIÇÃO. CIÊNCIA. Rel. Min. Ana Arraes, 2018b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 215/2019**. AGRAVO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE, EM SEDE DE ADMISSIBILIDADE DE PEDIDOS DE REEXAME, NEGOU EFEITO SUSPENSIVO AOS RECURSOS E EXPEDIU MEDIDA CAUTELAR. CONHECIMENTO. QUESTÕES RELACIONADAS À LÓGICA PROCESSUAL INERENTE AO EFEITO SUSPENSIVO DOS RECURSOS. PROVIMENTO PARCIAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO APENAS EM RELAÇÃO AOS SUBITENS 9.2 E 9.6.2 DO ACÓRDÃO RECORRIDO. REFERENDO DA CAUTELAR EXPEDIDA. FIXAÇÃO DE PRAZOS PARA A INSTRUÇÃO DOS PEDIDOS DE REEXAME, EM FUNÇÃO DA URGÊNCIA DA MATÉRIA. CONSIDERAÇÕES SOBRE O IMPERATIVO DE URGÊNCIA NA ANÁLISE DOS RECURSOS. DETERMINAÇÕES INERENTES AO MONITORAMENTO DO SUBITEM 9.3 DO ACÓRDÃO RECORRIDO. CIÊNCIA. Rel. Min. Raimundo Carreiro, 2019b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2329/2020**. DANOS RELATIVOS À AQUISIÇÃO DA REFINARIA DE PASADENA. DÉBITO RELACIONADO À ASSINATURA DA CARTA DE INTENÇÕES. CONTAS IRREGULARES. RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO. CONHECIMENTO. NEGADO PROVIMENTO. Rel. Min. Benjamin Zilmer, 2020c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2347/2020**. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. SOBREPREGO IDENTIFICADO. DETERMINAÇÃO DE RETENÇÃO DE VALORES. RETENÇÃO NÃO REALIZADA. CONFIGURAÇÃO DE DANO AO ERÁRIO. PROCESSO ARBITRAL NÃO RELACIONADO COM SOBREPREGO. DÉBITO. MULTA. CONTAS IRREGULARES. Rel. Min. Ana Arraes, 2020d. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 2450/2017**. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. ALEGAÇÕES DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS ALEGADOS. CONHECIMENTO. REJEIÇÃO. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2017b. Disponível

em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 286/93**. Consulta formulada pelo MME. Admissibilidade da adoção de Juízo arbitral para contrato administrativo. Conhecimento. Rel. Min. Homero Santos, 1993. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-5150%22>>. Acesso em: 07.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 3138/2019**. REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA PETRÓLEO BRASILEIRO S/A (PETROBRAS), RELACIONADAS AO FORNECIMENTO DE GÁS NATURAL NO ÂMBITO DO CONSÓRCIO GEMINI. INEXISTÊNCIA DE PERIGO NA DEMORA EM EVENTUAL DECISÃO POR PARTE DO TCU. REJEIÇÃO DO PEDIDO DE CAUTELAR. DILIGÊNCIAS. AGRAVO. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS QUANTO AO RISCO NA DEMORA. REJEIÇÃO (ACÓRDÃO Nº 1.257/2017-TCU-PLENÁRIO). CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA. CONVERSÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS. Rel. Min. Raimundo Carreiro, 2019c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 3160/2020**. TRATA-SE DE REPRESENTAÇÃO FORMULADA PELO DEPUTADO FEDERAL ELI CORRÊA FILHO, ACERCA DA LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DAS CLÁUSULAS DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE DISPONHAM SOBRE A POSSIBILIDADE DE ARBITRAGENS EM CÂMARAS PRIVADAS, QUANDO RELATIVAS A TEMAS CUJA COMPETÊNCIA DE EXAME PERTENCE ÀS AGÊNCIAS REGULADORAS, ESPECIALMENTE QUANDO ATINENTES AO SETOR PORTUÁRIO. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2020e. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 4036/2020**. DESESTATIZAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. ACOMPANHAMENTO. PRIMEIRO ESTÁGIO DA OUTORGA DE CONCESSÃO DOS TRECHOS DAS RODOVIAS FEDERAIS BR-153/TO/GO E BR-080/414/GO. ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E AMBIENTAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2020f. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 4037/2020**. DESESTATIZAÇÃO. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. ACOMPANHAMENTO. OUTORGA DE CONCESSÃO DOS TRECHOS DAS RODOVIAS FEDERAIS BR-163/MT/PA E BR-230/PA. ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA, ECONÔMICA E AMBIENTAL. MINUTA DO CONTRATO E DO EDITAL. DETERMINAÇÕES. RECOMENDAÇÕES. Rel. Min. Benjamin Zilmer, 2020g. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 440/2017**. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL INSTAURADA PARA APURAR DANOS RELATIVOS À AQUISIÇÃO DA REFINARIA DE PASADENA PELA PETROBRAS, EM CUMPRIMENTO AOS ITENS 9.2 E 9.4 DO ACÓRDÃO 1.927/2014- TCU-PLENÁRIO. ANÁLISE DAS CITAÇÕES. INSUBSITÊNCIA DO DÉBITO RELATIVO À DISPENSA DE COBRANÇA PELA PETROBRAS DE PASSIVOS TRIBUTÁRIOS E TRABALHISTAS JUNTO AO GRUPO ASTRA. IDENTIFICAÇÃO DE NOVAS IRREGULARIDADES QUE PODEM ENSEJAR DANOS AO ERÁRIO. NOVO SANEAMENTO DOS AUTOS. REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR DETERMINADA PELO ITEM 9.4 DO ACÓRDÃO 425/2016-TCU-PLENÁRIO NO QUE SE REFERE AO ITEM 9.4 DO ACÓRDÃO 1.927/2014-TCU-PLENÁRIO. Rel. Min. Vital do Rêgo, 2017c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 20.07.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 584/03**. Fiscobras 2003. Obras da Adutora do São Francisco em Sergipe. Índícios de irregularidades. Sobrepreço. Movimentação dos recursos do convênio em diversas contas correntes. Extemporaneidade da contrapartida estadual. Resultado da aplicação financeira não utilizados no objeto do convênio. Audiência dos responsáveis. Comunicação à Presidência e à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização do Congresso Nacional. Relator: Min. Marcos Vinícios Vilaça, 2003a. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-15080%22>>. Acesso em: 07.05.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 587/03**. Fiscobras. Adequação de Trechos Rodoviários na BR –101 no Estado do Rio Grande do Sul – Divisa SC/RS – Osório. PT 26.782.0233.3766.0101. Determinações. Audiências com gestor do DNIT. Comunicação ao Congresso Nacional. Rel. Min. Adylson Motta, 2003b. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-15083%22>>. Acesso em: 21.04.2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Plenário. **Acórdão nº 906/03**. Levantamento de Auditoria. Fiscobras. Obras do TRT/2ª Região - PT-02.061.0571.3750.0035. Juízo arbitral em contrato administrativo. Entendimento já fixado em nível de consulta. Impossibilidade. Fixação de prazo para o exato cumprimento da lei. Diligência. Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, 2003c. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/web/juris/ConsultarTextual2/jurisprudencia.faces>>. Acesso em: 21.04.2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à lei 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2004.

CASTRO, Leonardo Viveiros de; FARIA, Marcela Kohlbach de. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. **Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 235-259, 2018.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. **Manual de Direito Administrativo**. 1. ed. São Paulo: Método, 2015.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 128-142, 2017.

CRETELLA NETO, José. Quão sigilosa é a arbitragem? **Revista de arbitragem e mediação**. São Paulo, v. 7, n. 25, p. 43-70, 2010.

ESTEFAM, Felipe Fawichow. **Cláusula Arbitral e Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sérgio Nelson; MONTEIRO, André Luís. A confidencialidade na arbitragem: regra geral e exceções. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 49, p. 227-285, 2012.

FONSECA, Rodrigo Garcia; CORREIA, André de Luizi. Confidencialidade na arbitragem: fundamentos e limites. *In*: LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez (coords). **Arbitragem**: temas contemporâneos. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2012. p. 417-448.

FONTOURA, Carolina Leite Amaral. As decisões sobre o uso da arbitragem pelo Estado, proferidas pelo Tribunal de Contas da União, sob a perspectiva institucional. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 459-485, 2014.

GARCIA, Flávio Amaral. **A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não?** 2016. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigos/Aescolhadosalbitros%camarasArbitrais%20-2016.pdf>> Acesso em: 22.06.2020.

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira; PEREIRA, Ana Lúcia Pretto. A arbitragem na Administração Pública Brasileira e indisponibilidade do interesse público. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 10, nº 2, p. 1146-1161, 2017.

GUERRERO, Luiz Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo: Editora Malheiros, nº 32, 2000.

JORDÃO, Eduardo. A intervenção do TCU sobre editais de licitação não publicados - Controlador ou administrador? **Revista de Direito Público**, Belo Horizonte, n.47, p. 209-230, 2014.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. **Arbitragem nas parcerias público-privadas**: um estudo de caso. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. Acordo no âmbito da arbitragem com a Administração Pública. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Justino de. (coord.). **Acordos Administrativos no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 339-355.

JUSTEN FILHO, Marçal. Administração Pública e Arbitragem: o vínculo com a câmara de arbitragem e os árbitros. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 110, p. 1-46, 2016.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública**. São Paulo: Quartier Latin, 2007a. p. 119-125.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. *In: Arbitragem*. Estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando Silva Soares, in memoriam. São Paulo: Atlas, 2007b.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Incentivos à arbitragem na administração pública**. 2016. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/IncentivosaArbitragemnaAdministra%C3%AoP%3BAblica%20-2016.pdf>> Acesso em: 28.06.2020.

LIMA, Guilherme Corona Rodrigues. **O controle prévio dos editais de licitação pelos Tribunais de Contas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem**: aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARTINS, Pedro A. Batista. A arbitragem na visão do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Direito Administrativo – RBDA**, Rio de Janeiro, [S.I.], p. 7-15, 2003.

MEGNA, Bruno Lopes. **Arbitragem e Administração Pública**: o processo arbitral devido e adequado ao regime jurídico administrativo. 2017. Dissertação de Mestrado em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, [S.I.], p. 47-78, 2015.

MAZZONETTO, Nathalia. **Partes e terceiros na arbitragem**. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Administração Pública Consensual e a Arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 35, p. 107-123, 2012.

MORAES, Felipe; NEVES, Flávia Bittar. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. Migalhas, Ribeirão Preto, p. 411-436, 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos institutos consensuais da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 231, p. 129-156, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45823>> Acesso em: 03.09.2020.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. Arbitragem com entes públicos: questões controvertidas. **Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos**. Ribeirão Preto: Migalhas, p. 149-171, 2018.

NASCIMBENI, Asdrubal Franco; RAMIRES, Rosana Laura de Castro Farias. **Administração Pública na era da consensualidade: a visão prática dos Tribunais de Contas**. Lavergne, TN, USA, p. 95-203, 2018. Disponível em: <<https://www.ICGtesting.com>> Acesso em: 16.06.2021.

NATAL, Micael Pardino. **Administração Pública, conflito e arbitragem: política pública de acesso extrajudicial à Justiça**. 2019. Dissertação de Mestrado em Direito e Políticas Públicas. Universidade Federal de Goiás, Goiás, 2019.

NUNES, Thiago Marinho. Arbitragem no Agronegócio: Contornos Gerais. *In*: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (coords.). Arbitragem no agronegócio: contornos gerais. Arbitragem: atualidades e tendências. **Migalhas** Ribeirão Preto: São Paulo, [S.I], p. 161-180, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual com a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional - A&C**, v. 8, n. 32, p. 31-50, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SCHWARTSMANN, Guilherme Baptista. Arbitragem público-privada no Brasil: especialidade do litígio administrativo e as especificidades do procedimento arbitral. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 44, p. 150-171, 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. e FIGUEIROA, Caio Cesar. **Arbitragem é conciliável com os princípios da transparência e publicidade**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-09/arbitragem-conciliavel-transparencia-publicidade>>. Acesso em: 29.05.2021.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Conciliando arbitragem e administração pública. **Valor Econômico**, [S.I], 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Especificidades do processo arbitral envolvendo a Administração Pública. *In*: **Enciclopédia Jurídica da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**. 1ª ed. São Paulo: Tomo de Direito Administrativo e Constitucional 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/49/edicao-1/especificidades-do-processo-arbitral-envolvendo-a-administracao-publica>>. Acesso em: 25.07.2020.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A agenda da arbitragem com a Administração Pública: mais do mesmo ou há espaço para inovação? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1ª ed., p. 29-46, 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e contratos públicos: tendências e perspectivas. **Revista Zênite - Informativo de Licitações e Contratos**, n. 302, p. 348-355, 2019.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. **Incentivos às arbitragens com a Administração Pública**. Jota. Brasília, 2019. Disponível em: <[https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/incentivos-as-arbitragens-com-a-administracao-publica-27062019)>. Acesso em: 10.09.2020.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Mediação, conciliação e Arbitragem na Administração Pública. *In: Direito Administrativo Pragmático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei 13.129/2015: novos desafios. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 13, n. 51, p. 59-79, 2015.

OLIVEIRA, Théo Silvério de; VOSGERAU, Isabella Moreira de Andrade. O impacto da LGPD nas câmaras arbitrais: o uso e armazenamento de dados pessoais. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, nº 163, setembro de 2020. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo.pdf>> Acesso em: 18.05.2021.

PARADA, André Luis Nascimento. **Arbitragem nos contratos administrativos**: análise crítica dos obstáculos jurídicos suscitados para afastar a sua utilização. Curitiba: Juruá Editora, 2015. p. 115-155.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. *Evolução interpretativa. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 273, p. 165-198, 2016.

PEREIRA, César. Arbitragem e a Administração Pública: função administrativa e controle externo. *In: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 237-265.

PEREIRA, Cesar. Arbitragem e função administrativa. *In: JUSTEN FILHO, Marçal; SILVA, Marco Aurélio de Barcelos (coords.). Direito da infraestrutura: estudo de temas relevantes*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2019. p. 63-87.

PEREIRA, César. Decreto nº 10.025: arbitragem com a administração pública federal em setores regulados. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 151, set. 2019. Disponível em: <<http://www.justen.com.br/informativo>>. Acesso em: 07.05.2021.

REINERT, Edilson Eduardo Borgo. Contratos administrativos e a aplicabilidade de Lei de Arbitragem. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/REDAE-23-AGOSTO-2010-EDISON-EDUARDO-BORGO.pdf>>. Acesso em: 16.12.2020.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Arbitragem e Administração Pública: nova disciplina normativa após a Lei 13.129/2015. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 49, 2016. Disponível em: <<http://www.mpsp.mp.br>>. Acesso em: 16.06.2021.

ROCHA, Caio Cesar Vieira. Em torno da arbitragem público-privada: notas sobre aspectos do procedimento arbitral. *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. Migalhas*, Ribeirão Preto, [S.I], p. 63-89, 2018.

RODI, Rodrigo Mota. **Cabimento da Arbitragem na Administração Pública**: estudo de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de

Contas da União. 2016. Monografia de Especialização em Direito Público. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016.

ROSILHO, André. **Tribunal de Contas da União: competências, jurisdição e instrumentos de controle**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

SARAIVA, Leonardo. **Arbitragem na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro. Forense, São Paulo, Método, 2011.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. **Arbitragem na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Juruá Editora, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, São Paulo, n. 248, p. 117-126, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle das contratações públicas pelos Tribunais de Contas. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, n. 257, p. 111-44, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda; MONTEIRO, Vera; ROSILHO, André. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidade em contratos. **Revista Direito FGV**, São Paulo, n. 13, p. 1-15, 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201734>>. Acesso em: 22.10.2020.

TONIN, Maurício Morais. Direito patrimonial disponível da Administração Pública: Tentativa de definição. **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, n. 59, p. 61-79, 2018.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a Administração Pública: arbitralidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos. **Migalhas**, Ribeirão Preto, p. 111-129, 2018.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Acordos Administrativos, decisões abstratas e pagamentos de condenações pecuniárias por precatórios judiciais**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://pge.rj.gov.br>>. Acesso em: 11.08.2020.

YAMAMOTO, Ricardo. **Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos**. Dissertação de Mestrado em Direito dos Negócios. Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2018.

VALLE, Vivian Lima López. Arbitragem administrativa e consensualidade: análise pontual do novo paradigma da ação administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 277, p. 209-245, 2018.