



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**ATOS DE IMPÉRIO NAS CONCESSÕES DE
SERVIÇO PÚBLICO E ARBITRABILIDADE
OBJETIVA: UMA PROPOSTA PARA A
DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA**

Por

LUCAS BARRETO VIANNA PINHEIRO

ORIENTADORA: Marianna Montebello Willeman

2025.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

**ATOS DE IMPÉRIO NAS
CONCESSÕES DE SERVIÇO
PÚBLICO E ARBITRABILIDADE
OBJETIVA: UMA PROPOSTA PARA
A DEFINIÇÃO DE COMPETÊNCIA**

por

LUCAS BARRETO VIANNA PINHEIRO

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Marianna Montebello Willeman

2025.2

AGRADECIMENTOS

Uma das coisas que aprendi nestes cinco anos de graduação foi a apreciar as incertezas. Começaram no campo teórico. Já no início da faculdade, com as aulas do Professor Noel Struchiner, me convenci de que tudo no Direito seria relativo. Logo no semestre seguinte, nas aulas do Professos Marcello Ciotola, me interessei pela ideia de um Direito universal.

Depois, quando já havia me esquecido de metade dos autores estudados nas aulas inaugurais do curso, as dúvidas tornaram-se mais tangíveis. Com as aulas de Direito Constitucional ministradas pelo Professor Fábio Leite, tive a convicção de que me especializaria, depois da faculdade, em Direito Público. Mas sobrevieram outros interesses, como o Direito das Obrigações, que muito aprendi com o Professor Pedro Marcos Barbosa, o Direito Falimentar, com o Professor Francisco Rüger Mussnich, e a recuperação judicial e a arbitragem, com o Professor Caio Machado. Neste ponto, já não fazia mais ideia se seguiria o Direito Público ou o Privado. Daí, provavelmente, a escolha do tema deste trabalho.

Mais à frente, as dúvidas se deslocaram para o campo profissional: seguir a advocacia privada ou me arriscar nos concursos para a magistratura? O dilema foi compartilhado com o Professor Renato Sertã que, com inigualável generosidade, pôs-se imediatamente à disposição para ajudar.

Agora, com algumas certezas a mais, manifesto o meu profundo agradecimento a estes e tantos outros professores que moldaram a minha formação.

Em especial, agradeço à Professora Marianna Montebello, cuja orientação foi imprescindível para a elaboração deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus colegas da PUC-Rio que, entre partidas de “truco” no “bar das freiras” e “choppadas” no início da faculdade, tornaram-se grandes amigos. Dentre eles, um especial agradecimento aos amigos do Grupo de Estudos em Arbitragem e Comércio Internacional da PUC-Rio – GEADICI, grupo que certamente marcou a minha — ainda curta — trajetória acadêmica.

Também agradeço profundamente aos colegas e amigos do Bermudes Advogados pelos valiosos ensinamentos. De todos eles, devo a maior gratidão ao Marcelo Carpenter com quem, há pouco mais de dois anos, venho aprendendo que a excelência só se alcança com muito trabalho, seriedade e comprometimento.

Ao meu pai, Bebeto, à minha irmã, Bia, e ao meu irmão, Dé, registro minha admiração e enorme satisfação de tê-los sempre por perto, durante toda a graduação.

Finalmente, agradeço à minha mãe, Márcia, que, embora preocupada com a correria do dia a dia, sempre esteve ao meu lado. A ela, dedico este trabalho.

RESUMO

PINHEIRO, Lucas Barreto Vianna. *Atos de império nas concessões de serviço público e arbitrabilidade objetiva: uma proposta para a definição de competência*. Rio de Janeiro, 2025. 150 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

Busca-se, neste trabalho, definir a competência do Juízo Arbitral para apreciar a legalidade de um ato de império exercido pela Administração Pública no âmbito de uma concessão de serviço público, cujo contrato contenha cláusula compromissória. A monografia será construída, principalmente, à luz de três atos de império (a encampação, a caducidade e a intervenção). Primeiro, será abordado o regime das prerrogativas do Poder Concedente em cada uma das três hipóteses estudadas. Em seguida, estabelecida a arbitragem como forma de exercício de jurisdição, serão buscados os critérios para a definição da arbitrabilidade de determinada matéria. Por fim, depois de traçado um histórico sobre a evolução jurisprudencial e legislativa na aceitação da arbitragem com o Poder Público no Brasil, o trabalho buscará, através da subsunção dos atos de império aos critérios estabelecidos para a definição da arbitrabilidade objetiva, definir as hipóteses em que, exercida pelo Poder Público qualquer uma das três prerrogativas estudadas, competirá ao Tribunal Arbitral apreciar a contenda.

Palavras-chave: concessões de serviço público; contrato administrativo; ato administrativo; prerrogativas do Poder Concedente; atos de império; encampação; caducidade; intervenção; arbitragem; arbitrabilidade; competência; jurisdição; interesse público primário; interesse público secundário; disponibilidade; patrimonialidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - O REGIME DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	11
1.1 Notas introdutórias	11
1.2 Encampação	18
1.3 Caducidade	26
1.4 Intervenção	34
CAPÍTULO 2 - ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	42
2.1 Generalidades: jurisdição, constitucionalidade e o Princípio da Kompetenz-kompetenz.....	42
2.2 Arbitrabilidade e o interesse público primário e secundário	53
2.3 Cláusula compromissória firmada pela Administração Pública: evolução legislativa, jurisprudencial e prática	71
2.3.1 Histórico legislativo	71
2.3.2 A jurisprudência dos Tribunais Superiores	76
2.3.3 A jurisprudência do Tribunal de Contas da União	81
2.3.4 Histórico prático	86
CAPÍTULO 3 - ATOS DE IMPÉRIO E A ARBITRAGEM.....	91
3.1 Competência do Tribunal Arbitral em cada hipótese estudada.....	101
3.1.1 Na encampação	101
3.1.2 Na caducidade	104
3.1.3 Na intervenção.....	107
3.2 Estudo de caso: <i>SPE Piauí v. Estado do Piauí</i>	108
3.2.1 Contextualização	108
3.2.2 Procedimento arbitral de emergência e ação anulatória.....	110
3.2.3 O Decreto de Intervenção.....	113
3.2.4 O Decreto de Caducidade.....	118

3.2.5 Sentença parcial de mérito	120
CONCLUSÃO.....	126
REFERÊNCIAS	132

LISTA DE ABREVIações

Anac	Agência Nacional de Aviação Civil
ANP	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis
Antaq	Agência Nacional de Transportes Aquaviários
ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
ATI-PI	Agência de Tecnologia de Informação do Piauí
CCEE	Câmara de Comercialização de Energia Elétrica
CF	Constituição Federal da República Brasileira
CC	Código Civil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
<i>e.g.</i>	por exemplo
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
<i>i.e.</i>	isto é
Infraero	Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária
Larb	Lei nº 9.307/1996
LC	Lei Complementar
MAE	Mercado Atacadista de Energia
MPTCU	Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União
SAUDI	Secretaria de Auditoria do Tribunal de Contas da União
Secob	Secretaria de Fiscalização de Obras do Tribunal de Contas da União
SS	Suspensão de segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
SUPARC-PI	Superintendência De Parcerias E Concessões do Estado do Piauí

TCU	Tribunal de Contas da União
TJAM	Tribunal de Justiça do Amazonas
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
TJPI	Tribunal de Justiça do Estado do Piauí
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região
<i>v.d.</i>	vide

INTRODUÇÃO

Embora a arbitragem no âmbito do Direito Administrativo seja tema amplamente estudado, não se tem, ao menos no Brasil, farta doutrina ou consolidada jurisprudência acerca da possibilidade — ou não — de submeter a legalidade de um ato de império ao crivo de um Tribunal Arbitral.

Se já é consenso que a Administração Pública pode ser parte em procedimento arbitral (não só pela evolução jurisprudencial e doutrinária, mas, hoje, por expressa previsão legal), quando se trata especificamente das prerrogativas do Poder Público no âmbito das concessões de serviço público, ingressa-se em uma zona cinzenta. De um lado, tem-se direitos coletivos, pertencentes a toda uma comunidade, usuária do serviço público prestado pelo concessionário. De outro, tem-se direitos patrimoniais do concessionário e da própria Administração Pública, os quais ela concordou, através da celebração de compromisso arbitral ou de cláusula compromissória, submeter unicamente à arbitragem.

É deste dualismo presente nas concessões de serviço público que surge a discussão posta neste trabalho. Afinal, tem-se, ao mesmo tempo, uma empresa ou consórcio de empresas que, capitalistas como são, buscam legitimamente a obtenção de lucro. A elas, o objetivo é integralmente patrimonial. A Administração, por outro lado, contrata o serviço público não para satisfazer os seus interesses patrimoniais, mas para garantir o bem-estar social, perseguindo os objetivos do Estado Democrático de Direito, como previsto na Constituição Federal. E, se à arbitragem só estão sujeitos os direitos patrimoniais disponíveis, a ela não se submeterão os objetivos constitucionais e coletivos buscados pelo Estado.

A jurisprudência, a doutrina e até mesmo a legislação já vêm há muito evoluindo para uma interpretação mais ampla sobre as fronteiras da competência do Tribunal Arbitral nos litígios relacionados às concessões de serviço público. No entanto, ainda não se tem notícia de trabalhos que efetivamente busquem, de forma pormenorizada, delimitar a competência do Tribunal Arbitral para analisar a legalidade dos atos de império no âmbito destes contratos. O entendimento geral parece se limitar à negação, genérica e irrestrita, da sujeição dos atos de império à

arbitragem, o que acaba por reduzir demasiadamente a efetividade das convenções de arbitragem constantes dos contratos de concessão de serviço público.

Diante deste vácuo doutrinário e jurisprudencial, este trabalho se presta justamente a definir as hipóteses em que, mesmo diante do exercício das prerrogativas do Poder Concedente, caberá ao Juízo Arbitral, não ao Estatal, dirimir a controvérsia. Em outras palavras, faz-se, aqui, uma investigação acerca da extensão da jurisdição do Tribunal Arbitral (esta como atributo do órgão jurisdicional) para analisar a legalidade dos atos de império. A partir desta análise, será possível, então, definir a competência do árbitro (esta, como o espaço em que se manifesta a própria jurisdição) para apreciar litígios que envolvem o exercício do poder de império pela Administração Pública.

Para isso, será necessário estabelecer determinadas premissas, desde a definição dos atos de império, passando pela desconstrução da ideia de que o Tribunal Arbitral seria órgão que exerce atividade puramente privada, chegando até os motivos pelos quais determinados direitos são disponíveis e outros, não. Finalmente, estabelecidas estas premissas, será possível definir a competência do Tribunal Arbitral para apreciar litígios que envolvem o exercício, pelo Poder Público, das suas prerrogativas conferidas por lei.

Para auxiliar esta análise, serão estudadas três espécies de atos de império (a encampação, a caducidade e a intervenção), para que se possa dar uma dimensão mais pragmática à proposta. Não se olvida que são muitas as prerrogativas que o Poder Concedente pode exercer no âmbito de uma concessão de serviço público, mas, devido aos contornos deste trabalho e à infinidade de atos de império existentes, decidiu-se pelo estudo de três deles, escolhidos com base na sua inquestionável relevância.

CAPÍTULO 1 - O REGIME DAS PRERROGATIVAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1 Notas introdutórias

A Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 2º, II, define a concessão de serviço público como “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Tendo em vista que o texto legal incorre em algumas imprecisões (*e.g.* a omissão quanto à natureza jurídica da concessão e o seu aparente condicionamento à realização de licitação, quando há hipóteses em que ela é dispensável), adota-se aqui a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual a concessão de serviço público é “*o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco*”¹.

A concessão é, portanto, contrato.

Mas, não por sê-lo, que se equipara a todas as outras relações obrigacionais. E é aqui que reside o ponto de partida deste estudo.

O Direito Civil, embora fonte dos demais ramos do Direito, não é suficiente para reger todas as relações entre o Estado e os privados, ainda que sejam estas contratuais. É preciso recorrer, também, ao Direito Público².

Isso porque, não obstante venha se desenvolvendo o chamado *Direito Civil-Constitucional*, as relações civis são marcadas, essencialmente, pela tutela dos interesses *individuais*. Pelo princípio da relatividade dos contratos, são as partes contratantes que se sujeitam aos termos e às condições pactuadas. É naquela

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

² Nos termos do art. 89, *caput* da Lei nº 14.133/21, os contratos administrativos “regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público”.

estrutura, normalmente *bilateral*, em que se operam os efeitos do contrato, exaurindo-se *nela* os direitos e as obrigações dos contratantes.

A concessão, por outro lado, tem como finalidade a satisfação de um interesse *público*, que ultrapassa a relação concedente-concessionário. A obrigação, portanto, não se esgota com a satisfação do interesse do contratado, tampouco do interesse do contratante (este, como interesse público secundário), mas apenas quando satisfeito o interesse de toda a coletividade. Neste sentido, Marçal Justen Filho qualifica o contrato de concessão como *plurilateral*, uma vez que “apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes”³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, fala em um duplo aspecto da concessão; um ponto de encontro entre o Direito Privado e o Direito Público. Neste sentido, aponta haver na concessão “a submissão da empresa concessionária a um regime jurídico *híbrido*”. Assim prossegue:

Como empresa privada, ela atua, em regra, segundo as normas do direito privado, no que diz respeito a sua organização, a sua estrutura, a suas relações com terceiros (v. art. 25, § 1º da Lei nº 8.987), ao regime de trabalho de seus empregados, submetido à CLT; *como prestadora de um serviço público, sua relação com a Administração concedente se rege inteiramente pelo direito público, já que a concessão é um contrato tipicamente administrativo*⁴.

Por isso definir-se a concessão como contrato *administrativo*. Não só por ter sido celebrado pela Administração, porque também ela pode celebrar contratos privados⁵, mas porque visa à satisfação de interesse público, ultrapassando, pois, o campo sinalagmático.

Visando proteger o interesse público envolvido nas concessões, o legislador atribuiu a este tipo de contrato regras diversas daquelas aplicáveis aos contratos

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 63.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 92.

⁵ “Quando não há uma finalidade de utilidade pública a ser diretamente resguardada através do contrato, a Administração celebra contratos de direito privado, em posição de igualdade com o particular”. BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Contratos de direito privado da Administração: repensando um antigo problema*. Publicações da Escola da AGU – Pós-Graduação em Direito Público – PUC/MG, [s.d.]. p. 197.

puramente privados. E foi justamente diante da insuficiência do Direito Civil para regular esta relação jurídica que a doutrina construiu o conceito do contrato administrativo. Cretella define este tipo de contrato como “[t]odo acordo oposto de vontades de que participa a Administração e que, *tendo por objetivo direto a satisfação de interesses públicos*, está submetido a regime jurídico de Direito Público, *exorbitante e derogatório do direito comum*”⁶.

Esta conclusão tem grande relevância. Afinal, se “o regime jurídico do contrato administrativo realmente foge a órbita civil como um todo”⁷, é de se concluir que da sua esfera restam extirpadas princípios típicos do Direito Civil (embora aplicáveis em certa medida⁸). A maior das diferenças entre os contratos civis e os administrativos, e certamente a mais relevante para este estudo, é o regime de prerrogativas da Administração Pública, do qual decorrem os atos de império.

Prevê o Código Civil, em seu artigo 421-A que “[o]s contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção”. Se por um lado a Lei da Liberdade Econômica trouxe este dispositivo visando à contenção da recente onda de revisões contratuais alicerçadas no princípio do equilíbrio contratual, por outro, reafirma que é este o princípio básico das relações civis. Em outras palavras, presume-se que estas relações são paritárias, *porque assim devem ser*.

Não é este o caso dos contratos administrativos. A fim de preservar os interesses nele envolvidos, optou-se por atribuir determinados poderes exclusivamente ao concedente. Em que pese o direito do concessionário ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato — direito também conferido à Administração⁹ —, os contratos de concessão são *naturalmente*

⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 115.

⁷ LOPES, Mônica Sette. Contrato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 815.

⁸ Lei nº 14.133/21, art. 89, *caput*: “Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, *supletivamente*, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”.

⁹ Lei 14.133/21, art. 124: “Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...] II - por acordo entre as partes: [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

disparitários. É esta característica inerente a este tipo de relação jurídica, em que a Administração Pública dispõe de prerrogativas das quais não usufrui o ente privado, que estará, por isso mesmo, sempre em situação inferior.

Diferente das relações privadas, as relações de Direito Público são marcadas pela possibilidade jurídica de imposição unilateral da vontade do Estado, “*sem que, com isso, inviabilize ou cometa atos que raíam o abuso de poder ao contrair relação jurídica com o particular*”¹⁰. Esta disparidade se justifica não apenas pela presença da Administração Pública em um dos polos contratantes, mas também pela existência de interesses públicos envolvidos naquela relação contratual. Afinal, como aponta Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “o interesse privado deve, sempre, ceder diante do interesse público. Sobre este só prevalece o direito privado cuja segurança contra aquela está na reparação patrimonial dos danos sofridos”¹¹.

E, além do interesse público, há um evidente coeficiente hierárquico, que coloca o Poder Concedente em situação mais privilegiada do que aquela de quem lhe é, naturalmente, subordinado. Tanto é determinante este fator hierárquico, que, diferente do que ocorre nas concessões assumidas por particulares, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União, aos contratos celebrados entre entidades pertencentes à Administração Pública são inaplicáveis as cláusulas exorbitantes, “porquanto se trata de avenças acordadas por entidades detentoras de prerrogativas de Poder Público, onde há situação de igualdade entre as partes”¹².

É nesta relação *Estado v. privado* que se admite, nos contratos administrativos, a existência da *cláusula regulamentar*, que “diz respeito à forma de gestão do serviço”, sendo certo que “o concessionário está se sujeitando a uma situação estatutária, regulamentar, *que não admite qualquer discussão ou alteração, ainda que com a concordância das partes*”¹³. Também é da existência do interesse público no contrato administrativo, fazendo incidir o Direito Público, que nasce a chamada *cláusula exorbitante*, que corresponde àquela que é

¹⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 68.

¹¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p. 9-36, jan./mar., 1972. p. 19-35.

¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão 1953/2018-Plenário*, Rel. Benjamin Zymler, Plenário, Sessão de 22/08/2018.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 50-51.

“derrogatória do direito comum, em razão do direito público criar mecanismo de segurança para o ente tomador do serviço, que em prol do interesse público poderá utilizar-se dessas prerrogativas legais”¹⁴.

Assim, terá o Estado não só poder de controle sobre a execução do contrato¹⁵, mas também poder fiscalizatório^{16,17}, sancionatório¹⁸ e intervencionista^{19,20}. Quanto à extinção do contrato de concessão, terá o poder de resolvê-lo unilateralmente²¹, mediante a decretação da encampação²² ou da caducidade²³. O concessionário, por outro lado, só poderá rescindir o contrato mediante autorização judicial²⁴, ainda que comprovado o inadimplemento do ente público contratante²⁵, sendo que a interrupção da prestação do serviço se justificará

¹⁴ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001. p. 78.

¹⁵ Lei nº 8.987/1995, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: [...] I - regulamentar o serviço concedido [...] V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; [...] VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão”.

¹⁶ Lei nº 14.133/2021, art. 104: “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] III - fiscalizar sua execução”.

¹⁷ Lei nº 8.987/1995, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: [...] I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

¹⁸ Lei nº 8.987/1995, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: [...] II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais”.

¹⁹ Lei nº 8.987/1995, art. 29: “Incumbe ao poder concedente: [...] III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei”.

²⁰ Lei nº 8.987/1995, art. 32: “O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”.

²¹ Lei nº 14.133/2021, art. 104: “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei”.

²² Lei nº 8.987/1995, art. 37: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

²³ Lei nº 8.987/1995, art. 38: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

²⁴ Lei nº 8.987/1995, art. 39: “O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

²⁵ “Enquanto o poder concedente dispõe dessas duas possibilidades de rescisão unilateral (encampação e caducidade), o concessionário não tem tal faculdade, *nem mesmo em caso de descumprimento do contrato pelo poder concedente*, sob pena de sujeitar-se às mesmas consequências que se aplicam em caso de inadimplemento”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

apenas nas hipóteses de problemas técnicos ou por inadimplemento do usuário (não da Administração)^{26,27}.

Também, poderá a Administração Pública modificar unilateralmente os termos do contrato²⁸, sendo certo que “[n]em o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas”²⁹.

Trata-se de mecanismos adotados pelo legislador para dar efetividade à máxima do Direito Administrativo de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado³⁰. Sobre esta peculiaridade da concessão, é digno de nota a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em estudo sobre as consequências jurídicas da dupla natureza (pública e privada) dos contratos administrativos:

Do duplo aspecto da concessão de serviço público decorrem várias consequências. Do primeiro aspecto — ou seja, do fato de a concessão ter por objeto a execução de um serviço público — resultam:

- a. a já assinalada existência de cláusulas regulamentares no contrato;
- b. a outorga de prerrogativas públicas ao concessionário;
- c. a sujeição do concessionário aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos: continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários; reconhecimento de poderes à Administração concedente, como encampação, intervenção, uso compulsório de recursos humanos e materiais da empresa concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder de aplicar sanções e decretar a caducidade;
- e. efeitos trilaterais da concessão de serviço público: sobre o poder concedente, o concessionário e os usuários.

²⁶ Lei nº 8.987/1995, art. 6º, § 3º: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

²⁷ Sobre o dispositivo acima transcrito, comenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “As únicas hipóteses em que o concessionário pode interromper a execução do contrato (não rescindir o contrato) são as previstas no art. 6º, § 3º”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 77.

²⁸ Lei nº 14.133/2021, art. 104: “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 52-53.

³⁰ Ressalve-se que, embora seja esta uma máxima amplamente aceita no Direito Administrativo, há divergências. Para Gustavo Binzenbojm, por exemplo, “[a] invocação da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares constitui-se, portanto, em recurso retórico inapto, em qualquer Estado democrático de direito, para equacionar adequadamente as distintas situações que envolvem as dimensões individuais e transindividuais da existência humana”. BINZENBOJM, Gustavo. Ainda a Supremacia do Interesse Público. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 238, set./dez., 2019.

Do segundo aspecto — ou seja, do fato de ser a concessionária uma empresa capitalista que visa ao lucro resultam:

- a. a natureza contratual da concessão de serviço público;
- b. o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro³¹.

Aliás, há quem diga ser justamente a existência destas prerrogativas que confere ao contrato a sua natureza administrativa. É o caso de Arnoldo Wald, para quem “[o] que na realidade caracteriza o contrato administrativo é a existência da supremacia estatal, da adoção de um regime jurídico de direito público que se manifesta nas chamadas ‘cláusulas exorbitantes’”³². Também para Rafael Carvalho Rezende Oliveira, “[o]s contratos administrativos são caracterizados pelo desequilíbrio das partes, uma vez que as cláusulas exorbitantes, previstas no art. 58 da Lei 8.666/1993, conferem prerrogativas à Administração e sujeições ao contratado, independentemente de previsão editalícia ou contratual”³³.

Portanto, embora seja a concessão uma forma de *contrato*, se diferencia dos demais, pelo fato de conferir ao ente público privilégios dos quais não usufrui o ente privado, estando este submetido, em muitas ocasiões, ao alvedrio daquele.

E é justamente em torno desta disparidade que está o foco deste trabalho. Como será explorado adiante, pouca dúvida há quanto à possibilidade de submissão dos litígios decorrentes de uma concessão à jurisdição arbitral. O problema, aqui, é outro: a arbitrabilidade, ou não, das *prerrogativas* (i.e., dos *atos de império*) do Poder Concedente no âmbito das concessões de serviço público. Ou seja, se aquela *proposital* porção de disparidade contratual poderia ser submetida à arbitragem.

Estas prerrogativas dos entes públicos nos contratos administrativos, sejam elas decorrentes das chamadas cláusulas regulamentares ou cláusulas exorbitantes, não decorrem efetivamente de previsão contratual (a despeito da nomenclatura) e não podem ser genericamente afastadas por acordo³⁴. Decorrem, com efeito, da

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 49-50.

³² WALD, Arnoldo. O regime legal dos custos financeiros no contrato cost-plus e na maxidesvalorização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro n. 155, s.ed., jan./mar., 1984. p. 2.

³³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 491.

³⁴ “Ainda que tais normas constem do contrato (como efetivamente costumam constar), na realidade mantém-se sua natureza regulamentar e não contratual”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 51.

própria lei, e, ao menos em tese, visam à preservação de um interesse público. Daí por que surge a dúvida sobre a possibilidade da sua submissão ao Juízo Arbitral.

Embora sejam muitas as prerrogativas do Poder Concedente no âmbito das concessões de serviço público, este trabalho se prestará ao estudo da arbitrabilidade de três delas: a encampação, a caducidade e a intervenção.

1.2 Encampação

A encampação, que já era admitida pela doutrina antes mesmo de ser positivada (então conhecida como *resgate*³⁵), encontra fundamento normativo na Lei nº 8.987/1995, que a qualifica como “a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, *por motivo de interesse público*, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior” (art. 37).

Portanto, a encampação é forma de resolução do contrato, decretada pela Administração Pública, *não por inadimplemento contratual do concessionário, mas pela existência de motivos de interesse público*, que justificam a assunção, pelo Estado, do serviço encampado. Independe, assim, de qualquer ato ou omissão do concessionário mas diz respeito a fatos supervenientes ao contrato de concessão, seja qual for a sua natureza. Justamente por isso, inclusive, que a encampação não tem, nem deve ter, finalidade sancionatória³⁶. Sobre a questão, leciona Marçal Justen Filho:

A encampação não deriva da infringência pelo concessionário a qualquer dever legal, regulamentar ou contratual. Funda-se na avaliação do poder concedente de que a satisfação do interesse público exige a retomada do serviço, para ser prestado

³⁵ “A doutrina já há muito reconhecia essa forma de extinção, também denominada de resgate, bem como o motivo que a provocava”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 433.

³⁶ “Desse modo, a encampação não pode ser entendida como resultado da apuração do suposto inadimplemento contratual (isto é, como resultado da apuração de eventual irregularidade na execução do contrato), adquirindo uma dimensão sancionatória”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19. p. 2.903-2.923.

diretamente ou para ser objeto de outra outorga, subordinada a regras e a configurações diversas³⁷.

Relembre-se que o serviço objeto da concessão é de titularidade da Administração Pública, na forma do art. 175 da Constituição Federal³⁸. Trata-se a concessão de *delegação* de um serviço cuja prestação é, antes de tudo, *dever*, mas também *direito* do Estado. Por isso é que se diz que na encampação o ente público *retoma* a prestação do serviço. *Retoma*, porque aquele serviço, originariamente, já era de titularidade do Estado, tendo sido apenas *delegado* a pessoa jurídica de direito privado.

José dos Santos Carvalho Filho ensina que “[s]endo o concedente o titular do serviço, é de todo razoável que, em razão da peculiaridade de certas situações, tenha ele interesse em extinguir a delegação e, por conseguinte, a concessão”³⁹. E aqui não se pode perder de vista que a finalidade da concessão é sempre a satisfação de um interesse *público*. A partir do momento em que ela se torna contrária a este interesse, deverá ser extinta.

A encampação “pode decorrer de mudanças na situação de fato, [...] como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo da demanda pelo serviço”⁴⁰. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello traz o exemplo de um determinado local em que há iluminação a gás, justificando-se a encampação da concessão, para que, em prol do interesse público, estabeleça-se serviço de iluminação elétrica⁴¹. Trata-se de hipótese de inovação científica, superveniente ao contrato de concessão, que fundamenta a encampação.

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 581

³⁸ Constituição Federal, art; 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 433-434.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 53.

⁴¹ “Também serve de exemplo o caso histórico da extinção do serviço de iluminação pública a gás de rua pela iluminação elétrica. [...] Note-se que tal sucede não porque o Poder Público seja inadimplente, uma vez que é direito seu, por razões fundadas de interesse público [...]” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 777.

Através da encampação, no entanto, é imprescindível que haja efetiva alteração na forma de prestação do serviço, como vinha sendo prestado, sob pena de chancela a arbitrariedades. Ainda que possa, logo após a encampação, outorgar a concessão a outro ente privado, mediante novo processo licitatório, a Administração Pública deve demonstrar que haverá alterações na prestação do serviço, necessárias ao atendimento do interesse público. Não pode, sob pena de desvio de finalidade, utilizar-se da encampação apenas para extinguir unilateralmente o contrato, outorgando o serviço a terceiro, mas mantendo a forma da sua prestação⁴².

O processo de encampação pode ser dividido em três fases, que deverão ser seguidas à risca, sob pena de nulidade. São elas declaratória, legislativa e executória⁴³.

A fase declaratória culminará na efetiva decisão de encampar, sendo conduzida pelo Poder Executivo, porque é ele o titular da prestação do serviço a ser encampado. Trata-se, portanto, de uma decisão política, mas que não está livre das normas e princípios do Direito Administrativo, devendo ser sempre fundamentada⁴⁴, com a efetiva demonstração da existência de interesse público legítimo, capaz de justificar medida tão extrema. Por isso, “[s]e os governantes não apontarem fatores de gravidade proporcional, *a decisão será nula*. A expressão ‘fatores de gravidade proporcional’ indica a ocorrência de eventos danosos ao interesse público”⁴⁵.

E, não só deverá ser fundamentada a decisão, mas deverá ser precedida de instauração de processo administrativo, que conte com efetivo contraditório e ampla

⁴² “Parece que o único limite seria se o Estado resolvesse licitar o mesmo contrato para um terceiro, sendo a encampação apenas a maneira de substituir o concessionário originário. Nesse caso haveria evidente desvio de finalidade na utilização do instituto, pois nenhuma modificação substancial haveria no modo pelo qual os serviços vêm sendo prestados. Nessa linha, a encampação pressupõe que o serviço vá ser prestado de modo diverso do modo pelo qual está sendo prestado”. GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KANAYAMA, Rodrigo Luís. A encampação do contrato de serviços públicos: aspectos materiais e procedimentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1021, p. 39-57, nov., 2020.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ Decreto-Lei nº 4.657/1942, art. 20, parágrafo único: “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 340.

defesa⁴⁶, ainda que a motivação da encampação seja alheia à atuação do concessionário⁴⁷. Isso porque, como aponta Hely Lopes Meirelles, calcado nas lições de José Frederico Marques, a Administração Pública, “ainda que exercendo seus poderes de autotutela, não tem direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa”⁴⁸.

Como a análise sobre a adequação da encampação — ao menos na fase declaratória — compete unicamente à Administração, é evidente que a efetividade do contraditório será reduzida. No entanto, mais do que para a demonstração, pela concessionária, das razões que afastariam a encampação, servirá o processo administrativo para a aferição do valor devido pela extinção do contrato a título de indenização. Segundo Bernardo Strobel Guimarães, “manifestada a intenção de encampar os serviços, surge o dever *incontinenti* de instalar processo administrativo para calcular a indenização devida ao particular”⁴⁹. Também segundo Gustavo Binenbojm, para a mensuração da indenização devida ao concessionário, deverá ser “observada necessariamente a garantia do devido processo legal”⁵⁰, enquanto Carlos Ari Sundfeld chega a afirmar que “[e]ncampação sem processo legal prévio é juridicamente impossível”⁵¹.

⁴⁶ Constituição Federal da República Brasileira, art. 5º, LV, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁴⁷ “De todas as considerações já apresentadas na Seção II, o IBDA entende que a Constituição e a Lei 8.987/1995 obrigam o Poder Concedente a instaurar um processo administrativo específico para a encampação”. FREIRE, André Luiz; ZOCKUN, Maurício. *Encampação: requisitos e processo administrativo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes CAMPILONGO; Alvaro de Azevedo GONZAGA; André Luiz FREIRE (Coords.). t. *Direito Administrativo e Constitucional*. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano et al.. (Coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 688.

⁴⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Encampação de contrato concessão: pressupostos e procedimentos: proteger interesse econômico do concessionário é tão importante quanto assegurar prerrogativas do Poder Concedente. *Jota*, 03 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encampacao-de-contrato-concessao-03122019>. Acesso em: 28 set. 2025.

⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19. p. 2.903-2.923.

⁵¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19. p. 2.924-2.961.

O art. 37 da Lei nº 8.987/1995, ao tratar da encampação, a condiciona expressamente à *prévia* indenização. Portanto, não poderá haver encampação, sem que *antes* seja o concessionário *integralmente*⁵² indenizado pelo desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da resolução unilateral do contrato.

A questão já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2616. Nela, o Governador de São Paulo questionava a constitucionalidade do art. 293 da Constituição do Estado de São Paulo, que conferia ao Poder Concedente prazo de 25 anos para parcelamento da indenização devida à Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, pela encampação do serviço anteriormente prestado pela concessionária. O dispositivo foi declarado inconstitucional pela Corte, tendo o Ministro Marco Aurélio, na ocasião, consignado que “o cálculo do valor, o modo e o prazo para o pagamento da indenização devida em virtude do encerramento antecipado do pacto administrativo, por motivos de conveniência e oportunidade, integram o núcleo de direitos iniciais que devem ser preservados durante o contrato de concessão”⁵³.

Mais recentemente, viu-se entendimento diverso esposado pelo Superior Tribunal de Justiça. Trata-se do *Caso Linha Amarela*⁵⁴, em que o Município do Rio de Janeiro, diante da constatação de supostos indícios de superfaturamento e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, editou a Lei Complementar nº 213/2019, que autorizava a encampação da operação e da manutenção da Avenida Governador Carlos Lacerda, serviço então prestado pela concessionária LAMSA. A lei, no entanto, foi aprovada *sem que houvesse prévio pagamento de indenização à concessionária*.

Tanto a LAMSA quanto a Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias recorreram ao Poder Judiciário, buscando medidas para suspender os efeitos da LC nº 213/2019, sob a alegação de que a encampação não poderia ter sido

⁵² “Ressalte-se que a legislação exige que se efetive a indenização ao particular por todos os prejuízos decorrentes desta extinção precoce do contrato”. CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 664.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 1746*, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 223, Julgado em: 18/09/2014, 13/11/2014.

⁵⁴ Trata-se de litígio travado entre a concessionária Linha Amarela S.A. – LAMSA e o Município do Rio de Janeiro, após a encampação do Contrato de Concessão nº 513/94, cujo objeto é a operação e manutenção da Avenida Governador Carlos Lacerda (conhecida como Linha Amarela), mediante cobrança de pedágio dos usuários.

autorizada sem prévia indenização à concessionária e sem instauração de processo administrativo. A medida foi concedida pelo Juízo da 6ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro, que asseverou não existir qualquer empecilho à pretendida encampação do contrato de concessão, uma vez a lei o prevê, “*mas, mediante prévia indenização, justa e em dinheiro, de forma que o exercício desse direito obedeça ao princípio da legalidade estrita a se sujeita toda a Administração e, em especial, o Executivo*”. A mesma decisão apontou a necessidade de prévia instauração de processo administrativo para declaração da encampação⁵⁵.

Mantida a decisão pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro⁵⁶, o Município propôs suspensão de liminar e sentença perante o Superior Tribunal de Justiça. O pedido foi deferido pelo Ministro Humberto Martins, que concedeu medida cautelar para manter os efeitos da encampação⁵⁷. Em outras palavras, entendeu o então Ministro Presidente do STJ, ao menos em sede de cognição sumária, que a encampação pode ocorrer *independentemente de prévia indenização ao concessionário ou de instauração de processo administrativo*.

A decisão foi posteriormente cassada pelo Supremo Tribunal Federal, por entender pela incompetência do STJ para julgamento da lide⁵⁸. O mérito da controvérsia, que seria apreciada pelo STF no âmbito de suspensão de tutela provisória proposta pelo Município do Rio de Janeiro, não chegou a ser analisado, diante da homologação de pedido de desistência⁵⁹.

Ainda quanto à indenização, vale notar que ela não só deve ser *prévia*, mas também *integral*. Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, a indenização pela encampação “*há de comportar a integralidade dos danos*”

⁵⁵ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, *Processo n. 0272141-64.2019.8.19.0001*, Juíza Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro Lima, Comarca da Capital, 6ª Vara da Fazenda Pública, Julgado em: 1/11/2019.

⁵⁶ RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, *Suspensão n. 0073605-13.2019.8.19.0000*, Presidência do Tribunal de Justiça, Decisão de: 13/11/2019, Publicado em: 14/11/2019.

⁵⁷ STJ, *Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2792*, Decisão do Min. Presidente, 15/09/2020.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Reclamação n. 43.697*, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, Julgado em: 07/11/2024.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Suspensão de Tutela Provisória n. 445*, Rel. Min. Presidente, Decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli, Julgado em: 7/07/2020, Publicado em: 10/07/2020.

*suportados pelo concessionário, não devendo se ater apenas ao correspondente a investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados”*⁶⁰.

Para além de tudo isso, sendo obrigatória a prévia e integral indenização do concessionário, o ato administrativo que declara a encampação, por expressa previsão constitucional⁶¹ e infraconstitucional⁶², deve ter sempre amparo orçamentário. Nas palavras de Bernardo Strobel Guimarães:

Não basta apenas a vontade de retornar o serviço: há de existir dinheiro. Desconsiderar isso é promover encampações à margem da lei, que se caracterizam como medidas demagógicas das quais o Estado lança mão com vistas a tentar violar direitos amparados contratualmente. Infelizmente, nossa experiência registra que a encampação é utilizada indevidamente como maneira de tentar retomar o serviço sem que sejam resolvidas de maneira adequada as questões patrimoniais envolvidas. Muitas vezes a encampação serve para dar tiros de festim quando a relação entre concessionário e concedente se torna problemática⁶³.

Finalizada a fase declaratória, que, como se viu, contará com a instauração de processo administrativo e apuração da indenização devida ao concessionário, culminando na decisão que decreta a encampação, passa-se à fase legislativa. Nela, a decisão do Poder Executivo será submetida à aprovação do Poder Legislativo, uma vez que o art. 37 da Lei nº 8.987/1995 dispõe que a encampação apenas ocorrerá “mediante lei autorizativa específica”. Importante se atentar, aqui, que o Poder Legislativo apenas *autorizará* a encampação, mas que a iniciativa será *sempre* exclusiva do Poder Executivo, porque é ele o titular do serviço público licitado. Leciona Gustavo Binbenbom:

Nos termos do art. 37 da Lei nº 8.987/1995, cabe ao Poder Legislativo autorizar o ato de encampação, o que também é previsto no inciso XIII do art. 44 da Lei

⁶⁰ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A Encampação na Concessão: Procedimento e Indenização. In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 49.

⁶¹ Constituição Federal, art. 167: “São vedados: [...] II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais”.

⁶² Lei Complementar nº 101/2000, art. 16: “A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes; II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

⁶³ GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KANAYAMA, Rodrigo Luís. A encampação do contrato de serviços públicos: aspectos materiais e procedimentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1021, p. 39-57, nov., 2020. p. 40.

Orgânica do Município do Rio de Janeiro. Essa previsão, evidentemente, não permite que o legislador vá além desta atribuição. A *ratio* do dispositivo é a de que, em razão dos possíveis impactos sobre o erário e sobre a continuidade dos serviços públicos em favor da população, a decisão sobre a encampação contenha um coeficiente democrático mais robusto, sujeitando a decisão da Administração Pública à chancela do Poder Legislativo. [...] E, seguindo a mesma racionalidade, não cabe ao Poder Legislativo, nesses casos, se imiscuir em outras questões, tais como o valor da indenização; quais bens devem ou não ser considerados reversíveis; ou sobre como o serviço deverá ser prestado futuramente pelo Poder Concedente⁶⁴.

Há quem questione, como é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a constitucionalidade do condicionamento do ato que declara a encampação à aprovação legislativa. Segundo a administrativista:

Este dispositivo exige autorização legislativa para a encampação, o que parece de constitucionalidade bastante duvidosa. Essa autorização constitui ato de controle de um Poder sobre outro, de tal modo que somente é válida quando prevista na Constituição Federal, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes; o mesmo se diga nos âmbitos estadual e municipal, em que a mesma exigência só poderia ser feita se prevista na Constituição do Estado ou na Lei Orgânica do Município, respectivamente⁶⁵.

Seja ou não constitucional — investigação irrelevante para este trabalho —, certo é que o dispositivo, ao condicionar a encampação à prévia autorização do Poder Legislativo, acaba por dar alguma proteção ao concessionário, uma vez que a produção dos seus efeitos não dependerá única e exclusivamente da vontade do Poder Concedente. Para André Saddy:

Ao transferir para o Legislativo a decisão de encampar, ofertou-se ao proprietário maior garantia, uma vez que o reconhecimento da existência de interesse público passou a depender de uma decisão colegiada e não individual do Chefe do Executivo. Justifica-se que assim seja, uma vez que a retomada da atividade pode importar indenização vultosa, dependente, talvez, de dotação específica⁶⁶.

⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19. p. 2.903-2.923.

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 77.

⁶⁶ SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária – o caso do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 11, p. 208, jan./mar., 2003.

De todo modo, com já se disse, o papel do legislativo se limitará à autorização da medida (por isso o art. 37 da Lei nº 8.987/1995 fala em “lei *autorizativa* específica”). Não poderá, por outro lado, emendar o ato administrativo, ou se imiscuir em questões que ao Poder Concedente cabe exclusivamente decidir⁶⁷.

Finalmente, aprovada a encampação, dar-se-á início à fase executiva, em que a Administração Pública tomará as medidas necessárias para a efetiva assunção do serviço encampado, inclusive o efetivo pagamento da indenização ao concessionário.

1.3 Caducidade

Também em decorrência do regime das prerrogativas no âmbito dos contratos administrativos, que conferem à Administração o poder de controle sobre as concessões de serviço público, poderá o Poder Concedente decretar a caducidade do contrato⁶⁸.

No Direito, a *caducidade* (tornar-se caduco, do latim *caducus*, que é aquilo que cai ou prece⁶⁹) tem inúmeros significados, estando sempre relacionada à “perda ou destruição de um direito”⁷⁰. Na maior parte dos seus empregos jurídicos, a caducidade está relacionada a eventos *naturais*, que importam na extinção de determinado direito (e.g. a prescrição, o advento de lei que impeça a execução do contrato ou a inoccorrência de condição contratual). Por isso que para José dos Santos Carvalho Filho, por exemplo, seria equivocado o emprego do termo

⁶⁷ “Em conclusão: ao Legislativo apenas cabe se manifestar sobre a correção do procedimento declaratório, autorizando que a encampação produza seus efeitos. Nada além disso. O faz por meio de Lei cujo objeto é apenas autorizar que a decisão do Executivo produza efeitos (sem qualquer generalidade e abstração). E, na exata medida em que temos uma lei de efeitos concretos, caso a lei promova inovações irregulares ou ainda ratifique atos eivados de ilegalidade, ela se expõe às mesmas técnicas de controle aplicáveis aos atos administrativos, notadamente o mandado de segurança”. GUIMARÃES, Bernardo Strobil; KANAYAMA, Rodrigo Luís. A encampação do contrato de serviços públicos: aspectos materiais e procedimentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1021, p. 39-57, nov., 2020. p. 49.

⁶⁸ “[...] como decorrência do poder de controle, existe, para o poder concedente, a possibilidade de decretar a caducidade da concessão, que será tratada adiante, quando se tratar das formas de extinção”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102.

⁶⁹ DICIONÁRIO de latim-português. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2001. p. 107.

⁷⁰ CASTRO, Aníbal de. *A caducidade na doutrina, na lei e na jurisprudência*. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1984. p. 21.

caducidade para definir-se uma forma de exercício da *vontade* do Estado⁷¹, o que, também para Alexandre Aragão, corresponde a uma definição que foge à Teoria Geral do Direito⁷².

Em que pesem os seus diversos empregos e as críticas doutrinárias, para os fins deste trabalho a *caducidade* é declaração de vontade do Poder Concedente que tem como consequência a *extinção* de um contrato de concessão. Trata-se de uma das hipóteses do exercício do poder estatal de *unilateralmente* extinguir o contrato administrativo, como autoriza o art. 104, II, da Lei nº 14.133/2021⁷³. Aqui, portanto, se utiliza o termo adotado pelo próprio legislador, que chamou de *caducidade* uma forma *comissiva* de extinção contratual⁷⁴.

Embora também seja modalidade de extinção unilateral do contrato, a *caducidade*, diferente da *encampação*, decorre diretamente do inadimplemento do concessionário. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, a *caducidade* é forma de encerramento da concessão, por ato do concedente, “antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência do concessionário; *isto é, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações*”⁷⁵.

Depende a *caducidade*, portanto, de um ato ou omissão do concessionário. Não havendo inadimplemento, igualmente não haverá *caducidade*, porque é o descumprimento do particular que justifica esta medida, *conferindo-lhe validade*.

⁷¹ “Costuma-se empregar o termo *caducidade* em outro sentido, de maior extensão, qual seja, indicando o fato de o contratado não cumprir cláusulas estipuladas em contrato de concessão de serviços públicos, o que determina a cessação de sua vigência, como diz Marcelo Caetano, ou ainda a prática de falta grave pelo concessionário, causando a rescisão do contrato, na visão de José Cretella Junior. Em nosso entender, contudo, essas hipóteses não retratam fielmente o instituto da *caducidade*, posto que o fato novo atinge o plano da validade dos atos, e não diretamente o de sua eficácia”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 8.

⁷² “Adotando nomenclatura que não corresponde ao seu significado na teoria geral do direito, de ‘decadência’ de um direito, a Lei n. 8.987/95 (art. 38) identifica *caducidade* como a rescisão unilateral da concessão pelo Poder concedente em razão do descumprimento do contrato pelo concessionário”. ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 818-819.

⁷³ Lei nº 14.133/2021, art. 104: “O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: [...] II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei”.

⁷⁴ Lei nº 8.987/1995, art. 38: “A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de *caducidade* da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 798.

Para José dos Santos Carvalho Filho, “*legitima-se* essa modalidade de extinção porque o concessionário descumpre ‘obrigações fundamentais relativas à montagem e exploração do serviço’”⁷⁶.

A Lei nº 8.987/1995 prevê que “[a] inexecução total ou parcial do contrato acarretará, *a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão* ou a aplicação das sanções contratuais [...]” (art. 38), definindo-a, em seu art. 35, como forma de extinção do contrato⁷⁷.

Do dispositivo acima transcrito, além de extrair-se a conclusão de que ela decorre do inadimplemento do concessionário, deduz-se que a caducidade é ato *discricionário* da Administração Pública. Ou seja, havendo descumprimento, o concedente *poderá* tornar caduco o contrato de concessão, mas não há norma que o obrigue a fazê-lo. A única exceção a esta regra é a transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente, hipótese em que, por expressa previsão legal⁷⁸, surgirá para o Estado o *dever* de decretar a caducidade.

Esta discricionariedade do Poder Concedente, claro, não está livre de críticas. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esta liberdade, embora de fato conferida pela lei ao concedente, seria de todo inadequada:

[...] a toda evidência, tratando-se de falta ou falha gravíssima, como, por exemplo, ‘perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido’ (prevista no inciso IV do art. 38 em causa), a decretação de caducidade seria inadversavelmente obrigatória⁷⁹.

Outro ponto interessante é que, embora o art. 38 da Lei nº 8.987/1995 trate da caducidade e da sanção de formas separadas (*verbis*: “declaração de caducidade da concessão *ou* a aplicação das sanções contratuais”), a caducidade é, ela própria, modalidade de sanção⁸⁰. Alicerçada na falta do concessionário, terá não só a função

⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 433-434.

⁷⁷ Lei nº 8.987/1995, art. 35: “Extingue-se a concessão por: [...] III – caducidade”.

⁷⁸ Lei nº 8.987/1995, art. 27: A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente *implicará* a caducidade da concessão.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 765-767.

⁸⁰ “[...] a caducidade do contrato de concessão de serviços públicos fundamenta-se no descumprimento do contrato ou das normas jurídicas pelo concessionário, *possuindo natureza sancionatória* (art. 38 da Lei 8.987/1995)”. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de*

de adequar a prestação do serviço, mas também a de punir o descumprimento. Sobre a caducidade e a sua natureza sancionatória, ensina Marçal Justen Filho:

Especialmente para fins de aplicação do princípio da proporcionalidade, deve ter-se em mente a natureza da caducidade. É verdade que apresenta natureza punitiva, tal como se passa em todas as sanções. Sob esse ângulo, visa a impor ao infrator uma espécie de redução de expectativas e de restrição de atuação que produza sofrimento. Também contém laivos de desincentivo. O temor da sanção e a gravidade de seus efeitos interfere sobre a conduta do sujeito para induzi-lo a evitar a ocorrência de certos eventos⁸¹.

Diferente da encampação, não há necessidade de lei autorizativa para declarar-se a caducidade, o que será feito mediante decreto do Chefe do Poder Executivo⁸². A caducidade, no entanto, não pode decorrer do simples alvedrio do Poder Público, que, embora tenha discricionariedade para se abster de decretá-la, está vinculado às hipóteses taxativamente previstas em lei para fazê-lo. Afinal, como há muito já se pacificou o entendimento do Supremo Tribunal Federal, toda norma que imponha sanção administrativa deve ser interpretada restritivamente⁸³.

É o que confirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao apontar que “[a] caducidade corresponde à rescisão por inadimplemento contratual por parte da concessionária e só pode ocorrer nas hipóteses indicadas no art. 38, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, alterado pela Lei nº 12.767, de 27-12-2012”⁸⁴. José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar das hipóteses de decretação da caducidade, também faz referência apenas àquelas previstas nos incisos do art. 38, § 1º, da Lei nº 8.987/1995⁸⁵:

Direito Administrativo. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 333.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 594.

⁸² “Sendo constatada a inadimplência deste, o concedente declarará a caducidade *por decreto expedido pelo Chefe do Executivo*”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 434.

⁸³ “É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RMS 19.510/GO*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, Julgado em: 20/06/2006, Diário da Justiça, Brasília, 3/08/2006.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

⁸⁵ Lei nº 8.987/1995, art. 38, § 1º: A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando: I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço; II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão; III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior; IV - a concessionária perder

Várias são as formas de inadimplemento do concessionário, geradoras da caducidade:

1. inadequação na prestação do serviço, seja por ineficiência, seja por falta de condições técnicas, econômicas ou operacionais;
2. paralisação do serviço sem justa causa;
3. descumprimento de normas legais e regulamentares, e de cláusulas contratuais;
4. desatendimento de recomendação do concedente para a regularização;
5. não cumprimento de penalidades nos prazos fixados;
6. sonegação de tributos e contribuições sociais, assim fixada em sentença judicial transitada em julgado; e
7. não atendimento à intimação do concedente para, em 180 dias, apresentar a documentação concernente à regularidade fiscal no período da concessão, como o impõe o art. 29 da Lei nº 8.666/1993⁸⁶.

Embora não haja dispositivo legal que condicione a caducidade à gravidade do descumprimento, não se pode ignorar este fator, sob pena de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que regem a Administração Pública no exercício das suas funções⁸⁷ e que justificam, inclusive, a revisão judicial do ato administrativo⁸⁸. Afinal, “a decretação da caducidade *é a mais dura das sanções incidentes nas relações entre concedente e concessionária*, gerando, ademais, inevitáveis turbulências na prestação dos serviços e importantes ônus para ambas as partes”⁸⁹. Por esse motivo, corretamente observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto que a caducidade é “decretada por ato administrativo vinculado da administração, *motivado necessariamente por uma falta grave*”⁹⁰.

as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido; V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos; VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993”.

⁸⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 434.

⁸⁷ Lei nº 9.784/1999, art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, *razoabilidade*, *proporcionalidade*, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Lei nº 14.133/21, art. 5º: “Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da [...] da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)”.

⁸⁸ “A discricionariedade administrativa não impede o controle judicial de seus atos, notadamente se restritivos aos direitos dos administrados, cabendo ao Poder Judiciário reapreciá-los à luz da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade”. STJ, *EDcl no AgInt no AREsp n. 2.109.076/MG*, Rel. Min. Afrânio Vilela, 2ª Turma, Julgado em: 14/05/2024, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 20/05/2024.

⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo contratual*. Coleção Pareceres. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 346-347.

⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 435.

Tome-se por hipótese um decreto de caducidade cuja motivação é a deficiência da prestação do serviço. Embora a lei estabeleça como base interpretativa “as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço” (art. 38, § 1º, I, da Lei nº 8.987/1995), é evidente que há amplo espaço interpretativo para definir-se o que seria um serviço deficitário, o que traz certa insegurança jurídica. Também seria absolutamente irrazoável que a Administração pudesse decretar a caducidade por descumprimento de qualquer cláusula contratual, como a princípio parece dispor o art. 38, § 1º, II, da Lei nº 8.987/1995. Para fins ilustrativos, suponha-se que determinado contrato de concessão determine que a comunicação entre as partes será feita por correio, mas o concessionário passa a fazê-lo por meio eletrônico. Evidentemente, não é este motivo suficiente para a decretação da caducidade, por se tratar de cláusula de importância secundária, que não afeta a prestação do serviço público.

Admitir a caducidade em hipóteses de menor gravidade, em inobservância à necessária gradação das sanções administrativas⁹¹, seria ampliar inadequadamente a supremacia estatal, o que certamente levaria a recorrentes atos de despotismo no âmbito das concessões. Celso Antônio Bandeira de Mello, criticando a redação do art. 38 da Lei nº 8.987/1995 e apontando o que entende ser a sua “injuridicidade”, observa que “se o descumprimento for de pequena relevância, é claro a todas as luzes que não poderia ser decretada a caducidade, porque, em tal caso, a medida *padeceria do vício de falta de proporcionalidade*”⁹². Sobre a mesma norma, Mauricio Portugal Ribeiro reconhece o seguinte:

A interpretação desses dispositivos em conformidade com o Princípio da Proporcionalidade da Ação Estatal exige que se entenda que o poder concedente não pode aplicar a caducidade senão em casos de descumprimentos graves ou reiterados, sob pena de se aplicar a mais grave das sanções incidentes sobre o concessionário em situações de descumprimento contratual trivial, o que poderia, inclusive, abrir portas para ações oportunistas do poder concedente tanto na decisão

⁹¹ “Deveras, da hierarquia das sanções, necessariamente deverá ser escolhida – para os casos menores – a menor delas. Ocorrendo, por hipótese, um primeiro descumprimento, infração pequena, deverá haver sanção compatível. Entretanto, essa hierarquia cede passo – embora ainda não sancionado – comente o contratado falta gravíssima que, se não ensanchadora de rescisão, deverá ocasionar, pelo menos, punição mais drástica”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 45.

⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 765-767.

de iniciar processo de caducidade, quanto propriamente na decretação da caducidade⁹³.

Esta amplitude da Lei nº 8.987/1995 pode ser, em alguns casos, restringida por lei específica. É o caso do Código de Mineração, que, além de limitar as hipóteses de caducidade, expressamente condicionou esta sanção à reincidência do concessionário⁹⁴, com exceção do descumprimento caracterizado pelo abandono da jazida⁹⁵. À luz da norma específica, inclusive, já concluiu o Superior Tribunal de Justiça que “as sanções aplicadas ao minerador faltoso são gradativas, *só podendo ser aplicada a mais grave delas — a de caducidade — após a imposição das mais leves* (advertência e multa)”⁹⁶.

Embora a lei geral não fale em reincidência, ela condiciona a caducidade à concessão de prazo ao particular para que corrija o inadimplemento (art. 38, § 3º, da Lei nº 8.987/1995⁹⁷). Apenas depois de esgotado o prazo é que o Poder Concedente poderá, não ainda decretar a caducidade, mas instaurar processo administrativo para a constatação do inadimplemento⁹⁸.

⁹³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171212-01.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2025.

⁹⁴ Decreto-Lei nº 227/67, art. 65: “Será declarada a caducidade da autorização de pesquisa, ou da concessão de lavra, desde que verificada quaisquer das seguintes infrações: a) caracterização formal do abandono da jazida ou mina; b) não cumprimento dos prazos de início ou reinício dos trabalhos de pesquisa ou lavra, *apesar de advertência e multa*; c) prática deliberada dos trabalhos de pesquisa em desacôrdo com as condições constantes do título de autorização, *apesar de advertência ou multa*; d) prosseguimento de lavra ambiciosa ou de extração de substância não compreendida no Decreto de Lavra, *apesar de advertência e multa*; e, e) não atendimento de repetidas observações da fiscalização, *caracterizado pela terceira reincidência*, no intervalo de 1 (hum) ano, de infrações com multas”.

⁹⁵ “Essas quatro hipóteses caracterizam uma punição pela reincidência, de forma que o elemento que caracteriza a caducidade é a repetição do erro, por si só de menor gravidade. Por outro lado, apenas uma previsão, que tendo em vista sua gravidade e suas consequências intrínsecas, implica caducidade independentemente de reincidência. Trata-se do abandono da jazida ou mina”. FEIGELSON, Bruno. *Curso de direito minerário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 299.

⁹⁶ STJ, Mandado de Segurança n. 1.123/DF, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, Julgado em: 1/12/1992, Diário da Justiça, Brasília, p. 4496, 22/03/1993.

⁹⁷ “Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais”.

⁹⁸ “Primeiramente, o concessionário deve receber a comunicação do seu descumprimento e a recomendação de ser sanada a irregularidade em certo prazo. Somente após é que o concedente instaurará processo administrativo, assegurando-se ampla defesa ao concessionário”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 434.

O processo administrativo que *necessariamente* precederá a decretação da caducidade contará com ampla defesa do concessionário, que poderá comprovar a inexistência de inadimplemento⁹⁹. Apenas quando constatada a inadimplência *no âmbito do processo administrativo*, é que poderá ser decretada a caducidade¹⁰⁰.

Ou seja, *primeiro*, será concedida ao concessionário a oportunidade de sanar o descumprimento. *Depois*, instaurado o processo administrativo. *Apenas por último*¹⁰¹, decretada a caducidade. Novamente nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello:

A declaração de caducidade tem de ser precedida de verificação da inadimplência em processo administrativo no qual se assegure ampla defesa ao concessionário (art. 38, § 2). Além disto, tal processo *só terá lugar* depois de comunicadas ao concessionário as falhas ou transgressões que lhe forem imputáveis, conferindo-se-lhe prazo para saná-las e enquadrar-se nos termos contratuais (art. 38, § 3). Uma vez decidida a caducidade, esta efetuar-se-á por decreto do poder concedente (art. 38, § 4)¹⁰².

Finalmente, diferente da encampação, não será devida indenização ao concessionário pela decretação da caducidade¹⁰³. Se esta forma de extinção da concessão decorre do descumprimento contratual *por parte do particular*, nada mais justo que seja ele a arcar com as consequências do inadimplemento. Deverá a Administração Pública, no entanto, indenizar o concessionário pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

⁹⁹ Lei nº 9.784/1999, art. 38, § 2º: “A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa”.

¹⁰⁰ Lei nº 9.784/1999, art. 38, § 4º: “*Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência*, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo”.

¹⁰¹ A necessidade de *prévia* instauração de processo administrativo decorre da necessidade de a motivação da sanção ser sempre *anterior* à sua cominação. Gustavo Binchenbojm aponta que “[a] fundamentação contemporânea à aplicação da sanção não é requisito acessório, mas condição de validade do ato, pois é ela que permite, de uma só vez, que os administrados compreendam as razões da medida restritiva, e que o Judiciário verifique sua conformidade com a legislação. Em outras palavras, é a motivação que delimita o espaço de atuação da Administração Pública e que constitui o parâmetro a ser controlado pelo Poder Judiciário”. BINENBOJM, Gustavo. *Parecer sobre Direito Administrativo Sancionador*: limites à capacidade punitiva de órgão municipal. Parecer emitido no processo nº 0007883-61.2015.8.19.0068, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6/10/2025.

¹⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 765.

¹⁰³ “Nos casos ensanchadores de caducidade, por ter sido o cessionário a dar causa à extinção da concessão, como violador de suas obrigações, o Poder Público não tem que indenizá-lo [...]”. *Ibid.*, p. 767.

decretada a caducidade “não cabe qualquer direito à compensação pecuniária, ressalvada a indenização pelos bens que reverterem para o patrimônio do poder concedente; caso contrário, ter-se-ia o confisco”¹⁰⁴. A autora, inclusive, alerta que “[p]oderá até ocorrer que a concessionária é que tenha que indenizar o poder concedente por prejuízos eventualmente causados na execução do contrato”¹⁰⁵.

1.4 Intervenção

A intervenção, prevista no art. 32 da Lei nº 8.987/1995¹⁰⁶, diferente da encampação e da caducidade, não é forma de extinção do contrato administrativo, mas de continuidade da prestação do serviço, nos termos contratados, através de um interventor, que será escolhido a critério do Poder Concedente. E, embora não acarrete, por si só, a extinção do contrato, a intervenção é talvez a mais extrema das medidas aqui estudadas, do ponto de vista patrimonial. Trata-se da prerrogativa do Estado de, coercivamente, espoliar o particular, ainda que temporariamente¹⁰⁷, de todo o aparato utilizado para a prestação do serviço, inclusive dos bens não reversíveis e dos reversíveis ainda não amortizados (*i.e.*, de bens cuja propriedade é do particular, não do Poder Concedente).

José dos Santos Carvalho Filho define a intervenção como “a ingerência direta do concedente na prestação do serviço delegado, *em caráter de controle*, com o fim de manter o serviço adequado a suas finalidades e para garantir o fiel cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais”¹⁰⁸. Esta intervenção decorre do descumprimento legal ou contratual por parte do concessionário e tem como finalidade a manutenção da prestação do serviço.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 145.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ “O poder concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”.

¹⁰⁷ “[...] a intervenção é *sempre* um remédio temporário”. RIBEIRO, Maurício Portugal. Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões no setor elétrico. *Migalhas de Peso*, 27 jun. 2013.

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 429.

Embora decorra da conduta do concessionário, a intervenção não tem natureza sancionatória¹⁰⁹. Trata-se, precipuamente, do exercício dos poderes de controle e fiscalização do concedente sobre a concessão, uma vez que tem o “objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, à final, as medidas mais convenientes a serem adotadas”¹¹⁰. É, ademais, medida excepcional, cautelar e de urgência, aplicada quando *imprescindível* à manutenção do serviço público. Neste sentido, aponta Silvio Luís Ferreira da Rocha que a intervenção “não é medida sancionadora, *mas preventiva*, que visa a acautelar e prevenir risco à continuidade do serviço”¹¹¹.

Excepcionalmente, poderá a intervenção ser utilizada para prevenir *grave* dano ao erário, ainda que não esteja a continuidade do serviço público ameaçada, e quando for esta a única medida capaz de assegurar, a um só tempo, a apuração das irregularidades e a prevenção de agravamento do dano¹¹². Afinal, não se poderia esperar, nesta hipótese, a inércia da Administração.

A intervenção, por seu caráter de urgência, será normalmente decretada antes da efetiva comprovação de irregularidades na prestação do serviço. Por isso que não apenas decorre do poder de controle da Administração Pública, mas também do seu poder fiscalizatório. A partir da intervenção, o Poder Concedente terá meios para melhor aferir a existência das irregularidades, para, ao final, concluir pela necessidade, ou não, de extinção do contrato de concessão. Por outro lado, não é dado ao Estado a prerrogativa de, sob o único pretexto de fiscalizar a atividade, decretar a intervenção. Afinal, há outros meios mais brandos para o

¹⁰⁹ “A intervenção não tem caráter punitivo”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 56.

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 545.

¹¹² Sobre a possibilidade de utilização da intervenção para proteção do erário, já concluiu o TJMT: “Não há direito líquido e certo a amparar, por meio de mandado de segurança, a pretensão de anular decreto intervencionista do concedente, *se a intervenção fora editado em plena conformidade com as normas de regência da matéria, a fim de resguardar e proteger o erário*”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, *Processo n. 1004051-30.2018.8.11.0000*, Rel. Márcio Vidal, Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo, Julgado em: 19/12/2018, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em: 19/12/2018.

exercício da fiscalização^{113,114}, tratando-se a intervenção de “medida excepcional, porque excede os poderes normais de fiscalização, devendo, por isso mesmo, ser interpretada de modo estrito”¹¹⁵. Assim, embora a intervenção também decorra do poder fiscalizatório do Estado, como ensina Marçal Justen Filho, “[n]ão há margem de liberdade para o Estado escolher entre intervenção e outras medidas fiscalizatórias. A intervenção não é via substitutiva da fiscalização”¹¹⁶.

A questão já foi apreciada pela Justiça Federal do Paraná, no *Caso Rodonorte v. Governador do Paraná*¹¹⁷. Tratou-se de decreto de intervenção, editado pelo Governador do Estado do Paraná, nos serviços prestado pela concessionária Rodonorte. O motivo invocado pelo Governador era a necessidade de realização de investigações de supostas irregularidades da prestação do serviço¹¹⁸. O decreto, inclusive, se limitava a conferir ao interventor poderes de fiscalização, deixando de lhe atribuir poderes de gestão¹¹⁹.

A Rodonorte, então, ajuizou ação judicial, com pedido de tutela de urgência para que fossem suspensos os efeitos da intervenção. O Juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba, entendendo que a mera fiscalização não justifica a intervenção, concedeu parcialmente a liminar, para convolar a intervenção em inspeção, “determinando

¹¹³ Lei nº 8.987/1995, art. 30: “No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”.

¹¹⁴ Lei nº 8.987/1995, art. 31: “Incumbe à concessionária: [...] V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 57.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 485.

¹¹⁷ O Governador do Estado do Paraná, editou o Decreto nº 11.243/18-PR, para determinar a intervenção na concessão assumida pela Concessionária de Rodovias Integradas S.A., por meio do Contrato de Concessão nº 75/97. A concessionária, em 04 de outubro de 2018, ajuizou a ação nº 5045805-58.2018.4.04.7000 perante a 1ª Vara Federal de Curitiba, a fim de obter tutela cautelar para suspensão dos efeitos da intervenção e, ao final, ver declarada a nulidade do decreto.

¹¹⁸ Decreto nº 11.243/18-PR: “A GOVERNADORA DO ESTADO DO PARANÁ, no uso das atribuições que lhe confere o inciso V do art. 87 da Constituição do Estado do Paraná e ainda: [...] *Considerando que a intervenção se apresenta como único instrumento de que dispõe a Administração para acessar às reais informações referentes à execução do Contrato de Concessão n.º 075/1997*”.

¹¹⁹ Decreto nº 11.243/18-PR, art. 4º: “Não estão compreendidos nos poderes atribuídos ao interventor o exercício de atos de gestão da concessionária, e sua função não será remunerada, sendo considerada de relevante interesse público”.

que onde está escrito ‘intervenção’ leia-se ‘inspeção’, onde está escrito ‘interventor’ leia-se ‘inspetor’”¹²⁰.

Embora a ação tenha sido extinta sem resolução do mérito, em razão da perda da eficácia do decreto, o Juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba consignou na sentença que a intervenção pressupõe a assunção da gestão da concessionária pelo interventor, não se justificando apenas como medida de fiscalização:

Nesse contexto, a leitura dos Decretos (todos utilizam o mesmo texto) torna evidente que o fundamento legal indicado pelo Estado do Paraná (32 da Lei nº 8.987/95), bem como as expressões utilizadas no corpo dos Decretos, referentes à "intervenção" e as atribuições do "interventor" não se coadunam com o conceito jurídico de intervenção, pois as medidas que determinou circunscrevem-se à fiscalização e inspeção, conforme se vê:

[...]

Assim, tanto os elementos do Decreto (exposição de motivos e competência do interventor) como a coletiva de imprensa realizada por ocasião da publicação desses atos, demonstram que sua finalidade não é a assunção da gestão para garantir o cumprimento do contrato e da lei, mas sim a realização de inspeção e fiscalização das concessionárias com a presença de agente *in loco*.

Por isso, ressaltei na decisão de ev.03 que o Decreto padece de atecnia, pois embora utilize o fundamento legal e as expressões próprias da intervenção, trata, na verdade, de inspeção¹²¹.

A intervenção, portanto, não é mero instrumento fiscalizatório, mas, muito mais do que isso, dá ao concedente o poder de se imiscuir, temporariamente, na gestão da concessionária. Importante notar que, embora a Lei nº 8.987/1995 assevere que a Administração “poderá intervir *na concessão*”, não será só na concessão, mas na própria concessionária, penetrando a sua esfera patrimonial. É por isso que Maria Sylvia Zanella Di Pietro fala sobre o “poder de intervenção *na empresa concessionária*”¹²², Marcus Vinicius Correa, que o Poder Concedente poderá “intervir *na concessionária*”¹²³ e Marçal Justen Filho, que “o Estado *assume*

¹²⁰ BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, *Procedimento Comum nº 5045805-58.2018.4.04.7000/PR*, 1ª Vara Federal de Curitiba, Decisão proferida em: 11/10/2018.

¹²¹ BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, *Procedimento Comum nº 5045805-58.2018.4.04.7000/PR*, 1ª Vara Federal de Curitiba, Julgado em: 11/02/2020.

¹²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 56.

¹²³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 121.

a gestão do concessionário, mas não retoma para si a prestação do serviço público”¹²⁴.

Não se trata a intervenção, diferente da encampação, de mera assunção da concessão, mas de controle sobre a própria concessionária, suprimindo — ainda que legitimamente — o seu direito de propriedade. Por isso é que a intervenção, ao que parece, é a mais voraz das prerrogativas do Poder Concedente no âmbito das concessões de serviço público.

As hipóteses de intervenção não são elencadas pela lei, mas decorrem sempre de um descumprimento do concessionário¹²⁵. E claro, este descumprimento deve ter tal gravidade que justifique a imposição da medida extrema. É preciso, em regra, que haja concreta ameaça à continuidade do serviço público¹²⁶.

Justamente pelo seu caráter de urgência, a intervenção prescinde de *prévia* instauração de processo administrativo. É o que expressamente dispõe o art. 33 da Lei nº 8.987/1995, segundo o qual “[d]eclarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa”. José dos Santos Carvalho Filho confirma que “[a]pós o decreto de intervenção é que o concedente deve instaurar o procedimento administrativo”¹²⁷.

Há, no entanto, divergências. Para Marçal Justen Filho:

A alusão à instauração de processo administrativo depois de decretada a intervenção não pode ser interpretada como autorização para promover a intervenção sem processo administrativo prévio. Não seria admissível supor que as

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 479.

¹²⁵ “A lei não elenca detalhadamente as hipóteses em que cabe intervenção, mas, pela norma do art. 32, já se deduz que ela pode dar-se ou no caso de descumprimento de normas contratuais, regulamentares e legais, ou no caso em que se considere que o serviço não está sendo prestado de forma adequada, tal como definido no art. 6º, § 2º; segundo esse dispositivo, ‘serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia em sua prestação e modicidade das tarifas’”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 57.

¹²⁶ “O instrumento da intervenção é reservado para as situações em que o serviço público não está sendo prestado ou se encontra em vias de interrupção”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 481.

¹²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 429-430.

garantias constitucionais dos art. 5º, incs. LIV e LV teriam sido afastadas por dispositivo infraconstitucional¹²⁸.

Em que pese entendimento diverso, a norma, embora suprima o direito do concessionário ao contraditório, parece estar em plena consonância com a hermenêutica do processo administrativo e se justifica pela urgência da medida de intervenção. A própria Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo em âmbito federal (mas aplicável subsidiariamente em âmbito estadual e municipal¹²⁹), prevê, em seu artigo 45, que “[e]m caso de risco iminente, a Administração Pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras *sem a prévia manifestação do interessado*”, o que não parece padecer de inconstitucionalidade.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou o entendimento no sentido de que não há óbice à decretação da intervenção sem a *prévia* instauração de processo administrativo. No *Caso Sinetram v. Prefeito de Manaus*¹³⁰, o Sindicato de Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas impetrou mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça do Amazonas, buscando a anulação do decreto de intervenção, editado pelo então Prefeito de Manaus. Segundo a concessionária, a medida, por não ter sido precedida de instauração de processo legal, seria não apenas ilegal — porque o art. 33 da Lei nº 9.784/1999 não afastaria a necessidade de contraditório prévio — mas também contrariaria o art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal^{131,132}.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 490.

¹²⁹ “[...] a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que a Lei 9.784/1999 pode ser aplicada de forma subsidiária no âmbito dos demais Estados-Membros e Municípios, se ausente lei própria que regule o processo administrativo local”. STJ. *AgInt no REsp n. 1.862.088/RS*, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em: 29/11/2021, DJe de 2/12/2021.

¹³⁰ O então o Prefeito do Município de Manaus editou os Decretos Municipais nºs 4.503/2019 e 4.525/2019, por meio dos quais decretou a intervenção nas concessões de transporte público coletivo de passageiros nos dez lotes de linhas que compõem o sistema de transportes de Manaus. A concessão havia sido outorgada a empresas filiadas ao SINETRAM - Sindicato de Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas. O Sindicato impetrou o Mandado de Segurança nº 4004647-21.2019.8.04.0000, cuja segurança foi denegada pelo TJAM. Interposto recurso ordinário ao STJ, o acórdão foi mantido.

¹³¹ Constituição Federal, art. 5º, LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

¹³² Constituição Federal, art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O Tribunal local denegou a segurança, apontando que “o regramento regente não determina a existência de prévio contraditório”¹³³. O acórdão foi mantido pela 2ª Turma do STJ, que concluiu o seguinte:

Verifica-se que, em se tratando de intervenção, o direito de defesa do concessionário só é propiciado após a decretação da intervenção, a partir do momento em que for instaurado o procedimento administrativo para apuração das irregularidades. Isso porque a intervenção possui finalidades investigatória e fiscalizatória, e não punitiva. Assim, não há fundamento para reformar o entendimento do Julgador *a quo* de que é dispensável estabelecer contraditório prévio à decretação da intervenção, ausente determinação na Lei n. 8.987/1995¹³⁴.

Instaurado o processo administrativo, o que deve ocorrer em no máximo 30 dias contados da decretação da intervenção (art. 33, caput, da Lei nº 9.784/1999), caberá ao Poder Concedente investigar a ocorrência das eventuais irregularidades, no prazo de 180 dias¹³⁵. Se o procedimento, que contará com amplo contraditório do concessionário¹³⁶, não for rigorosamente observado, poderá ser declarada a nulidade da intervenção, nos termos do art. 33, § 1º da Lei nº 9.784/1999¹³⁷. Para José dos Santos Carvalho Filho, “[o] formalismo do procedimento é inarredável pelo administrador, que a ele está vinculado. Se se constatar vício nesse procedimento, o efeito será a sua nulidade e, se for o caso, o direito do concessionário à inteira reparação dos prejuízos”¹³⁸.

Os prazos para a instauração do procedimento e para o encerramento do processo administrativo — período pelo qual perdurará a intervenção —, são, portanto, de observância obrigatória, não admitindo prorrogação. A questão foi analisada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que, no *Caso Águas de Itu v. Prefeito de Itu*¹³⁹, concluiu pela ilegalidade de decreto que estendeu o prazo da

¹³³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, *Câmaras Reunidas*, Rel. Des. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Julgado em: 03/2021.

¹³⁴ STJ, *RMS n. 66.794*, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, Julgado em: 22/02/2022.

¹³⁵ Lei nº 9.784/1999, art. 33, § 2º: “O procedimento administrativo a que se refere o caput deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção”.

¹³⁶ “Diante do parâmetro constitucional, o procedimento terá que observar o princípio do contraditório e da ampla defesa”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 429-430.

¹³⁷ “Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização”.

¹³⁸ CARVALHO FILHO, op. cit., 2018. p. 430.

¹³⁹ O Prefeito do Município da Estância Turística de Itu editou o Decreto Municipal nº 2.336/2015, para intervenção na concessão municipal de água e esgoto, assumida pela concessionária Águas

intervenção, ultrapassando 180 dias. Na ocasião, a 13ª Câmara de Direito Público do TJSP apontou que “[u]ltrapassado o prazo máximo de 180 dias previsto na legislação de regência para o encerramento do procedimento administrativo, a intervenção passa a ser inválida e o serviço deve ser devolvido ao concessionário”¹⁴⁰.

Encerrado o procedimento administrativo, o Poder Concedente concluirá pela ocorrência ou não dos descumprimentos que fundamentaram a intervenção. Em caso positivo, o contrato de concessão será extinto. Em caso negativo, o serviço será devolvido à concessionária¹⁴¹ que, inclusive, fará jus a eventuais indenizações, nos termos do art. 33, § 1º, da Lei nº 8.987/1995.

Finalmente, ainda que a conclusão decorrente do processo administrativo seja pela impossibilidade de manutenção da concessão, ainda assim poderá o concessionário ser indenizado por eventuais prejuízos causados pelo interventor. Sobre a previsão do art. 33, § 1º, da Lei nº 8.987/1995, Maria Sylvia Zanella Di Pietro observa o seguinte:

Embora o dispositivo pareça referir-se, nessa parte final, apenas à hipótese de devolução da concessão ao concessionário, mesmo no caso de extinção do contrato decorrente da intervenção, deverá haver prestação de contas, pois é evidente que se o interventor causou algum prejuízo ao concessionário, durante o procedimento da intervenção, deverá o mesmo ser indenizado¹⁴².

de Itu Exploração de Serviços de Água e Esgoto S.A. por meio do Contrato de Concessão nº 146/2007. Não finalizado o procedimento administrativo no prazo legal, o prazo da intervenção foi estendido pelo Decreto Municipal nº 2.446/2015, que seria, posteriormente, anulado no Mandado de Segurança nº 1001295-17.2016.8.26.0286, impetrado pela concessionária. Pouco antes da anulação do Decreto Municipal nº 2.446/2015, foi editado o Decreto nº 2.537/2016, que estendia, pela segunda vez, o prazo da intervenção. O terceiro decreto foi anulado no âmbito do Mandado de Segurança nº 1003378-06.2016.8.26.0286, por sentença mantida pelo TJSP. Posteriormente, no entanto, foi decretada a caducidade do Contrato de Concessão nº 146/2007, por meio do Decreto nº 2.571/2016. A questão foi submetida ao Procedimento Arbitral nº A-288/19-CAMARB, tendo sido proferida sentença que declarou a arbitrabilidade do decreto de caducidade. A sentença, nesta extensão, foi anulada pelo TJSP no ação anulatória de sentença arbitral nº 1008052-51.2021.8.26.0286.

¹⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Remessa Necessária Cível n. 1003378-06.2016.8.26.0286*, 13ª Câmara de Direito Público, Foro de Itu, 3ª Vara Cível, Rel. Djalma Lofrano Filho, Julgado em: 18/10/2017, Registrado em: 19/10/2017.

¹⁴¹ “O procedimento, uma vez encerrado, levará a uma de duas conclusões: ou se terá concluído pela inadequação do concessionário para prestar o serviço, fato que conduzirá à extinção da concessão; ou nenhuma culpa se terá apurado contra ele, e nesse caso a concessão terá restaurada sua normal eficácia”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. p. 430.

¹⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 103.

CAPÍTULO 2 - ARBITRAGEM NO ÂMBITO DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

2.1 Generalidades: jurisdição, constitucionalidade e o Princípio da Kompetenz-kompetenz

Muito antes de o Estado tomar para si a função jurisdicional, a arbitragem já era utilizada como forma de resolução dos conflitos¹⁴³. José Carlos Moreira Alves aponta que este instituto esteve presente “durante toda a evolução do direito romano, pois sempre se admitiu que os conflitos individuais fossem resolvidos por árbitros, escolhidos, sem a interferência do Estado, pelos litigantes”¹⁴⁴. É esta a forma de pacificação que, em um panorama histórico, sucedeu imediatamente a vingança privada e precedeu o *cognitio extra ordinem*¹⁴⁵, contando, desde a Roma antiga, com a cooperação estatal para a execução das sentenças arbitrais¹⁴⁶.

¹⁴³ Segundo Gary Born, “there is substantial historical evidence for the use of arbitration to resolve disputes between states, city-states and similar entities in ancient Greece, Rome, Persia and Mesopotamia”. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. International Arbitration Agreements. v. I. 3. ed. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021. p. 8.

¹⁴⁴ ALVES, José Carlos M. *Direito Romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 206. ISBN 9786559640645. [E-book]

¹⁴⁵ “A *Cognitio Extra Ordinem* se apresenta como um período histórico-jurídico demasiadamente longo para que se possa traçar características fixas para o seu direito processual sem cometer atecnias. Contudo, percebe-se que esta fase está impregnada pela publicização do direito processual, diante da ruptura com o *ordo iudiciorum privatorum*. Uma das expressões desta publicização é a organização de uma estrutura judiciária hierárquica, que viabiliza o reexame das decisões”. SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira; LEAL, Stela Tannure. Paralelos entre a sistemática recursal da *cognitio extra ordinem* romana e o regime do agravo no novo Código de Processo Civil. *Revista Científica Multidisciplinar das Faculdades São José*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 2–11, 2017.

¹⁴⁶ Sobre a evolução das formas de resolução de conflitos e a execução de sentenças arbitrais através do Estado, ensina José Carlos Moreira Alves: “Do estudo dos povos primitivos, verifica-se que a tutela dos interesses era, a princípio, feita pelos próprios ofendidos ou, então, pelos grupos a que eles pertenciam – daí dizer-se que o que havia era a justiça privada, e não a justiça pública, que é a distribuída pelo Estado. Só muito mais tarde, e em decorrência de longa evolução, é que se passa da justiça privada para a justiça pública. Conjectura-se, com base em indícios que chegaram até nós, que essa evolução se fez em quatro etapas: a) na primeira, os conflitos entre particulares são, em regra, resolvidos pela força (entre a vítima e o ofensor, ou entre os grupos de que cada um deles faz parte), mas o Estado – então incipiente – intervém em questões vinculadas à religião; e os costumes vão estabelecendo, paulatinamente, regras para distinguir a violência legítima da ilegítima; b) na segunda, surge o *arbitramento facultativo*: a vítima, em vez de usar da vingança individual ou coletiva contra o ofensor, prefere, de acordo com este, receber uma indenização que a ambos pareça justa, ou escolher um terceiro (o árbitro) para fixá-la; c) na terceira etapa, nasce o arbitramento obrigatório: o facultativo só era utilizado quando os litigantes o desejassem, e, como esse acordo nem sempre existia, daí resultava que, as mais das vezes, se continuava a empregar a violência para a defesa do interesse violado; por isso, o Estado não só passou a obrigar os litigantes a escolherem árbitro que determinasse a indenização a ser paga pelo ofensor, mas também a assegurar a execução da sentença, se,

Com a evolução do Direito ao longo dos séculos, criou-se a *justiça pública*, em contraposição à *justiça privada*. O Estado, ao se arrogar no papel de pacificador social, passou então a deter *jurisdição* para resolver controvérsias, desde o *pretor*¹⁴⁷, na Roma Antiga, até os tribunais como hoje os conhecemos, integrantes de um poder estatal autônomo (*i.e.*, o Poder Judiciário). Durante este período, se a arbitragem não desapareceu, certamente perdeu protagonismo, tonando-se não mais a principal forma de solução de controvérsias, mas, como chamava a doutrina clássica, um *método alternativo*¹⁴⁸ de resolução de conflitos.

Com a evolução dos mercados internacionais e o crescimento das disputas empresariais, a arbitragem voltou a ganhar força no último século. Em uma análise circunscrita à idade contemporânea, vê-se que o Brasil admite a utilização da arbitragem desde o Império¹⁴⁹, mas, embora outros países há muito já disciplinassem o instituto através de diplomas específicos¹⁵⁰, o Brasil só chegou a editar uma lei de arbitragem em 1996 (Lei nº 9.307/96).

Desde que voltou a ganhar força mundialmente, tem se discutido a natureza jurídica da arbitragem, o que importa no reconhecimento, ou não, da *jurisdição* do Tribunal Arbitral. Remo Caponi, há pouco mais de 20 anos, apontava ser esta a discussão central sobre a arbitragem na Itália. Em tradução livre:

porventura, o réu não quisesse cumpri-la; e d) finalmente, na quarta e última etapa, o Estado afasta o emprego da justiça privada, 10 e, por funcionários seus, resolve os conflitos de interesses surgidos entre os indivíduos, executando, à força se necessário, a sentença”. ALVES, José Carlos M. *Direito Romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 206. ISBN 9786559640645. [E-book]

¹⁴⁷ Gilberto Schäfer explica que, na Roma Antiga, o pretor “era o cargo que designava qualquer magistratura (cônsul, questor ou censor), mas, com o advento das *Leges Liciniae Sextiae*, passa a significar o de magistrado encarregado de administrar a justiça”. SCHÄFER, Gilberto. A atividade de pretor romano: antecedentes remotos do processo de sumularização. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 151, dez., 2013.

¹⁴⁸ A doutrina mais recente entende ser o termo “alternativo” ultrapassado. Neste sentido: “No Brasil, a ideia de alternativas constrói-se a partir da noção de uma via principal – no caso, o processo civil do Judiciário seria esta, enquanto a arbitragem, a mediação, a negociação e tantos outros instrumentos seriam vias secundárias. [...] A partir dessas reflexões e refinamentos linguísticos, propõe-se uma outra nomenclatura: tratamento adequado de conflitos”. MAZZEI, Rodrigo; RUIS CHAGAS, Bárbara Seccato. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, edição especial, ano 3, n. 1, maio 2018.

¹⁴⁹ Constituição do Império de 1824, art. 160: “Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

¹⁵⁰ *E.g.*: Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (1838), nos Países Baixos; Arbitration Act (1889), no Reino Unido; Federal Arbitration Act (1925), nos Estados Unidos; e Arbitration Act 42 (1965), na África do Sul.

Atualmente, na Itália, a disputa parece polarizar-se sobretudo sobre a questão de saber se o laudo de arbitragem tem eficácia de negócio jurídico ou se possui a mesma eficácia da sentença do juiz estatal.

Sem a pretensão de encerrar em poucas linhas um tema de tão relevante importância teórica, pode-se observar, de forma problemática, que *a arbitragem é uma dimensão originária do direito privado, uma manifestação extraestatal* que consiste no poder de confiar a um terceiro imparcial e desinteressado a justa composição de uma controvérsia, por meio da declaração do direito preexistente ao final de um processo privado no qual podem participar, em condição de igualdade, para falar e contradizer, os destinatários dos efeitos do ato final.

Se mesmo o ato e o efeito final podem ser adequadamente fundamentados nesse plano negocial sobre o qual se assenta toda a arbitragem, qual necessidade há de recorrer à eficácia da sentença?

As críticas mais profundas dirigidas à teoria do reconhecimento negocial concentram-se na impossibilidade de as partes expressarem um reconhecimento vinculante relativo a interesses que lhes digam respeito (assim, C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Florença, 1948, especialmente p. 34), mas não excluem a possibilidade de confiar tal julgamento a um terceiro imparcial, desinteressado e alheio à relação interpartes, como é o árbitro¹⁵¹.

Há três principais correntes sobre a natureza jurídica da arbitragem: as teorias privatistas, jurisdicionalistas e intermediárias. Aos adeptos das teorias privatistas, a arbitragem seria puramente negócio jurídico¹⁵², enquanto para a teoria jurisdicionalista, o árbitro estaria revestido de jurisdição, *pela vontade do próprio Estado*¹⁵³. De acordo com a teoria intermediária, por sua vez, embora se origine

¹⁵¹ Texto original: “Attualmente in Italia, la disputa sembra polarizzarsi soprattutto sulla questione se il lodo per arbitrato rituale abbia efficacia di negozio oppure abbia la stessa efficacia della sentenza del giudice statale. Senza la pretesa di chiudere in due battute un tema di così notevole rilievo teorico, si può osservare problematicamente che l’arbitrato è una dimensione originaria del diritto dei privati, una manifestazione attuale che consiste nel potere di affidare ad un terzo imparziale e disinteressato la giusta composizione di una controversia, mercé la dichiarazione del diritto preesistente al termine di un processo privato a cui possono partecipare in condizione di parità, per dire e contraddire, i destinatari degli effetti dell’atto finale. Se anche l’atto e l’effetto finale possono essere adeguatamente fondati su quel piano negoziale su cui si asside tutto l’arbitrato, che bisogno c’è di ricorrere all’efficacia della sentenza? Le critiche più penetranti rivolte alla teoria dell’accertamento negoziale si appuntano sull’impossibilità per le parti di esprimere un accertamento vincolante relativamente ad interessi che le riguardano (così, C. FURNO, *Accertamento convenzionale e confessione stragiudiziale*, Firenze, 1948, specie p. 34), ma non escludono la possibilità di affidare tale giudizio ad un terzo imparziale, disinteressato ed estraneo al rapporto inter partes, come è l’arbitro”. CAPONI, Remo. *L’arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia*. Riv. Arb., Florença. p. 663, 2000.

¹⁵² “A essência das Teorias Privatistas é a de considerar a arbitragem como criação da autonomia da vontade, o que a associa à ideia de negócio jurídico e, de modo mais específico, de contrato”. BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul. 2007. p. 663-664.

¹⁵³ “Entendem eles que, assim como a jurisdição, a arbitragem revela, acima de tudo, vontade do próprio Estado, traduzida na disposição legal para resolver conflitos de interesses”. Ibid., p. 664.

através da vontade das partes, a arbitragem teria efeitos jurisdicionais, sendo o árbitro, portanto, dotado de jurisdição¹⁵⁴.

Ao que parece, a arbitragem é de fato negócio jurídico na sua origem, porque decorre do acordo de vontade das partes em submeter um conflito a um Tribunal Arbitral, seja ele presente, no caso do compromisso arbitral, ou futuro, no caso da cláusula compromissória¹⁵⁵. Instaurada a arbitragem, no entanto, estará o árbitro revestido de *autoridade jurisdicional*, equiparando-se ao juiz estatal. E esta jurisdição do árbitro, embora se estabeleça através da manifestação de vontade das partes, não decorre diretamente dela, mas da própria lei¹⁵⁶. Neste sentido, observa Carlos Alberto Carmona:

A convenção de arbitragem tem um duplo caráter: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais ou futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de *derrogar a jurisdição estatal*, submetendo as partes à *jurisdição dos árbitros*. Portanto, basta a convenção de arbitragem (cláusula ou compromisso) para afastar a competência do juiz togado, sendo irrelevante estar ou não instaurado o juízo arbitral¹⁵⁷.

Tratando-se a jurisdição, nas palavras de José Eduardo Carneira Alvim, de “uma *função do Estado*, pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império do direito”, e considerando que “[j]á não se admite mais, pondera Chiovenda, que instituições diferentes do Estado constituam juízes, como ocorria em outras civilizações”¹⁵⁸, é de se concluir que a jurisdição conferida ao Tribunal Arbitral *emana do próprio Estado*, porque é ele detentor do monopólio da jurisdição. É o Estado que outorga

¹⁵⁴ “Para os adeptos dessa teoria, a ideia é de que a arbitragem é uma instituição contratual nas suas origens e jurisdicional nos seus efeitos”. BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul. 2007. p. 664.

¹⁵⁵ Por meio do compromisso arbitral, as partes submetem à arbitragem um conflito existente, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.307/96, segundo o qual “[o] compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”. A cláusula compromissória, por sua vez, submete à arbitragem litígios eventuais e futuros, ainda não existentes no momento da sua celebração. Nos termos do art. 4º da Lei nº 9.307/96, “[a] cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

¹⁵⁶ Lei nº 9.307/96, art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

¹⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 89.

¹⁵⁸ ALVIM, J. E C. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 62. ISBN 9788530994433. [E-book]

ao árbitro uma parcela do seu poder jurisdicional, passando este a atuar como uma espécie de agente daquele. Também nas lições de Carreira Alvim:

Na arbitragem existe o exercício de verdadeira jurisdição, só que exercida por órgãos-pessoas, *aos quais o Estado reconhece uma parcela do seu poder*, e cujas decisões ele chancela com o selo de sua autoridade, outorgando-lhes idêntica eficácia à que confere às decisões de seus próprios juízes (órgãos-entes). Daí chamar-se sentença arbitral as decisões finais de mérito proferidas pelos árbitros (Lei n. 9.307/96, art. 31, alterada em parte pela Lei n. 13.129/15)¹⁵⁹.

Da relutância quanto ao reconhecimento de jurisdição ao Tribunal Arbitral, surgiram ao longo dos anos diversas discussões sobre a constitucionalidade da Lei de Arbitragem. Antes de a questão ser decidida pelo Supremo Tribunal Federal, João Roberto Egydio Piza e Fábio da Costa Azevedo apontavam para a inconstitucionalidade da Lei, justamente porque não reconheciam a possibilidade de se atribuir ao árbitro função jurisdicional:

Sendo a jurisdição manifestação da soberania, portanto, *monopólio do Estado por excelência*, é lógico que o reconhecimento da arbitragem como atividade jurisdicional está em contradição com esse monopólio; afinal, com a nova Lei de Arbitragem pretende-se nada mais, nada menos do que a privatização da justiça, trazendo à tona uma inconcebível e atentatória forma de exercício da jurisdição por agentes privados, resultando daí a sua flagrante inconstitucionalidade, por violação do princípio do Estado democrático de direito, consagrado no art. 1.º de nossa Constituição e regra mestra de nosso sistema jurídico [...]¹⁶⁰.

A questão chegou ao STF em 1996, através de procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, proferida por Tribunal Arbitral sediado em Barcelona (*Caso MBV v. Reisil Indústria*¹⁶¹). Na ocasião, o Ministro Sepúlveda Pertence suscitou a inconstitucionalidade dos artigos 6º, parágrafo único, e 7º da Lei de Arbitragem. Segundo o Ministro, seria possível submeter à arbitragem

¹⁵⁹ ALVIM, J. E C. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 80.

¹⁶⁰ FONTES, João Roberto Egydio Piza; AZEVEDO, Fábio da Costa. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP*, São Paulo, n. 4, p. 87, jul., 1999.

¹⁶¹ Trata-se de requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira (SE 5.206-7) requerido pela M.B.V Commercial and Export Management Establishment, com sede em Genebra, proferida em desfavor de Reisil Indústria e Comércio Ltda., com sede em São Paulo. A sentença arbitral foi proferida por Juan Escudero Clarumunt, em Barcelona. O pedido foi indeferido monocraticamente pelo então Ministro Presidente do STF, Sepúlveda Pertence, que entendeu que o procedimento de homologação de sentença estrangeira se prestava apenas à homologação de sentenças proferidas por órgãos estatais estrangeiros. O Ministro, de ofício, suscitou a inconstitucionalidade dos arts. 6º, parágrafo único, e 7º, da Lei nº 9.307/1996. As inconstitucionalidades suscitadas foram afastadas pelo Plenário do STF.

litígios *previamente determinados* pelas partes, mas não aqueles meramente *determináveis*. Isso porque, segundo o seu entendimento, o contrário “consubstanciaria renúncia genérica, de objeto indefinido, à garantia constitucional de *acesso à jurisdição*, cuja validade os princípios repelem”¹⁶². Negou, portanto, o caráter *jurisdicional* da arbitragem. O voto do Ministro, no entanto, restou vencido, tendo o Plenário do STF reconhecido a constitucionalidade daqueles dispositivos.

Em que pese entendimento divergente de notáveis juristas^{163,164}, não há mais espaço para uma interpretação que afaste do árbitro a sua função jurisdicional, reconhecida não só pela doutrina majoritária^{165,166,167}, mas também pela atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁶⁸. Freddie Didier, colocando uma

¹⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 (Reino da Espanha)*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em: 8/05/1997. p. 1.109.

¹⁶³ Para Cândido Rangel Dinamarco a arbitragem não é forma do exercício da atividade jurisdicional. Segundo o autor: “só haverá verdadeiro exercício da jurisdição quando os atos de seu exercício forem realizados por pessoa investida na condição de juiz - ou seja, pessoa que, segundo as regras constitucionais e legais vigentes, tenha sido admitida à Magistratura, nomeada e empossada no cargo, estando no exercício deste (garantias do juiz natural - Const., art. 5º, incs. XXXII e LIII). Fora disso não se tem um juiz e portanto não se trata de um legítimo agente estatal exercente da jurisdição”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 335.

¹⁶⁴ Luiz Guilherme Marinoni nega o caráter jurisdicional da arbitragem, apontando ser “risível argumentar que, ao se excluir o Judiciário, não se afasta a jurisdição porque a arbitragem também configura jurisdição, uma vez que uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos. Ora, admitir expressamente que uma jurisdição não serve, e por isso é necessário outra, e se pretender fazer acreditar que essa outra jurisdição é essencialmente a mesma que foi afastada constitui uma terrível contradição lógica. Até porque, se fosse verdadeiro tal argumento, não se estaria excluindo nada”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Curso de Processo Civil. v. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 153.

¹⁶⁵ Humberto Theodoro Junior reconhece que “[n]ossa lei atual, destarte, abraçou a teoria publicística da natureza jurídica da arbitragem, ao imprimir à sentença arbitral força obrigacional, com os mesmos efeitos da sentença proferida pelo Judiciário (...) para justificar a natureza jurisdicional do juízo arbitral, se vale de dois dispositivos da Lei de Arbitragem: (i) o art. 18, que tem comando similar ao do art. 515, VII, da lei processual, e (ii) o art. 31, que equipara a decisão desse juízo à sentença proferida pelo juiz de direito”. THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 593-594.

¹⁶⁶ Antônio Sampaio Caramelo também se refere à “arbitragem como forma de jurisdição”. CAMELO, Antônio Sampaio. A competência e a autonomia do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, n. 40, p. 151, jan. 2014.

¹⁶⁷ Embora apontasse para a inconstitucionalidade da Lei de Arbitragem, João Roberto Egydio Piza Fontes já reconhecia que “[t]al como posta em nosso ordenamento jurídico, não há dúvida ser a arbitragem atividade jurisdicional desenvolvida por agentes privados”. FONTES, João Roberto Egydio Piza. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul. 2007. p. 111.

¹⁶⁸ O Superior Tribunal de Justiça reconhece, de forma pacífica, a existência de uma “jurisdição arbitral”. Conferir: STJ, *AgInt nos EDcl no CC n. 212.614/GO*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Seção, Julgado em: 8/10/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 13/10/2025; STJ, *AgInt nos EREsp n. 2.032.426/DF*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, Julgado em: 26/08/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 2/09/2025; STJ, *AgInt no REsp n. 1.843.232/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 16/12/2024,

pá de cal na discussão, já declarou ter a arbitragem natureza jurisdicional, porque “fica imutável pela coisa julgada material”. E prosseguiu o autor, afirmando categoricamente que a arbitragem “não é equivalente jurisdicional: é propriamente jurisdição, exercida por particulares, com autorização do Estado e como consequência do exercício do direito fundamental de auto-regramento”¹⁶⁹.

Tanto tem a arbitragem natureza jurisdicional, que o Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente conhecido de conflitos de competência entre Tribunais Estaduais e Tribunais Arbitrais¹⁷⁰ e, até mesmo, entre dois Tribunais Arbitrais¹⁷¹. Quando apreciou a questão pela primeira vez, o STJ deixou de conhecer do conflito suscitado entre duas câmaras arbitrais, apontando que “o conflito de competência supostamente ocorrido entre câmaras de arbitragem deve ser dirimido no Juízo de primeiro grau, por envolver incidente que não se insere na competência do Superior Tribunal de Justiça”¹⁷². No entanto, a Ministra Nancy Andrighi, que restou vencida, reconheceu a natureza jurisdicional da arbitragem, em voto digno de transcrição:

De todo modo, os defensores da ideia de que é jurisdicional a atividade desenvolvida na arbitragem procuram compatibilizá-la com os elementos de cada uma das três teorias principais sobre o assunto. O art. 31 da LArb, que equipara a sentença arbitral à sentença judicial, e o art. 23, I, que fixa o prazo decadencial de 90 dias para que se formule pedido de declaração de nulidade dessa sentença em juízo, estariam a demonstrar que a decisão proferida em arbitragem tem, potencialmente, aptidão para produzir efeitos análogos aos da coisa julgada. Por outro lado, a sentença arbitral tenderia à justa composição de uma lide, à medida que o procedimento se desenvolve com base numa pretensão resistida, a ser decidida por terceiro imparcial. E, por fim, na arbitragem também haveria a atuação

Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 20/12/2024; STJ, *AgInt no REsp n. 1.958.434/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 12/08/2024, Diário da Justiça Eletrônico, 14/08/2024.

¹⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. 1. 16. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014. p. 117.

¹⁷⁰ Sobre conflitos de competência entre Tribunais Estaduais e Arbitrais, conferir: STJ, *AgInt no CC n. 180.394/BA*, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, Julgado em: 29/03/2022, Diário da Justiça Eletrônico, 1/04/2022; STJ, *CC n. 165.678/SP*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, Julgado em: 14/10/2020, REPDJe, 12/12/2020, Diário da Justiça Eletrônico, 3/12/2020; STJ, *AgInt nos EDcl no AgInt no CC n. 170.233/SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, Julgado em: 14/10/2020, DJe de 19/10/2020; STJ, *CC n. 151.130/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em: 27/11/2019, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2020.

¹⁷¹ “Compete ao Superior Tribunal de Justiça, em atenção à função constitucional que lhe é atribuída no art. 105, I, d, da Carta Magna, conhecer e julgar o conflito de competência estabelecido entre Tribunais Arbitrais, que ostentam natureza jurisdicional, ainda que vinculados à mesma Câmara de Arbitragem, sobretudo se a solução interna para o impasse criado não é objeto de disciplina regulamentar”. STJ, *CC n. 185.705/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, Julgado em: 22/06/2022, *Diário da Justiça Eletrônico*, 30/06/2022.

¹⁷² STJ, *CC n. 113.260/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, Julgado em: 8/09/2010, Diário da Justiça Eletrônico, 7/04/2011.

da vontade concreta da lei, em substituição à vontade das partes (a vontade só atua na fixação da convenção de arbitragem).

[...]

Assim, os argumentos da doutrina favoráveis à jurisdicionalidade do procedimento arbitral revestem-se de coerência e racionalidade. *Não há motivos para que se afaste o caráter jurisdicional dessa atividade*¹⁷³.

Foi apenas em 2013, no julgamento do Conflito de Competência nº 111.230, que o STJ fixou o seu entendimento no sentido de que “[a] atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral”¹⁷⁴. A partir deste momento, cessaram-se as dúvidas da Corte Superior quanto à natureza jurisdicional da arbitragem e, por conseguinte, quanto ao cabimento de conflito de competência entre Tribunais Estaduais e Arbitrais¹⁷⁵.

Aliás, a jurisdição conferida ao Tribunal Arbitral tem tal força que é dele, não do Estado-Juiz, a *competência para apreciar a sua própria competência*. Trata-se do princípio da *competência-competência* (ou *konpetenz-kompetenz*), segundo o qual não cabe ao Juízo Estatal decidir sobre a competência do Juízo Arbitral antes de finalizado o procedimento¹⁷⁶. Como aponta Antônio Sampaio Caramelo, o princípio é “quase universalmente aceito nas convenções internacionais e nas leis nacionais sobre arbitragem, nas decisões dos tribunais estaduais sobre esta matéria, nos regulamentos de arbitragem e nas sentenças arbitrais”¹⁷⁷. É este princípio

¹⁷³ STJ, CC n. 113.260/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, Julgado em: 8/09/2010, Diário da Justiça Eletrônico, 7/04/2011. p. 8-10.

¹⁷⁴ STJ, CC n. 111.230/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, Julgado em: 8/05/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 3/04/2014.

¹⁷⁵ Atualmente, “[é] assente a orientação da Segunda Seção sentido de ser possível, em tese, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, a existência de conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça o seu julgamento. Precedentes”. STJ, AgInt no CC n. 197.693/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, Julgado em: 28/05/2024, Diário da Justiça Eletrônico, 4/06/2024.

¹⁷⁶ Sobre este princípio, apontam Emmanuela Gaillard e Domenico Di Pietro: “Providing for the arbitrators' power to rule on their own jurisdiction, this principle embodies the mirroring effect that the courts should refrain from engaging into the examination of the arbitrators' jurisdiction before the arbitrators themselves have had an opportunity to do so. Known as the 'negative effect of the principle of competence-competence', this rule of priority in favour of the arbitrators, today increasingly recognised in practice, exemplifies the specific nature and autonomy of international arbitration, in full harmony with the New York Convention's philosophy of recognition of the validity of the arbitration agreement and of the award resulting from the arbitral process”. GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London: Cameron May, 2008. p. 258. ISBN 978-1-905017-47-8.

¹⁷⁷ CAMELO, Antônio Sampaio. A competência e a autonomia do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, n. 40, p. 151, jan. 2014.

adotado na maior parte dos países, como França¹⁷⁸, Reino Unido¹⁷⁹, Portugal¹⁸⁰ e Alemanha¹⁸¹, deles excluídos os Estados Unidos da América, que admitem a análise interlocutória sobre a jurisdição do Tribunal Arbitral (*i.e.*, antes da prolação da sentença arbitral), pelo Poder Judiciário¹⁸².

Este princípio é também amplamente reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, que firmou sua jurisprudência no sentido de que “a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal”¹⁸³.

Portanto, apenas quando finalizado o procedimento arbitral, é que o Poder Judiciário poderá eventualmente declarar a incompetência do Tribunal Arbitral, em sede de ação anulatória de sentença arbitral¹⁸⁴. A única exceção a esta regra é a existência de cláusula arbitral *manifestamente* nula, hipótese em que o Tribunal

¹⁷⁸ Code de procédure civile français, article 1.448: “Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite”.

¹⁷⁹ Arbitration Act 1996, Section 30: “Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal may rule on its own substantive jurisdiction, that is, as to (a) whether there is a valid arbitration agreement, (b) whether the tribunal is properly constituted, and (c) what matters have been submitted to arbitration in accordance with the arbitration agreement”.

¹⁸⁰ Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal: Artigo 18.º Competência do tribunal arbitral para se pronunciar sobre a sua competência (1) tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, mesmo que para esse fim seja necessário apreciar a existência, a validade ou a eficácia da convenção de arbitragem ou do contrato em que ela se insira, ou a aplicabilidade da referida convenção.

¹⁸¹ Zivilprozessordnung, § 1040 Befugnis des Schiedsgerichts zur Entscheidung über die eigene Zuständigkeit (1) Das Schiedsgericht kann über die eigene Zuständigkeit und im Zusammenhang hiermit über das Bestehen oder die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung entscheiden. Hierbei ist eine Schiedsklausel als eine von den übrigen Vertragsbestimmungen unabhängige Vereinbarung zu behandeln.

¹⁸² A partir do precedente *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, as Cortes norte-americanas firmaram o entendimento no sentido de que cabe aos Tribunais Estaduais decidirem primariamente sobre a arbitrabilidade da disputa, ao menos que as partes concordem expressamente em delegar esta decisão ao Tribunal Arbitral. *FIRST OPTIONS OF CHICAGO, INC. v. KAPLAN*, 514 U.S. 938 (1995). *Recurso concedido ao Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Terceiro Circuito*. Julgado em: 22/05/1995, Sustentação oral em: 22/03/1995.

¹⁸³ STJ, *REsp* n. 1.598.220/RN, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em: 25/06/2019, Publicado em 1/07/2019.

¹⁸⁴ Lei nº 9.307/96, art. 32: “É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; [...] IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem”.
Lei nº 9.307/96, 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”.

Estatual poderá exercer juízo *prévio* acerca da competência para julgamento da lide¹⁸⁵.

Firmado o compromisso, restará, ao menos em princípio, afastada a competência do Poder Judiciário para análise de qualquer questão compreendida pelo acordo. Em outras palavras, “caso um determinado contrato contenha a cláusula compromissória, qualquer litígio, questão ou dúvida que disser respeito a ele só poderão ser dirimidas pela forma do compromisso arbitral nele assumido”¹⁸⁶. Ao Poder Judiciário, caberá apenas decidir questões urgentes, antes da constituição do Tribunal Arbitral¹⁸⁷, ou quando este, por qualquer motivo, estiver temporariamente impedido de se manifestar¹⁸⁸.

Este afastamento da competência estatal, ressalve-se, não importa na renúncia ao direito à *prestação jurisdicional*, porque, como se viu, é o árbitro também dotado de jurisdição. Se de renúncia se trata, é apenas ao direito de submeter a contenda ao Poder Judiciário, mas jamais de tê-la resolvida por órgão jurisdicional, que é também o Tribunal Arbitral.

Muito menos se poderia dizer que o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal vedaria a estipulação da cláusula arbitral, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Se o acesso à jurisdição é irrenunciável, não o é o acesso ao Poder Judiciário. O referido dispositivo constitucional, na verdade, veda a *edição de lei* que afaste dos cidadãos o direito de

¹⁸⁵ A jurisprudência do STJ se firmou no sentido de que “[a] ilegalidade que permite a análise e a decretação prévia, pelo Judiciário, de abusividade ou nulidade da cláusula de arbitragem deve ser manifesta (cláusula patológica), devendo o tema ser submetido, com precedência, à jurisdição arbitral, que vai deliberar a respeito da sua própria competência (art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996)”. STJ, *AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.800.092/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 3/04/2023, Diário da Justiça Eletrônico: 13/04/2023.

¹⁸⁶ FONTES, João Roberto Egydio Piza; AZEVEDO, Fábio da Costa. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP*, São Paulo, n. 4, p. 4-87, jul., 1999.

¹⁸⁷ Lei nº 9.307/96, art. 22-A: “Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência”.

Lei nº 9.307/96, art. 22-B: “Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário”.

¹⁸⁸ Nesse sentido, já concluiu o STJ que “[e]m situações nas quais o juízo arbitral esteja momentaneamente impedido de se manifestar, desatende-se provisoriamente as regras de competência, submetendo-se o pedido de tutela cautelar ao juízo estatal; mas essa competência é precária e não se prorroga, subsistindo apenas para a análise do pedido liminar”. STJ, *REsp n. 1.297.974/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, Julgado em: 12/12/2012, Diário da Justiça Eletrônico: 19/06/2012.

recorrer ao Judiciário. Trata-se, como categoriza Hart¹⁸⁹, de uma *norma secundária*, *i.e.*, que regula a criação de outras normas. É o legislador, não o particular, o destinatário da regra.

Comentando a norma contida no art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969 (correspondente ao art. 5º, XXXV, da CF/1988), Pontes de Miranda observava que “dirige-se ela aos legisladores [...]: os legisladores ordinários nenhuma regra jurídica podem edictar, que permita preclusão em processo administrativo, ou em inquérito parlamentar, de modo que exclua [...] a cognição pelo Poder Judiciário”¹⁹⁰. José Maria Rossini Garcez, analisando o art. 5º, XXXV, da CF, aponta que, se a vedação nele prevista se aplica ao legislador, por outro lado, não é aplicável “às partes, desejosas de solucionar suas controvérsias por um método fora da jurisdição estatal, atribuindo por sua própria e exclusiva manifestação de vontades, poderes para que árbitros privados possam ditar a solução de suas controvérsias”¹⁹¹.

No mesmo sentido é a lição de Hamilton Barros de Moraes, para quem “[o] que as Constituições não admitem, nem toleram, é que os indivíduos e pessoas, ainda que queiram, não possam recorrer ao Poder Judiciário, porque a lei tenha fechado esse caminho”¹⁹². Para o autor, no entanto, ao prever o juízo arbitral, “não está a lei excluindo a lesão ao direito individual, ou pessoal, de apreciação do Poder Judiciário. Está, apenas, oferecendo mais um meio — facultativo — de acertarem suas relações”¹⁹³. A conclusão alcançada pelo STF no já citado *Caso MBV v. Reisil*

¹⁸⁹ “Under rules of the one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operations. Rules of the first type impose duties; rules of the second type confer powers, public or private. Rules of the first type concern actions involving physical movement or changes; rules of the second type provide for operations which lead not merely to physical movement or change, but to the creation or variation of duties or obligations”. HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961. p. 78-79.

¹⁹⁰ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*. v. 5. São Paulo: Forense, 1987. p. 108.

¹⁹¹ GARCEZ, José Maria Rossini. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, São Paulo, n. 10, p. 353, dez-out., 2000.

¹⁹² BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 377-378.

¹⁹³ *Ibid.*

Indústria foi no exato mesmo sentido. Naquela oportunidade, o Ministro Nelson Jobim apontou o seguinte:

Veja V. Exa., em primeiro, a referência constitucional. Diz o texto da Constituição que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Em primeiro lugar, examinando o dispositivo constitucional através da perspectiva de seu núcleo normativo, e verificando o caráter desse dispositivo, vemos, desde logo, que o dispositivo é proibitivo da existência ou da criação de mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão a direito ou ameaça a direito; em segundo, o destinatário da norma não é o cidadão, mas, sim, o sistema legal, ou seja, é proibido ao sistema legal criar mecanismos que excluam da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁹⁴.

Portanto — e isto é preciso ficar muito claro, para que se evite eventuais compreensões demasiadamente conservadoras sobre a matéria —, quando a Administração Pública celebra compromisso ou cláusula de arbitragem, não está renunciando à prestação jurisdicional. Está, na verdade, apenas concordando em submeter eventuais litígios (decorrentes de lesão ou ameaça a direito) a órgão jurisdicional não-estatal, mas ao qual o *próprio Estado* delega *jurisdição*, derogando a este ente privado (o Tribunal Arbitral) parcela do seu poder jurisdicional.

2.2 Arbitrabilidade e o interesse público primário e secundário

A arbitrabilidade se refere aos requisitos que possibilitam a submissão de determinada disputa à arbitragem. Trata-se de critério para a investigação dos limites do exercício da atividade jurisdicional, cuja extensão corresponderá, em sua exata medida, à competência do órgão judicante. É, portanto, critério de fixação de competência — esta como perímetro de incidência da atividade jurisdicional —, a partir do qual é possível definir se determinada disputa deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal Arbitral¹⁹⁵.

¹⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 (Reino da Espanha)*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em: 8/05/1997. p. 1.019-1.020.

¹⁹⁵ Para John A. E. Pottow, “[t]he concept of arbitrability — the question whether a dispute over arbitration is itself arbitrable — presents the complex and important question whether the parties to a contract containing an arbitration clause should be required to raise a meta-dispute over the contested scope of that clause before an arbitrator or a judge”. POTTOW, John A. E.; BREGE, Jacob; HAWLEY, Tara J. A Presumptively Better Approach to Arbitrability. *Law & Economics Working Papers*, v. 53, n. 88, 2013. p. 167.

Há duas categorias de arbitrabilidade: a subjetiva e a objetiva. A arbitrabilidade subjetiva diz respeito a *quem* pode se submeter à arbitragem, ou seja, busca identificar se determinada pessoa tem *capacidade* jurídica para figurar no polo ativo ou passivo de uma demanda arbitral. Já a arbitrabilidade objetiva é definida através da investigação sobre *o que* pode ser submetido à arbitragem, isto é, se determinada *matéria* pode ser decidida em sede arbitral. Como explica Emmanuel Gaillard (em tradução livre):

A questão da arbitralidade de uma disputa surge em duas situações. A primeira ocorre quando determinados indivíduos ou entidades são considerados incapazes de submeter seus litígios à arbitragem, em razão de seu status ou de sua função [...] Tal hipótese é conhecida como “arbitralidade subjetiva” ou “arbitralidade *ratione personae*”.

[...]

A segunda situação em que se coloca a questão da arbitralidade ocorre quando o objeto do litígio submetido à arbitragem é de natureza tal que não pode ser resolvido por meio da arbitragem. Essa hipótese é denominada “arbitralidade objetiva” ou “arbitralidade *ratione materiae*”¹⁹⁶.

A possibilidade (ou não) de ser parte em uma arbitragem está relacionada à capacidade de contratar¹⁹⁷ e à capacidade processual¹⁹⁸. Portanto, toda pessoa que tem capacidade contratual e processual, poderá também ser parte em demandas arbitrais.

No caso da Administração Pública, este problema ganha maior relevância, o que gerou calorosos debates ao longo dos últimos anos, embora, hoje esteja a

¹⁹⁶ Texto original: “The question of the arbitrability of a dispute arises in two situations. The first is where certain individuals or entities are considered unable to submit their disputes to arbitration because of their status or function. [...] This is known as ‘subjective arbitrability’ or ‘arbitrability *ratione personae*.’ [...] The second situation where the question of the arbitrability of a dispute arises is where the subject-matter of the dispute submitted to arbitration is not one which can be resolved by arbitration. This is known as ‘objective arbitrability’, or ‘arbitrability *ratione materiae*’”. FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 312-313.

¹⁹⁷ Selma Lemes observa que o legislador brasileiro decidiu, “desde as Ordenações Filipinas (..) adotar a técnica legislativa de vincular a capacidade para solucionar controvérsias por arbitragem referindo-se às pessoas capazes de contratar e não se estipulava nenhuma forma de restrição”. LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 116.

¹⁹⁸ “Por tudo isso, entende-se que o quesito da arbitrabilidade subjetiva muito se aproxima do já conhecido pressuposto processual subjetivo da capacidade de ser parte (art. 70 do CPC/2015), no caso, ‘capacidade de ser parte em arbitragem’, a qual, no direito brasileiro, está automaticamente atendida se tiver a parte capacidade contratual”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 141.

questão superada (vd. capítulo 2.3). Para se definir a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, não é suficiente a mera investigação sobre a *capacidade de fato*, sendo necessário, também, um exame sobre a *inexistência de vedação legal* para a celebração do compromisso.

Há quem diga, como é o caso de José Antonio Fichtner, Sergio Nelson Mannheimer e André Luis Monteiro¹⁹⁹, que, além da capacidade de fato e da inexistência de vedação legal, seria necessário, também, analisar a competência administrativa do agente que celebra o compromisso. Esta competência, no entanto, parece ser matéria distinta da arbitrabilidade subjetiva²⁰⁰. Com efeito, se celebrado por agente incompetente²⁰¹, o compromisso poderá ser eventualmente invalidado, o que não importa no reconhecimento da inarbitrabilidade subjetiva do ente público que celebra a convenção.

Nos termos do art. 1º do Código Civil, “[t]oda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. O mesmo diploma legal, no seu artigo 41, define que “[s]ão *peçoas jurídicas* de direito público interno: I - a União; II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; III - os Municípios; IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; V - as demais entidades de caráter público criadas por lei”. A Administração Pública, portanto, seja qual for a forma em que se manifesta (se ente da Administração direta ou indireta), por ser pessoa jurídica de direito público e, por isso, dotada de capacidade civil, poderá se submeter à arbitragem.

¹⁹⁹ “De acordo com o Direito brasileiro, a arbitrabilidade subjetiva de conflitos de interesse envolvendo entes públicos deve ser analisada à luz de dois conceitos: capacidade de fato e *competência administrativa*. Além disso, cumpre desvendar se não há norma legal específica - princípio ou regra - que impeça determinado ente público de celebrar convenção de arbitragem ou de participar de processo arbitral”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luis. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 553.

²⁰⁰ Neste sentido, a lição de Bruno Lopes Megna: “Finalmente, e pelo mesmo motivo, tampouco se pode confundir a ‘capacidade de contratar’ (e de arbitrar) da pessoa jurídica com a capacidade (rectius, poder) para que determinado órgão contrate (e convencie arbitragem). Seja nas pessoas jurídicas de direito público, seja nas pessoas jurídicas de direito privado, *a questão dos poderes de seus representantes para firmar convenção arbitral é assunto diverso da arbitrabilidade subjetiva*. Assim, devem-se diferenciar os limites de arbitrabilidade *ratione personae* da própria Administração dos limites de competência do órgão que lhe faz as vezes na arbitragem - razão por que esses limites são estudados de forma separada”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 141.

²⁰¹ Nos termos do art. 1º, § 2º, da Lei nº 9.307/96, “[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”.

Portanto, a princípio, tudo indica (como sempre indicou) que a Administração Pública, por ter capacidade de contratar, poderá firmar cláusula ou compromisso arbitral e, por ter capacidade processual, poderá figurar no polo ativo ou passivo de uma demanda arbitral. No contexto das concessões de serviço público, resta configurada a *capacidade de fato*, primeiro requisito da arbitrabilidade subjetiva. Deve-se partir, então, a uma investigação acerca da inexistência de vedação legal.

Antes da reforma da Lei nº 9.307/96, havia dúvidas quanto à possibilidade de submissão da Administração Pública à arbitragem. Para Lúcia Valle Figueiredo, no âmbito das concessões de serviço público, “o juízo arbitral, nos termos da Lei nº 9.307, de 23.9.1996, estaria, com a vênua devida daqueles que pensam em contrário, *absolutamente descartado*”^{202,203}. Já para Luís Roberto Barroso, embora a arbitragem com a Administração Pública fosse admissível, seria imprescindível a existência de expressa autorização legal. Assim, defendia o constitucionalista que os critérios para submissão do ente pública à arbitragem seriam mais rigorosos do que aqueles aplicáveis aos particulares, sendo “indispensável o adimplemento de alguns requisitos, dentre os quais, *o mais importante, é a existência de lei autorizando a Administração a submeter-se à arbitragem*”²⁰⁴. Por outro lado, autores como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Marcos Jurena Viellela Souto²⁰⁵,

²⁰² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 106.

²⁰³ No mesmo sentido, defendendo a impossibilidade de sujeição da Administração Pública à arbitragem, Ricardo Marcondes Martins apontava que configuraria “*vício metodológico*: supor que o Estado possa *assumir a situação jurídica de um particular* e, pois, submeter-se ao *regime de direito privado*”. MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 194-209, 2011. p. 200.

²⁰⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 614.

²⁰⁵ “A arbitragem é de adoção juridicamente viável pela Administração Pública, sempre que a questão envolver interesses disponíveis”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Jurena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 215-261, abr./jun., 2004. p. 261.

Lauro Gama²⁰⁶, Caio Tácito²⁰⁷ e Marcelo José Magalhães Bonício²⁰⁸ já reconheciam a possibilidade de a Administração Pública ser parte na arbitragem, ainda que inexistisse norma autorizadora específica.

A questão sobre a necessidade de lei autorizativa, embora quase que em *obiter dictum*, foi debatida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Caso American International Group v. União*. A controvérsia iniciou-se quando acionistas da Petrobras ajuizaram demanda indenizatória contra a União, na qualidade de acionista controladora da estatal, alegando danos pela desvalorização das ações decorrente dos escândalos de corrupção descobertos na Operação Lava Jato. A União, então, ajuizou ação declaratória de ausência de relação jurídica perante a Justiça Federal do Estado de São Paulo, pedindo fosse desonerada de participar do procedimento arbitral. A tutela de urgência foi concedida²⁰⁹.

Diante disso, os acionistas da Petrobras suscitaram conflito de competência perante o STJ, defendendo a competência exclusiva do Tribunal Arbitral, com base no estatuto social da companhia, que continha cláusula compromissória²¹⁰. A

²⁰⁶ “Refiro-me, especificamente, ao art. 1.º da Lei de Arbitragem, que, sem distinguir entre pessoas de direito público ou de direito privado, estendeu a autorização legislativa a todas as pessoas capazes de contratar”. GAMA, Lauro. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, ano 2, v. 8, p. 25, 2005.

²⁰⁷ “Em síntese, na nossa opinião, o juízo arbitral, adotado por acordo, é compatível com a margem da discricionariedade administrativa na medida em que comporte direitos e interesses disponíveis”. TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002. p. 28.

²⁰⁸ “É preciso que exista uma lei autorizando a utilização da arbitragem, embora essa lei não precise ser específica nesse sentido, ou seja, a Lei de Arbitragem, ao dispor que todos podem se submeter à arbitragem, parece ser suficiente para permitir que o Estado opte pela arbitragem, caso encontre elementos que justifiquem sua conduta”. BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, n. 11, p. 156, abr./jun., 2015.

²⁰⁹ BRASIL. Justiça Federal, *Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100*, 13ª Vara Cível de São Paulo, São Paulo.

²¹⁰ “Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas as regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste Estatuto Social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso”. BRASIL. Petróleo Brasileiro S.A. PETROBRAS. *Estatuto social com as alterações aprovadas na Assembleia Geral Extraordinária de 29 de abril de 2013*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em:

Ministra Nancy Andrighi, embora tenha indeferido o pedido liminar em um primeiro momento²¹¹, reconsiderou a decisão anterior, para conceder o pedido de antecipação da tutela, suspendendo o processo em trâmite perante o TRF3. Invocando o Princípio da Kompetenz-kompetenz, a Ministra concluiu que “a decisão imediata do Poder Judiciário sobre a devida participação da UNIÃO FEDERAL na relação arbitral — que sequer está instalada — é inoportuna e impertinente, que ofende e desconsidera o poder e a autonomia das decisões do árbitro”²¹².

Segundo a União, não estaria preenchido o requisito da arbitrabilidade subjetiva, uma vez que “à época do Estatuto da Petrobrás, inexistia lei que autorizasse a participação da Administração Direta em qualquer procedimento arbitral que fosse, o que somente veio a acontecer em 2015”²¹³. Levado a julgamento colegiado, a Ministra relatora entendeu pelo acolhimento do conflito de competência, rejeitando o argumento da União:

O aspecto subjetivo da arbitrabilidade subjetiva refere-se à capacidade da pessoa para se submeter ao juízo arbitral. Assim, qualquer pessoa, para participar de uma arbitragem, deve ser plenamente capaz de assumir direitos e obrigações. [...] Nessa qualidade, o Estado também possui capacidade de firmar direitos e obrigações e, conseqüentemente, de se submeter ao juízo arbitral [...] Contudo, a ausência de previsão, em lei, de uma permissão geral não representa um óbice para a utilização da arbitragem nas relações firmadas pelo Estado²¹⁴.

O voto da Ministra relatora restou vencido, prevalecendo o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, que apontou óbice à submissão da União à arbitragem pela “ausência de atividade legislativa específica para tanto”, à época da instauração da arbitragem. E prosseguiu nos seguintes termos:

Nesse sentido, muito embora se alegue, no caso, a possibilidade da submissão do ente público à arbitragem, mesmo antes da edição da Lei nº 13.129/2015 — e até mesmo antes da edição da Lei nº 9.306/97 —, penso que tal não autoriza a utilização e extensão do procedimento arbitral à União na condição de sua acionista controladora, seja em razão da ausência de lei autorizativa, seja em razão do

<https://www.guiainvest.com.br/dados/documentoUsuario/115515/estatuto-social.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2025.

²¹¹ STJ, *Conflito de Competência n. 151.130*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Decisão monocrática, Diário da Justiça Eletrônico: 10/03/2017.

²¹² Ibid.

²¹³ STJ, *Manifestação da União no Conflito de Competência n. 151.130*, Rel. Min. Nancy Andrighi, p. 1091 do processo eletrônico.

²¹⁴ STJ, *CC n. 151.130/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em: 27/11/2019, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2020.

próprio conteúdo da norma estatutária, a partir da qual não se pode inferir a referida autorização²¹⁵.

O voto-vista do Ministro Marco Aurélio Bellizze, que acompanhou a divergência, não chegou a analisar a possibilidade de a Administração Pública firmar compromisso antes da reforma legislativa de 2015, mas apontou que a cláusula arbitral em relação à Administração deve ser interpretada de forma mais restritiva do que quando celebrada por particulares:

Nas relações entre particulares, é certo, esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando-se possível, para esse propósito, a demonstração, por diversos meios de prova, da participação e adesão da parte ao processo arbitral, especificamente na relação contratual que o originou. [...]

*Essas premissas, por óbvio, não são aplicáveis aos compromissos arbitrais estabelecidos por integrantes da Administração Pública direta ou indireta, os quais se encontram adstritos ao princípio da legalidade estrita, inclusive no âmbito de relações regidas predominantemente pelo direito privado, não se admitindo que o seu consentimento à arbitragem possa ser extraído de outros elementos, que não a sua expressa concordância, ou por meio de interpretação extensiva*²¹⁶.

Ressalve-se que, embora o acórdão tenha tratado da questão atinente à necessidade, ou não, de lei autorizativa, não foi este o fundamento principal para a rejeição do conflito de competência, mas a suposta ausência de adesão expressa da União à cláusula compromissória inserta no estatuto da Petrobras²¹⁷.

Com a reforma de 2015, a LArb passou a prever expressamente que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, § 1º). Portanto, autorizada expressamente por lei, cessaram-se as dúvidas quanto à possibilidade de Administração Pública utilizar-se da arbitragem. Por isso mesmo que, embora tenha concluído pela necessidade de lei autorizativa, o que não havia antes de 2015,

²¹⁵ STJ, CC n. 151.130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em: 27/11/2019, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2020.

²¹⁶ Ibid.

²¹⁷ “Dessarte, tenho que a ausência de capacidade subjetiva da União, na hipótese, decorre da ausência de adesão à cláusula genérica inserta do Estatuto da Petrobras, da qual efetivamente não participou, sendo certo que a aventada Súmula 485/STJ (“A Lei de Arbitragem aplica-se aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que celebrados antes da sua edição”) não afasta tal conclusão, porquanto a discussão aqui, como ressaltado, é prévia e exige a análise da própria validade da cláusula compromissória para operar em relação ao ente público”. Ibid.

apontou o Ministro Luis Felipe Salomão, no *Caso American International Group v. União*, que “no atual estágio legislativo, não restam questionamentos acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta”²¹⁸.

Uma vez que é indiscutível a sua *capacidade de fato*, não havendo expressa e específica *vedação* legal, estará configurada a arbitralidade *subjetiva* nas demandas que envolvem a Administração Pública.

Matéria mais complexa diz respeito à arbitralidade objetiva. Sobre o tema, apontam Redfern & Hunter (em tradução livre) que “ao determinar se uma disputa é passível de solução por arbitragem, está-se questionando se a disputa é ‘arbitrável’”²¹⁹. Para os autores, o conceito de arbitralidade “envolve a definição de quais tipos de disputa podem ser resolvidos por arbitragem e quais pertencem exclusivamente ao domínio dos tribunais”²²⁰.

Diferente do francês²²¹, por exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro não adotou o parâmetro da *ordem pública* para a definição da arbitralidade objetiva, o que tampouco ganhou espaço na doutrina majoritária^{222,223}. Adotou, por outro

²¹⁸ STJ, CC n. 151.130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em: 27/11/2019, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2020.

²¹⁹ Texto original: “In determining whether a dispute is capable of settlement by arbitration, one is asking whether a dispute is ‘arbitrable’”. REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDER, Constantine et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

²²⁰ Texto original: “Arbitrability, in the sense in which it is used both in this book and generally, involves determining which types of dispute may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of the courts”. Ibid.

²²¹ FRANÇA. Code civil français, art. 2.060: “On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public”.

²²² “Não há nada na legislação arbitral brasileira que vede a submissão da arbitragem de litígio envolvendo regras de direito de ordem pública, desde que o direito subjacente, objeto concreto da demanda, seja patrimonial e disponível - esses sim, critérios legais da arbitralidade objetiva”. NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. Apresentação de Patrícia Miranda Pizzol. Prefácio de S. I. Strong. Posfácio de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 95.

²²³ “Com ainda mais razão, também não é útil o critério francês da ordem pública, 425 altamente abstrato, e que só tem alguma operabilidade lá porque a previsão legal expressa é necessária para reverter a presunção de reserva de jurisdição aos juízes administrativos”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 160.

lado, o critério da *patrimonialidade* e da *disponibilidade*, assim como Portugal²²⁴, Alemanha²²⁵, Bélgica²²⁶ e Áustria^{227,228}.

Nos termos do art. 1º da Lei nº 9.307/96, poderão ser submetidos à arbitragem os “direitos patrimoniais disponíveis”. Portanto, para que a matéria seja arbitrável, e em que pese esparso entendimento doutrinário em contrário²²⁹, é imprescindível que tenha natureza, primeiro, patrimonial e, segundo disponível.

O problema maior, especialmente quando se envolve a Administração Pública, é justamente definir o que seriam esses *direitos patrimoniais disponíveis*. Afinal, os termos são vagos e a lei não os caracteriza de forma objetiva, tampouco diz quais seriam estes direitos²³⁰.

O conceito de patrimonialidade está vinculado àquilo que tem valor econômico. São patrimoniais, portanto, os direitos que exprimem valor, seja ele um

²²⁴ PORTUGAL. Lei n.º 63/2011, art. 1º: “1 - Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente aos tribunais do Estado ou a arbitragem necessária, qualquer litígio respeitante a interesses de natureza patrimonial pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros. 2 - É também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido”.

²²⁵ ALEMANHA. Zivilprozessordnung, § 1030: “Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich zu schließen”.

²²⁶ BÉLGICA. Code Judiciaire, art. 1.676 “Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage. Les causes de nature non-patrimoniale sur lesquelles il est permis de transiger peuvent aussi faire l'objet d'un arbitrage”.

²²⁷ ÁUSTRIA, Zivilprozessordnung, § 582: “Jeder vermögensrechtliche Anspruch, über den von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nicht vermögensrechtliche Ansprüche hat insofern rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streits einen Vergleich abzuschließen fähig sind”.

²²⁸ Ressalve-se que, enquanto todo os outros ordenamentos jurídicos mencionados admitam a sujeição, à arbitragem, também de direitos não patrimoniais, desde que disponíveis, o legislador brasileiro impõe a exigência de que os direitos sejam, *ao mesmo tempo*, patrimoniais e disponíveis.

²²⁹ Carlos Alberto de Salles, embora aponte haver limites para a arbitragem com o Poder Público, especialmente quanto “ao mérito do ato administrativo, à vedação de utilização de juízo de equidade, à impossibilidade de escolha da lei aplicável e à intangibilidade da capacidade sancionatória do Estado”, defende “a irrelevância da chamada *arbitrabilidade objetiva para fins de admissão da arbitragem em contratos administrativos*. Sendo necessária autorização administrativa para a Administração poder-se valer da arbitragem em relação a seus contratos - autorização efetivamente existente em nosso sistema jurídico - a questão da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos resta inteiramente superada”. SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 215-218.

²³⁰ *A contrario sensu*, aponta Bernardo Lima que “[a] regra jurídica raramente dirá que determinada situação jurídica é indisponível: apenas dará pistas”. LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

benefício ou um prejuízo do ponto de vista financeiro. Direitos fundamentais (art. 5º da CF) e da personalidade (arts. 11 a 21 do CC), por exemplo, são inarbitráveis, embora a sua conversão em perdas e danos — justamente pelo seu conteúdo econômico — possa ser decidida em arbitragem. Neste sentido, leciona Rômulo Greff Mariani:

Em linhas gerais, aqui se sustenta que patrimonial é o direito que pode ser redutível a dinheiro. Isso significa que abrange não somente aquela patrimonialidade considerada mais evidente, como a oriunda do direito das obrigações — cujo melhor exemplo é o próprio direito a uma prestação em dinheiro —, mas também direitos que, nada obstante não sejam patrimoniais em sua essência, uma vez violados poderão ser quantificados e, sob essa perspectiva, reparados. Assim, não gozam de patrimonialidade direitos como os de personalidade, tais como o direito à vida e à honra, que evidentemente, também por isso, não podem ser objeto de arbitragem. Contudo, uma vez violados, resta inequívoco que o direito de reparação pode ser quantificado, por exemplo, na forma de uma indenização em dinheiro, direito este (reparação) de cunho patrimonial. Por conta disso, se esse direito de reparação for levado à arbitragem, não encontrará óbice na patrimonialidade²³¹.

Também para Eugenia Cristina Cleto Marolla, “[s]ão patrimoniais os direitos passíveis de valoração pecuniária, ou seja, aqueles que podem ser avaliados em dinheiro e que, por conseguinte, possuem interesse econômico”²³². Embora a afirmativa não esteja de todo incorreta, na verdade, a patrimonialidade é característica que se relaciona a um benefício ou prejuízo econômico, ainda que ele não seja passível de *exata* valoração. Uma obrigação de fazer, por exemplo, pode ser patrimonial, ainda que não seja possível liquidá-la.

A doutrina também tende a estabelecer uma relação entre patrimonialidade e transmissibilidade, apontando que aquela “está ligada à possibilidade de sua transmissão: enquanto os direitos patrimoniais são, em regra, transmissíveis, os extrapatrimoniais não o são”²³³. A afirmativa não parece correta.

Embora os direitos patrimoniais sejam, em sua maior parte, transmissíveis, a patrimonialidade é conceito que não se confunde com a transmissibilidade. Não só porque há direitos patrimoniais que são também intransmissíveis, mas

²³¹ MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 70.

²³² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 88.

²³³ Ibid.

simplesmente porque o conceito de patrimonialidade se restringe ao seu conteúdo econômico, sendo irrelevante qualquer outra característica para defini-lo.

A disponibilidade, segundo requisito para a definição da arbitrabilidade da matéria, é também associada pela doutrina majoritária à ideia de transmissibilidade^{234,235,236}. Esta conceituação tampouco é correta. Com efeito, há direitos patrimoniais que não podem ser transmitidos (como é o caso do usufruto vitalício²³⁷ e do direito de habitação²³⁸), sem que isso lhes retire a sua natureza disponível. Ninguém diria, afinal, que não se pode dispor do próprio direito de usufruto ou de habitação, embora seja vedada a sua alienação.

A disponibilidade, de forma geral, mais se aproxima do conceito de renunciabilidade e daquilo que é transacionável, do que propriamente daquilo que é transmissível. É disponível o direito ao qual se pode renunciar *ou* sobre o qual se pode firmar acordo e, indisponível, aquele do qual não se pode renunciar, *nem* firmar acordo. Não é preciso, para que determinado direito seja disponível, que ele seja, *ao mesmo tempo*, renunciável e transacionável (embora, em regra, os dois atributos andem juntos), bastando um destes requisitos. Em conceituação mais precisa, Bernardo Lima aponta que “[a] situação jurídica disponível é aquela que pode ser modificada *ou* extinta por livre escolha do seu titular”²³⁹.

No âmbito das arbitragens com o Poder Público, a questão é ainda mais complexa. Isso porque, *em regra*, pelo princípio da legalidade, não pode a

²³⁴ “Ao tratar do tema ‘disponibilidade do direito’, observa-se na doutrina nacional majoritária a sua inevitável vinculação à possibilidade de o direito ser *alienado*, renunciado, *transmitido* ou transacionado”. MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 52.

²³⁵ Para Ana Luiza Nery, “[d]ireito disponível é o *alienável*, *transmissível*, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode dele dispor, *alienando-o*; *transmitindo-o por atos inter vivos ou causa mortis*; pode, *também*, renunciar ao direito; bem como, o titular pode, ainda, transigir sobre seu direito”. NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. Apresentação de Patrícia Miranda Pizzol. Prefácio de S. I. Strong. Posfácio de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 93.

²³⁶ Selma Ferreira Lemes aponta que “direitos patrimoniais disponíveis são aqueles direitos que as partes e seus detentores têm a livre disposição, para praticar atos da vida civil, tais como alienar, vender etc.”. LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 124.

²³⁷ Código Civil, art. 1.393: “Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso”.

²³⁸ Código Civil, art. 1.414: “Quando o uso consistir no direito de habitar gratuitamente casa alheia, o titular deste direito não a pode alugar, nem emprestar, mas simplesmente ocupá-la com sua família”.

²³⁹ LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 55.

Administração livremente renunciar a direitos ou transiciona-los por livre e espontânea vontade. Por isso, a discussão sobre o conceito de disponibilidade deve assumir outros contornos, adotando critérios mais amplos. É o que tem reconhecido a doutrina especializada:

Conquanto no Direito Privado impere a disponibilidade dos direitos e, com isso, a arbitralidade dos litígios, o mesmo não se pode afirmar no Direito Público, no qual vige a regra da indisponibilidade do interesse público. Todavia, *a aparente incompatibilidade entre a disponibilidade do direito e a indisponibilidade do interesse público tem sido suavizada, eis que se passou a reconhecer a distinção entre interesses públicos primários (os interesses públicos propriamente ditos), e secundários (os interesses próprios dos entes públicos). Estes possuem natureza instrumental e podem ser submetidos à arbitragem, ao contrário daqueles*²⁴⁰.

Para a investigação acerca disponibilidade dos direitos da Administração Pública, é possível distinguir três principais correntes²⁴¹. A primeira, parte de uma análise acerca dos atos de império e dos atos de gestão²⁴². Este critério não é adequado, como se demonstrará no capítulo 3, no qual será examinada a possibilidade de submissão das prerrogativas do Poder Concedente à arbitragem.

Um segundo entendimento parte da diferenciação entre a natureza pública ou privada da relação jurídica. Como já demonstrado neste trabalho, a Administração pode celebrar tanto contratos privados quanto administrativos, sendo que àqueles incidirão normas próprias do Direito Privado e, a este, do Direito Público. Para esta corrente, litígios provenientes de contratos privados celebrados pelo Poder Público poderiam ser submetidos à arbitragem, enquanto os que decorrem de contratos administrativos, não.

É o entendimento de Alexandre Câmara, para quem, se por um lado “o Estado pode utilizar a arbitragem quando o conflito de interesses diga respeito aos

²⁴⁰ MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues Martins da. Arbitragem com entes públicos: questões controvertidas. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018. p. 152.

²⁴¹ Conferir: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 560-566.

²⁴² A doutrina, valendo-se das lições de Arnoldo Wald, aponta que “[o] autor faz uso da distinção entre atos de gestão e atos de império para defender as possibilidades de a Administração Pública submeter determinado conflito de interesses à arbitragem”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 562.

atos negociais que ele pratica”, por outro, isto “não se dará, obviamente, quando o litígio se originar em relação jurídica em que Estado seja sujeito e *que provenha de um contrato administrativo*”²⁴³. Selma Lemes também aponta que a arbitragem seria aplicável às atividades econômicas em sentido estrito exercidas pelo Estado, mas não quando ele exerce a atividade econômica em sentido amplo *para prestação de serviço público*, hipótese em que “não estaríamos diante de direitos patrimoniais disponíveis”²⁴⁴. Seguindo estes entendimentos, chegar-se-ia à equivocada conclusão de que, se a concessão é *contrato administrativo* (vd. capítulo 1.1), a ela não se aplicaria a arbitragem.

Há, então, um critério mais adequado: a distinção entre o interesse público *primário* e o interesse público *secundário*. Enquanto este é disponível e arbitrável, aquele não o é. É este, apesar de entendimento doutrinário diverso^{245,246}, o melhor parâmetro para a definição da arbitrabilidade objetiva, quando se trata de arbitragem em que é parte a Administração Pública.

Mas surge, daí, outro desafio, que é a definição de cada um destes interesses. A conceituação do interesse público *lato sensu* já encontra obstáculos, por ser “conceito elástico e de difícil precisão”, sendo comumente definido “como equivalente de bem comum, interesse geral, interesse social da lei, etc”²⁴⁷.

Normalmente quando se fala em interesse público, está-se falando em interesse público *primário*. Marçal Justen Filho, por exemplo, se refere ao interesse público como aquele que, “vinculando-se aos direitos fundamentais, deve obrigatoriamente ser realizado”, sendo, portanto, “indisponível e supremo antes de

²⁴³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 16.

²⁴⁴ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 184.

²⁴⁵ Para Eugenia Cristina Cleto Marolla, “[o] critério dos interesses primários e secundários não é recomendável, por sua imprecisão e por não estabelecer com correlação entre a indisponibilidade e os interesses primários e a disponibilidade e os interesses secundários”. MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 128.

²⁴⁶ Também para Bruno Lopes Megna, as distinções entre interesse público primário e secundário “pouco ajudam (e até atrapalham) na construção de um critério objetivo para se aferir o que é direito disponível no âmbito administrativo”. MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 158.

²⁴⁷ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 125.

ser público”, ao mesmo tempo que aponta que “o interesse do Estado ou do governante não significa necessariamente o ‘interesse público’”²⁴⁸. Portanto, ainda que não tenha se utilizado desta conceituação, tratou o autor tanto do interesse público primário quanto do secundário: o primário, como aquele que “corresponde ao interesse comum e homogêneo da totalidade ou da maior parte do povo”²⁴⁹ e o secundário, como o interesse do Governante.

Em outras palavras, enquanto o interesse público primário corresponde ao interesse da coletividade, o interesse público secundário é o interesse do próprio Estado, que não se confunde com o interesse dos seus subordinados²⁵⁰. A doutrina especializada explica:

Vale reforçar que o interesse público primário ou interesse da sociedade e da coletividade como um todo, de onde ecoa o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, não se confunde com o interesse público secundário.

O conteúdo do interesse público secundário não corresponde ao interesse social, mas tão somente ao interesse estatal (patrimonial). Logo, não estamos tratando do interesse público propriamente dito e sim de interesses exclusivos do Estado.

Como premissa, o interesse público secundário só deveria estar legitimado na hipótese de convergir com o interesse do povo. No entanto, a realidade brasileira escancara a completa dissociação entre a busca do bem-estar social e o exercício dos poderes de autoridade da Administração Pública. A cooperação e a eficiência deveriam legitimar as escolhas discricionárias dos agentes públicos²⁵¹.

E é absolutamente razoável que se difira estes dois tipos de interesse. Até porque, não só existem interesses do Estado que não são compartilhados com a sociedade civil, como, mais ainda, há interesses de ambos que *conflitam* entre si. Como exemplo claro desta situação, é possível citar o aumento da alíquota do

²⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, ano II, n. 6, p. 39-41, 2005.

²⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999.

²⁵⁰ O conceito vem da doutrina italiana. Entre seus expoentes, Renato Alessi, que assim distingue os interesses públicos primários e secundários: “Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sè stante, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario”. ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953. p. 151-152.

²⁵¹ PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 53-54.

ICMS. Se por um lado esta medida atende ao interesse público secundário, porque gera ao Estado maior arrecadação de receitas, por outro, é contrário ao interesse público primário, porque, evidentemente, ao cidadão não interessa pagar impostos mais elevados. E isso não enseja, *necessariamente*, qualquer ilegalidade: há hipóteses em que determinado interesse público secundário deverá prevalecer sobre determinado interesse público primário²⁵².

O interesse público secundário, aliás, é imprescindível à efetivação do interesse público primário, embora com ele não se confunda. Tem o interesse público secundário *natureza instrumental*²⁵³. É ele que, muitas vezes, permitirá que se alcance a satisfação do interesse público primário. Afinal, o Estado existe para a satisfação do interesse da coletividade²⁵⁴, sendo lógico concluir, por isso, pela natureza instrumental dos seus próprios interesses. Desta forma, pode-se dizer que o interesse público primário é o interesse *imediato*, enquanto o secundário, *mediato*²⁵⁵.

²⁵² Este, ressalve-se, não é o entendimento majoritário. O STJ já se pronunciou em sentido contrário, apontando que “embora também mereça tutela o interesse secundário do Poder Público, é certo que este não pode sobrepujar o interesse público primário, que diz respeito à coletividade”. STJ, *AgInt na SLS n. 2.728/RN*, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, Julgado em: 16/12/2020, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2021. No mesmo sentido: “É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social”. STJ, *Recurso Especial n. 1.356.260/SC*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em: 7/02/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 19/02/2013.

²⁵³ Neste sentido: “Interesses secundários são aqueles inseridos nos interesses primários, cuja definição ainda cabe ao legislador, mas sua instrumentalidade é imediata, sendo sua satisfação pertencente à Administração Pública no desempenho da função administrativa”. SILVA, Frederico Rodrigues. *A Relatividade da Supremacia do Interesse Público: um Estudo Comparado*. DPU, n. 43, Seção Especial – Doutrina Estrangeira, jan./fev., 2012. p. 205.

²⁵⁴ “O Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos [...]”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 66.

²⁵⁵ Neste sentido: “Por interesse público primário entende-se o interesse da coletividade como um todo, conforme previsto na ordem jurídica posta. Seria, portanto, o ‘interesse do povo’, também denominados de ‘interesses gerais imediatos’. Já o interesse público secundário é o interesse do Estado, enquanto sujeito de direito (pessoa jurídica); são ‘interesses gerais mediatos’, normalmente coincidentes com estritos interesses patrimoniais ou financeiros”. LINHARES, Emanuel Andrade. Crítica à supremacia do interesse público como postulado de interpretação do direito administrativo. *Revista de Direito Público – RDU*, Porto Alegre, v. 14, n. 76, p. 198-219, jul./ago., 2017.

Sobre esta diferenciação, Luís Roberto Barroso, aliado ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁵⁶, aponta que, enquanto o interesse público secundário corresponde ao interesse do Estado, o primário *é a própria razão da sua existência*:

*O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica — quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. Embora não tenha sido objeto de elaboração doutrinária mais densa, conforme registrado acima, essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário*²⁵⁷.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto qualifica as funções do Estado que perseguem o interesse primário como “atividades-fim” e o secundário, como “atividades-meio”²⁵⁸. Utilizando-se desta classificação, Selma Lemes aponta que “para executar as ‘atividades-meio’, a *indisponibilidade é relativa*, pode ser negociada e recai sobre os ‘interesses públicos derivados’”²⁵⁹.

Em que pese o entendimento acima mencionado, mais do que de indisponibilidade relativa, os interesses públicos secundários são de fato

²⁵⁶ Neste sentido: “É imprescindível ponderar, também, a distinção entre interesse público primário e secundário. Este é meramente o interesse patrimonial da administração pública, que deve ser tutelado, mas não sobrepujando o interesse público primário, que é a razão de ser do Estado e sintetiza-se na promoção do bem-estar social”. STJ, *Recurso Especial n. 1.356.260/SC*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em: 7/02/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 19/02/2013.

²⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 96-97.

²⁵⁸ “As funções desempenhadas pelo Estado e seus delegados para a satisfação desses públicos primários, que se referem às necessidades da própria sociedade, caracterizam as atividades-fim da Administração Pública, que, por referirem-se diretamente aos administrados, conformam a administração pública externa, ou extroversa. Mas, para desempenhá-la, é necessário que o Estado satisfaça seus próprios interesses institucionais, referidos a seus atos, pessoas, bens e serviços, o que desdobra uma nova classe de interesses públicos secundários, ou interesses públicos instrumentais, ou derivados, caracterizando as atividades-meio da Administração Pública que, por se referem à gestão interna, de seu pessoal, de seus bens, de seus atos e de seus serviços, conformam a administração pública interna, ou introversa”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001. p. 112.

²⁵⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 131.

disponíveis. Afinal, não pertencem a outros, senão ao Estado que, por isso mesmo, poderá deles dispor.

A principal razão para o interesse público primário ser indisponível é o fato de que a ninguém, individualmente, pertence. É o interesse coletivo, de toda a sociedade. Portanto, não é dado ao Poder Público o direito de dispor do interesse primário, porque não é ele o titular deste interesse. Afinal, a ninguém — e ao Estado não seria diferente — é dado o direito de livremente dispor de interesses alheios. *A contrario sensu*, se é o Estado o titular do interesse público secundário, poderá dele renunciar ou, ao menos, transigir.

A natureza instrumental do interesse secundário igualmente justifica a sua disponibilidade. Enquanto o interesse primário corresponde às próprias finalidades do Estado Democrático de Direito, o interesse secundário corresponde aos meios para alcançar estas finalidades constitucionais. Ao renunciar ou transigir sobre um interesse secundário, não está a Administração Pública dispondo de um valor fundamental, mas apenas do meio para alcançá-lo, podendo, eventualmente, utilizar-se de outros.

A disponibilidade do interesse público secundário, em contraposição à indisponibilidade do primário, já é há algum tempo reconhecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que para outros fins, que não a investigação da arbitrabilidade de determinada matéria. Em 2007, ao apreciar recurso interposto contra decisão que indeferiu o pedido de intimação do Ministério Público para manifestação em demanda indenizatória movida contra o Estado de Rondônia, entendeu o Ministro Luiz Fux pela desnecessidade de intervenção do *Parquet*, uma vez que os direitos em disputa eram meramente patrimoniais. Apontando que “[a] escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado ‘interesse público secundário’”, o Ministro concluiu o seguinte:

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da respectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao “interesse público”. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que *indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração*. Nessa última hipótese, não é

necessária a atuação do *Parquet* no mister de *custos legis*, máxime porque a entidade pública empreende a sua defesa através de corpo próprio de profissionais da advocacia da União^{260,261}.

Sendo disponível o direito relacionado ao interesse público secundário, será também, desde que patrimonial, *arbitrável*. Como explica Carlos Alberto Carmona, são arbitráveis “as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca dos bens que controvertem”²⁶².

O Superior Tribunal de Justiça também já se utilizou do conceito de interesse público primário e secundário para a definição da arbitrabilidade objetiva. No *Caso TMC Terminal v. Ministro do Estado e da Ciência e Tecnologia*²⁶³, a Corte Superior reconheceu haver clara distinção “entre o interesse público primário e o interesse da administração”²⁶⁴, sendo que este, por ser disponível, seria igualmente arbitrável. Neste sentido, concluiu a Corte Superior:

In casu, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado ou a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante.

²⁶⁰ STJ, *Recurso Especial n. 303.806/RO*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em: 22/03/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 25/04/2005. p. 224.

²⁶¹ No mesmo sentido: “Está assentada nesta Corte orientação no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não se identifica com o “interesse público” a que alude o art. 82, III, do CPC, para fins de intervenção do Ministério Público no processo”. STJ, *Recurso Especial n. 490.726/SC*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em: 3/03/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/03/2005. p. 219.

²⁶² CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n° 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.

²⁶³ Trata-se de mandado de segurança impetrado pela TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S.A. contra o Min. do Estado e da Ciência e Tecnologia, pela edição da Portaria n° 235/2005, por meio da qual rescindiu unilateralmente contrato celebrado com a Nuclebrás Equipamentos Pesados S.A. para administrar, explorar e operar o Terminal de Uso Privativo localizado no Saco da Coroa Grande, na Baía de Sepetiba, em Itaguaí, no Estado do Rio de Janeiro. Pretendendo efetivar a reintegração de posse na área arrendada e na administração do Terminal, a Nuclebrás ajuizou ação perante a 42ª Vara Cível do Estado do Rio de Janeiro. A ação foi extinta, pela existência de cláusula compromissória no contrato de arrendamento. A segurança foi concedida, para suspender os efeitos da Portaria, determinando que a questão fosse resolvida perante Tribunal Arbitral.

²⁶⁴ STJ, *Mandado de Segurança n. 11.308/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Julgado em: 9/04/2008, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19/05/2008.

A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”²⁶⁵.

Portanto, para que se defina a competência do Tribunal Arbitral para decidir questões relacionadas a contratos de concessão, é preciso investigar (i) se o direito *sub judice* está revestido de conteúdo econômico, *ainda que não seja possível liquidá-lo*; e (ii) se o interesse envolvido é o da própria Administração, não o da coletividade, e se é ele instrumental. Sendo positivas as respostas a estas indagações, será o litígio arbitrável do ponto de vista objetivo.

2.3 Cláusula compromissória firmada pela Administração Pública: evolução legislativa, jurisprudencial e prática

2.3.1 Histórico legislativo

A primeira previsão legal no Brasil que autorizou expressamente a Administração Pública a se submeter à arbitragem remonta ao Império²⁶⁶. Em 29 de dezembro de 1880, Dom Pedro II assinou o Decreto nº 7.959, que regulamentava as concessões de estradas de ferro. Previa a seção XXXV do decreto que “[n]o caso de desaccôrdo entre o Governo e a companhia, sobre a intelligencia das presentes clausulas, *esta será decidida por arbitros nomeados*”.

As dúvidas quanto à possibilidade de sujeição do Poder Público à arbitragem surgiram em um panorama mais recente. A revogada Lei nº 8.666/1993, que regulava as licitações públicas, previa que os contratos celebrados pela Administração Pública deveriam conter cláusula de eleição de foro, o qual deveria

²⁶⁵ STJ, *Mandado de Segurança n. 11.308/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Julgado em: 9/04/2008, *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 19/05/2008.

²⁶⁶ Para informações sobre o histórico legislativo da arbitragem com a Administração Pública, consultar: FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 507-513; OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 114-125; SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 11-16.

ser, necessariamente, o foro da sede do ente da Administração contratante²⁶⁷. Esta previsão, em princípio, poderia levar à interpretação de que a arbitragem não seria aplicável aos contratos administrativos, dando base ao entendimento doutrinário já mencionado, no sentido de que à Administração Pública seria vedada a celebração de compromisso (*vd.* notas de rodapé 202 e 203)²⁶⁸. Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça, analisando especificamente o referido dispositivo, já havia concluído que a exigência de cláusula de eleição de foro não afastava a possibilidade de submissão do Poder Público à arbitragem:

Ademais, a referida cláusula de foro não é incompatível com o juízo arbitral. Dentre as várias razões apontadas pela doutrina, pode-se mencionar: a necessidade de atuação do Poder Judiciário para a concessão de medidas de urgência; para a execução da sentença arbitral; para a própria instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

[...]

Especificamente, no âmbito do Poder Público, há ainda a questão da impossibilidade de instituição do juízo arbitral para dirimir determinadas controvérsias que envolvem direitos indisponíveis, sendo necessária, portanto, a atuação da jurisdição estatal, cuja competência será fixada pela cláusula de foro prevista obrigatoriamente nos contratos administrativos²⁶⁹.

Várias foram as leis específicas editadas na vigência desta norma que permitiram a utilização de arbitragem pela Administração Pública em âmbito federal, o que demonstra que nem mesmo o legislador descartava esta possibilidade. Em 16 de julho de 1997, foi publicada a Lei nº 9.472, que dispõe sobre a concessão de serviço de telecomunicações. No seu art. 93, XV, a lei prevê que o contrato de concessão deve indicar “o foro e o modo para solução *extrajudicial* das divergências contratuais”. Admitiu-se, portanto, a utilização, pela Administração Pública, de formas extrajudiciais de resolução de conflitos. Não se especificou, no entanto, se estaria aí incluída a arbitragem.

²⁶⁷ Lei nº 8.666/1993, art. 55, § 2º: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”.

²⁶⁸ Neste sentido, aponta José Antonio Fichtner que “a Lei nº 8.666/1993, além de não tratar especificamente da arbitragem, ainda fez menção ao ‘foro da sede da Administração’, o que levou parte da doutrina a entender que a obrigatoriedade de cláusula de eleição de foro judicial nos contratos com entes públicos excluía a possibilidade de arbitragem”. FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 508.

²⁶⁹ STJ, *REsp* n. 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em: 20/10/2011, Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2012. p. 13-14.

Já no mesmo ano, o Presidente da República sancionou a Lei nº 9.478, que prevê que o contrato de concessão celebrado com a ANP deve conter cláusula que disponha de “regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a *arbitragem internacional*”. Ainda assim, persistiram dúvidas sobre a possibilidade de utilização da arbitragem no âmbito *interno*, uma vez que o dispositivo é expresso ao restringir a sua eficácia à arbitragem *internacional*. Afinal, para se valer das lições hermenêuticas de Antonin Scalia, não se presumem, na lei, palavras inúteis²⁷⁰.

José Antonio Fichtner, ao discorrer sobre o dispositivo, expressa estranheza quanto à restrição à arbitragem *internacional*, especialmente considerando que “boa parcela da doutrina brasileira entende que a Lei nº 9.307/1996 adotou o regime monista, não estabelecendo distinção entre arbitragem doméstica e arbitragem internacional”²⁷¹. Outra que também se limitava a autorizar expressamente o uso da arbitragem nos contratos internacionais era a Lei nº 5.662 que, já em 1971, previa que o BNDES (então BNDE) poderia “aceitar as cláusulas usuais em contratos internacionais, entre elas, a de arbitramento” (art. 5º, parágrafo único).

Em 2001, foi publicada a Lei nº 10.233, que, dispondo sobre as concessões contratadas pela ANTT, determinou que os contratos de concessão devem conter “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a *arbitragem*” (art. 35, XVI). No ano seguinte, em 2002, foi sancionada a Lei nº 10.433, que expressamente permitiu às estatais que celebrassem compromisso de arbitragem com o MAE²⁷². Posteriormente, a mesma autorização foi dada às empresas públicas integrantes da CCEE, por meio da Lei nº 10.848/2004²⁷³.

²⁷⁰ “A provision that seems to the court unjust or unfortunate (creating the so-called *casus male inclusus*) must nonetheless be given effect [...] Yet words with no meaning—language with no substantive effect—should be regarded as the exception rather than the rule”. SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. 1. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012. ISBN 978-0-314-27555-4. p. 150-153.

²⁷¹ FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 509.

²⁷² Lei nº 10.433/2002, art. 2º, § 4º: “Ficam as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, autorizadas a aderirem ao MAE, inclusive ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 3º”.

²⁷³ Lei nº 10.848/2004, art. 4º, § 6º: “As empresas públicas e as sociedades de economia mista, suas subsidiárias ou controladas, titulares de concessão, permissão e autorização, ficam autorizadas a integrar a CCEE e a aderir ao mecanismo e à convenção de arbitragem previstos no § 5º deste artigo”.

Até então, as normas autorizativas de utilização de arbitragem pela Administração Pública se restringiam a setores específicos (telecomunicações, petróleo, transportes e energia elétrica). Sobreveio, então, a Lei nº 11.079/2004, que trouxe ao Brasil as concessões na modalidade de parceria público-privado. Nos termos do seu art. 11, III, o edital de licitação deve conter “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, *inclusive a arbitragem*”.

No ano seguinte, em 2005, foi publicada a Lei nº 11.196/2005, que incluiu na Lei de Concessões o seu art. 23-A, segundo o qual “[o] contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, *inclusive a arbitragem*”. A partir daí, não mais havia espaço, a não ser por convicção filosófica, para o entendimento de que a arbitragem seria inaplicável aos contratos de concessão de serviço público (*vd.* notas de rodapé 243 e 244). E, àqueles que entendiam pela necessidade de autorização legal específica (*vd.* notas de rodapé 204 e 215), o requisito da arbitrabilidade subjetiva no âmbito das concessões estava, afinal, preenchido.

Depois destas inovações legislativas, pode-se citar ainda outras, como as que admitiram expressamente a arbitragem nos contratos de transporte, tratamento e comercialização de gás natural^{274,275}, de exploração e a produção do pré-sal²⁷⁶ e de exploração de portos e instalações portuárias²⁷⁷.

Finalmente, em 2015, a Lei nº 13.129 incluiu na Lei de Arbitragem o § 1º do art. 1º, segundo o qual “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Cessaram-se, então, as dúvidas: agora havia expressa previsão legal

²⁷⁴ Lei nº 11.909/2009, art. 21, XI: “O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, *inclusive a conciliação e a arbitragem*”.

²⁷⁵ Lei nº 11.909/2009, art. 24, III: “A concessionária deverá:[...] submeter à aprovação da ANP a minuta de contrato padrão a ser celebrado com os carregadores, que deverá conter cláusula para resolução de eventuais divergências, *podendo prever a convenção de arbitragem*, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”.

²⁷⁶ Lei nº 12.351/2010, art. 29, XVIII: “São cláusulas essenciais do contrato de partilha de produção: [...] XVIII - as regras sobre solução de controvérsias, *que poderão prever conciliação e arbitragem*;

²⁷⁷ Lei nº 12.815/2013, art. 62, § 1º: “Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Regulamento)”.

que autorizava o uso da arbitragem em todos os setores e formas de contratação pela Administração Pública.

Ainda que de inutilmente, sobrevieram outras normas específicas que autorizaram a Administração a celebrar compromisso de arbitragem. Dentre elas, em âmbito federal, há a norma autorizadora para inclusão de cláusula arbitral em contratos celebrados com a Anac e com a Infraero²⁷⁸ e, em âmbito estadual, nos contratos firmados por relicitação no Estado de São Paulo²⁷⁹.

Também depois da reforma da Lei nº 9.307/1996, foram editadas normas específicas, para *regular* o uso da arbitragem pela Administração Pública. É o caso das disputas arbitrais no âmbito dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário²⁸⁰, das que tratam da definição de valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública²⁸¹ e daquelas que envolvem a ANTT²⁸². Em âmbito estadual, foi especificamente regulada a utilização da arbitragem, por exemplo, pelos entes integrantes da Administração Pública do Rio de Janeiro²⁸³, de São Paulo²⁸⁴ e de Goiás²⁸⁵.

²⁷⁸ Lei nº 12.462/2011, art. 44-A: “Nos contratos regidos por esta Lei, poderá ser admitido o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a mediação, para dirimir conflitos decorrentes da sua execução ou a ela relacionados”.

²⁷⁹ SÃO PAULO. Lei Estadual nº 16.933, art. 18: “As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos de parceria, após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, *podem ser submetidas à arbitragem* ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias”.

²⁸⁰ Decreto nº 10.025/2019: “Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017”.

²⁸¹ Lei nº 13.867/2019: “Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, para possibilitar a opção pela mediação ou pela via arbitral para a definição dos valores de indenização nas desapropriações por utilidade pública, nas condições que especifica”.

²⁸² Resolução nº 5.845/2019: “Dispõe sobre as regras procedimentais para a autocomposição, a arbitragem e os comitês de prevenção e solução de disputas no âmbito da ANTT”.

²⁸³ RIO DE JANEIRO. Decreto nº 46.245/2018: “Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades”.

²⁸⁴ SÃO PAULO. Decreto nº 64.356/2019: “Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte”.

²⁸⁵ GOIÁS. Lei Complementar nº 144/2018: “Institui a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem da Administração Estadual (CCMA), estabelece medidas para a redução da litigiosidade no âmbito administrativo e perante o Poder Judiciário e promove modificações na Lei Complementar nº 58, de 4 de julho de 2006”.

2.3.2 A jurisprudência dos Tribunais Superiores

Na história mais recente da jurisprudência sobre a arbitragem com a Administração Pública, o *Caso Lage*, julgado em 1973 — portanto, mais de vinte anos antes da edição da LArb —, é certamente um dos mais emblemáticos. A contenda girava em torno de indenização devida pela União aos espólios de Henrique Lage e Renaud Lage, pela incorporação de acervos de navegação, estaleiros e portos, anteriormente de propriedade da chama *Organização Lage*.

Os espólios sugeriram a instituição de Tribunal Arbitral para fixar o *quantum* devido pela União, proposta aceita pelo então Ministro da Fazenda, Themístocles Brandão Cavalcante. Assim, foi editado, pelo Presidente da República, Eurico Gaspar Dutra, o Decreto-Lei nº 9.521/1946²⁸⁶, que determinou a instituição do Juízo Arbitral para julgamento das impugnações dos espólios aos valores de indenização fixados unilateralmente pela União, o que seria feito por meio de sentença única e irrecorrível. O Tribunal Arbitral foi composto pelos juristas Raul Gomes de Matos, indicado pela União, Antônio Sampaio Dória, indicado pelos espólios, e pelo Ministro aposentado do STF, Manoel da Costa Manso, indicado pelos dois outros árbitros.

Em janeiro de 1948, sobreveio sentença arbitral que fixou o valor devido aos espólios em Cr\$ 288.460.812,00, deduzidas as dívidas e demais encargos do acervo incorporado pela União. O pagamento, como restou determinado, seria feito por meio de apólices entregues ao Banco do Brasil, à disposição do Juízo do inventário.

Embora editados projetos legislativos para efetivação do pagamento, em 1952, a União, àquela altura com outro Ministro da Fazenda, o Sr. Horácio Lafer, e sob direção do Presidente Getúlio Vargas, se negou a efetuar o pagamento, alegando a inconstitucionalidade do Juízo Arbitral. Ajuizada ação pelos espólios para assegurar o recebimento da indenização, o Juízo Estatal determinou à União o cumprimento da sentença arbitral. A sentença judicial, quanto ao reconhecimento da validade do laudo arbitral, foi mantida pelo Tribunal Federal.

²⁸⁶ “Modifica os Decretos-leis ns. 4.648, de 02 de setembro de 1942, e 7.024, de 06 de novembro de 1944, regula o destino dos bens deixados por Henrique Lage, e dá outras providências”.

A União, então, recorreu ao Supremo Tribunal Federal, alegando ser nulo o Juízo Arbitral em sua origem. A alegação se fundamentou na suposta incompetência do Presidente da República para “criar órgão judicante, estranho à justiça ordinária”; na impossibilidade de se afastar do Poder Judiciário a apreciação de ofensa a direito; e na vedação constitucional à criação de tribunais de exceção. *Também, sustentou que a União não poderia se submeter a Juízo Arbitral, porque só ao Judiciário caberia decidir os seus litígios*²⁸⁷.

O Plenário do STF negou provimento ao recurso. No seu voto, o Ministro Rodrigues Alckmin — ainda que sem se utilizar destes termos — reconheceu a arbitrabilidade subjetiva, admitindo a manifestação da vontade da União para se sujeitar à arbitragem, e a arbitrabilidade objetiva, adotando o critério da disponibilidade dos interesses em disputa (que, em termos mais atuais, poderiam ser qualificados como interesses públicos secundários):

Os conflitos de interesse comportam solução negocial. Assim, podem as partes transigir, como podem aceitar o compromisso — tal como lhes é lícito, na compra e venda, deixar a fixação do preço a arbítrio de terceiro.

[...]

Tal Decreto-Lei, na verdade, corresponde, materialmente, à manifestação da vontade da União, para o acordo com os interessados no sentido de que o valor da indenização fosse fixado por terceiros²⁸⁸.

O Ministro, embora tenha reconhecido a arbitrabilidade subjetiva e objetiva do caso já em 1973, negou a natureza jurisdicional da arbitragem. À época, não havia previsão legal que equiparasse o árbitro ao juiz de direito, diferente do que ocorre atualmente²⁸⁹. Portanto, ao que tudo indica, a arbitragem era mesmo negócio jurídico tanto na sua origem quanto nos seus efeitos. Não seria possível, afinal, atribuir jurisdição ao árbitro senão por atividade legislativa. Sobre a inexistência de jurisdição do Tribunal Arbitral, assim se manifestou o Ministro:

Em nenhuma dessas situações se pode pensar na criação de órgãos revestidos do poder de jurisdição. É que, como evidente este poder não decorre do acordo de vontades dos titulares de interesses em conflito. A jurisdição é poder estatal e seu

²⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo de Instrumento n.º 52.181*, Rel. Min. Bilac Pinto, Julgado em: 14/11/1973, Diário da Justiça, Brasília, DF, 15/02/1974, p. 720. Ementário, v. 936-01. p. 76.

²⁸⁸ Ibid., p. 80-81.

²⁸⁹ LArb, art. 18: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”.

exercício se não submete à concordância dos litigantes. Ora, quando se estipula o compromisso não é possível confundir a situação com a instituição de órgão dotado de poder jurisdicional, ou com ofensa ao monopólio da jurisdição que — ressalvados os casos na Constituição previstos — ao Judiciário se reconhece.

Assim, não é jurídica a afirmativa de que o DL. 9.521/46 seria ilegítimo por ter, o Presidente da República, criado órgão judicante estranho à justiça ordinária; ou de ter sido criado tribunal de exceção, ou foro privilegiado; ou de não poder, a União, submeter-se a Juízo Arbitral (o que suporia sua incapacidade. ainda que a lei o dispusesse, para atos negociais); ou de ofensa ao princípio da isonomia pela criação de processo especial. Todas essas arguições, à evidência, não atentam para a distinção a ser feita entre a manifestação de poder jurisdicional e situação decorrente da vontade dos interessados²⁹⁰.

Algumas décadas depois, em 2005, já na vigência da Lei de Arbitragem — portanto, quando o árbitro já era equiparado ao juiz de direito —, o Superior Tribunal de Justiça, no *Caso Uruguaiana v. CCEE*²⁹¹, reconheceu que o Tribunal Arbitral é dotado de jurisdição. Na ocasião, apontou o Ministro Otávio de Noronha que a arbitragem “se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes, e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito”^{292,293}.

No mesmo julgamento, o STJ reconheceu a validade da cláusula arbitral celebrada pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE, reformando acórdão que mantivera decisão de prosseguimento de ação indenizatória, pela negativa de reconhecimento de competência do Juízo Arbitral. O Tribunal de origem entendeu que estaria correta a conclusão alcançada em primeiro grau, segundo a qual a CEEE, enquanto empresa prestadora de serviço público essencial,

²⁹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo de Instrumento n.º 52.181*, Rel. Min. Bilac Pinto, Julgado em: 14/11/1973, Diário da Justiça, Brasília, DF, 15/02/1974, p. 720. Ementário, v. 936-01. p. 80-81.

²⁹¹ A Companhia Estadual de Energia Elétrica ajuizou ação ordinária contra a AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., alegando descumprimento injustificado de contrato para a aquisição de potência de energia elétrica. A AES Uruguaiana suscitou, em sede de contestação, a existência de cláusula arbitral no contrato, requerendo a extinção do processo, sem resolução do mérito. O pedido foi negado pelo Juízo da 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Porto Alegre, que concluiu pela invalidade da cláusula arbitral, uma vez que inexistente autorização específica em lei para que a CCEE firmasse compromisso de arbitragem. Interposto agravo de instrumento pela AES Uruguaiana, o TJRS negou provimento ao recurso, apontando que a cláusula arbitral não afastaria o livre acesso ao judiciário, consoante art. 5º, XXXV, da CF. Interposto recurso especial, o STJ deu-lhe provimento, para extinguir a ação de origem, sem resolução do mérito, reconhecendo a validade da cláusula arbitral.

²⁹² STJ, *Recurso Especial n. 606.345/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8/06/2007. p. 5.

²⁹³ STJ, *Recurso Especial n. 612.439/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 25/10/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/09/2006. p. 6.

não poderia celebrar compromisso sem prévia autorização legislativa específica²⁹⁴. Adotou, portanto, o entendimento já exposto neste trabalho — que contava com a aderência de Luís Roberto Barroso (vd. nota de rodapé 204) — segundo o qual a Administração Pública só poderia se submeter à arbitragem se assim a lei, de forma específica, autorizasse. O julgamento, ressalve-se, ocorreu antes da reforma de 2015 na Lei de Arbitragem, que expressamente concedeu à Administração Pública autorização para celebrar compromisso.

Em contraposição ao entendimento adotado pela Corte Estadual, a Segunda Turma do STJ concluiu, por unanimidade, pela arbitrabilidade subjetiva, apontando que “a própria lei que dispõe acerca da arbitragem — art. 1º da Lei n. 9.307/96 — estatui que ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’”^{295,296}. Esta autorização genérica prevista na LArb, para a Corte Superior, era suficiente para autorizar a Administração Pública a se submeter à jurisdição arbitral.

Quanto aos motivos para o reconhecimento da arbitrabilidade objetiva, a Corte adotou entendimento não compartilhado neste trabalho, segundo o qual o critério para definir-se a disponibilidade da matéria submetida ao Tribunal Arbitral seria a natureza do serviço relacionado ao litígio — se atividade econômica em sentido estrito ou amplo. Aliando-se, assim, a juristas como Selma Lemes e Alexandre Câmara (vd. notas de rodapé 243 e 244), o Ministro Otávio de Noronha concluiu o seguinte:

Sob essa perspectiva, submetida a sociedade de economia mista ao regime jurídico de direito privado e celebrando contratos situados nesta seara jurídica, não parece haver dúvida quanto à validade de cláusula compromissória por ela convencionada, sendo despicienda a necessidade de autorização do Poder Legislativo a referendar tal procedimento.

Em outras palavras, *pode-se afirmar que, quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito — isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro* —, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem

²⁹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Agravo de Instrumento n. 70003866258*, Rel. Teresinha de Oliveira Silva, Segunda Câmara Cível, Julgado em: 13/11/2002.

²⁹⁵ STJ, *Recurso Especial n. 606.345/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8/06/2007. p. 8.

²⁹⁶ STJ, *Recurso Especial n. 612.439/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 25/10/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/09/2006. p. 8.

— art. 1º da Lei n. 9.307/96 — estatui que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem^{297,298}.

Mas, se o voto do Ministro Otavio de Noronha poderia indicar que a arbitragem se aplicaria apenas à atividade econômica em sentido estrito — dela excluída a concessão de serviço público —, não foi este o entendimento que veio a se firmar no Superior Tribunal de Justiça. Em 2011, a Corte Superior, apreciando o *Caso COMPAGAS v. Consórcio Carioca*²⁹⁹ concluiu pela arbitrabilidade de demanda que visava ao reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão.

No caso, alegava a COMPAGAS a indisponibilidade do interesse público envolvido no litígio e a ausência de previsão no edital de licitação do contrato que permitisse a celebração de compromisso arbitral. Quanto à ausência de autorização editalícia, a Ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso, concluiu que “o fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes, não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente”³⁰⁰. Também, reconheceu a natureza patrimonial e disponível do pleito de reequilíbrio do contrato de concessão e, portanto, a sua arbitrabilidade:

Com efeito, a controvérsia estabelecida entre as partes é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

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

[...]

²⁹⁷ STJ, *Recurso Especial n. 606.345/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8/06/2007. p. 8.

²⁹⁸ STJ, *Recurso Especial n. 612.439/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 25/10/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/09/2006. p. 8.

²⁹⁹ Depois de firmar compromisso arbitral com o Consórcio Carioca Passarelli para resolução de disputas concernentes ao equilíbrio financeiro do contrato de concessão, a Companhia Paranaense de Gás Natural – COMPAGAS ajuizou ação declaratória de nulidade do referido compromisso. A ação foi julgada improcedente, tendo sido desprovido o recurso de apelação interposto pela COMPAGAS. Finalmente, o STJ negou provimento ao recurso especial.

³⁰⁰ STJ, *REsp n. 904.813/PR*, Rel. Min. Nancy Andrichi, Terceira Turma, Julgado em: 20/10/2011, Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2012. p. 12.

Em suma, assim como a concessionária recorrente teria autonomia para resolver a controvérsia relativa ao equilíbrio econômico financeiro do contrato celebrado com a recorrida sem precisar de autorização legislativa ou de recorrer ao Poder Judiciário, haja vista a disponibilidade dos interesses envolvidos, ela também tem autonomia para eleger um árbitro que solucione a controvérsia³⁰¹.

Além disso, reconhecendo o comportamento contraditório da Administração, apontou que “a atitude posterior da recorrente, de impugnar seu próprio ato, beira às raias da má-fé”³⁰².

Depois, sobrevieram outros precedentes do STJ que admitiram a arbitrabilidade das matérias patrimoniais relacionadas a contratos de concessão, consolidando-se jurisprudência favorável à utilização da arbitragem no âmbito das concessões de serviço público³⁰³.

2.3.3 A jurisprudência do Tribunal de Contas da União

Comparado aos Tribunais Superiores, o Tribunal de Contas da União demonstrou ao longo dos anos entendimento muito mais conservador em relação à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

Antes da edição da Lei de Arbitragem, o TCU, em 1993, recebeu consulta do, à época, Ministro do Estado de Minas e Energia, Paulino Cícero de Vasconcellos, sobre a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória em contratos celebrados pela Companhia Hidro Elétrica do São Francisco, controlada pela então estatal Eletrobras. Os contratos seriam firmados com fornecedores de materiais e mão-de-obra para a construção da Usina Hidrelétrica de Xingó (*Caso Xingó*³⁰⁴).

Manifestaram-se a Secretaria de Auditoria do TCU e o Ministério Público do TCU, ambos contra a adoção da arbitragem. A SAUDI, embora não tenha

³⁰¹ STJ, *REsp* n. 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em: 20/10/2011, Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2012. p. 14-15.

³⁰² *Ibid.*, p. 14.

³⁰³ Neste sentido, confira-se os seguintes julgados: STJ, *AgInt no AREsp* n.º 1.276.872/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, Julgado em: 1/12/2020, DJe 30/06/2021; STJ, *AgInt nos EDcl no AREsp* n.º 1.905.505/SP, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, Julgado em: 27/11/2023, DJe 29/11/2023.

³⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 008.217/93-9*, Rel. Min. Homero Santos, Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Órgão de instrução: Secretaria de Auditoria – SAUDI, Brasília, DF, 1993.

negado a possibilidade de a Administração Pública firmar compromisso, conclui que a arbitragem seria inaplicável *aos contratos administrativos*, por serem regidos pelo Direito Público, estando, por isso, sujeitos a princípios como o da supremacia, indisponibilidade e inalienabilidade do interesse público, controle administrativo e vinculação ao edital. Segundo a Secretaria de Auditoria, estes princípios seriam inconciliáveis com o Juízo Arbitral. Especificamente sobre o princípio da indisponibilidade, apontou o parecer da SAUDI:

Fere também o princípio da indisponibilidade do interesse público, pois, ao entregar a terceiro que não o Estado-Juiz o poder de decidir sobre a sorte de interesses que a ela, Administração, incumbe curar, o efeito prático disso é fazer disponível esse bem supremo (o interesse público), ao sabor daquilo que o árbitro constituído venha a deliberar sobre a pendência a ela submetida. Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos³⁰⁵.

Também para a Secretaria, o legislador teria propositalmente afastado dos contratos administrativos a aplicação da arbitragem, ao não incluir esta possibilidade na então recém publicada Lei nº 8.666/93. Segundo o parecer, “ele (legislador) decerto teria introduzido na Lei dispositivo consignando ser admissível o juízo arbitral nos contratos por ela disciplinados ou enumerando as hipóteses em que isso seria cabível”³⁰⁶. A opinião do MPTCU também foi pela indisponibilidade dos direitos envolvidos nos contratos administrativos:

Da mesma forma que na transação, o Administrador, não podendo dispor, ao seu talante, dos direitos cuja titularidade pertencem às pessoas jurídicas de direito público ou privado, fica igualmente impossibilitado, sem a indispensável autorização legal, de requerer a instauração de juízo arbitral, em que teríamos algo equivalente a uma temerária transferência de direitos, immanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido³⁰⁷.

O Ministro Homero Santos, relator da consulta, acolheu integralmente os pareceres da SAUDI e do MPTCU, ratificando o entendimento de que “por serem essencialmente contratos administrativos, estão sob a égide do direito público, que

³⁰⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Parecer da Secretaria de Auditoria – SAUDI no Processo nº TC 008.217/93-9*. Brasília, DF, [s.d.].

³⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Parecer da Secretaria de Auditoria – SAUDI no Processo nº TC 008.217/93-9*, Brasília, DF, [s.d.].

³⁰⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Parecer do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União no Processo nº TC 008.217/93-9*, Brasília, DF, [s.d.].

não contempla a possibilidade da utilização daquele instituto, conforme pretende o consulente”. O Plenário acompanhou o voto do relator³⁰⁸.

Já no *Caso DNIT*³⁰⁹, o Tribunal de Contas da União analisou a possibilidade de inclusão de cláusula compromissória especificamente nos contratos de concessão de serviço público. Em procedimento de levantamento de auditoria, o TCU concluiu por diversas irregularidades nos contratos de concessão celebrados para a realização de obras de adequação em trechos da BR-101/RS, bem como em processos licitatórios realizados pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes.

O Ministro Adylson Motta, relator do levantamento de auditoria, apontou que a previsão de cláusula compromissória no edital licitatório padeceria de ilegalidade, concluindo, que “o interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível”, o que faria da cláusula compromissória nula. Seguindo o voto do relator, o Plenário do TCU determinou a supressão das cláusulas de arbitragem previstas no edital licitatório e na minuta do contrato³¹⁰. O *Caso DNIT* foi julgado em 2003, já sob a égide da Lei de Arbitragem, mas antes da reforma feita pela Lei nº 13.129/2015.

Anos depois, o TCU deu um grande passo na admissão da utilização da arbitragem pela Administração Pública. No julgamento do *Caso PB Netherlands*³¹¹, concluiu a Corte de Contas pela possibilidade de estipulação de cláusula compromissória nos contratos administrativos, desde que se restringisse à “resolução de eventuais litígios a assuntos relacionados à sua área-fim e disputas

³⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Decisão 286/93*, Plenário, Ata 29/93, Processo nº TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos, Sessão de 15/07/1993, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4/08/1993, p. 1.1192.

³⁰⁹ Trata-se de levantamento de auditoria realizado pelo TCU na concessão contratada pelo Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes-DNIT para realização de obras de adequação em trecho de extensão de 99,5 km, entre a divisa SC/RS e Osório.

³¹⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 587/2003*, Plenário, Processo nº TC 004.031/2003-0, Sessão ordinária de 28/05/2003, Brasília, DF, 2003.

³¹¹ Trata-se de levantamento de auditoria realizado pela Secob e submetido à apreciação do TCU, no âmbito do Fiscobras 2009. As obras auditadas neste caso foram realizadas pela Petrobras Netherlands B.V. – Petrobras Int. MME, no período compreendido entre 23/3/2009 e 10/7/2009, e correspondiam à construção de plataformas de petróleo destinadas à Bacia de Campos, em observâncias às metas de crescimento da Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, estabelecidas no seu Planejamento Estratégico 2020. Julgando o levantamento de auditoria, o TCU concluiu que a adoção de medidas corretivas ou preventivas pela Petrobras seria suficiente para evitar danos futuros ao erário.

eminentemente técnicas oriundas da execução dos aludidos contratos”³¹². O acórdão, proferido em levantamento de auditoria de obras realizadas pela Petrobras na Bacia da Campos, se escorou no parecer da Secretaria de Fiscalização de Obras do TCU.

No parecer, a Secob, ao localizar cláusulas compromissórias firmadas pela Petrobras Netherlands B.V., apontou que, “em face dos princípios que regem o direito administrativo e da falta de disposição legal permissiva, é vedada a aplicação de juízo arbitral em contratos sob o regime jurídico-administrativo”. No entanto, além de reconhecer ser “razoável permitir a utilização de juízo arbitral na resolução de questões ou disputas técnicas”, apontou a Secob para a possibilidade de utilização da arbitragem em contratos administrativos internacionais:

Não se pode olvidar que, em contratações internacionais que sociedades de economia mista, por meio de suas subsidiárias estrangeiras, celebrem contratos com empresas também estrangeiras, a possibilidade de aplicação do juízo arbitral revela-se necessária por garantir imparcialidade e neutralidade no direito internacional, tratando com isonomia ambos os lados. Nesse sentido, a aplicação da legislação brasileira deve ser mitigada pelo princípio da razoabilidade e da economicidade, mormente nesse caso, dado seu caráter privado, econômico e competitivo num mundo globalizado. Entretanto, não se pode atribuir todo e qualquer litígio no âmbito do contrato exclusivamente ao juízo arbitral³¹³.

O entendimento seria replicado em 2013, em acórdão de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, que fixou o entendimento de que “a adoção de cláusulas de juízo arbitral deve estar *técnica e economicamente justificada* e comprovadamente em conformidade com as práticas de mercado”³¹⁴.

A jurisprudência mais recente do Tribunal de Contas da União, já depois da edição do § 1º do art. 1º, da LArb, tem se alterado significativamente, caminhando para a uma admissão muito mais ampla da utilização da arbitragem nos contratos administrativos. No *Caso Antaq*³¹⁵, o Deputado Federal Eli Corrêa Filho suscitava

³¹² BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 2094/2009*, Plenário, Processo nº TC 006.588/2009-8, Rel. José Jorge, Sessão ordinária de 9/09/2009, Ata nº 36/2009, Brasília, DF, 2009. p. 38.

³¹³ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 006.588/2009-8*, Rel. José Jorge, Auditoria de levantamento da Petrobras Netherlands B.V., Petrobras Int., MME, Relatório da Secretaria de Fiscalização de Obras do Tribunal de Contas da União, fls. 162-207, Brasília, DF, 2009.

³¹⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 2145/2013*, Rel. Benjamin Zymler, Plenário, Sessão de 14/08/2013, Brasília, DF, 2013.

³¹⁵ Em representação proposta perante o TCU (TC 000.723/2020-7), o Deputado Federal Eli Corrêa Filho pretendia fosse determinada, liminarmente, a suspensão de cláusulas compromissórias

a ilegalidade de submissão de litígios a câmaras arbitrais privadas que tratassem de concessões no setor portuário. Segundo ele, as arbitragens neste setor deveriam ser realizadas junto à Advocacia Geral da União ou à Antaq, mas não a câmaras arbitrais privadas.

O voto, proferido pelo Ministro Vital do Rêgo e acolhido pelo Plenário da Corte, foi absolutamente favorável à arbitragem nos contratos de concessão. Segundo o Ministro, “a arbitragem é um instrumento de política pública que tem o efeito de aumentar a segurança jurídica e melhorar o ambiente institucional da desestatização da infraestrutura”³¹⁶.

Quanto à alegação do Deputado Federal de que a resolução arbitral em câmaras privadas geraria insegurança jurídica, apontou o acórdão que “ao contrário dessa tese, a especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode ajudar a coibir comportamentos oportunistas praticados por contratados que se beneficiam da assimetria de informações da Administração”³¹⁷. Finalmente, suscitando as normas gerais e específicas já mencionadas neste trabalho, o Ministro relator concluiu pela existência de expressa autorização legal para a estipulação de cláusula arbitral em contratos de concessão no setor portuário:

De modo sucinto, a Lei 9.307/1996 confere ao Ministério da Infraestrutura (poder concedente) a competência para autorizar a arbitragem. A Lei 8.987/1995 autoriza o uso da arbitragem em contratos de concessão. A Lei 10.233/2001, alterada pela Lei 12.815/2013, atribui à Antaq a competência para firmar cláusulas em contratos de concessão que disponham sobre regras de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a arbitragem. E o Decreto 10.025/2019 regulamentou o credenciamento de câmaras arbitrais para dirimir controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores tratados pela Lei 13.448/2017, que inclui o setor portuário.

[...]

Nessa seara, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq), dispõe que devem constar dos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, obrigatoriamente, as “regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem” (art. 35, inciso XI). Tal norma prevê a possibilidade de uso da arbitragem sem distinção entre câmaras públicas ou privadas.

relativas ao setor portuário, decorrentes da disposição do decreto de portos que possibilitou a prorrogação antecipada de contratos, bem como dos procedimentos arbitrais em curso e a eficácia de eventuais sentenças arbitrais já efetivas contassem com a participação da União às quais estivesse sujeitas a União. Ao final, pedia fosse fixado regime jurídico específico para utilização da arbitragem em âmbito federal. A representação foi rejeitada pelo TCU.

³¹⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 000.723/2020-7*, Rel. Vital do Rêgo, Sessão telepresencial de 25/11/2020, Brasília, DF, 2020. p. 20.

³¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

Também a Lei 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão, autoriza o uso da arbitragem sem fazer qualquer tipo de limitação à natureza da câmara arbitral. A norma apenas exige que a arbitragem ocorra no Brasil, em língua portuguesa e siga os trâmites instrumentais previstos na Lei 9.307/1996. Da mesma forma, a Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos) prevê a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a débitos oriundos do não recolhimento de tarifas portuárias e de outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq³¹⁸.

Portanto, embora tenha se mantido por muito tempo defensivo à utilização da arbitragem pela Administração Pública, especialmente nos contratos administrativos, o Tribunal de Contas da União tem firmado entendimento recente, não só pela possibilidade, mas pela recomendação da inclusão de cláusula compromissória em contratos administrativos.

2.3.4 Histórico prático

No âmbito do Direito Internacional Público, tem-se notícias de arbitragens envolvendo o Estado brasileiro, ao menos, desde 1862, no que restou conhecido como o *Caso Christie*. O litígio travado entre Brasil e Reino Unido teve início com o naufrágio do navio britânico *Prince of Wales*, na costa do Rio Grande do Sul. O diplomata britânico no Império brasileiro, William Dougal Christie, deu início às investigações, alegando que o navio havia sido saqueado e os tripulantes, assassinados por brasileiros. As tensões entre Brasil e Inglaterra, já exacerbadas neste ponto, se agravaram ainda mais com a posterior prisão, reputada ilegal pelos ingleses, de oficiais da marinha britânica em território brasileiro. As desavenças culminariam na ordem de William Christie para bloquear o porto do Rio de Janeiro, o que foi recebido como atentado à soberania nacional. A questão foi submetida à arbitragem, conduzida pelo Rei Leopoldo I, da Bélgica, que entendeu pela ausência de responsabilidade das autoridades brasileiras^{319,320}.

³¹⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 000.723/2020-7*, Rel. Vital do Rêgo, Sessão telepresencial de 25/11/2020, Brasília, DF, 2020. p. 20.

³¹⁹ GRAHAM, Richard. Os fundamentos da ruptura de relações diplomáticas entre o Brasil e a Grã-Bretanha em 1863: "A questão Christie". *Revista de História, Brasil*, v. 24, n. 49, 1.962. p. 117-138.

³²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da prática brasileira do direito internacional público: período 1919-1940*. 2. ed. Apresentação do Embaixador Gilberto Vergne Saboia. Brasília: FUNAG, 2012. p. 320.

Já em 1889, Brasil e Argentina assinaram compromisso arbitral, concordando em submeter litígio sobre os limites fronteiriços entre o rio Uruguai e o Iguaçu a arbitragem instaurada nos Estados Unidos da América. A Argentina defendia que a fronteira deveria se estender pelos rios Chapecó e Chopim, e o Brasil, que a linha limítrofe deveria se desenhar pelos rios Peperi-Guaçu e Santo Antônio³²¹. Nomeado como árbitro o então Presidente dos Estados Unidos da América, Grover Cleveland deu ganho de causa ao Brasil³²².

Tem-se notícias, também, de que, em 1894, o Brasil deu início a procedimento arbitral nos Estados Unidos para resolver questões acerca de notícias falsas de que tropas brasileiras teriam ocupado a região de Valparaíso, no Chile. O episódio foi narrado em manuscritos do advogado e diplomata brasileiro, Salvador de Mendonça³²³.

Embora a arbitragem no âmbito de Direito Internacional Público em muito se difira daquela relacionada às concessões de serviço público, os casos narrados servem para demonstrar que a sujeição da Administração Pública a Tribunais Arbitrais está longe de ser novidade no Brasil.

Atualmente, a utilização da arbitragem pelo Poder Público já é prática comum. Em estudo coordenado por Selma Lemes, aferiu-se que 8,7% das arbitragens iniciadas em 2020 contaram com a participação da Administração³²⁴. A pesquisa contou com unidade amostral de oito das principais câmaras de arbitragem do país³²⁵. Outros estudos apontam que, diferente do que parece ser o senso comum,

³²¹ RANCO, Álvaro da Costa. Tratados de fixação de limites territoriais. In: *Atlas histórico do Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CPDOC, 2023.

³²² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da prática brasileira do direito internacional público: período 1919-1940*. 2. ed. Apresentação do Embaixador Gilberto Vergne Saboia. Brasília: FUNAG, 2012.

³²³ CARTA a Salvador de Mendonça declarando que as notícias falsas procedentes de Valparaíso declaravam que tropas brasileiras tinham ocupado o território contestado; afirma que a questão seria submetida à arbitragem dos Estados Unidos. Washington, Estados Unidos, 16 nov. 1894. Disponível na Biblioteca Nacional Digital do Brasil.

³²⁴ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números: amostragem 2020-2021*. Pesquisa realizada em 2022, com auxílio de Vera Barros e Bruno Hellmeister, 2022.

³²⁵ Centro de Arbitragem da AMCHAM – Brasil (AMCHAM); Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem Ciesp/Fiesp (CAM-CIESP/FIESP); Câmara de Arbitragem do Mercado – B3 (COM-MERCADO); Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI); Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV); Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA); e Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB).

o Poder Público coleciona mais vitórias arbitrais do que os particulares no âmbito das arbitragens com a Administração³²⁶.

A fim de reduzir a insegurança jurídica, os contratos administrativos têm procurado especificar quais matérias são consideradas disponíveis e, portanto, arbitráveis (ou, de modo contrário, quais não são). A minuta do contrato padrão da ANP para a concessão de exploração e produção de petróleo e gás natural de 2025, por exemplo, prevê taxativamente as hipóteses sujeitas à arbitragem, por se relacionarem a direitos que, no entendimento da agência, são disponíveis:

Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Cláusula Trigesima Quarta, as decorrentes:

- a) da incidência de penalidades contratuais e do seu cálculo;
- b) da execução de garantias;
- c) do cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do Contrato;
- d) do inadimplemento de obrigações contratuais, por qualquer das Partes; e
- e) de demandas relacionadas a direito ou obrigação contratual³²⁷.

A minuta do contrato da ANTT para a operação de trechos da BR-101/RJ, BR-116/RJ, BR-465/RJ e BR-493/RJ, por outro lado, definiu as matérias que *não* podem ser objeto de arbitragem:

Não serão submetidos ao ambiente de resolução de controvérsias:

- (i) questões relativas a direitos indisponíveis não transacionáveis;
- (ii) a natureza e a titularidade públicas do serviço concedido ou permitido;
- (iii) o poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado; e
- (iv) o pedido de rescisão do contrato por parte da Concessionária³²⁸.

E, tanto comportam ampla interpretação os direitos que podem ser objeto de arbitragem que, enquanto optou a ANTT por tirar do escopo do processo arbitral a rescisão unilateral pelo concessionário, outros contratos, como é o caso da

³²⁶ JORDÃO, Eduardo et al.. *Arbitragens com o Poder Público*: dados sobre os casos da União e dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2025.

³²⁷ AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCMBUSTÍVEIS (ANP). *Cláusula 34.6.1 da Minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural*. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/oferta-permanente/opc/arquivos/edital/contrato-concessao-be-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2025.

³²⁸ AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Cláusula 42.1.4 do Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro (RJ)*. Governador Valadares (MG), Edital nº 01/2022. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430886/Contrato+-+01_04_2022.pdf/66f713aa-820b-1015-bf2a-c4a0240b8501?version=1.1&t=1648811504173. Acesso em: 08 nov. 2025.

concessão para construção do Túnel Imerso Santos-Guarujá³²⁹, determinam que a eventual rescisão unilateral pretendida pelo concessionário *deverá necessariamente* ser buscada por meio de procedimento arbitral.

Por fim, há outros contratos que se limitam a apresentar rol meramente *exemplificativo*, dando norte interpretativo sobre as matérias que podem ou não ser submetidas à arbitragem. É o caso do contrato padrão da Antaq para a outorga onerosa de áreas portuárias³³⁰ e do contrato de concessão da BR-050/GO/MG³³¹.

Até a data da elaboração deste trabalho, dentre as grandes³³² arbitragens em curso ou recentemente encerradas que contam com a participação da Administração Pública Federal, direta ou indireta, pode-se citar os casos³³³ *Alejandro Mudes*³³⁴,

³²⁹ “Este CONTRATO poderá ser rescindido por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo PODER CONCEDENTE ou pela AGÊNCIA REGULADORA, mediante procedimento arbitral movido especialmente para esse fim”. Cláusula 47.4 da Minuta de Contrato de Concessão Patrocinada dos Serviços Públicos de Construção, Operação, Manutenção e Realização dos Investimentos Necessários Para a Exploração do Túnel Imerso Santos Guarujá (Concorrência Internacional nº 01/2025) – Governo do Estado de São Paulo.

³³⁰ “40.3. Considera-se controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, *entre outras*: 40.3.1. Questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; 40.3.2. Cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria”. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). *MODELO DE CONTRATO DE CONCESSÃO da região PORTUÁRIA DE SANTOS S/A – SPA*. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%20101/Minuta_de_Contrato_Concessao_SSZ_Limpa.pdf. Acesso em: 08 nov. 2025.

³³¹ “Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, *a exemplo* da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado”. AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Contrato de concessão BR-050/GO/MG*. Edital nº 001/2013. Disponível em: <https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/rodovias/concessionarias/lista-de-concessoes/eco050/documentos-de-gestao/contrato-e-anexos/contrato-e-aditivos/contrato.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2025.

³³² As arbitragens mencionas envolvem, cada uma, valores históricos que variam entre R\$ 160 milhões a R\$ 166 bilhões. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA/CGU/AGU). *Planilha de arbitragens da União – atualizada em 30.01.2025*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20250130-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2025.

³³³ Informações disponíveis no site da Advocacia-Geral da União: ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União (CGU). Núcleo Especializado em Arbitragem. *Casos de Arbitragem*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em: 02 nov. 2025.

³³⁴ Acionistas minoritários da Petrobras pleiteiam, em nome da Petrobras, ressarcimento por supostos danos decorrentes dos atos apurados na operação Lava-Jato (Procedimentos Arbitrais CAM (B3) n. 85/2017 e 97/2017).

*Fundo Petrobras*³³⁵, *Galvão*³³⁶, *Libra*³³⁷, *MSVIA*³³⁸, *Proteus*³³⁹, *Rota do Oeste*³⁴⁰, *Viracopos*³⁴¹, *Telefônica*³⁴², *Claro*³⁴³, *Oi*³⁴⁴ e *COMAB*³⁴⁵.

³³⁵ Acionistas minoritários da Petrobras pleiteavam, em nome próprio, ressarcimento por danos decorrentes da corrupção apurada na operação Lava-Jato. Em 15.1.2020, sobreveio sentença arbitral que homologou a desistência das requerentes e excluiu a União do processo arbitral, extinguindo o processo sem análise do mérito em relação à União (Procedimento Arbitral CAM (B3) n. 75/2016).

³³⁶ Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. buscava o reconhecimento de inexistência de inadimplemento contratual a ela imputável, com a consequente declaração de inexigibilidade das multas administrativas aplicadas pela ANTT no âmbito de contrato de concessão. A União e ANTT apresentaram pedidos reconventionais, dentre eles o reconhecimento da validade da decretação de caducidade do contrato de concessão. Foi proferida sentença arbitral parcial que, reconhecendo a validade da caducidade, declarou a responsabilidade exclusiva da concessionária pela inexecução do objeto contratual, acolhendo os pleitos reconventionais da União e da ANTT (Procedimento Arbitral CCI 23433/GSS/PFF/RLS).

³³⁷ Pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e indenizatório, formulado pela concessionária Libra Santos Terminais S.A. – Em Recuperação Judicial e pela Libra Terminais Santos S.A. contra a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP (Procedimento Arbitral n. 78/2016/CAMCCBC/SEC7).

³³⁸ Arbitragem instaurada pela Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. contra a ANTT. Pede a confirmação de liminar concedida pelo TRF1 para impedir a ANTT de reduzir a tarifa básica de pedágio cobrado pela concessionária, declarando, ao final, o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e condenando as requeridas ao pagamento de indenização (Procedimento Arbitral CCI n. 24957/GSS/PFF).

³³⁹ Proteus Power Brasil Ltda. buscava a responsabilização da União pela rescisão de contrato para fornecimento de energia emergencial. Os pedidos foram julgados integralmente improcedentes (Procedimento Arbitral FGV n. 01/2003).

³⁴⁰ Pleito formulado contra a União e contra a ANTT, de reequilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão para operação de rodovias (Procedimento Arbitral CCI n. 23960/GSS/PFF).

³⁴¹ Arbitragem instaurada pela Aeroportos Brasil-Viracopos S.A. contra a União e a ANAC, em que pedia o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e a anulação de multas administrativas.

³⁴² Pleito de reequilíbrio financeiro do contrato formulado pela Telefônica Brasil S.A. contra a ANATEL (Procedimento Arbitral CCI n. 26042/PFF/RLS).

³⁴³ Pleito de reequilíbrio financeiro do contrato formulado pela Claro S.A. contra a ANATEL (Procedimento Arbitral CCI n. 26467/PFF).

³⁴⁴ Pleito de reequilíbrio financeiro do contrato formulado pela Oi S.A. – Em Recuperação Judicial contra a ANATEL (Procedimento Arbitral CCI n. 26470/PFF).

³⁴⁵ Arbitragem instaurada pela Mercovia S.A. contra a Comisión Mixta Argentino-Brasileña e a União, sobre questões relacionadas a contrato de concessão para elaboração e execução de projeto, construção, operação, conservação e exploração de uma ponte rodoviária sobre o Rio Uruguai, entre as cidades de São Borja, no Rio Grande do Sul e Santo Tomé, na Argentina (Procedimento Arbitral CCI n. 28924/RLS).

CAPÍTULO 3 - ATOS DE IMPÉRIO E A ARBITRAGEM

Como visto, é plenamente possível que a Administração Pública celebre compromisso, sujeitando-se a decisões de um Tribunal Arbitral, sem que isso, evidentemente, viole a soberania estatal. O Tribunal Arbitral é, afinal, órgão judicante, dotado de jurisdição, a qual lhe outorga o próprio Estado. Não está a Administração, por isso mesmo, submetendo-se ao arbítrio privado e descriterioso de terceiros. Pelo contrário, ao se utilizar da arbitragem, está a Administração exercendo em plenitude o direito de ação, ainda que não perante a autoridade de um juiz, mas de um árbitro, cujas decisões são legitimadas pelo Estado, que garante a eficácia e os mecanismos para o cumprimento da sentença arbitral, equiparando-a às suas próprias decisões, quando no exercício do seu poder jurisdicional.

A ideia de que ao Poder Público seria vedada a utilização de arbitragem, ou que a ela não estariam sujeitos os contratos administrativos, era produto de um sentimento de desconfiança, que não reconhecia no árbitro o seu papel jurisdicional. Esta visão, como visto nos capítulos anteriores, não encontra mais espaço na doutrina, nem na jurisprudência. Sendo patrimonial e disponível o direito, será também arbitrável. E este critério será definido pelo grau do interesse público em jogo: se primário ou secundário.

Estabelecidas todas estas premissas, chega-se, então, à questão central deste trabalho: é possível submeter atos de império à arbitragem?

Para a doutrina aparentemente pacífica³⁴⁶, a resposta é negativa. Joaquim de Paiva Muniz, referindo-se às lições da Ada Pellegrini, aponta que “[o] que não se pode confiar a árbitros são matérias ou atribuições que importem no exercício de um poder de autoridade ou de império”³⁴⁷. Também no entendimento de André Vasconcelos Roque, o Poder Público pode “submeter à arbitragem litígios sobre questões que não digam respeito ao interesse público primário ou a um ato de

³⁴⁶ Em toda a bibliografia citada neste trabalho, não se encontrou entendimento no sentido de que o Tribunal Arbitral poderia exercer controle de legalidade sobre o ato administrativo.

³⁴⁷ MGRINOVER, Ada Pellegrini (in memoriam). Fundamentos legitimantes da arbitrabilidade de conflitos derivados de atos de gestão da Administração. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018. p. 257.

império”³⁴⁸. Já segundo Arnaldo Wald, os atos de império “se caracterizam pela indisponibilidade do direito, tornando discutível a possibilidade de renúncia à jurisdição estatal”³⁴⁹.

Admitir a arbitrabilidade dos atos de império, de fato, pode parecer um salto exagerado no uso da arbitragem, especialmente levando-se em consideração que, há não muito tempo, havia pronunciamentos doutrinários e de Tribunais que questionavam a constitucionalidade da arbitragem (*vd.* notas de rodapé 160 e 162), ou que não admitiam a sua utilização pela Administração Pública (*vd.* notas de rodapé 202 e 203), menos ainda no âmbito dos contratos administrativos (*vd.* notas de rodapé 243, 244, 297 e 298).

Afinal, não são os atos de império mero exercício da autonomia da Administração em igualdade aos particulares. Pelo contrário, são exercidos através da posição de supremacia do Poder Público (*vd.* capítulo 1.1). Fernando Dias Menezes de Almeida define os atos de império como aqueles que são praticados pela Administração Pública “com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular”³⁵⁰. Para Rafael Carvalho Oliveira Rezende, são aqueles que “decorrem do exercício do poder de império (*ius imperii*)”, contrapondo-se, portanto, aos atos de gestão, que são aqueles “editados pela Administração Pública quando esta atua despida do poder de autoridade, em relativa igualdade jurídica com o particular”³⁵¹.

É, portanto, compreensível que haja certa resistência em se admitir que o Juízo Arbitral possa decidir conflitos decorrentes do exercício do poder de império. Mas, assim como ocorreu em relação à arbitragem com a Administração Pública em geral (*vd.* Capítulo 2.3), o entendimento quanto à arbitrabilidade das prerrogativas do Poder Concedente no âmbito das concessões de serviço público também há de se sujeitar a alterações.

³⁴⁸ ROQUE, Andre Vasconcelos. ‘A evolução da arbitrabilidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas’. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, 2012. p. 301 e ss.

³⁴⁹ WALD, Arnaldo. *O direito de parceria e a lei de concessões*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004. p. 380-381.

³⁵⁰ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. v. 7. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 278.

³⁵¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 318.

Embora a questão seja pouco discutida de forma mais aprofundada, atualmente parece haver consenso no sentido de que os atos de império estariam *sempre* extirpados da órbita da arbitragem. O STJ, no já estudado *Caso Uruguiana v. CCEE* (vd. nota de rodapé 291), expressou o seu entendimento, ainda que em *obiter dictum*, no sentido de que os atos de império não podem ser submetidos à arbitragem:

Por outro lado, quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, conseqüentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem^{352,353}.

Em recente precedente, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em ação anulatória de sentença arbitral, utilizou-se do binômio *atos de império v. atos de gestão* para declarar a arbitrabilidade da matéria, justamente porque ela *não* se relacionava a um ato de império. Assim apontou o TJSP:

Desse modo, não há incompetência do juízo arbitral para a análise do objeto do procedimento, uma vez que *não* diz respeito à sanção de natureza administrativa, relacionada a ato de império que a Administração Pública pratica no exercício do seu poder-dever, o que, realmente não pode ser submetida à jurisdição arbitral³⁵⁴.

Indo além, no *Caso Xingó* (vd. nota de rodapé 304), ao entender pela impossibilidade de utilização da arbitragem pelo Poder Público, o Tribunal de Contas da União concluiu que esta prática despiria a Administração das suas prerrogativas, suprimindo as cláusulas exorbitantes presentes, *ex vi legis*, nos contratos de concessão. Veja-se trecho do parecer da SAUDI, cujos fundamentos foram incorporados ao acórdão do TCU:

Fere o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado porquanto, ao se instaurar o juízo arbitral ou ao se conceder ao particular o poder de invocar tal juízo, *o que ocorre na prática é que a Administração se despe de prerrogativas mais essenciais que lhe outorgam o princípio em tela, para vir colocar-se em plano*

³⁵² STJ, *Recurso Especial n. 606.345/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8/06/2007. p. 8.

³⁵³ STJ, *Recurso Especial n. 612.439/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 25/10/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/09/2006. p. 8.

³⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Apelação Cível n.º 1057392-03.2022.8.26.0100*, Rel. Maria Laura Tavares, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público, Foro Central Cível, 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem, Julgado em: 5/02/2024, Registrado em 6/02/2024.

egualitário com o particular, e, nesse passo, colocar também o interesse público em paridade com o privado, o que efetivamente configura violação do mesmo princípio.

[...]

Igualmente fere o princípio da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos, na medida em que direitos enfeixados pela Administração por força da lei ou dos princípios de direito público, *tais aqueles consubstanciados nas chamadas cláusulas exorbitantes*, e que lhe permitem, dentre outros, alterar unilateralmente o ajuste, decidir sobre a procedência ou não de pleitos versando sobre o restabelecimento da equação financeira, ou sobre a aplicação de sanções ao contratado, seriam ou poderiam, através do juízo arbitral, ser transferidos para terceiro estranho à Administração (o árbitro, no caso)³⁵⁵.

Não é este o melhor entendimento. Há, com efeito, atos de império que se relacionam a direitos patrimoniais disponíveis e são, por isso mesmo, arbitráveis. Embora sirvam, em última análise, para proteger o interesse público primário — assim como *toda* a atividade da Administração — o seu vínculo direto pode ser com meros interesses públicos secundários, o que não lhes torna indisponíveis.

Prova maior disso é que, mesmo no exercício do seu poder de império, pode a Administração Pública, muitas vezes, transigir. É o caso, por exemplo, da sanção administrativa cominada ao concessionário, que pode ser afastada por *acordo substitutivo de sanção*^{356,357}. Em que pese entendimento contrário³⁵⁸, é transacionável a prerrogativa da Administração de impor sanção, porque é também disponível. E assim ocorrerá com outras prerrogativas dos entes públicos.

O interesse público primário é indisponível principalmente devido ao fato de que os direitos a ele relacionados não pertencem ao Estado, mas a toda a coletividade (*vd.* capítulo 2.2). Em tese, se pudesse a coletividade aderir à cláusula

³⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Decisão 286/93*, Ata 29/93, Plenário, Processo nº TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos, Sessão de 15/07/1993, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4/08/1993.

³⁵⁶ Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara definem os acordos substitutivos de sanção como “os atos bilaterais, celebrados entre a Administração e particulares, com efeito impeditivo ou extintivo de processo administrativo sancionador e excludente da aplicação ou execução de sanção administrativa”.

³⁵⁷ Especificamente sobre o acordo substitutivo de sanção: “Ou seja, quando a Administração exerce seus poderes de forma acordada com o particular, ela continua no exercício dos poderes-deveres administrativos, porém de uma forma não unilateral, não representando ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público”. DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. *Os acordos substitutivos de atividade sancionatória unilateral em contratos da Administração Pública no Brasil*. Florianópolis: SciELO Brasil, 2023.

³⁵⁸ “É possível, assim, apontar como inarbitráveis os conflitos envolvendo questões de direito público sancionador, em que as penas aplicáveis pelo Poder Público não podem ser objeto de arbitragem”. NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. Apresentação de Patrícia Miranda Pizzol. Prefácio de S. I. Strong. Posfácio de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 111.

compromissória, seria possível submeter o interesse público primário à arbitragem. Esta hipótese, no entanto, é impossível, o que torna o interesse primário incontornavelmente inarbitrável. Se não é a coletividade celebrante do compromisso, a ele, evidentemente, não se sujeita.

Por outro lado, se a Administração celebra compromisso, aceitando submeter à arbitragem todos os direitos patrimoniais disponíveis relacionados ao contrato de concessão, estará também concordando em conferir ao Tribunal Arbitral a competência para apreciar a legalidade das suas prerrogativas, exercidas no âmbito daquele contrato — desde que, claro, não se imiscua o Tribunal em questões relacionadas ao interesse público primário.

Não se pode admitir entendimento no sentido de que toda a prerrogativa concedida à Administração teria como objetivo *direto* a garantia do interesse público primário. Se pode o Poder Público, por exemplo, rescindir unilateralmente o contrato por inadimplemento do concessionário, ainda que não esteja em risco a prestação do serviço público, é certo que não está em jogo o interesse público primário, mas apenas o secundário. E mais: poderá o concedente, sem dúvida alguma, firmar acordo sobre o descumprimento do concessionário, alterando, inclusive, os termos do contrato. Trata-se, evidentemente, de direito transacionável.

A existência de cláusula compromissória no contrato de concessão não subtrai da Administração Pública o seu poder de império. Não há justificativa, portanto, para se afastar do Tribunal Arbitral a competência para apreciar a legalidade de todo e qualquer ato de império. Não é por ser a arbitragem espécie de justiça privada — e na sua origem tão somente, porque pública nos seus efeitos — que o ato de império, ao submeter-se a ela, seria desnaturado, colocando a Administração em situação de equivalência com o particular.

O que ocorrerá será controle *jurisdicional* do ato (*vd.* capítulo 2.1), pouco importando se realizado por Juízo Arbitral ou Estatal, desde que os direitos envolvidos sejam patrimoniais e disponíveis. Se é o Tribunal Arbitral órgão dotado de jurisdição, a qual lhe outorga o Estado, a sujeição dos atos de império à sua apreciação não importa na submissão da Administração ao particular, porque é o árbitro, para todos os efeitos, também juiz de direito (*vd.* nota de rodapé 289).

Com efeito, não pode o Tribunal Arbitral fazer às vezes de administrador, arrogando-se nas competências do Poder Público. *Mas também não pode fazê-lo o Tribunal Estatal*. Em razão da discricionariedade da Administração para o exercício das suas prerrogativas, em regra, a revisão judicial dos seus atos se restringirá aos requisitos formais de legalidade, sob pena de indevida incursão na atividade do Poder Executivo. É este o entendimento pacífico do Supremo Tribunal Federal^{359,360,361}. Também para o Superior Tribunal de Justiça:

No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade^{362,363,364,365}.

Portanto, não é só o Tribunal Arbitral que não pode se imiscuir no mérito do ato administrativo, substituindo a Administração; na verdade, esta revisão não pode ocorrer através de atividade *jurisdicional*, mas apenas da atividade

³⁵⁹ “A atuação do Poder Judiciário no controle do ato administrativo só é permitida quanto tal ato for ilegal ou abusivo, sendo-lhe defeso promover incursão no mérito administrativo propriamente dito. Precedentes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.269.736*, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, n. 171, Julgado em: 22/08/2022, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 26/08/2022, Publicado em: 29/08/2022.

³⁶⁰ “O Tribunal de origem, contrariando a jurisprudência desta CORTE, entrou no mérito do ato administrativo e efetivamente substituiu a banca examinadora na correção de questões de concurso público, em evidente violação ao princípio da separação dos Poderes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.223.091*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julgado em: 11/10/2019, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, n. 232, Divulgado em: 24/10/2019, Publicado em: 25/10/2019.

³⁶¹ Mérito administrativo. Impossibilidade de ingerência do Poder Judiciário ante a ausência de ilegalidade ou abuso de poder. Princípio da separação dos poderes”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 737.035*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em: 7/05/2013, Acórdão eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, n. 96, Divulgado em: 21/05/2013, Publicado em: 22/05/2013.

³⁶² STJ, *AgInt no REsp n. 1.731.056/DF*, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em: 16/08/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 18/08/2021.

³⁶³ No mesmo sentido: “Tendo sido observado o contraditório e a ampla defesa e o devido processo legal, não cabe ao Poder Judiciário incursionar no mérito administrativo”. STJ, *AgInt no RMS n. 65.919/MA*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em: 4/10/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 6/10/2021.

³⁶⁴ “É vedado ao Poder Judiciário substituir a banca examinadora do concurso público na apreciação dos critérios utilizados para a elaboração e correção das provas, sob pena de indevida interferência no mérito do ato administrativo”. STJ, *AgInt no RMS n. 76.193/DF*, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, Julgado em: 27/08/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional: 1/09/2025.

³⁶⁵ “No controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, não sendo possível nenhuma incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade”. STJ, *MS n. 22.289/DF*, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, Julgado em: 26/09/2018, Diário da Justiça Eletrônico: 25/10/2018.

*administrativa*³⁶⁶. É irrelevante se a questão será submetida ao Tribunal Arbitral ou ao Tribunal Estatal, uma vez que, em qualquer das duas hipóteses, estará vedada — *em regra* — a análise meritória do ato.

Fica claro que ato de império faz muito mais do que afastar a competência do Tribunal Arbitral (esta como delimitação do exercício do poder de jurisdição) para a análise do mérito do ato administrativo: *efetivamente impede, de modo geral, o controle jurisdicional*. E esta distinção é de extrema relevância, porque escancara o equívoco segundo o qual o ato de império seria causa específica de limitação da *competência* do Tribunal Arbitral.

Como se sabe, a competência e a jurisdição são conceitos distintos, que, embora intimamente entrelaçados, não se confundem. Enquanto a jurisdição é o poder do Estado, outorgável a terceiros, de aplicar o Direito, a competência é a *repartição e limitação deste poder*, seja em razão da matéria, da pessoa, da função, do território ou, até mesmo, do valor da causa. Como ensina Sergio Bermudes, “a competência é o *âmbito de atuação* de cada órgão jurisdicional”³⁶⁷.

Não se trata, portanto, de questão relativa à competência, porque não diz respeito à repartição das funções jurisdicionais, nem mesmo aos limites do campo de incidência do poder jurisdicional. Trata-se, propriamente, de vedação ao exercício da atividade jurisdicional, de modo amplo e irrestrito — o que ocorrerá, repita-se, *em regra*. O exercício das prerrogativas concedidas ao Poder Público não importa na *incompetência* do órgão julgador, mas na *supressão do poder jurisdicional como um todo* para apreciar a matéria. Não há competência para análise do mérito administrativo, porque, *antes*, não há jurisdição.

Portanto, para análise do mérito do ato administrativo, de modo geral, não haverá qualquer distinção entre a competência arbitral e a estatal, porque, normalmente, será vedada a atividade jurisdicional.

³⁶⁶ Nos termos da Súmula 473 do STF: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

³⁶⁷ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 49. ISBN 9788530983666. [E-book]

Por sua vez, os requisitos formais do ato administrativo, diferente do mérito, estão sujeitos à jurisdição. Neste caso, terá o órgão julgador poder jurisdicional para analisar o ato (sendo, para isso, competente), podendo, inclusive, declará-lo nulo.

Ao, exercendo a sua função jurisdicional, analisar a legalidade da prerrogativa exercida pela Administração *do ponto de vista formal*, não estará o árbitro se imiscuindo no interesse público primário. Afinal, não se pronunciará sobre a adequação da medida, mas apenas sobre os requisitos formais do ato administrativo.

Em outras palavras, o interesse público primário não se relaciona com a forma do ato de império, mas apenas com a sua matéria, que corresponde às motivações e à finalidade do ato. É por isso que, quando o contrato ao qual estiver vinculada a prerrogativa exercida pela Administração contiver cláusula compromissória, o Tribunal Arbitral, por ser dotado de jurisdição, *sempre* terá competência para analisar a legalidade do ato administrativo *sob a ótica formal*.

Quando exercido o ato de império pela Administração, *nascera para o concessionário o direito subjetivo ao devido processo legal*. O cumprimento dos requisitos formais para o exercício da prerrogativa do Estado exercido em desfavor do contratado no âmbito de uma concessão de serviço público não é um direito da coletividade, cuja observância, nem mesmo por meio de representação, terá ela legitimidade para reivindicar. *É direito — patrimonial e disponível — do concessionário, tão somente. Patrimonial, porque lhe acarreta prejuízo financeiro. Disponível, porque dele pode renunciar ou transigir.*

Afinal, ao determinar que o ato de império exercido no âmbito de uma concessão de serviço público deverá seguir ritos específicos, preenchendo determinados requisitos formais, *não pretendeu o legislador proteger o usuário do serviço, mas o próprio concessionário*. A ninguém, senão ao concessionário, pertence o direito — líquido e certo — à observância das regras formais para a prática do ato administrativo que alcança o seu patrimônio.

Portanto, se o direito subjetivo ao cumprimento dos requisitos formais para o regular exercício dos atos de império é do contratado, signatário do compromisso, não há qualquer motivo que justifique o afastamento da competência do Juízo Arbitral para apreciar a questão.

O mesmo entendimento se aplica à subsunção à lei dos motivos determinantes para a prática do ato de império. Mas aqui é preciso fazer uma distinção muito clara: não se propõe que o Tribunal Arbitral será competente para apreciar a conveniência ou a oportunidade do ato, através da análise dos seus motivos. Terá jurisdição, no entanto, para analisar se os motivos invocados pela Administração se adequam às hipóteses previstas em lei para a prática daquele ato.

Isso também não significa que o Juízo Arbitral poderá analisar, em qualquer hipótese, a *efetiva existência* dos motivos determinantes para o exercício do poder de império. Mas a subsunção à lei da motivação invocada, por ser também requisito formal para a prática do ato administrativo e cujo cumprimento é direito *subjetivo* do concessionário, *sempre* estará sujeita à análise do Tribunal Arbitral.

Já a investigação sobre a efetiva existência dos motivos determinantes para o exercício do poder de império caberá ao árbitro apenas quando o ato não estiver diretamente relacionado ao interesse público primário. Esta análise, afinal, implica na investigação sobre a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, que, se pertencente à coletividade, estará fora da competência do Tribunal Arbitral. Dentre as prerrogativas aqui estudadas, como se verá no capítulo 3.1, esta investigação só poderá ocorrer nas hipóteses de caducidade, ou, então, em casos específicos de intervenção.

E, embora a regra geral seja a inexistência de jurisdição para a análise do mérito dos atos administrativos, esta máxima — como sói ocorrer em tudo no Direito — não é absoluta. Com efeito, estarão os atos administrativos sujeitos à revisão de órgão judicante em determinadas hipóteses, como a de flagrante ilegalidade, desproporcionalidade ou irrazoabilidade.

Nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a discricionariedade administrativa “não impede o controle judicial de seus atos, notadamente se restritivos aos direitos dos administrados, cabendo ao Poder Judiciário reapreciá-los à luz da legalidade, da razoabilidade e da

proporcionalidade”^{368,369,370}. O STF também admite, excepcionalmente, o controle judicial “ante a manifesta falta de razoabilidade do ato impugnado”^{371,372}. No mesmo sentido é o entendimento da doutrina especializada, traduzida aqui nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial, seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente, órgão ou Poder. A única restrição oposta é quanto ao objeto do julgamento (exame de legalidade ou da lesividade ao patrimônio público), e não quanto à origem ou natureza do ato impugnado. Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade³⁷³.

Esta análise, assim como a investigação acerca da existência dos motivos determinantes, só poderá ser feita pelo Tribunal Arbitral quando o ato de império *sub judice* estiver relacionado ao interesse público secundário. Não se pode negar,

³⁶⁸ STJ, *EDcl no AgInt no AREsp n. 2.109.076/MG*, Rel. Min. Afrânio Vilela, 2ª Turma, Julgado em: 14/05/2024, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 20/05/2024.

³⁶⁹ STJ, *Súmula 665*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/sum_665_1secao.pdf. Acesso em: 09 nov. 2025: “O controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar restringe-se ao exame da regularidade do procedimento e da legalidade do ato, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, não sendo possível incursão no mérito administrativo, *ressalvadas as hipóteses de flagrante ilegalidade, teratologia ou manifesta desproporcionalidade da sanção aplicada*”.

³⁷⁰ No mesmo sentido: “A discricionariedade administrativa não se encontra imune ao controle judicial, mormente diante da prática de atos que impliquem restrições de direitos dos administrados [...]”. STJ, *AREsp n. 1.806.617/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, Julgado em: 1/06/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 11/06/2021.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Originária n. 2425*, Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, Julgado em: 21/02/2024, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 28/02/2024, Publicado em: 29/02/2024.

³⁷² No mesmo sentido: “O Supremo Tribunal Federal admite, excepcionalmente, a revisão da penalidade aplicada pela Administração Pública nos casos em que a documentação colacionada demonstrar com clareza a desproporcionalidade e/ou o excesso do órgão estatal”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Segurança n. 28.712 AgR*, Rel. Min. Nunes Marques, 2ª Turma, Julgado em: 30/10/2023, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 14/02/2024, Publicado em: 15/02/2024.

³⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 207-208.

afinal, que a proporcionalidade, razoabilidade ou a manifesta ilegalidade (esta última, quando por questões materiais) estão relacionadas ao mérito do ato administrativo, demandando a análise acerca da sua oportunidade e adequação.

Finalmente, caberá ao Tribunal arbitral, *em qualquer hipótese*, apreciar os efeitos patrimoniais — porque também disponíveis — do exercício do ato de império pela Administração, como a indenização e a amortização de bens reversíveis. Esta é questão mais óbvia, sendo inclusive reconhecida pela doutrina^{374,375}, muito embora seja ela restritiva quanto à sujeição dos atos de império à arbitragem.

3.1 Competência do Tribunal Arbitral em cada hipótese estudada

3.1.1 Na encampação

Como se viu no capítulo 1.2, a encampação é forma de extinção do contrato de concessão que se fundamenta no interesse público, como dispõe o art. 37 da Lei nº 8.987/1995. Não decorre diretamente do contrato de concessão, uma vez que independe de eventual inadimplemento do concessionário.

Esta prerrogativa do Poder Concedente estará, portanto, sempre relacionada ao interesse público primário. Não se admite a encampação, por exemplo, pela superveniência de proposta menos onerosa aos cofres públicos — o que teria efeitos apenas sobre o interesse público secundário —, uma vez que pressupõe a efetiva alteração da forma de prestação do serviço (*vd.* nota de rodapé 42). A utilização da

³⁷⁴ “A estipulação de cláusula exorbitantes nos contratos da Administração não obsta a utilização da arbitragem. Em tais casos, o árbitro decidirá sobre os efeitos patrimoniais oriundos da incidência das referidas cláusulas”. SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021. p. 19.

³⁷⁵ “Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas previstas no artigo 58 da Lei nº 8.666 e no artigo 104 da nova Lei de Licitações (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc.). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes de uso de prerrogativas próprias do poder público, como as de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, que podem provocar o desequilíbrio econômico-financeiro. São aspectos que se incluem no conceito de direitos patrimoniais disponíveis, não porque a Administração possa abrir mão de seus direitos, mas porque se trata de direitos passíveis de valoração econômica”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1029.

encampação para a tutela do interesse público secundário, aliás, importaria em desvio de finalidade.

Dessa forma, por se fundamentar integralmente na garantia do interesse público primário e por não decorrer do contrato de concessão, o excepcional controle meritório sobre o ato administrativo que decreta a encampação só poderá ser realizado pelo Poder Judiciário. O Tribunal Arbitral não terá competência para, por exemplo, avaliar a razoabilidade e a proporcionalidade da medida, ainda que seja flagrante a sua ilegalidade.

Os requisitos formais, no entanto, poderão ser avaliados pelo Tribunal Arbitral, porque não se relacionam ao interesse público tutelado, mas ao *direito subjetivo* do concessionário à observância do devido processo legal.

Como se viu, o processo de encampação se divide em três etapas: declaratória, legislativa e executória. A fase declaratória será iniciada com a instauração de processo administrativo para cálculo da indenização devida ao concessionário. O cálculo da indenização deverá ser prévio à declaração da encampação e compreenderá à integralidade do valor devido. Portanto, caso a encampação seja decretada sem a prévia liquidação dos valores devidos ao concessionário, será ela inarredavelmente nula. E esta nulidade, por decorrer de requisito formal previsto em lei, deverá ser declarada pelo Tribunal Arbitral, não pelo Poder Judiciário.

A ausência de amparo orçamentário, por também ser requisito formal da encampação (*vd.* notas de rodapé 61 a 63), poderá igualmente ser reconhecida pelo Juízo Arbitral como causa de nulidade da encampação. E mais: poderá o Tribunal Arbitral, lançando mão do seu poder jurisdicional, determinar à Administração que inclua no seu orçamento o valor a ser pago ao concessionário, tendo em vista que a edição de lei orçamentária anual é de iniciativa privativa do Poder Executivo³⁷⁶, que está, evidentemente, vinculado à cláusula compromissória.

Na segunda fase do processo de encampação, o ato administrativo será submetido ao Poder Legislativo, *para autorização*. Se ao legislador fosse permitido alterar os termos do ato, não se poderia admitir que o Tribunal Arbitral declarasse

³⁷⁶ CF, art. 165: “Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais”.

a nulidade da encampação após a realização desta análise, uma vez que não é o Poder Legislativo vinculado ao compromisso firmado pela Administração. Ocorre que ao legislativo caberá apenas ratificar o ato, sendo-lhe vedada qualquer incursão no seu mérito (vd. notas de rodapé 64 e 67). Portanto, independentemente de ratificação pelo Poder Legislativo, poderá o Tribunal Arbitral, a partir da análise dos requisitos formais da encampação, declarar a sua nulidade.

Não sendo cumpridos os requisitos essenciais para a efetivação da encampação, deverá o Juízo Arbitral emanar ordem que impeça a finalização da fase executiva, que culminaria na efetiva assunção do serviço pelo Poder Público.

Ao Juízo Arbitral, também caberá avaliar se os motivos invocados pela Administração estão compreendidos pelas hipóteses previstas em lei para a declaração da encampação. Se o Poder Concedente declara a encampação por descumprimento contratual do concessionário, por exemplo, deverá o Juízo Arbitral declarar a sua ilegalidade, uma vez que o inadimplemento jamais poderia justificar a encampação, mas apenas a caducidade. Trata-se de controle sobre a subsunção dos motivos invocados pela Administração aos requisitos previstos em lei para a prática do ato.

No *Caso Linha Amarela* (vd. nota de rodapé 54), por exemplo, a encampação foi declarada com fundamento em supostos indícios de superfaturamento e de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, à revelia do fato de que esta prerrogativa não pode ser exercida pela Administração em decorrência de ato ou omissão do concessionário, mas pela superveniência de razões fáticas que justificam a alteração na *forma* de prestação do serviço público. Portanto, declarou-se a encampação por motivos que só poderiam justificar a caducidade.

Se pudesse a LAMSA propor demanda arbitral para a declaração de ilegalidade da encampação, seria plenamente possível que o Tribunal Arbitral o fizesse, reconhecendo que não há subsunção entre os motivos determinantes do ato e as hipóteses legais da encampação. Perceba-se que, para isso, não seria preciso que os árbitros investigassem se os motivos de fato existiam ou se eram razoáveis para justificar a medida — o que decerto não poderiam fazer. A análise se restringiria, por outro lado, à *correspondência* dos motivos determinantes —

independentemente da sua efetiva existência — às hipóteses previstas em lei para a decretação da encampação.

Também no *Caso Linha Amarela*, a encampação foi decretada sem prévia instauração de processo administrativo para apuração da indenização devida, o que, por ser requisito formal imprescindível para a prática do ato, também poderia ser analisado por Tribunal Arbitral, caso houvesse previsão ampla de arbitragem no contrato de concessão.

Finalmente, também no *Caso Linha Amarela*, ainda que a indenização fosse apurada em sede administrativa, por se tratar de efeito patrimonial da encampação, eventual impugnação poderia ser submetida à arbitragem, uma vez que os seus efeitos patrimoniais foram expressamente previstos no contrato de concessão firmado pela LAMSA com a ANTT³⁷⁷.

3.1.2 Na caducidade

A caducidade, por sua vez, decorre do de ato ou omissão do concessionário. Trata-se de prerrogativa exercida pela Administração na proteção dos seus próprios interesses, isto é, dos interesses públicos secundários. Por ser esta a finalidade do Poder Público, a caducidade, em última análise, estará tutelando interesses públicos primários, mas não de forma direta. Além disso, a caducidade está sempre relacionada à execução do próprio contrato; afinal, justifica-se pelo inadimplemento do concessionário.

Tendo por objetivo a tutela de interesse secundário, os litígios que envolvam a caducidade versarão sempre sobre direitos patrimoniais e disponíveis, o que os torna arbitráveis. Tanto é verdade que nada obsta que a Administração celebre acordo para evitar a decretação de caducidade. Aliás, o próprio art. 35 da Lei nº 8.987/1995 dispõe expressamente que a caducidade será decretada “*a critério do poder concedente*”, o que torna indiscutível a sua disponibilidade.

³⁷⁷ “Cláusula Décima Primeira (Extinção da Concessão) [...] Para efeito de indenização, a parcela de lucros cessantes, bem como o custo da desmobilização que não tenha sido considerado na forma do inciso anterior, desde que devido, serão definidos em processo de arbitragem”. TJRJ, *Suspensão n. 0073605-13.2019.8.19.0000*, Presidência do Tribunal de Justiça. Fls. 182/201 dos anexos do processo eletrônico.

Portanto, terá o Tribunal Arbitral competência para avaliar, não só os requisitos formais, mas também materiais da caducidade — observadas, evidentemente, as mesmas limitações impostas ao Poder Judiciário. Se a caducidade for eventualmente decretada por inadimplemento de mínima relevância, por exemplo, poderá o Tribunal Arbitral anulá-la, em vista dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (*vd.* notas de rodapé 368 a 373).

Em relação aos requisitos formais, ainda menos dúvida se poderia ter quanto à competência do Juízo Arbitral. Se decretada sem a concessão de prazo para que o concessionário corrija o inadimplemento (art. 38, § 3º, da Lei nº 8.987/1995) ou sem a prévia instauração de processo administrativo (art. 38, § 2º, da Lei nº 8.987/1995), deverá o Tribunal Arbitral declarar a nulidade da medida. No caso específico de concessão para exploração de recursos minerários, também deverá o Tribunal Arbitral declarar a nulidade da caducidade, se decretada sem que tenha havido a reincidência do concessionário no inadimplemento (art. 65 do Decreto-Lei nº 227/67).

Quanto aos efeitos patrimoniais, caberá ao Tribunal Arbitral a liquidação de eventuais valores devidos pelo concessionário ao concedente. Em regra, o contrário não ocorrerá, não por questões relativas à competência, mas simplesmente porque o concessionário do serviço declarado caduco não fará jus a indenização, com exceção dos valores correspondentes aos bens reversíveis não amortizados.

No *Caso Águas de Itu v. Prefeito de Itu* (*vd.* nota de rodapé 139), foi instaurado processo arbitral pela Águas de Itu Gestão Empresarial S.A., em que a concessionária pedia fosse declarada a nulidade de ato administrativo que decretou a caducidade do contrato de concessão. O Tribunal Arbitral, em sentença parcial de mérito, concluiu pela arbitrabilidade objetiva do pleito, concluindo que, ainda que algumas sanções sejam impostas por lei — como é o caso da caducidade — elas não perdem a sua natureza negocial:

E, em assim sendo, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, direta e indissociavelmente, do Contrato administrativo celebrado e, portanto, podem ser objeto de apreciação por um Tribunal Arbitral. Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, sua aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. A aplicação

da sanção tem como fundamento o contrato, sendo a lei a origem deste fundamento³⁷⁸.

Todavia, não sobreviveu o pronunciamento arbitral à ação anulatória ajuizada pelo Município de Itu. Embora rejeitada na origem³⁷⁹, o TJSP reformou a sentença de improcedência, concluindo pela inarbitrabilidade dos pleitos da concessionária:

A sentença arbitral parcial, de seu turno, estabeleceu que as Partes ajustaram no Contrato que todas as matérias ali contidas, inclusive os temas de Intervenção e Caducidade, seriam resolvidas por arbitragem, inexistindo vedação legal ou exceção contratual que os impeçam, afastando por completo a preliminar de ausência de jurisdição arbitral, recaiando sobre quaisquer questões relativas à aplicação de sanções no bojo do contrato administrativo (f. 722).

[...]

*É nítido, pois, que a decisão violou os limites estabelecidos para a arbitrabilidade objetiva na hipótese, nos termos dos arts. 1º, § 1º da Lei de Arbitragem, e 151 da Lei 14.133/21*³⁸⁰.

Já no *Caso Galvão* (vd. nota de rodapé 336), em arbitragem movida pela Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. contra a ANTT e a União, o Tribunal Arbitral reconheceu a arbitrabilidade dos efeitos patrimoniais do decreto de caducidade. No caso, concluiu pela culpa da concessionária pela extinção do contrato, dando provimento ao pleito indenizatório dos requeridos, formulados em sede de reconvenção. Não obstante, ressaltou que do montante total da indenização deveria ser abatido o valor dos bens reversíveis não amortizados. O Tribunal deu início, então, à segunda fase da arbitragem, para apuração e liquidação dos valores devidos³⁸¹.

³⁷⁸ CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB). *Procedimento Arbitral nº A-288/19*. Tribunal Arbitral: Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes (Árbitro Presidente), Gustavo Fernandes de Andrade (Coárbitro), Eduardo de Albuquerque Parente (Coárbitro), São Paulo, 2/06/2021.

³⁷⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Processo nº 1008052-51.2021.8.26.0286*, Juiz: Bruno Henrique Di Fiore Manuel, 1ª Vara Cível do Foro de Itu, Julgado em: 26/09/2022, Publicado no DJEN em: 28/09/2022.

³⁸⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Apelação Cível nº 1008052-51.2021.8.26.0286*, Rel. Coimbra Schmidt, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Foro de Itu, 1ª Vara Cível, Julgado em: 2/10/2023, Registrado em: 2/10/2023.

³⁸¹ BRASIL. Câmara de Comércio Internacional, Corte Internacional de Arbitragem, *Procedimento Arbitral nº 23433/GSS/PFF*, Tribunal Arbitral: Anderson Schreiber (Coárbitro), Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra), Sérgio Nelson Mannheimer (Árbitro Presidente), Sentença parcial de mérito proferida em: 10/09/2020.

3.1.3 Na intervenção

A intervenção é ato de império do Poder Público que tem como finalidade precípua a fiscalização da concessão, com a manutenção da prestação do serviço concedido. Poderá, excepcionalmente, ser utilizada para evitar grave lesão ao patrimônio público e quando for este o meio necessário para a apuração das irregularidades e para inibir a perpetuação do dano (*vd.* nota de rodapé 112).

De modo geral, não poderá o Tribunal Arbitral, ainda que observadas as hipóteses específicas para o exercício da atividade jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, apreciar a adequação, oportunidade, razoabilidade ou proporcionalidade da intervenção. Isso porque, sendo a intervenção instrumento para a garantia da continuidade do serviço público, está diretamente relacionada ao interesse público primário. Afinal, a prestação do serviço público adequado não é direito do concessionário, nem do Estado (para quem é, pelo contrário, dever), mas da coletividade.

Se o direito envolvido na intervenção está relacionado, em regra, ao interesse público primário, não é disponível e, conseqüentemente, também não é arbitrável. Por outro lado, se a intervenção for excepcionalmente decretada para evitar grave dano ao erário, aí sim poderá o Tribunal Arbitral, observados determinados requisitos, apreciar o mérito do ato administrativo.

No *Caso Rodonorte v. Governador do Paraná* (*vd.* nota de rodapé 117), por exemplo, o Governador do Paraná decretou intervenção na concessão, com fundamento em supostas ilicitudes praticadas pela concessionária que causariam dano ao patrimônio público. Em momento algum foi suscitada a ameaça de paralização da prestação dos serviços. Neste caso, se a questão tivesse sido submetida à arbitragem, poderia o Tribunal Arbitral, excepcionalmente, analisar o mérito do ato administrativo, no que concerne, por exemplo, à sua proporcionalidade e razoabilidade.

Além disso, também no *Caso Rodonorte v. Governador do Paraná*, a Administração Pública se utilizou da intervenção como mero instrumento de fiscalização (*vd.* notas de rodapé 118 e 119). Assim, reconhecendo — em análise abstrata, de mera subsunção dos motivos invocado às hipóteses legais — que a intervenção não se presta à mera fiscalização, mas pressupõe a ingerência do

interventor na concessionária, poderia o Tribunal Arbitral, assim como efetivamente fez o Juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba (*vd.* notas de rodapé 120 e 121), convolar a intervenção em inspeção.

O cumprimento dos requisitos formais da intervenção, assim como ocorre com todos os demais atos de império, poderão ser analisados pelo Juízo Arbitral. Afinal, a observância do devido processo legal é direito subjetivo do concessionário cujos bens são temporariamente espoliados pelo Poder Concedente por meio do decreto de intervenção.

A intervenção independe de instauração de processo administrativo prévio (*vd.* notas de rodapé 127, 133 e 134), que deverá ser instaurado no prazo de 30 dias (art. 33, *caput*, da Lei nº 8.987/1995). Instaurado o processo administrativo, iniciar-se-á o prazo de 180 dias para a apuração das irregularidades (art. 33, § 2º, da Lei nº 8.987/1995). Se estes prazos não forem criteriosamente observados, poderá o Tribunal Arbitral declarar a nulidade da intervenção, nos termos do art. 33, § 1º da Lei nº 9.784/1999, como fez o TJSP, por exemplo, no *Caso Águas de Itu v. Prefeito de Itu* (*vd.* nota de rodapé 140),

Por fim, também como ocorre com todos os atos de império, caberá ao Tribunal Arbitral a fixação do montante da indenização devida, seja ao concedente, pela prestação irregular dos serviços, seja ao concessionário, pelos danos causados pelo interventor.

3.2 Estudo de caso: *SPE Piauí v. Estado do Piauí*

3.2.1 Contextualização

A SPE Piauí Conectado S.A. é uma empresa de propósito específico criada em 2018 para a participação em licitações no setor de tecnologia. No mesmo ano da sua criação, a companhia foi vencedora de certame para a celebração de contrato de concessão de parceria público-privada, na modalidade administrativa, para construção, operação e manutenção de infraestrutura de transporte de dados em

todo o Estado do Piauí, pelo período de trinta anos (Contrato nº 01/2018 – ATI/SUPARC³⁸²).

A relação contratual entre a concessionária e o Estado do Piauí bem andou nos primeiros cinco anos da concessão, até que, em 2023, este cenário se alterou abruptamente. Eleito novo Governador do Estado do Piauí, o Sr. Rafael Tajra Fonteles, deu-se início a uma verdadeira guerra litigiosa entre o Poder Concedente e a concessionária, com acusações de corrupção, lesão ao patrimônio público e prestação comprometida dos serviços contratados.

Primeiro, o Estado do Piauí instaurou processo administrativo para apuração de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão³⁸³, visando à redução, em 65%, da contraprestação mensal devida à concessionária³⁸⁴. Pouco tempo depois, por meio de portaria da ATI-PI³⁸⁵ e com base em nota técnica emitida pela SUPARC-PI³⁸⁶, o Estado do Piauí determinou a instauração de processo administrativo sancionador, para apuração de supostas irregularidades da prestação do serviço concedido e possíveis atos ilícitos praticados pelos administradores da SPE Piauí³⁸⁷. Estas investigações culminariam, futuramente, na distribuição de ação de improbidade administrativa contra a SPE Piauí e seus administradores³⁸⁸.

No âmbito do processo administrativo sancionador, a ATI-PI requereu à SPE Piauí que apresentasse informações acerca dos bens reversíveis da concessão e demonstrações contábeis auditadas por empresa independente, o que, segundo o concedente, foi negado pela concessionária. Por isso, a ATI-PI aplicou medida

³⁸² PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Superintendência de Parcerias e Concessões – SUPARC. *Contrato nº 01/2018 – ATI/SUPARC*. Disponível em: <http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/wp-content/uploads/2018/06/CONTRATO-DE-PPP-PI-CONECTADO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2025.

³⁸³ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Processo Administrativo nº 00117.000475/2023-9 - SEI/GOV-PI – 7046228*.

³⁸⁴ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Ofício Nº: 472/2023/ATI-PI/DIR GERAL*. Data: 24/03/2023.

³⁸⁵ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Portaria ATI.GAB.DG Nº 075/2023*. Data: 22/06/2023. Disponível em: [https://www.diario.pi.gov.br/doe/files/diarios/anexo/f2c08bbb-fa18-41aa-a9eb-a876488d3cbc/DIARIO-OFICIAL-DO-ESTADO-DO-PIAUI-PUBLICACAO-N-121%20\(8\).pdf](https://www.diario.pi.gov.br/doe/files/diarios/anexo/f2c08bbb-fa18-41aa-a9eb-a876488d3cbc/DIARIO-OFICIAL-DO-ESTADO-DO-PIAUI-PUBLICACAO-N-121%20(8).pdf). Acesso em: 15 nov. 2025.

³⁸⁶ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Superintendência de Parcerias e Concessões do Estado do Piauí – SUPARC. *Nota Técnica- CMOG/SUPARC Nº01/2023*.

³⁸⁷ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Processo Administrativo Sancionador nº 00002.006212/2023-85*.

³⁸⁸ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Processo nº 0810803-62.2024.8.18.0140*. 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina/PI. Distribuição em: 10/03/24.

cautelar administrativa, para reter 65% do valor da contraprestação mensal, até que as informações requeridas fossem disponibilizadas pela SPE Piauí³⁸⁹.

A retenção dos valores pelo Poder Concedente levou a SPE Piauí a ajuizar execução de título extrajudicial contra o Banco do Brasil, visando ao pagamento das garantias vinculadas ao Contrato nº 01/2018. O pedido, indeferido em primeira instância³⁹⁰, foi deferido pelo Desembargador José Wilson de Araújo, em sede de agravo de instrumento³⁹¹. A liminar concedida em segunda instância, no entanto, foi cassada pelo Desembargador Ricardo Dantas, em mandado de segurança impetrado pelo Banco do Brasil³⁹².

3.2.2 Procedimento arbitral de emergência e ação anulatória

Recebendo apenas 35% do valor das contraprestações mensais e com as garantias suspensas, a SPE Piauí instaurou procedimento arbitral de emergência (Procedimento Arbitral EMG nº 02/2023/SEC7³⁹³), requerendo fosse determinado ao Estado do Piauí que (i) efetuasse o pagamento dos valores que deixaram de ser pagos, por conta da determinação feita no processo administrativo sancionador; e (ii) se abstivesse de proceder a qualquer retenção dos valores devidos à concessionária, restabelecendo o fluxo de pagamentos nos termos originalmente contratados³⁹⁴.

O Estado do Piauí, dentre outros óbices processuais, suscitou suposta inarbitrabilidade objetiva das medidas, uma vez que a retenção de 65% dos valores das contraprestações mensais seria uma expressão do seu poder de império,

³⁸⁹ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Ata de Reunião da Comissão Processante referente ao Procedimento Sancionatório em face da SPE Piauí Conectado S/A Contrato 01/2018 ATI/SUPARC – Piauí Conectado*. Data: 04/07/2023.

³⁹⁰ TJPI, *Processo nº 0835410-76.2023.8.18.0140*, 2ª Vara de Cível da Comarca de Teresina, Decisão proferida em 18/08/2023.

³⁹¹ TJPI, *Processo nº 0759727-65.2023.8.18.0000*, Rel. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior, 2ª Câmara Especializada Cível do TJPI, Decisão monocrática proferida em 29/10/2023.

³⁹² TJPI, *Processo nº 0762651-49.2023.8.18.0000*, Rel. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas, 6ª Câmara de Direito Público do TJPI, Decisão monocrática proferida em 30/10/2023.

³⁹³ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Arbitragem EMG Nº 02/2023/SEC7*. Requerente: SPE Piauí Conectado S.A. Requerido: Estado do Piauí. Instaurado em 10/10/2023.

³⁹⁴ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*. Requerimento de medidas urgentes da SPE Piauí Conectado S.A. Data: 10/10/2023.

exercido em vista da proteção do interesse público³⁹⁵. O árbitro de emergência rejeitou a preliminar de inarbitrabilidade objetiva, utilizando-se da distinção entre o interesse público primário e o secundário³⁹⁶. Entendendo que a interrupção parcial do pagamento das contraprestações mensais diz respeito a direitos *patrimoniais e disponíveis*, o árbitro apontou o seguinte:

No caso, ao que se indica, *as questões controvertidas gravitam na esfera de relação contratual pactuada pela Administração Pública* para atender aos interesses da comunidade em geral.

Há evidente e simples interesse da Administração que, por meio do estabelecido no Contrato com a Requerente, visa propiciar a todos o acesso a uma ampla rede pública de internet em todo o Estado do Piauí, mediante a construção, manutenção e operação, pela Requerente, de infraestrutura de transporte de dados, voz e imagem³⁹⁷.

Também, foi rejeitada a alegação do Estado do Piauí no sentido de que, por ser a aplicação da sanção no âmbito de processo administrativo uma forma de exercício das suas prerrogativas conferidas por lei, não poderia ela ser submetida à arbitragem. Na ocasião, ainda que não nestas exatas palavras, entendeu o árbitro de emergência que o ato de império não é capaz de descaracterizar a disponibilidade de determinado direito. Assim concluiu:

Esses argumentos, contudo, não tornam inarbitráveis as questões objeto deste procedimento, haja vista a pretensão da Requerente originar-se, única e exclusivamente, do quanto pactuado na Parceria Público-Privada.

Reitere-se, o que se debate neste procedimento é a existência ou não de inadimplementos da Requerente e de desequilíbrio econômico-financeiro inadmitido pelo Requerido e a alegada impossibilidade de acionamento dos mecanismos de garantia contratualmente ajustado.

Sob outro prisma, *as medidas paralelas acionadas pelo Requerido em sede administrativa não têm o condão de tornar indisponíveis direitos patrimoniais*

³⁹⁵ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Arbitragem EMG N° 02/2023/SEC7*, Resposta ao requerimento de medidas urgentes apresentada pelo Estado do Piauí, Data: 25/10/2023.

³⁹⁶ “A questão demanda analisar, ainda que em sede de cognição sumária, a natureza do direito em questão, se primário ou secundário”. CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento EMG n. 02/2023/SEC7*, Decisão sobre o requerimento de medidas urgentes, Árbitro de emergência: Pedro Antonio Batista Martins, Data: 7/11/2023. p. 25.

³⁹⁷ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento EMG n. 02/2023/SEC7*, Decisão sobre o requerimento de medidas urgentes, Árbitro de emergência: Pedro Antonio Batista Martins, Data: 7/11/2023. p. 27.

pactados no interesse da Administração e, tampouco, sem efeito a convenção de arbitragem livremente acordada.

[...]

Sob outro ângulo, é a referida ordem a causa direta do alegado desequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. *Fosse possível desvincular a medida acautelatória do universo contratual, e, com isso, inserir o ato administrativo na esfera dos direitos indisponíveis, toda e qualquer medida administrativa da espécie teria o condão de transformar em indisponível o direito que antes era tratado e contratado como disponível*³⁹⁸.

Por fim, reconheceu a possibilidade de revisão do ato administrativo por meio de decisões proferidas por árbitros, “por força do *cunho jurisdicional* a elas conferido pela Lei n. 9.307/96”³⁹⁹. Assim, reconhecendo a sua jurisdição para apreciar a matéria, deferiu as medidas requeridas pela concessionária, para determinar ao Poder Concedente que restabelecesse o fluxo integral de pagamento, incluindo as parcelas já retidas.

Diante disso, o Estado do Piauí ajuizou ação anulatória de sentença arbitral, visando, cautelarmente, a suspensão dos efeitos da decisão do árbitro de emergência, com a sua posterior declaração de nulidade. O pedido liminar foi deferido pelo Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI, que entendeu pela indisponibilidade da matéria deduzida no Procedimento Arbitral EMG nº 02/2023/SEC7:

No caso, a matéria envolve claramente o poder disciplinar do Estado, prerrogativa do Poder Público, não sendo matéria jurídica disponível para fins de transação, pois, por óbvio, o Estado não pode negociar acerca da decisão do uso de seu Poder Disciplinar, logo, não pode tal matéria ser levada ao juízo arbitral, pela ausência da disponibilidade a seu respeito⁴⁰⁰.

Contra a decisão, a SPE Piauí interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, a fim de restabelecer os efeitos da decisão do árbitro de emergência. O pedido liminar, em um primeiro momento, foi deferido pelo relator

³⁹⁸ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento EMG n. 02/2023/SEC7*, Decisão sobre o requerimento de medidas urgentes, Árbitro de emergência: Pedro Antonio Batista Martins, Data: 7/11/2023. p. 29-30.

³⁹⁹ *Ibid.*, p. 30.

⁴⁰⁰ TJPI, *Processo nº 0856445-92.2023.8.18.0140*, 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Teresina – TJPI, Data desconhecida (processo em segredo de justiça).

substituto do recurso, que entendeu pela impossibilidade de o Poder Judiciário anular ordem processual de árbitro, antes da prolação da sentença arbitral de mérito⁴⁰¹.

A decisão foi posteriormente reconsiderada, para indeferir o pedido de efeito suspensivo, sob entendimento de que o procedimento arbitral de emergência não se aplicaria ao caso⁴⁰². O mérito quanto à arbitrabilidade do litígio, que seria analisado pela 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, não chegou a ser apreciado, pela superveniente instauração da arbitragem principal, o que teria acarretado a perda do objeto do recurso⁴⁰³.

Também diante da decisão que anulou a ordem arbitral de emergência, a SPE Piauí suscitou conflito positivo de competência perante o STJ, entre o Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI e o Sr. Pedro Antônio Batista Martins, árbitro de emergência do Procedimento Arbitral EMG nº 02/2023/SEC7. O conflito não foi conhecido pelo Ministro Sérgio Kukina, que reconheceu que a anulação de decisão arbitral não importa em sobreposição de jurisdição entre o Juízo Estatal e o Arbitral⁴⁰⁴.

3.2.3 O Decreto de Intervenção

Escaladas as tensões entre o Estado do Piauí e a SPE Piauí, o Governador do Estado do Piauí decretou a intervenção na concessão administrativa referente ao Contrato nº 01/2018⁴⁰⁵. A fim de sustar os efeitos do decreto, a Globaltask

⁴⁰¹ TJPI, *Processo nº 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 24/11/2023.

⁴⁰² TJPI, *Processo nº 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 07/12/2023.

⁴⁰³ TJPI, *Processo nº 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 17/12/2024.

⁴⁰⁴ “Sem desconhecer a controvérsia que paira sobre a sentença parcial no âmbito da arbitragem, verifica-se, na jurisprudência deste Tribunal Superior, o reconhecimento da possibilidade do ajuizamento da ação anulatória contra a deliberação do Juízo arbitral que não decide a integralidade do conflito (sentença parcial, portanto), sem que isso implique sobreposição de instâncias. [...] ANTE O EXPOSTO, com fundamento no art. 34, XXII, do RISTJ, não conheço do presente conflito de competência”. STJ, *Conflito de Competência n. 201.485 – PI*. Decisão Ministro Sérgio Kukina. Data: 30/11/2023.

⁴⁰⁵ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Decreto Nº 22.594, de 5 de dezembro de 2023*. Piauí. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pi/decreto-n-22594-2023-piaui-decreta-intervencao-na-concessao-administrativa-contrato-no-01-2018-que-tem-como-objeto-a-construcao-manutencao-e-operacao-de-rede-de-infraestrutura-de-fibra-optica-e-prestacao-de-servicos-associa>. Acesso em: 15 nov. 2025.

Tecnologia e Gestão S.A., controladora da SPE Piauí Conectado, impetrou mandados de segurança tanto perante o Tribunal de Justiça do Piauí⁴⁰⁶ quanto perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A medida cautelar foi concedida pelo TJPI apenas para suspender os efeitos do Decreto de Intervenção na parte em que determinava o afastamento do conselho fiscal da SPE Piauí⁴⁰⁷. Dois dias depois, o TRF1 concedeu a liminar para determinar a suspensão total do decreto, com o retorno dos antigos administradores à concessionária⁴⁰⁸. A decisão foi parcialmente reconsiderada, para determinar que um dos administradores, o Sr. Emerson Thiago da Silva, retornasse à gestão da concessionária apenas depois de esgotado o prazo da intervenção⁴⁰⁹.

O Estado do Piauí, então, apresentou requerimento de suspensão de segurança perante o STJ, tendo sido concedida a liminar para manter os efeitos do decreto de intervenção⁴¹⁰. Depois, em sede de reconsideração, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura revogou a contracautela anteriormente deferida, restabelecendo os efeitos da decisão proferida no mandado de segurança impetrado perante o TRF1, que havia suspenso parcialmente o Decreto de Intervenção⁴¹¹.

Embora impetrados pela Globaltask, não pela SPE Piauí, os mandados de segurança poderiam, eventualmente, importar no reconhecimento de renúncia da concessionária à jurisdição arbitral⁴¹². A questão, no entanto, foi levada ao Tribunal

⁴⁰⁶ TJPI, *Mandado de segurança nº 0764352-45.2023.8.18.0000*, 3ª Câmara de Direito Público do TJPI.

⁴⁰⁷ TJPI, *Processo nº 0764352-45.2023.8.18.0000*, Decisão proferida pelo Des. Agrimar Rodrigues de Araújo, 3ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 24/01/2024.

⁴⁰⁸ TRF1, *Processo nº 1000186-83.2024.4.01.3400*, Des. Federal Pablo Zuniga, 3ª Seção do TRF1, Data: 26/01/2024.

⁴⁰⁹ Ibid., Data: 30/01/2024.

⁴¹⁰ STJ, *Suspensão de segurança nº 3.506/PI*, Corte Especial do STJ, Decisão do Ministro Og Fernandes, Data: 31/01/2024.

⁴¹¹ STJ, *Suspensão de segurança nº 3.506/PI*, Corte Especial do STJ, Decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data: 21/02/2024.

⁴¹² Neste sentido, o entendimento do STJ: “Na espécie, não se pode admitir que uma parte contratante (ora recorrida) proponha ações perante o juízo estatal, renunciando tacitamente ao compromisso de arbitragem e induzindo na outra parte contratante (ora recorrente) a crença de sua aquiescência de que o litígio entre elas estabelecido seja resolvido pelo Poder Judiciário, e não mais pelo juízo arbitral, como previsto na cláusula compromissória. Deve ser enfatizado, finalmente, que a circunstância de não ter havido renúncia expressa é de todo irrelevante, pois o que se veda é a conduta contraditória da recorrida (nemo potest venire contra factum proprium), em clara violação ao princípio da boa-fé objetiva”. STJ, *REsp n. 1.894.715/MS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, Julgado em: 17/11/2020, DJe de: 20/11/2020.

Arbitral, agora já constituído⁴¹³, para apreciação de medidas de tutela de urgência. No requerimento, entre outras coisas, pedia a SPE Piauí a suspensão da intervenção decretada pelo Governador do Estado do Piauí⁴¹⁴. Os pedidos cautelares foram deferidos pelo Tribunal Arbitral, por meio da Ordem Processual nº 1⁴¹⁵, que entendeu pela arbitrabilidade dos decretos de intervenção de caducidade (este último será tratado no capítulo 3.2.4).

O Contrato nº 01/2018, seguindo prática comum nas concessões de serviço público (vd. capítulo 2.3.4) definiu as questões que poderiam ser submetidas à arbitragem, dentre elas o “reconhecimento de hipóteses de inadimplemento contratual”⁴¹⁶. Esta previsão, no entendimento do Tribunal Arbitral, implicaria no reconhecimento da sua jurisdição para apreciar a validade do decreto de intervenção:

De fato, não somente parece natural que o mesmo órgão julgador deva apreciar o pressuposto (inadimplemento) e os seus efeitos, mas também, do ponto de vista das “consequências práticas da decisão” (bitola que o julgador deve considerar ao decidir, consoante o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), o eventual “fatiamento” da disputa traria diversos inconvenientes.

Forte nos argumentos acima expostos, o Tribunal Arbitral, em sede de cognição preliminar, própria da apreciação liminar de pedidos de tutela de urgência, julga arbitráveis os pedidos formulados pelo Requerente. Ressalva-se o entendimento ora externado poderá ser mantido ou modificado, após a exposição exaustiva dos argumentos das Partes a esse respeito, quando outros critérios hermenêuticos poderão ser agregados àqueles acima referidos⁴¹⁷.

⁴¹³ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*, Requerente: SPE PIAUÍ Conectado S.A., Requerido: Estado do Piauí, Instaurado em 23/08/2023.

⁴¹⁴ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*, Em trâmite perante a CCBC, Aditamento ao Pedido de Tutelas de Urgência da SPE Piauí Conectado S.A.

⁴¹⁵ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*, Ordem Processual n. 01, Árbitros: Mário Engler Pinto Junior Francisco Paulo de Crescenzo Marino Luciano de Souza Godoy, Data: 25/03/2024.

⁴¹⁶ PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Superintendência de Parcerias e Concessões – SUPARC. *Contrato nº 01/2018 – ATI/SUPARC*. Cláusula 35.1.2. Disponível em: <http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/wp-content/uploads/2018/06/CONTRATO-DE-PPP-PI-CONECTADO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2025

⁴¹⁷ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC*, Ordem Processual n. 01, 25/03/2025, Tribunal Arbitral: Mário Engler Pinto Junior Francisco Paulo de Crescenzo Marino Luciano de Souza Godoy. p. 32.

A suspensão do Decreto de Intervenção decorreu da constatação de que, diferente do que alegava o Poder Concedente, a SPE Piauí vinha cumprindo adequadamente as suas obrigações previstas no contrato de concessão. Neste ponto, ao menos em relação à intervenção, o Tribunal Arbitral parece ter ultrapassado os limites da sua competência.

Como visto no capítulo 3.1.3, o Tribunal Arbitral poderá sempre apreciar a validade da intervenção, através da análise dos seus *requisitos formais* — o que não foi o caso da decisão aqui tratada. Quanto ao mérito do ato administrativo, caberá ao Juízo Arbitral analisá-lo apenas em hipótese muito específica, em que a intervenção é utilizada *unicamente* para preservação do erário, não para a garantia da continuidade do serviço público (e.g. nota de rodapé 112).

O Decreto nº 22.594/2023, no entanto, previa entre os seus motivos o risco à adequada prestação do serviço público:

CONSIDERANDO que, por omissão da SPE Piauí Conectado S/A, não existem informações claras e seguras sobre os bens reversíveis existentes, seu estado de conservação e funcionalidade, *colocando-se, dessa forma, em grave risco a prestação adequada dos serviços delegados à referida empresa* na forma determinada na Lei nº 11.079/2004, na Lei nº 8.987/1995 e no Contrato de Concessão nº 01/2018.

A continuidade da prestação adequada do serviço também foi elencada pelo Decreto nº 22.594/2023 como um dos seus objetivos:

Art. 3º A intervenção terá por objetivo:

I - *assegurar a regular continuidade e boa prestação dos serviços para preservar o interesse legítimo dos usuários direto e indiretos dos serviços delegados à concessionária*; [...]

Portanto, sendo suscitada a continuidade do serviço público como motivo e objetivo do decreto de intervenção, fica a análise do seu mérito extirpada da órbita de competência do Tribunal Arbitral. Apenas na rara — mas possível (vd. notas de rodapé 117 e 118) — hipótese de o Poder Público decretar a intervenção sem suscitar o risco à continuidade do serviço público, é que o Tribunal Arbitral poderá analisar o mérito do decreto. Isso porque, diferente dos requisitos formais — cujo cumprimento é direito subjetivo do concessionário — a continuidade do serviço

público é direito da coletividade e não se confunde com os interesses meramente patrimoniais da Administração.

É verdade que, a fim de afastar a jurisdição do Tribunal Arbitral, poderá o Poder Público sempre invocar o interesse público primário como motivação do seu ato, ainda que vise à proteção unicamente do interesse público secundário. Há aí, no entanto, um ônus que terá de ser suportado pelo concessionário. Isso porque, para que o Tribunal Arbitral analise se, de fato, os motivos invocados pelo concedente estão calcados na proteção da coletividade, teria que analisar, ainda que em tese, direitos patrimoniais indisponíveis, o que lhe é vedado.

O artifício indevidamente utilizado pelo Poder Concedente para afastar a jurisdição do Tribunal Arbitral poderá eventualmente ser repreendida pelas vias próprias, mas não justificará o reconhecimento da competência, de pronto, do Tribunal Arbitral para analisar a adequação ou a proporcionalidade do ato administrativo, muito menos a efetiva existência dos seus motivos determinantes.

Na hipótese de o concedente invocar motivos de interesse público primário para a decretação da intervenção quando, na verdade, ela se justifica para a proteção do erário — como parece ser o caso aqui estudado — haverá de ser adotada uma forma *suis generis* de fixação da competência. Neste caso, afastar-se-á, *excepcionalmente*, o Princípio da *Kompetenz-kompetenz*, cabendo ao Juízo Estatal, antes, avaliar a sua competência, para, se for o caso, dela declinar em favor do Juízo Arbitral.

Ou seja, o Juízo Estatal deverá analisar se o interesse público primário invocado pela Administração para a decretação da intervenção (o risco de paralização de prestação do serviço) de fato é o motivo determinante daquele ato administrativo. Se constatado que aquele motivo foi invocado apenas para afastar a competência do Tribunal Arbitral e que o decreto de intervenção visa, unicamente, à proteção de interesse público secundário, deverá o Tribunal Estatal reconhecer a sua incompetência para julgamento da matéria, determinando que a questão seja resolvida por meio de arbitragem.

Trata-se, ressalve-se, de hipótese *excepcionalíssima*, em que, em prestígio da indisponibilidade do interesse público primário, deverá ser afastado o Princípio da *Kompetenz-kompetenz*.

3.2.4 O Decreto de Caducidade

Finalizado o procedimento da intervenção (de acordo com o rito estudado no capítulo 1.4), a ATI-PI concluiu pela necessidade de extinção da concessão com a SPE Piauí, diante das irregularidades constatadas. Por isso, foi publicado o Decreto nº 22.785/2023, que declarou a caducidade do Contrato nº 01/2018.

A fim de sustar os efeitos do decreto, a Globaltask ajuizou reclamação constitucional perante o STJ, pedindo a suspensão e posterior cassação do Decreto de Caducidade⁴¹⁸. O pedido foi baseado em suposto descumprimento pelo Governador do Estado do Piauí da decisão proferida pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que havia indeferido o pedido liminar formulado pelo Estado do Piauí na Suspensão de Segurança nº 3.506/PI (*vd.* nota de rodapé 411), mantendo a suspensão do Decreto de Intervenção, anteriormente determinada pelo TRF1 (*vd.* nota de rodapé 408). A reclamação não foi conhecida, pela ausência de ordem positiva na SS nº 3.506/PI que pudesse importar no reconhecimento de descumprimento de ordem do STJ⁴¹⁹.

Concomitantemente, a SPE Piauí requereu ao Tribunal Arbitral constituído perante a CAM-CCBC que suspendesse os efeitos dos decretos de intervenção e de caducidade. As medidas foram deferidas, como visto no capítulo anterior.

Diante disso, o Estado do Piauí, nos autos da mesma ação anulatória por ele outrora ajuizada para ver declarada a nulidade da decisão proferida pelo árbitro de emergência (*vd.* nota de rodapé 400), formulou pedido incidental para suspender os efeitos da ordem processual proferida pelo Tribunal Arbitral constituído. O pedido foi deferido pelo Juízo da 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI, que entendeu que, embora fosse a matéria patrimonial, não era disponível, por se inserir entre as prerrogativas da Administração Pública:

Desse modo, *sendo prerrogativa inerente ao Poder Público*, em juízo preliminar, entendo que não é matéria transigível, de modo que não o juízo arbitral sobre ela versar, sob pena de violação ao art. 1º da Lei de Arbitragem, o que torna nula a decisão arbitral. Nota-se, ainda, pelo id. 49113700, que a decisão arbitral afirmou que, por se tratar de matéria patrimonial, seria perfeitamente possível a sua decisão

⁴¹⁸ STJ, *Reclamação 47.128/PI*, Reclamante Globaltask Tecnologia e Gestao S/A, Reclamado Governador do Estado do Piauí, Distribuição em: 28/02/2024.

⁴¹⁹ STJ, *Reclamação n. 47.128/PI*, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Presidência do STJ, Data: 12/03/2024.

a respeito da matéria. Ocorre que, o quesito patrimonial não é o único a ser observado, mas também a disponibilidade.

A própria autorização legal do art. 1º, §1º da Lei de Arbitragem, para a Administração Pública atuar em litígios arbitrais diz respeito a direitos patrimoniais disponíveis. Desse modo, não basta a lide envolver valores patrimoniais, mas também precisa ser acerca de direitos disponíveis.

*No caso, a matéria envolve claramente o poder disciplinar do Estado, prerrogativa do Poder Público, não sendo matéria jurídica disponível para fins de transação, pois, por óbvio, o Estado não pode negociar acerca da decisão do uso de seu Poder Disciplinar, logo, não pode tal matéria ser levada ao juízo arbitral, pela ausência da disponibilidade a seu respeito*⁴²⁰.

A SPE Piauí, então, interpôs agravo de instrumento, pedindo o imediato restabelecimento da ordem processual proferida pelo Tribunal Arbitral. O pedido de efeito suspensivo foi indeferido, sob entendimento de que a decretação de caducidade seria matéria indisponível⁴²¹. O recurso foi posteriormente desprovido pela 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, que concluiu o seguinte:

De fato, a sustação dos pagamentos devidos à parte ora Agravante, e que foi objeto das decisões arbitrais proferidas, não decorreu de mero descumprimento contratual por parte do Estado do Piauí, ora Agravado, mas, sim, do *exercício do poder-dever disciplinador*, que não consiste em matéria disponível passível de ser analisada em sede de arbitragem.

[...]

Assim, as decisões arbitrais proferidas teriam adentrado em matérias referentes a direito indisponível, que não se incluem no seu âmbito de competência, em conformidade com o art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem.

E, nestes casos, a doutrina entende que, não obstante os poderes legais conferidos aos árbitros para decidirem sobre a sua própria competência, o controle de suas decisões poderá ser submetido ao crivo de cognição do Estado-juiz⁴²².

Pelas razões já amplamente expostas neste trabalho, equivocou-se o acórdão do TJPI ao concluir pela inarbitrabilidade da matéria. A caducidade, como se viu, é forma de exercício das prerrogativas administrativas para proteção apenas e tão somente do interesse público *secundário*, não do interesse público *primário*. É, por isso, arbitrável. Quanto ao restabelecimento do fluxo de pagamentos à

⁴²⁰ TJPI, *Processo 0763656-09.2023.8.18.0000*, 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI, Data desconhecida (processo sigiloso).

⁴²¹ TJPI, *Processo nº 0753699-47.2024.8.18.0000*, Des. Jose Wilson Ferreira de Araujo Junior, 2ª Câmara de Direito Público TJPI, Data: 06/06/2024.

⁴²² TJPI, *Processo nº 0753699-47.2024.8.18.0000*, Rel. Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior, 2ª Câmara de Direito Público TJPI, Acórdão proferido em 04/06/2025.

concessionária, tudo o quanto aqui exposto também não deixa dúvidas acerca da sua arbitrabilidade.

Portanto, embora a Ordem Processual nº 1 emanada no Procedimento Arbitral CCBC nº 84/2023/SEC7 tenha se equivocado quanto à arbitrabilidade objetiva do mérito do Decreto de Intervenção (*vd.* capítulo 3.2.3), foi absolutamente correta quanto ao reconhecimento da competência do Tribunal Arbitral para apreciar a validade do Decreto de Caducidade, ainda que isto demandasse análise meritória. Não deveria, ao menos quanto a este ponto, ter sido anulada pelo Tribunal de Justiça do Piauí.

Assim como havia feito quando foram suspensos os efeitos da decisão do árbitro de emergência, a SPE Piauí também suscitou conflito de competência, perante o STJ, quando da suspensão da decisão cautelar proferida pelo Tribunal Arbitral. Mais uma vez, o conflito de competência não foi conhecido⁴²³. Em que pesem os equívocos cometidos pelo TJPI, de fato, o conflito de competência não é via correta para desconstituir decisão proferida em sede de ação anulatória, pela ausência de sobreposição de jurisdições. Ao que tudo indica, portanto, andou bem o STJ ao deixar de conhecer do conflito.

3.2.5 Sentença parcial de mérito

O procedimento arbitral instaurado pela SPE Piauí foi dividido em duas fases. Na primeira, seria analisada, já em sede de cognição exauriente, a arbitrabilidade objetiva da matéria, por meio de sentença parcial de mérito. Na segunda, que se iniciaria em caso de reconhecimento da arbitrabilidade objetiva, seria efetivamente analisada a validade da caducidade. O pedido final formulado pela SPE Piauí era a anulação do Decreto de Caducidade, com restabelecimento da concessão nos termos do Contrato nº 01/2018.

Para o Estado do Piauí, a matéria seria inarbitrável, por versar sobre atos de império da Administração, sendo que estes atos estariam sempre vinculados ao interesse público primário. Segundo o requerido, o Poder Público só poderia se sujeitar à arbitragem para tratar de matérias que dizem respeito à atividade

⁴²³ STJ, *CC Nº 206850/PI*, Min. Sérgio Kukina, Corte Especial do STJ, Decisão monocrática proferida em 07/08/2024.

econômica em sentido estrito (adotou o posicionamento doutrinário exposto na nota de rodapé 244). No entanto, foi expresso o Estado do Piauí ao reconhecer que as matérias que envolvem tão somente o interesse público secundário são arbitráveis⁴²⁴.

Portanto, alinha-se a tese do Estado do Piauí ao entendimento adotado neste trabalho no que diz respeito à adoção do critério de distinção entre o interesse público primário e o secundário para aferir-se a arbitrabilidade da matéria. Diverge do entendimento aqui exposto quanto à inarbitrabilidade de todo e qualquer ato de império por considerar, equivocadamente, que as prerrogativas do Poder Público seriam *sempre* exercidas para a proteção do interesse público primário. Também não é correta a sua compreensão no sentido de que apenas os litígios decorrentes da atividade econômica em sentido estrito poderiam ser submetidos à arbitragem.

Prosseguindo, o Estado do Piauí alegou que o Decreto de Caducidade não se sujeitaria à arbitragem, porque a cláusula compromissória, embora tenha elencado as hipóteses em que se justificariam a competência do Tribunal Arbitral, não mencionou o exercício dos atos de império. A competência do Tribunal Arbitral, portanto, se estenderia apenas aos efeitos patrimoniais da caducidade.

Para a SPE Piauí, por sua vez, a arbitrabilidade do Decreto de Caducidade se justificaria pelo fato de que este ato administrativo envolve matéria contratual e, portanto, disponível. A SPE Piauí defendia, ainda, que a distinção entre interesse público primário e secundário não seria um critério adequado para a investigação da arbitrabilidade da matéria, uma vez que alguns interesses primários seriam arbitráveis⁴²⁵. Como narrado pela sentença arbitral, a SPE Piauí fez interessante

⁴²⁴ Como constou da sentença parcial de mérito: “O Requerido afirma que somente é possível submeter à arbitragem o interesse público secundário, isto é, o interesse patrimonial da administração pública. Tratar-se-ia dos serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro. Por outro lado, o interesse público primário, vinculado à coletividade, não seria arbitrável”. CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Arbitral Parcial, Data: 20/05/2025.

⁴²⁵ Como constou da sentença parcial de mérito: “Em relação ao primeiro ponto, as Requerentes entendem que há circunstâncias em que mesmo um direito afeto a interesse público primário será disponível, de modo que a distinção entre interesse público primário e secundário não é o critério legal e jurisprudencial adequado para aferir a arbitrabilidade de direitos da Administração Pública, mas sim o caráter patrimonial e disponível dos direitos subjacentes à disputa”. Ibid.

distinção entre atos de império que decorrem do inadimplemento contratual e daqueles que buscam diretamente a proteção do interesse público primário:

Para as Requerentes, há uma diferença relevante entre a extinção do contrato administrativo por um evento contratual (como se dá na hipótese de caducidade, ante a ocorrência de inadimplementos e da observância dos requisitos legais aplicáveis) e de sua extinção pelo exercício de uma prerrogativa legal da Administração Pública de retomar a prestação do serviço público, ressalvado o pagamento de indenização (como se dá na encampação)⁴²⁶.

Também segundo a SPE Piauí, a cláusula arbitral constante do Contrato nº 01/2018 abrangeria o Decreto de Caducidade, por ele decorrer do inadimplemento contratual. Subsidiariamente, a requerente pediu o prosseguimento do procedimento arbitral em relação aos pleitos indenizatórios, aduzindo que o Tribunal Arbitral tem competência para apreciar, ao menos, as consequências patrimoniais da intervenção e da caducidade.

Quanto à suposta inadequação da distinção do interesse público primário e secundário para análise acerca da arbitrabilidade da matéria, errou a SPE Piauí. Ainda mais equivocada foi a sua alegação de que haveria interesses públicos primários disponíveis e, portanto, arbitráveis. Como visto no capítulo 2.2, o interesse público primário é *incontornavelmente* indisponível e, portanto, *jamais* poderá ser submetido à arbitragem, porque o seu titular não é o signatário da convenção.

Isso não importa, evidentemente, na inarbitrabilidade de todo e qualquer ato de império, uma vez que nem todos eles visam diretamente à tutela do interesse público primário. Sobre a arbitrabilidade de determinados atos de império — especialmente da caducidade — converge o entendimento da SPE Piauí com o que se adota neste trabalho. Também andou bem a requerente ao diferenciar o ato de império que extingue o contrato pelo inadimplemento do concessionário (como é o caso da caducidade, que é arbitrável) daquele que extingue a concessão estritamente para a adequação do serviço público ao interesse coletivo (como é a encampação, cujo mérito é inarbitrável).

⁴²⁶ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo de Crescenzo Marino. p. 50.

Também parece assistir razão à SPE Piauí quando afirma que a caducidade, por ser manifestação do exercício de uma prerrogativa *pelo inadimplemento contratual*, está inserida no rol de matérias que as partes decidiram submeter à arbitragem. A cláusula 35.1.2 do Contrato nº 01/2018, afinal, determinava que seriam decididas em arbitragem “hipóteses de inadimplemento contratual por quaisquer das PARTES”⁴²⁷. Por fim, tanto o Estado do Piauí quanto a SPE Piauí concordavam que os efeitos patrimoniais da intervenção e da caducidade deveriam se submeter à arbitragem, o que também se alinha ao entendimento adotado neste trabalho e ao da doutrina majoritária (*vd.* notas de rodapé 374 e 375).

Levados estes argumentos a julgamento, o Tribunal Arbitral concluiu pela arbitrabilidade do Decreto de Caducidade⁴²⁸. Tendo em vista que não mais vigia o Decreto de Intervenção, seja pela decretação da caducidade, seja pela expiração do prazo previsto em lei, a sua arbitrabilidade não chegou a ser analisada na sentença parcial de mérito.

A sentença reconheceu que a distinção entre atos de império e atos de gestão não é um critério adequado para se investigar a arbitrabilidade de determinada matéria, embora tenha também rechaçado o critério do grau de interesse público. Assim asseverou o Tribunal Arbitral:

Veja-se que todos os atos da Administração Pública necessariamente são praticados com o objetivo de tutelar o denominado interesse público primário, o que implica algum grau de obscuridade à dicotomia primário-secundário.

Sob esse prisma, não se pode vincular todo e qualquer ato da Administração Pública à figura do interesse primário, buscando blindá-lo da arbitragem que a própria Administração elegeu como meio de resolução de controvérsias.

A indisponibilidade do interesse público não impede que os litígios administrativos possam ser resolvidos por arbitragem. Da mesma maneira, não impede a celebração

⁴²⁷ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo De Crescenzo Marino. p. 64.

⁴²⁸ “Decisão: o Tribunal Arbitral JULGA PROCEDENTE o pedido para declarar a arbitrabilidade objetiva de todos os pedidos que já foram feitos pelas Requerentes e relacionados com o Decreto de Caducidade, ressalvando-se, porém, que esta decisão não obsta o Tribunal Arbitral de reconhecer a inarbitrabilidade de pedidos que venham a ser formulados pelas Partes, caso ultrapassem os limites da jurisdição arbitral fixados nesta Sentença Arbitral Parcial”. CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo De Crescenzo Marino. p. 79.

de contratos administrativos e do cumprimento espontâneo, pela Administração Pública, das obrigações às quais se vinculou.

[...]

Tampouco serve como critério de aferição da arbitrabilidade a distinção entre atos de império e atos de gestão, categoria que, embora objeto de críticas⁴²², é comumente empregada no estudo dos atos administrativos.

De acordo com o Requerido, os atos de império, como a decretação de caducidade, seriam de competência irrenunciável e discricionária única da Administração Pública. Portanto, seriam inarbitráveis⁴²⁹.

A sentença acertou em parte. Com efeito, nem todos os atos de impérios são indisponíveis. Por outro lado, não é verdade que “todos os atos da Administração Pública necessariamente são praticados com o objetivo de tutelar o denominado interesse público primário” — ao menos não de forma direta. Como visto no capítulo 2.2, há atos administrativos que, de forma direta, visam à proteção do interesse público secundário, ainda que, de forma indireta — porque o interesse público secundário é essencialmente instrumental (*vd.* notas de rodapé 253 a 255) — tenham por finalidade resguardar o interesse público primário.

Mas se a justificativa, direta e imediata, para a prática do ato administrativo for a tutela do interesse público secundário, como ocorre na caducidade, será esta prerrogativa arbitrável, porque não afeta *diretamente* direitos alheios aos do próprio Estado, signatário da cláusula compromissória. Eis por que adequado critério da distinção do interesse público primário e do secundário para aferição da arbitrabilidade objetiva, quando se está diante de procedimento arbitral em que é parte o Poder Público.

Por outro lado, foi correta a conclusão do Tribunal Arbitral no sentido de que “o Decreto de Caducidade tem caráter [e]minentemente patrimonial, pelo que é arbitrável”⁴³⁰. O entendimento está alinhado com as razões expostas no capítulo 3.1.2 deste trabalho.

⁴²⁹ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo De Crescenzo Marino. p. 58-59.

⁴³⁰ *Ibid.*, p. 63.

Finalmente, também parece adequada a conclusão do Tribunal no sentido de que a caducidade está inserta na cláusula 35.1.2 do Contrato nº 01/2018, uma vez que “a disputa envolvendo a validade do Decreto de Caducidade depende da análise do cumprimento das obrigações contratuais”⁴³¹.

Até a elaboração deste trabalho, não se teve notícias de ação anulatória que vise à declaração de nulidade da sentença arbitral proferida no Procedimento Arbitral nº 84/2023/SEC7, nem da prolação da sentença final de mérito que seria proferida pelo Tribunal Arbitral na segunda fase do procedimento.

⁴³¹ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo De Crescenzo Marino. p. 66.

CONCLUSÃO

A admissão da arbitragem no âmbito das concessões de serviço público, em uma análise histórica, sujeitou-se a grandes evoluções. Os Tribunais Superiores, que chegaram até mesmo a suscitar a inconstitucionalidade da arbitragem — o que também já foi defendido pela doutrina — hoje, têm caminhado para uma interpretação cada vez mais ampla quanto à utilização da arbitragem pelo Poder Público.

Não foi outro o caminho — inevitável, acredita-se — percorrido pelo Tribunal de Contas da União que, antes absolutamente restritivo quanto à possibilidade de a Administração Pública se sujeitar à arbitragem, hoje tem até mesmo indicado a utilização desta forma de resolução de conflitos. E, nem mesmo o legislador — certamente mais apático às mudanças sociais do que a jurisprudência — resistiu à utilização da arbitragem nas concessões de serviço público.

Esta alteração no entendimento doutrinário, jurisprudencial e legislativo deve caminhar, agora, no sentido de admitir-se a competência do Tribunal Arbitral para, em determinadas hipóteses, apreciar a legalidade dos atos de império exercidos pelo Poder Público, especialmente no âmbito das concessões de serviço público. De outro modo, continuar-se-á admitindo que a Administração, ainda que na defesa exclusiva dos seus próprios interesses patrimoniais, acabe encontrando subterfúgios à jurisdição arbitral.

O que se propõe neste trabalho não é, evidentemente, uma sujeição irrestrita de toda e qualquer matéria à arbitragem. A proposta, por outro lado, é que os critérios previstos em lei sejam estritamente observados. Se a Lei de Arbitragem prevê, em seu artigo 1º, que poderão ser submetidos à arbitragem os direitos patrimoniais e disponíveis, são estes — e mais nenhum outro — os critérios que devem ser adotados para definir a arbitrabilidade objetiva de determinado litígio.

No âmbito das concessões de serviço público, isto deve ser aferido através da investigação acerca do grau de interesse público. Ou seja, se primário ou secundário. Sendo primário o interesse público tutelado, não se poderá submeter a contenda ao Tribunal Arbitral. Não porque isto importaria em renúncia à jurisdição — uma vez que, sendo o árbitro equiparado para todos os fins ao juiz de direito, é

também ele dotado de poder jurisdicional — mas porque o titular do interesse público primário (*i.e.*, a coletividade) não é signatário da convenção.

Por outro lado, se o interesse público tutelado for secundário (*i.e.*, se o seu titular for o Estado, como pessoa jurídica de direito público) será o litígio dele decorrente sempre arbitrável. A arbitrabilidade, portanto, independe da forma em que se manifesta o interesse público — se como ato de gestão ou ato de império— ; sendo secundário, será também arbitrável, porque patrimonial e disponível.

As prerrogativas do Poder Concedente, portanto, não poderiam justificar o afastamento da jurisdição arbitral, porque não é este o critério previsto em lei para a definição da arbitrabilidade da matéria. Os atos de império podem ter como finalidade exclusiva a proteção de um interesse público primário (como sempre ocorrerá na encampação e como normalmente ocorrerá na intervenção), mas podem também servir à proteção exclusiva do interesse público secundário (como sempre ocorrerá na caducidade e como, às vezes, poderá ocorrer na intervenção).

Com efeito, até mesmo os atos de império exercidos para a tutela do interesse público secundário, em última análise, estarão protegendo o interesse público primário. Isso ocorrerá, no entanto, com todo e qualquer ato praticado pela Administração — inclusive contratual — devido à finalidade essencialmente instrumental do Estado. Esta tutela *indireta* do interesse público primário não pode ser utilizada como forma de negar a jurisdição do Tribunal Arbitral, sob pena de a sua competência restar sempre suprimida nas contendas em que fizer parte a Administração Pública.

Além disso, a investigação sobre a arbitrabilidade do ato de império no âmbito das concessões de serviço público deve se desdobrar entre a análise dos requisitos formais e materiais do ato.

Quanto aos requisitos formais, estes poderão sempre ser decididos pelo Tribunal Arbitral, porque o direito à observância do devido processo legal para a prática de ato que acarreta prejuízo ao concessionário a ninguém pertence, senão ao próprio concessionário. Trata-se, evidentemente, de um direito subjetivo do concessionário, que não poderia ser reclamado pela coletividade, nem mesmo por meio de representação. Não está, portanto, na órbita do interesse público primário, sendo, por isso mesmo, disponível. Afinal, pode escolher o concessionário não se

insurgir quanto à prática do ato, ainda que ele seja praticado em seu prejuízo e sem a observância dos requisitos formais previstos em lei.

A patrimonialidade, por sua vez, não pode ser interpretada apenas como atributo que permita a liquidação *exata* de um direito. É patrimonial aquilo que causa prejuízo ou benefício econômico, seja ao particular, seja ao Poder Concedente. Por isso, o ato de império exercido no âmbito da concessão de serviço público, quando influenciar a órbita patrimonial do concessionário, será patrimonial, assim como será o direito a que a prática deste ato observe estritamente os requisitos formais previstos em lei.

Dentre os requisitos formais, encontra-se também a subsunção dos motivos invocados pela Administração para a prática do ato de império, pelo que também é arbitrável. Mas, se o ato tiver como finalidade a tutela do interesse público primário, terá o Tribunal Arbitral competência para analisar apenas e tão somente se os motivos determinantes do ato — ainda que em tese — se amoldam às hipóteses previstas em lei para a sua prática. Trata-se da análise *abstrata*, que não poderá passar pelo crivo da efetiva existência dos motivos invocados pela Administração.

Sendo a observância dos requisitos formais para a prática do ato de império nas concessões de serviço *patrimonial e disponível*, será também arbitrável.

O mérito do ato de império, por sua vez, demanda interpretação mais restritiva. Ainda que o mérito do ato administrativo, em regra, não esteja sujeito à revisão jurisdicional, em determinadas hipóteses — como manifesta ilegalidade, desvio de finalidade, desproporcionalidade e irrazoabilidade — poderão ser submetidos à análise jurisdicional. E, sendo o árbitro dotado de jurisdição, poderá revisar o mérito do ato administrativo nestas hipóteses excepcionais, desde que o ato não esteja diretamente vinculado ao interesse público primário. Igualmente, se o ato estiver vinculado apenas ao interesse público secundário, caberá ao Tribunal Arbitral investigar a efetiva existência dos seus motivos determinantes.

A encampação é ato de império do Poder Concedente para a extinção do contrato de concessão que visa, sempre, à satisfação do interesse público primário. Dessa forma, se submetida à arbitragem, não poderá o Tribunal Arbitral, nem mesmo excepcionalmente, avaliar o mérito da encampação, tampouco a existência dos motivos que justificaram a sua decretação. De outro modo, estaria o Tribunal

se imiscuindo em questões que dizem respeito ao interesse da coletividade, que não é signatária da convenção, afetando, por conseguinte, direitos *indisponíveis* (ainda que, eventualmente, patrimoniais).

Os requisitos formais da encampação — aí incluída a subsunção dos seus motivos determinantes às hipóteses legais — poderão ser avaliados pelo Tribunal Arbitral, porque o cumprimento destes requisitos é direito *subjetivo* do concessionário, signatário da convenção. Não importa, para isto, se o ato está vinculado ao interesse público primário ou ao secundário.

A caducidade, por sua vez, é prerrogativa do Poder Público decorrente do inadimplemento contratual do concessionário. Vincula-se ao direito *subjetivo* da Administração ao cumprimento das obrigações contratadas com o particular. É, portanto, relacionado ao interesse público secundário.

Sendo assim, terá sempre o Tribunal Arbitral, a não ser por deliberação em contrário, competência para analisar a legalidade da caducidade não só do ponto de vista formal, mas também material, podendo, inclusive, investigar a efetiva existência dos motivos determinantes do ato. Afinal, o direito ao cumprimento do contrato, que enseja o decreto de caducidade, é inquestionavelmente *disponível* (porque sujeito à transação) e *patrimonial* (porque repercute no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão).

Por fim, a intervenção está normalmente relacionada ao interesse público primário, porque é instrumento que tem como finalidade precípua a garantia da continuidade do serviço público, enquanto pendente investigação administrativa sobre eventuais irregularidades cometidas pelo concessionário. Nestes casos, o seu mérito será inarbitrável, porque a continuidade da prestação do serviço não é direito do concessionário nem da Administração, mas dos seus usuários, não signatários da convenção. Assim, terá o Tribunal Arbitral competência apenas para analisar o preenchimento dos requisitos formais da intervenção.

No entanto, pode o Poder Público também decretar a intervenção, excepcionalmente, para preservar o seu próprio patrimônio, no caso de risco de grave dano ao erário. Neste caso, é o interesse público secundário que estará sendo tutelado, o que torna o mérito da intervenção — inclusive a existência dos seus motivos determinantes — arbitrável.

Na hipótese de a Administração Pública suscitar a manutenção do serviço público como motivo para a decretação da intervenção, quando, na verdade, servia apenas à proteção do erário, caberá ao Tribunal Estatal, a quem preferirá a análise da arbitrabilidade, declinar da sua competência em favor do Tribunal Arbitral. Estar-se-á diante de hipótese excepcional, em que será afastado o Princípio da Kompetenz-kompetenz.

Seja na encampação, na caducidade ou na intervenção, competirá ao Tribunal Arbitral apreciar as discussões relativas às repercussões econômicas do exercício destas prerrogativas — como a indenização e a amortização de bens reversíveis —, por se tratarem de direitos patrimoniais e disponíveis, que não se confundem com o interesse público primário.

Em relação aos três atos de império aqui tratados, a ideia que se propõe neste trabalho pode ser resumida no seguinte quadro esquemático, que demonstra os limites da competência de cada órgão jurisdicional em cada hipótese estudada:

		Órgão jurisdicional competente por ato de império		
		Encampação	Caducidade	Intervenção
Órgão jurisdicional competente por matéria	Requisitos formais	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral
	Subsunção dos motivos determinantes à lei	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral
	Mérito	Juízo Estatal	Juízo Arbitral	Depende da motivação
	Efetiva existência dos motivos determinantes	Juízo Estatal	Juízo Arbitral	Depende da motivação
	Consequências patrimoniais	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral	Juízo Arbitral

Concluída esta análise, espera-se que a jurisprudência e a doutrina caminhem para um entendimento mais atento às peculiaridades envolvidas nos litígios arbitrais que envolvam atos de império exercidos pela Administração

Pública no âmbito das concessões de serviço público. Só assim, caminhar-se-á para um entendimento que não exclua da jurisdição arbitral as prerrogativas do Poder Concedente, de forma irrestrita e genérica.

Isso tudo, claro, com atenção ao interesse público primário — que não pode se submeter, em hipótese alguma, à arbitragem — e com os cuidados que a questão demanda.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União (CGU). Núcleo Especializado em Arbitragem. *Casos de Arbitragem*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2>. Acesso em: 02 nov. 2025.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA/CGU/AGU). *Planilha de arbitragens da União – atualizada em 30.01.2025*. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/arquivos/20250130-planilha-de-arbitragens-da-uniao.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS (ANTAQ). *MODELO DE CONTRATO DE CONCESSÃO da região PORTUÁRIA DE SANTOS S/A – SPA*. Disponível em: http://web.antaq.gov.br/Sistemas/WebServiceLeilao/DocumentoArea/Audiencia%20101/Minuta_de_Contrato_Concessao_SSZ_Limpa.pdf. Acesso em: 08 nov. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Cláusula 42.1.4 do Contrato de Concessão do Sistema Rodoviário Rio de Janeiro (RJ)*. Governador Valadares (MG), Edital nº 01/2022. Disponível em: https://portal.antt.gov.br/documents/359170/2430886/Contrato+-+01_04_2022.pdf/66f713aa-820b-1015-bf2a-c4a0240b8501?version=1.1&t=1648811504173 . Acesso em: 08 nov. 2025.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Contrato de concessão BR-050/GO/IMG*. Edital nº 001/2013.

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). *Cláusula 34.6.1 da Minuta do Contrato de Concessão para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural*. Disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/rodadas-anp/oferta-permanente/opc/arquivos/edital/contrato-concessao-be-1.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2025.

ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. In: PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di (Coord.). *Tratado de direito administrativo*. v. 7. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

- ALVES, José Carlos M. *Direito Romano*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- ALVIM, J. E C. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024. p. 62. ISBN 9788530994433. [E-book]
- ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- BARROS, Hamilton de Moraes e. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. IX. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BASILIO, Ana Tereza Palhares; FONTES, André R. C. Notas introdutórias sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: WALD, Arnoldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul. 2007.
- BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BICALHO, Luciano Medeiros de Andrade. *Contratos de direito privado da Administração: repensando um antigo problema*. Publicações da Escola da AGU – Pós-Graduação em Direito Público – PUC/MG, [s.d.].
- BINENBOJM, Gustavo. Ainda a Supremacia do Interesse Público. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 1, p. 238, set./dez., 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19.
- BINENBOJM, Gustavo. *Parecer sobre Direito Administrativo Sancionador: limites à capacidade punitiva de órgão municipal*. Parecer emitido no processo nº 0007883-61.2015.8.19.0068, 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 6/10/2025.
- BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *Controle das Concessões de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Arbitragem e Estado: ensaio sobre o litígio adequado. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, n. 11, p. 156, abr./jun., 2015.

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. International Arbitration Agreements. v. I. 3. ed. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021.

BRASIL. Câmara de Comércio Internacional, Corte Internacional de Arbitragem, *Procedimento Arbitral nº 23433/GSS/PFF*, Tribunal Arbitral: Anderson Schreiber (Coárbitro), Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra), Sergio Nelson Mannheimer (Árbitro Presidente), Sentença parcial de mérito proferida em: 10/09/2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 227, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0227.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. Justiça Federal, *Processo nº 0025090-62.2016.4.03.6100*, 13ª Vara Cível de São Paulo, São Paulo.

BRASIL. Justiça Federal, Seção Judiciária do Paraná, *Procedimento Comum nº 5045805-58.2018.4.04.7000/PR*, 1ª Vara Federal de Curitiba, Decisão proferida em: 11/10/2018.

BRASIL. *Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021*. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/14133.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. *Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 14 nov. 2025.

BRASIL. Petróleo Brasileiro S.A. PETROBRAS. *Estatuto social com as alterações aprovadas na Assembleia Geral Extraordinária de 29 de abril de 2013*. Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <https://www.guiainvest.com.br/dados/documentoUsuario/115515/estatuto-social.pdf>. Acesso em: 8 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Conflito de Competência n. 201.485 – PI*. Decisão Ministro Sérgio Kukina. Data: 30/11/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Suspensão de segurança nº 3.506/PI*, Corte Especial do STJ, Decisão do Ministro Og Fernandes, Data: 31/01/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, *Suspensão de segurança nº 3.506/PI*, Corte Especial do STJ, Decisão da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data: 21/02/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Ação Originária n. 2425*, Rel. Min. Nunes Marques, Tribunal Pleno, Julgado em: 21/02/2024, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 28/02/2024, Publicado em: 29/02/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *ADI 1746*, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Acórdão eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, n. 223, Julgado em: 18/09/2014, 13/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo de Instrumento n.º 52.181*, Rel. Min. Bilac Pinto, Julgado em: 14/11/1973, Diário da Justiça, Brasília, DF, 15/02/1974, p. 720. Ementário, v. 936-01.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7 (Reino da Espanha)*, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Julgado em: 8/05/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.223.091*, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Primeira Turma, Julgado em: 11/10/2019, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, n. 232, Divulgado em: 24/10/2019, Publicado em: 25/10/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 737.035*, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, Julgado em: 7/05/2013, Acórdão eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, n. 96, Divulgado em: 21/05/2013, Publicado em: 22/05/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.269.736*, Rel. Min. Edson Fachin,

Segunda Turma, n. 171, Julgado em: 22/08/2022, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 26/08/2022, Publicado em: 29/08/2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Mandado de Segurança n. 28.712 AgR*, Rel. Min. Nunes Marques, 2ª Turma, Julgado em: 30/10/2023, Processo eletrônico, Diário da Justiça Eletrônico, Divulgado em: 14/02/2024, Publicado em: 15/02/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Reclamação n. 43.697*, Rel. Min. Luiz Fux, Plenário, Julgado em: 07/11/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *RMS 19.510/GO*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, Julgado em: 20/06/2006, Diário da Justiça, Brasília, 3/08/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Suspensão de Tutela Provisória n. 445*, Rel. Min. Presidente, Decisão proferida pelo Min. Dias Toffoli, Julgado em: 7/07/2020, Publicado em: 10/07/2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão 1953/2018-Plenário*, Rel. Benjamin Zymler, Plenário, Sessão de 22/08/2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 2094/2009*, Plenário, Processo nº TC 006.588/2009-8, Rel. José Jorge, Sessão ordinária de 9/09/2009, Ata nº 36/2009, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 2145/2013*, Rel. Benjamin Zymler, Plenário, Sessão de 14/08/2013, Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Acórdão nº 587/2003*, Plenário, Processo nº TC 004.031/2003-0, Sessão ordinária de 28/05/2003, Brasília, DF, 2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Decisão 286/93*, Ata 29/93, Plenário, Processo nº TC 008.217/93-9, Rel. Min. Homero Santos, Sessão de 15/07/1993, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4/08/1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 000.723/2020-7*, Rel. Vital do Rêgo, Sessão telepresencial de 25/11/2020, Brasília, DF, 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 006.588/2009-8*, Rel. José Jorge, Auditoria de levantamento da Petrobras Netherlands B.V., Petrobras Int., MME, Relatório da Secretaria de Fiscalização de Obras do Tribunal de Contas da União, fls. 162-207, Brasília, DF, 2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União, *Processo nº TC 008.217/93-9*, Rel. Min. Homero Santos, Interessado: Deputado Federal Paulino Cícero, Órgão de instrução: Secretaria de Auditoria – SAUDI, Brasília, DF, 1993.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, *Processo n. 1004051-30.2018.8.11.0000*, Rel. Márcio Vidal, Turma de Câmaras Cíveis Reunidas de Direito Público e Coletivo, Julgado em: 19/12/2018, Publicado no Diário da Justiça Eletrônico em: 19/12/2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Apelação Cível nº 1057392-03.2022.8.26.0100*, Rel. Maria Laura Tavares, Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público, Foro Central Cível, 1ª Vara Empresarial e de Conflitos de Arbitragem, Julgado em: 5/02/2024, Registrado em 6/02/2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Apelação Cível nº 1008052-51.2021.8.26.0286*, Rel. Coimbra Schmidt, Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Público, Foro de Itu, 1ª Vara Cível, Julgado em: 2/10/2023, Registrado em: 2/10/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Processo nº 1008052-51.2021.8.26.0286*, Juiz: Bruno Henrique Di Fiore Manuel, 1ª Vara Cível do Foro de Itu, Julgado em: 26/09/2022, Publicado no DJEN em: 28/09/2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, *Remessa Necessária Cível n. 1003378-06.2016.8.26.0286*, 13ª Câmara de Direito Público, Foro de Itu, 3ª Vara Cível, Rel. Djalma Lofrano Filho, Julgado em: 18/10/2017, Registrado em: 19/10/2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, *Câmaras Reunidas*, Rel. Des. Maria do Perpétuo Socorro Guedes Moura, Julgado em: mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, *Agravo de Instrumento n. 70003866258*, Rel. Teresinha de Oliveira Silva, Segunda Câmara Cível, Julgado em: 13/11/2002.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB). *Procedimento Arbitral nº A-288/19*. Tribunal Arbitral: Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes (Árbitro Presidente), Gustavo Fernandes de Andrade (Coárbitro), Eduardo de Albuquerque Parente (Coárbitro), São Paulo, 2/06/2021.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CAPONI, Remo. L'arbitrato amministrato dalle camere di commercio in Italia. *Riv. Arb.*, Florença. p. 663, 2000.

CARAMELO, Antônio Sampaio. A competência e a autonomia do tribunal arbitral. *Revista de Arbitragem e Mediação – RArb*, n. 40, p. 151, jan. 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

CASTRO, Aníbal de. *A caducidade na doutrina, na lei e na jurisprudência*. 3. ed. Lisboa: Livraria Petrony, 1984.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Arbitragem EMG Nº 02/2023/SEC7*. Requerente: SPE Piauí Conectado S.A. Requerido: Estado do Piauí. Instaurado em 10/10/2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*. Requerimento de medidas urgentes da SPE Piauí Conectado S.A. Data: 10/10/2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Arbitragem EMG Nº 02/2023/SEC7*, Resposta ao requerimento de medidas urgentes apresentada pelo Estado do Piauí, Data: 25/10/2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento EMG n. 02/2023/SEC7*, Decisão sobre o requerimento de medidas urgentes, Árbitro de emergência: Pedro Antonio Batista Martins, Data: 7/11/2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*, Requerente: SPE PIAUÍ Conectado S.A., Requerido: Estado do Piauí, Instaurado em 23/08/2023.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC7*, Em trâmite perante a CCBC, Aditamento ao Pedido de Tutelas de Urgência da SPE Piauí Conectado S.A.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº*

84/2023/SEC7, Ordem Processual n. 01, Árbitros: Mário Engler Pinto Junior Francisco Paulo de Crescenzo Marino Luciano de Souza Godoy, Data: 25/03/2024.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral CCBC Nº 84/2023/SEC*, Ordem Processual n. 01, 25/03/2025, Tribunal Arbitral: Mário Engler Pinto Junior Francisco Paulo de Crescenzo Marino Luciano de Souza Godoy.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Arbitral Parcial, Data: 20/05/2025.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ – CAM-CCBC. *Procedimento Arbitral n. 84/2023/SEC7*, Sentença Parcial de Mérito, Tribunal Arbitral: Adriana Braghetta (Presidente) Mário Engler Pinto Júnior Francisco Paulo de Crescenzo Marino.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DA ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e. *Os acordos substitutivos de atividade sancionatória unilateral em contratos da Administração Pública no Brasil*. Florianópolis: SciELO Brasil, 2023.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. São Paulo: Atlas, 1996.

DICIONÁRIO de latim-português. 2. ed. Porto: Porto Editora, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. v. 1. 16. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

FEIGELSON, Bruno. *Curso de direito minerário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria geral da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Extinção dos contratos administrativos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIRST OPTIONS OF CHICAGO, INC. v. KAPLAN, 514 U.S. 938 (1995). *Recurso concedido ao Tribunal de Apelações dos Estados Unidos para o Terceiro Circuito*. Julgado em: 22/05/1995, Sustentação oral em: 22/03/1995.

FONTES, João Roberto Egydio Piza; AZEVEDO, Fábio da Costa. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo – RIASP*, São Paulo, n. 4, p. 87, jul., 1999.

FONTES, João Roberto Egydio Piza. A lei de arbitragem analisada à luz dos princípios gerais de direito. In: WALD, Arnaldo (Org.). *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 14, jul. 2007.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. *On International Commercial Arbitration*. Edited by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRANÇA. *Code Civil Français*. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/. Acesso em: 14 nov. 2025.

FREIRE, André Luiz; ZOCKUN, Maurício. *Encampação: requisitos e processo administrativo*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. In: Celso Fernandes CAMPILONGO; Alvaro de Azevedo GONZAGA; André Luiz FREIRE (Coords.). t. *Direito Administrativo e Constitucional*. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano et al.. (Coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2021.

GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico (ed.). *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards: the New York Convention in practice*. London: Cameron May, 2008.

GAMA, Lauro. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o estado e o investidor privado). *Revista Brasileira de Arbitragem*, The Hague, Kluwer, ano 2, v. 8, p. 25, 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais – RDB*, São Paulo, n. 10, p. 348, out., 2000.

GRAHAM, Richard. Os fundamentos da ruptura de relações diplomáticas entre o Brasil e a Grã-Bretanha em 1863: "A questão Christie". *Revista de História, Brasil*, v. 24, n. 49, 1962.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Encampação de contrato concessão: pressupostos e procedimentos: proteger interesse econômico do concessionário é tão importante quanto assegurar prerrogativas do Poder Concedente. *Jota*, 03 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/encampacao-de-contrato-concessao-03122019>. Acesso em: 28 set. 2025.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel; KANAYAMA, Rodrigo Luís. A encampação do contrato de serviços públicos: aspectos materiais e procedimentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 1021, p. 39-57, nov., 2020.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1961.

JORDÃO, Eduardo et al.. *Arbitragens com o Poder Público: dados sobre os casos da União e dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo*. Rio de Janeiro: JusPodivm, 2025.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, Malheiros, n. 26, p. 115-136, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais. *Revista Negócios Públicos*, São Paulo, ano II, n. 6, p. 39-41, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Parecer apresentado nos autos do processo nº 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números: amostragem 2020-2021*. Pesquisa realizada em 2022, com auxílio de Vera Barros e Bruno Hellmeister, 2022.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública: a empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LIMA, Bernardo. A arbitrabilidade do dano ambiental. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2010.

LINHARES, Emanuel Andrade. Crítica à supremacia do interesse público como postulado de interpretação do direito administrativo. *Revista de Direito Público – RDU*, Porto Alegre, v. 14, n. 76, p. 198-219, jul./ago., 2017.

LOPES, Mônica Sette. Contrato administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (Orgs.). *Licitação e contratos administrativos*. Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo. v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARIANI, Rômulo Greff. Arbitragens coletivas no Brasil. In: CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). *Coleção Atlas de Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. Curso de Processo Civil. v. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

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

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 54, p. 194-209, 2011.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZEI, Rodrigo; RUIS CHAGAS, Bárbara Seccato. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, edição especial, ano 3, n. 1, maio 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Natureza jurídica da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 19, p. 9-36, jan./mar., 1972.

MGRINOVER, Ada Pellegrini (in memoriam). Fundamentos legitimantes da arbitralidade de conflitos derivados de atos de gestão da Administração. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n.º 1 de 1969*. v. 5. São Paulo: Forense, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 215-261, abr./jun., 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; SILVA, João Marçal Rodrigues Martins da. Arbitragem com entes públicos: questões controvertidas. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José Magalhães; FERREIRA, Olavo A. V. Alves (Coord.). *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018.

NERY, Ana Luiza. *Arbitragem coletiva*. Apresentação de Patrícia Miranda Pizzol. Prefácio de S. I. Strong. Posfácio de Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso prático de arbitragem e administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PARANÁ. *Decreto Estadual do Paraná nº 11.243, de 4 de outubro de 2018*. Declara intervenção no Contrato de Concessão n.º 75/1997. Disponível em: <https://jurishand.com/decreto-estadual-do-parana-11243-de-04-outubro-2018>. Acesso em: 14 nov. 2025.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Processo Administrativo nº 00117.000475/2023-9 - SEI/GOV-PI – 7046228*.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Ofício Nº: 472/2023/ATI-PI/DIR GERAL*. Data: 24/03/2023.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí – ATI-PI. *Processo Administrativo Sancionador nº 00002.006212/2023-85*.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Ata de Reunião da Comissão Processante referente ao Procedimento Sancionatório em face da SPE Piauí Conectado S/A Contrato 01/2018 ATI/SUPARC – Piauí Conectado*. Data: 04/07/2023.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Decreto Nº 22.594, de 5 de dezembro de 2023*. Piauí. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pi/decreto-n-22594-2023-piaui-decreta-intervencao-na-concessao-administrativa-contrato-no-01-2018-que-tem-como-objeto-a-construcao-manutencao-e-operacao-de-rede-de-infraestrutura-de-fibra-optica-e-prestacao-de-servicos-associa>. Acesso em: 15 nov. 2025.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Portaria ATI.GAB.DG Nº 075/2023*. Data: 22/06/2023. Disponível em: [https://www.diario.pi.gov.br/doe/files/diarios/anexo/f2c08bbb-fa18-41aa-a9eb-a876488d3cbc/DIARIO-OFICIAL-DO-ESTADO-DO-PIAUI-PUBLICACAO-N-121%20\(8\).pdf](https://www.diario.pi.gov.br/doe/files/diarios/anexo/f2c08bbb-fa18-41aa-a9eb-a876488d3cbc/DIARIO-OFICIAL-DO-ESTADO-DO-PIAUI-PUBLICACAO-N-121%20(8).pdf). Acesso em: 15 nov. 2025.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. *Processo nº 0810803-62.2024.8.18.0140*. 2ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina/PI. Distribuição em: 10/03/24.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Superintendência de Parcerias e Concessões – SUPARC. *Contrato nº 01/2018 – ATI/SUPARC*. Disponível em: <http://www.ppp.pi.gov.br/pppteste/wp-content/uploads/2018/06/CONTRATO-DE-PPP-PI-CONECTADO.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2025.

PIAUÍ. Governo do Estado do Piauí. Superintendência de Parcerias e Concessões do Estado do Piauí – SUPARC. *Nota Técnica- CMOG/SUPARC Nº01/2023*.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PISCITELLI, Tathiane; MASCITTO, Andréa; MENDONÇA, Priscila Faricelli de (Coord.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

POTTOW, John A. E.; BREGE, Jacob; HAWLEY, Tara J. A Presumptively Better Approach to Arbitrability. *Law & Economics Working Papers*, v. 53, n. 88, 2013.

RANCO, Álvaro da Costa. Tratados de fixação de limites territoriais. In: *Atlas histórico do Brasil*. Rio de Janeiro: FGV CPDOC, 2023.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDER, Constantine et al.. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões no setor elétrico. *Migalhas de Peso*, 27 jun. 2013.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. Caducidade de concessões e PPPs: notas sobre a conveniência e oportunidade da decisão para instauração do processo e sobre as formalidades para tanto. *Migalhas*, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2017/12/art20171212-01.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2025.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, *Processo n. 0272141-64.2019.8.19.0001*, Juíza Regina Lucia Chuquer de Almeida Costa de Castro Lima, Comarca da Capital, 6ª Vara da Fazenda Pública, Julgado em: 1/11/2019.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça, *Suspensão n. 0073605-13.2019.8.19.0000*, Presidência do Tribunal de Justiça, Decisão de: 13/11/2019, Publicado em: 14/11/2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos. ‘A evolução da arbitralidade objetiva no Brasil: tendências e perspectivas’. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 33, 2012.

SADDY, André. Possibilidade de extinção de concessão de serviço público justificada na recuperação judicial de sociedade empresária – o caso do setor elétrico brasileiro. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, ano 3, n. 11, p. 208, jan./mar., 2003.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. *Reading Law: The Interpretation of Legal Texts*. 1. ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2012.

SCHÄFER, Gilberto. A atividade de pretor romano: antecedentes remotos do processo de sumularização. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 132, p. 151, dez., 2013.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Comentários à Lei de Arbitragem*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

SILVA, Frederico Rodrigues. *A Relatividade da Supremacia do Interesse Público: um Estudo Comparado*. DPU, n. 43, Seção Especial – Doutrina Estrangeira, jan./fev., 2012.

SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira; LEAL, Stela Tannure. Paralelos entre a sistemática recursal da *cognitio extra ordinem* romana e o regime do agravo no novo Código de Processo Civil. *Revista Científica Multidisciplinar das Faculdades São José*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 2–11, 2017.

STJ, *AgInt na SLS n. 2.728/RN*, Rel. Min. Humberto Martins, Corte Especial, Julgado em: 16/12/2020, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2021.

STJ, *AgInt no AREsp n.º 1.276.872/RJ*, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, Julgado em: 1/12/2020, DJe 30/06/2021.

STJ, *AgInt no CC n. 180.394/BA*, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, Julgado em: 29/03/2022, Diário da Justiça Eletrônico, 1/04/2022.

STJ, *AgInt no CC n. 197.693/SP*, Rel. Min. Marco Buzzi, Segunda Seção, Julgado em: 28/05/2024, Diário da Justiça Eletrônico, 4/06/2024.

STJ, *AgInt no REsp n. 1.731.056/DF*, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em: 16/08/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 18/08/2021.

STJ, *AgInt no REsp n. 1.843.232/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 16/12/2024, Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 20/12/2024.

STJ, *AgInt no REsp n. 1.958.434/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 12/08/2024, Diário da Justiça Eletrônico, 14/08/2024.

STJ, *AgInt no RMS n. 65.919/MA*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em: 4/10/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 6/10/2021.

STJ, *AgInt no RMS n. 76.193/DF*, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, Julgado em: 27/08/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional: 1/09/2025.

STJ, *AgInt nos EDcl no AgInt no CC n. 170.233/SP*, Rel. Min. Moura Ribeiro, Segunda Seção, Julgado em: 14/10/2020, DJe de 19/10/2020.

STJ, *AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.800.092/SP*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, Julgado em: 3/04/2023, Diário da Justiça Eletrônico: 13/04/2023.

STJ, *AgInt nos EDcl no AREsp n.º 1.905.505/SP*, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, Julgado em: 27/11/2023, DJe 29/11/2023.

STJ, *AgInt nos EDcl no CC n. 212.614/GO*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Seção, Julgado em: 8/10/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 13/10/2025.

STJ, *AgInt nos EREsp n. 2.032.426/DF*, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Corte Especial, Julgado em: 26/08/2025, Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 2/09/2025.

STJ, *AREsp n. 1.806.617/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, 2ª Turma, Julgado em: 1/06/2021, Diário da Justiça Eletrônico, 11/06/2021.

STJ, *CC n. 111.230/DF*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Segunda Seção, Julgado em: 8/05/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 3/04/2014.

STJ, *CC n. 113.260/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, Julgado em: 8/09/2010, Diário da Justiça Eletrônico, 7/04/2011.

STJ, *CC n. 151.130/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. para acórdão Min. Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, Julgado em: 27/11/2019, Diário da Justiça Eletrônico, 11/02/2020.

STJ, *CC n. 165.678/SP*, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, Julgado em: 14/10/2020, REPDJe, 12/12/2020, Diário da Justiça Eletrônico, 3/12/2020.

STJ, *CC n. 185.705/DF*, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, Julgado em: 22/06/2022, Diário da Justiça Eletrônico, 30/06/2022.

STJ, *CC Nº 206850/PI*, Min. Sérgio Kukina, Corte Especial do STJ, Decisão monocrática proferida em 07/08/2024.

STJ, *Conflito de Competência n. 151.130*, Rel. Min. Nancy Andrighi, Decisão monocrática, Diário da Justiça Eletrônico: 10/03/2017.

STJ, *EDcl no AgInt no AREsp n. 2.109.076/MG*, Rel. Min. Afrânio Vilela, 2ª Turma, Julgado em: 14/05/2024, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, 20/05/2024.

STJ, *Mandado de Segurança n. 1.123/DF*, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Seção, Julgado em: 1/12/1992, Diário da Justiça, Brasília, p. 4496, 22/03/1993.

STJ, *Mandado de Segurança n. 11.308/DF*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, Julgado em: 9/04/2008, Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 19/05/2008.

STJ, *MS n. 22.289/DF*, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Seção, Julgado em: 26/09/2018, Diário da Justiça Eletrônico: 25/10/2018.

STJ, *Reclamação 47.128/PI*, Reclamante Globaltask Tecnologia e Gestao S/A, Reclamado Governador do Estado do Piauí, Distribuição em: 28/02/2024.

STJ, *Reclamação n. 47.128/PI*, Min. Maria Thereza de Assis Moura, Presidência do STJ, Data: 12/03/2024.

STJ, *Recurso Especial n. 1.356.260/SC*, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, Julgado em: 7/02/2013, Diário da Justiça Eletrônico, 19/02/2013.

STJ, *Recurso Especial n. 303.806/RO*, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, Julgado em: 22/03/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 25/04/2005.

STJ, *Recurso Especial n. 490.726/SC*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Julgado em: 3/03/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 21/03/2005.

STJ, *Recurso Especial n. 606.345/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 17/05/2007, Diário da Justiça, Brasília, DF, 8/06/2007.

STJ, *Recurso Especial n. 612.439/RS*, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, Julgado em: 25/10/2005, Diário da Justiça, Brasília, DF, 14/09/2006.

STJ, *REsp n. 1.297.974/RJ*, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, Julgado em: 12/12/2012, Diário da Justiça Eletrônico: 19/06/2012.

STJ, *REsp n. 1.598.220/RN*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Julgado em: 25/06/2019, Publicado em 1/07/2019.

STJ, *REsp n. 1.894.715/MS*, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, Julgado em: 17/11/2020, DJe de: 20/11/2020.

STJ, *REsp n. 904.813/PR*, Rel. Min. Nancy Andrigli, Terceira Turma, Julgado em: 20/10/2011, Diário de Justiça Eletrônico, 28/02/2012.

STJ, *RMS n. 66.794*, Rel. Min. Francisco Falcão, 2ª Turma, Julgado em: 22/02/2022.

STJ, *Súmula 665*. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/sum_665_1secao.pdf. Acesso em: 09 nov. 2025.

STJ, *Suspensão de Liminar e de Sentença n. 2792*, Decisão do Ministro Presidente, 15/09/2020.

STJ. *AgInt no REsp n. 1.862.088/RS*, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, Julgado em: 29/11/2021, DJe de 2/12/2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo contratual*. Coleção Pareceres. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parecer apresentado nos autos do processo n° 0272141-64.2019.8.19.0001*. 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital. Data: 31/10/19.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. A Encampação na Concessão: Procedimento e Indenização. In: BACELLAR FILHO, Roberto Felipe (Coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). *Reflexões sobre arbitragem*: in memoriam do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TJPI, *Mandado de segurança n° 0764352-45.2023.8.18.0000*, 3ª Câmara de Direito Público do TJPI.

TJPI, *Processo 0763656-09.2023.8.18.0000*, 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Teresina-PI, Data desconhecida (processo sigiloso).

TJPI, *Processo n° 0753699-47.2024.8.18.0000*, Des. Jose Wilson Ferreira de Araujo Junior, 2ª Câmara de Direito Público TJPI, Data: 06/06/2024.

TJPI, *Processo n° 0753699-47.2024.8.18.0000*, Rel. Des. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior, 2ª Câmara de Direito Público TJPI, Acórdão proferido em 04/06/2025.

TJPI, *Processo n° 0759727-65.2023.8.18.0000*, Rel. José Wilson Ferreira de Araújo Júnior, 2ª Câmara Especializada Cível do TJPI, Decisão monocrática proferida em 29/10/2023.

TJPI, *Processo n° 0762651-49.2023.8.18.0000*, Rel. Des. Ricardo Gentil Eulálio Dantas, 6ª Câmara de Direito Público do TJPI, Decisão monocrática proferida em 30/10/2023.

TJPI, *Processo n° 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 24/11/2023.

TJPI, *Processo nº 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 07/12/2023.

TJPI, *Processo nº 0763656-09.2023.8.18.0000*, Des. José James Gomes Pereira, 2ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 17/12/2024.

TJPI, *Processo nº 0764352-45.2023.8.18.0000*, Decisão proferida pelo Des. Agrimar Rodrigues de Araújo, 3ª Câmara de Direito Público do TJPI, Data: 24/01/2024.

TJPI, *Processo nº 0835410-76.2023.8.18.0140*, 2ª Vara de Cível da Comarca de Teresina, Decisão proferida em 18/08/2023.

TJPI, *Processo nº 0856445-92.2023.8.18.0140*, 1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública de Teresina – TJPI, Data desconhecida (processo em segredo de justiça).

TJRJ, *Suspensão n. 0073605-13.2019.8.19.0000*, Presidência do Tribunal de Justiça. Fls. 182/201 dos anexos do processo eletrônico.

TRF1, *Processo nº 1000186-83.2024.4.01.3400*, Des. Federal Pablo Zuniga, 3ª Seção do TRF1, Data: 26/01/2024.

TRF1, *Processo nº 1000186-83.2024.4.01.3400*, Des. Federal Pablo Zuniga, 3ª Seção do TRF1. Data: 30/01/2024.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Repertório da prática brasileira do direito internacional público: período 1919-1940*. 2. ed. Apresentação do Embaixador Gilberto Vergne Saboia. Brasília: FUNAG, 2012.

WALD, Arnoldo. *O direito de parceria e a lei de concessões*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

WALD, Arnoldo. O regime legal dos custos financeiros no contrato cost-plus e na maxidesvalorização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro n. 155, s.ed., jan./mar., 1984.

A(o) autora(o) desta obra monográfica entregue ao final do curso declara, para todos os fins, ser este um trabalho inédito e autoriza o Departamento de Direito da PUC-Rio a divulgá-lo em qualquer meio, no todo ou em parte, resguardados os direitos autorais conforme legislação vigente. Informa, ainda, que o referido trabalho foi feito integralmente por ele (ela), respeitando o Direito Autoral de terceiros, sendo o (a) presente Autor(a) responsável única e exclusivamente por qualquer plágio ou uso de inteligência artificial que nele venha a ser identificado durante o semestre ou em outro momento futuro.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2025.