ORGANIZAÇÃO

Amanda Athayde • Maria Augusta Rost • Arthur Romano Arcuri • Vitor Veloso

ESTUDOS EM ARBITRAGEM

Privada e Pública, consensualidade e soluções alternativas de conflitos na Administração Pública

Autores

Amanda Athayde
André Cúrcio
André Luís Alvarenga Portella
Arthur Romano Arcuri
Catharina Oroso
Daniela Oliveira Rodrigues
Débora Lorena Freire Batista
Eduardo Tarifa de Carvalho
Elaine Perez
Eloah Scantelbury de Almeida
Helena Tavernard
Jefferson Austral
Kelly Oliveira de Araújo
Leandro Peixoto Medeiros
Leticiá Monteiro Heckheuer
Lucas Araújo de Castro
Lucas Silveira Pordeus
Maria Augusta Rost
Maria Augusta Vieira
Otávio Gomes Blank
Rafaela Krauspenhar
Renan Montadon Correia
Samuel Eugênio Melo Gontijo
Vítor Jardim
Vítor Veloso

UnB
UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

© 2026 ***Amanda Athayde, Maria Augusta Rost, Arthur Romano Arcuri e Vitor Veloso***

A responsabilidade pelos direitos autorais de textos e imagens dessa obra é dos autores.

1ª Edição

Elaboração e informações

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito / PPGD Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP: 70919-970 Brasília-DF, Brasil
Contato: (61) 3107-0718
Site: ppgd.unb.br
E-mail: fdunb.pos@gmail.com

Equipe técnica

Organização, diagramação e revisão: Amanda Athayde, Maria Augusta Rost, Arthur Romano Arcuri, Vitor Veloso

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Biblioteca Central da Universidade de Brasília – BCE/UNB)

E82 Estudos em arbitragem privada e pública, consensualidade e soluções alternativas de conflitos na administração pública / organização, Amanda Athayde … [et al.]. — Brasília : Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2026.
[532] p. : il. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-87999-20-7 (impresso).
ISBN 978-85-87999-19-1 (digital).

1. Arbitragem (Direito administrativo). 2. Administração pública. 3. Conflito - Administração. I. Athayde, Amanda (org.).

CDU 34

Heloiza dos Santos – CRB 1/1913

APRESENTAÇÃO

Amanda Athayde
Maria Augusta Rost

O livro "Estudos em Arbitragem Privada e Pública, Consensualidade e Soluções Alternativas de Conflitos na Administração Pública", organizado por Amanda Athayde, Maria Augusta Rost, Artur Romano Arcuri e Vitor Veloso, constitui uma obra coletiva abrangente que reúne artigos acadêmicos elaborados pelos alunos do Programa de Pós-graduação da Universidade de Brasília (UnB) sobre os mais relevantes e atuais temas relativos à arbitragem e aos métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil.

A obra está estruturada em três grandes partes.

A Parte 1, dedicada à Arbitragem Privada, aborda temas como a intersecção entre arbitragem, direito societário e concorrencial — incluindo a vinculação do Estado-acionista a cláusulas compromissórias em sociedades de economia mista —, a relação entre arbitragem e processos de recuperação judicial e insolvência transnacional, a participação de terceiros não signatários em procedimentos arbitrais no contexto de contratos de direitos de transmissão de partidas de futebol, e a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem.

A Parte 2, voltada à Arbitragem com a Administração Pública, examina questões centrais para a utilização da arbitragem em contratos administrativos: a arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de concessão, a arbitragem em concessões de saneamento, o reequilíbrio contratual em concessões de infraestrutura — com análise comparativa dos casos Viracopos (Brasil) e Autopista del Norte (Peru/CIADI) à luz da pandemia de COVID-19 —, o destino das liminares judiciais concedidas antes da constituição de tribunais arbitrais em concessões rodoviárias da ANTT, e a controvérsia sobre a aplicabilidade do regime constitucional de precatórios às sentenças arbitrais condenatórias contra a Fazenda Pública.

A Parte 3, dedicada à **Consensualidade e Soluções Alternativas de Conflitos na Administração Pública,** reúne artigos que exploram o paradigma do consensualismo na gestão de contratos públicos complexos. Destaca-se a análise detalhada da SecexConsenso do Tribunal de Contas da União — secretaria que, em menos de três anos de existência, recebeu 42 solicitações de solução consensual, das quais 83% no setor de infraestrutura, com 19 acordos homologados. A parte examina também os dispute boards como mecanismos de prevenção de litígios, a mediação institucionalizada no TCU como dimensão de acesso à justiça substancial, e o consensualismo administrativo como experiência institucional de controle externo.

A relevância da obra para o mercado brasileiro é significativa. No campo da arbitragem privada, o livro enfrenta questões de elevada complexidade prática, como a vinculação da União a cláusulas compromissórias estatutárias — tema que ganhou destaque após o julgamento do Conflito de Competência nº 151.130/SP pelo STJ, envolvendo a Petrobrás. Também aborda a crescente tensão entre arbitragem e recuperação judicial, em cenário de aumento expressivo dos pedidos de recuperação (alta de 69% em 2024 em relação a 2023).

No campo da arbitragem com o setor público, a discussão sobre precatórios — questão ainda não pacificada nos tribunais superiores — tem impacto direto na atratividade da arbitragem para investidores em infraestrutura. E no campo da consensualidade, a consolidação da SecexConsenso e a adoção de *dispute boards* representam a emergência de um novo modelo de gestão de conflitos na Administração Pública, orientado pela eficiência, pela segurança jurídica e pela redução da litigiosidade.

Em síntese, o livro oferece uma contribuição doutrinária relevante e atualizada, que dialoga com os principais precedentes jurisprudenciais, as reformas legislativas recentes e as inovações institucionais no campo da resolução de conflitos no Brasil, sendo de interesse para advogados, gestores públicos, reguladores e acadêmicos envolvidos com arbitragem, infraestrutura e Administração Pública.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO - Amanda Athayde e Maria Augusta Rost

PARTE 1: ARBITRAGEM PRIVADA

Arbitragem, Direito Societário e Concorrencial

- O Uso da Arbitragem como Remédio em Disputas Concorrenciais -Uma Análise à Luz dos Princípios da Primazia do Interesse Público, da Publicidade e da Confidencialidade a partir dos Precedentes do Cade. ***— Amanda Athayde e Vítor Veloso***

- Estado Acionista e Arbitragem Estatutária em Sociedades de Economia Mista - Consentimento, Competência e Arbitrabilidade em Litígios de Infraestrutura. ***— Renan Montandon Correia***

Arbitragem, Recuperação Judicial e Falência

- Arbitragem Internacional e Insolvência Transnacional - Lições da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento (UE) 2015/848. — ***Eloah Scantelbury de Almeida***

- Da Cláusula Arbitral no Plano de Recuperação Judicial - Limites e Viabilidade. — ***Eduardo Tarifa de Carvalho***

- Arbitragem em Cenários de Recuperação Judicial - Competência, Arbitrabilidade e os Parâmetros Fixados pelo STJ no REsp nº 2.163.463/SP ***— Leticiá Monteiro Hecktheuer***

Arbitragem e Esportes

- Participação de Terceiros Não-Signatários em Arbitragens Oriundas de Contratos de Negociação de Direitos de Transmissão de Partidas de Futebol. ***— André Luís Alvarenga Portella***

- Antitruste, Esportes, Fusões e Aquisições. ***— Amanda Athayde e Arthur Romano Arcuri***

- Arbitragem Desportiva e Direito da Concorrência. — ***Amanda Athayde e Arthur Romano Arcuri***

Terceiros e Extensão da Arbitragem

- Desconsideração da Personalidade Jurídica na Arbitragem - Hipótese de Extensão dos Efeitos da Cláusula Compromissória? ***— Helena Tavernard***

- A Arbitrabilidade de Matérias de Corrupção e o Papel do Tribunal Arbitral ***— Arthur Romano Arcuri, Lucas Araújo de Castro e Otávio Gomes Blank***

SUMÁRIO

PARTE 2: ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arbitrabilidade Objetiva e Convenções em Concessões/Serviços Públicos

- A Arbitrabilidade Objetiva de Sanções Administrativas Decorrentes de Contratos de Concessão - Caso Águas de Itu. ***— Elaine Perez***

- A Cláusula Compromissória em Contratos de Concessão de Serviço de Saneamento - Uma Análise do Caso SABESP. ***— Samuel Eugênio Melo Gontijo***

- Do Risco Contratual à Soberania Estatal - A Arbitragem e o Reequilíbrio Contratual na Era Pós-COVID – Uma Análise Comparada entre o Brasil e o Peru. ***— Daniela Oliveira Rodrigues***

- Arbitragem e mecanismos de Resolução de Disputas do Setor Portuário Brasileiro: Evolução, Desafios e Perspectivas - ***Maria Augusta Rost***

- Negócios Jurídicos Pré-Processuais como Estratégia Consensual de Gestão do Risco Fiscal Judicial - ***Catharina Peçanha Martins Oroso***

Arbitragem, Provas e Medidas de Urgência

- O Destino das Liminares Judiciais nas Arbitragens de Concessões Rodoviárias da ANTT ***— André Cúrcio***

Sentença Arbitral e Precatórios

- O Preço da Condenação - Arbitragem, Fazenda Pública e a Incidência do Regime de Precatórios. ***— Leandro Peixoto Medeiros e Lucas Silveira Pordeus***

- Entre a Jurisdição Estatal e a Jurisdição Arbitral - A Travessia das Sentenças Arbitrais pelo Regime Constitucional dos Precatórios. ***— Rafaela Krauspenhar***

PARTE 3: CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS DE CONFLITOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

- O que Dizem os Acordos e os Não Acordos na SecexConsenso? — ***Amanda Athayde e Maria Augusta Viegas***

- Análise da Heterodoxia das Soluções Adotadas nos Processos de Solicitação de Solução Consensual do Setor Ferroviário no Âmbito do Tribunal de Contas da União. — ***Jefferson Austral***

- Consensualismo Administrativo e Controle Externo - A SecexConsenso como Experiência Institucional no Tribunal de Contas da União. ***— Vitor Jardim Machado Barbosa***

- Administração Pública Consensual - Acesso à Justiça Substancial e Mediação no Tribunal de Contas da União. ***— Débora Lorena Freire Batista***

Dispute Boards e Mecanismos de Prevenção de Litígios

- A SecexConsenso na Promoção de Dispute Boards. ***- Kelly Oliveira de Araújo***

PARTE 1

ARBITRAGEM PRIVADA

Arbitragem, Direito Societário e Concorrencial

O USO DA ARBITRAGEM COMO REMÉDIO EM DISPUTAS CONCORRENCIAIS: UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PRIMAZIA DO INTERESSE PÚBLICO, DA PUBLICIDADE E DA CONFIDENCIALIDADE A PARTIR DOS PRECEDENTES DO CADE

Amanda Athayde[1]

Vítor Veloso[2]

RESUMO

O artigo realiza o panorama de quase uma década de precedentes do Cade, buscando elencar e esmiuçar os processos em controles de operações econômicas em que a arbitragem foi utilizada como instrumento de resolução de disputas no contexto concorrencial.

Para além de uma pesquisa meramente quantitativa, sistematizando e elencando os precedentes apresentados em uma perspectiva histórico-evolutiva, analisou-se a fundo as fundamentações, contextos e motivos que levaram a cada uma das redações das cláusulas arbitrais.

A partir desta análise ampla sobre os precedentes relevantes analisados, fez-se o questionamento fundamental da pesquisa: às cláusulas e aos procedimentos arbitrais firmados junto ao Cade aplicam-se os principais basilares da Administração Pública? Se sim, os precedentes do Cade observam esses fundamentos?

A interface entre o Direito Antitruste e os princípios da Administração forma o prisma analítico desta pesquisa, que revisa tema sensível na jurisprudência

---

[1] Professora adjunta na UnB de Direito Empresarial, Concorrência, Comércio Internacional e Conformidade, consultora na Pinheiro Neto. Doutorado em Direito Comercial pela USP, bacharela em Direito pela UFMG e em administração de empresas com qualificação em comércio exterior pela UNA, ex-aluna da Université Paris I - Panthéon Sorbonne, autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e capítulos de livros nas áreas de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, conformidade e acordos de indulgência, Combate à corrupção, defesa comercial e interesse público.

[2] Advogado. Atua nas áreas de Direito Concorrencial, Arbitragem, Cível e Empresarial. Monitor de Pós-Graduação na Universidade de Brasília (UnB). Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisador laureado pela FAP-DF e bolsista do CNPq. Ex-diretor do Grupo de Estudos em Direito Comercial, Empresarial e Arbitragem (GEA/UnB). As opiniões dos autores são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais estejam vinculados.

concorrencial nacional. A partir deste ponto de vista, considerações são feitas sobre os efeitos destas cláusulas os mercados afetados, a garantia do acesso à prestação administrativa, entre outros pontos relevantes.

Palavras-chave: Arbitragem; Antitruste; Remédio Concorrencial; Acordo em Atode Concentração; Princípios da Administração Pública.

1. INTRODUÇÃO: UM PANORAMA DA RELAÇÃO ENTRE ANTITRUSTE E ARBITRAGEM

Desde 2014, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão nacional de proteção da concorrência, tem utilizado em poucos, porém qualificados precedentes, a arbitragem como método de resolução de disputas concorrenciais. O uso desse "remédio", ou seja, método de conformação da operação econômica (também denominada ato de concentração) à legislação concorrencial pátria, é na realidade um compromisso feito pelas partes notificantes ao Cade, garantindo a viabilidade legal da operação submetida a análise.

Conforme será esmiuçado ao longo deste artigo, o uso da arbitragem enquanto remédio concorrencial tem função singular, sendo aplicado principalmente em operação que já se há um conhecimento prévio acerca da possibilidade de condutas anticompetitivas, em especial a discriminação contra concorrentes.

Todavia, antes de adentrar nos casos em si, para entender o uso dessa medida no Cade, é preciso retornar às bases de ambos os ramos do Direito analisados. Isso porque essas não poderiam ser mais distintas entre si, apesar do Antitruste estar contido no Administrativo (e intersecções).

Um remédio concorrencial nada mais é do que uma condição de aprovação para aprovação de um ato de concentração. Esses remédios são impostos por meio de Acordos em Atos de Concentração (os ACCs) (CADE, 2018). E são esses acordos que serão a principal fonte de análise para o presente artigo.

É, a priori, difícil conceber que "confidencialidade" e "publicidade", "autonomia da vontade" e "legalidade", "celeridade" e "auditabilidade", alguns dos princípios basilares dos microssistemas do Direito da Concorrência e do Administrativo, respectivamente, sejam conviventes em um mesmo procedimento.

Mais relevante, entretanto, que apenas chegar à consideração abstrata que existem pontos de tensão principiológica entre esses temas, é observar evidentemente como se dá a aplicação da arbitragem dentro do sistema concorrencial. Se, efetivamente, a autoridade concorrencial é capaz de sopesar as características de cada procedimento e se isso de fato é uma preocupação ao se tomar tal decisão.

Sobre a arbitrabilidade do Direito da Concorrência, Isabel Vaz (VAZ, 2024) disserta acerca da evolução histórica do uso da arbitragem no Direito Concorrencial brasileiro e internacional, sob a égide da análise da arbitrabilidade objetiva e subjetiva da matéria. Seu entendimento é de que questões antitrustes podem ser arbitradas, entendendo que há um movimento internacional (em especial na OCDE[3], União Europeia[4] e Estados Unidos[5]) de alargamento do escopo da arbitragem. Nesse sentido, ressalvada a competência judicial e o objeto principal do antitruste (a preservação da concorrência) e o prestígio ao detentor de seus direitos (a coletividade, isso na ótica brasileira), é possível a arbitragem.

Entendendo que o uso da arbitragem no Brasil como remédio concorrencial faz parte de uma tendência mais ampla, que inclusive conta com precedentes e fundamentações legais estrangeiras, passa-se a análise de tais cláusulas.

2. AS CLÁUSULAS ARBITRAIS APLICADAS PELO CADE

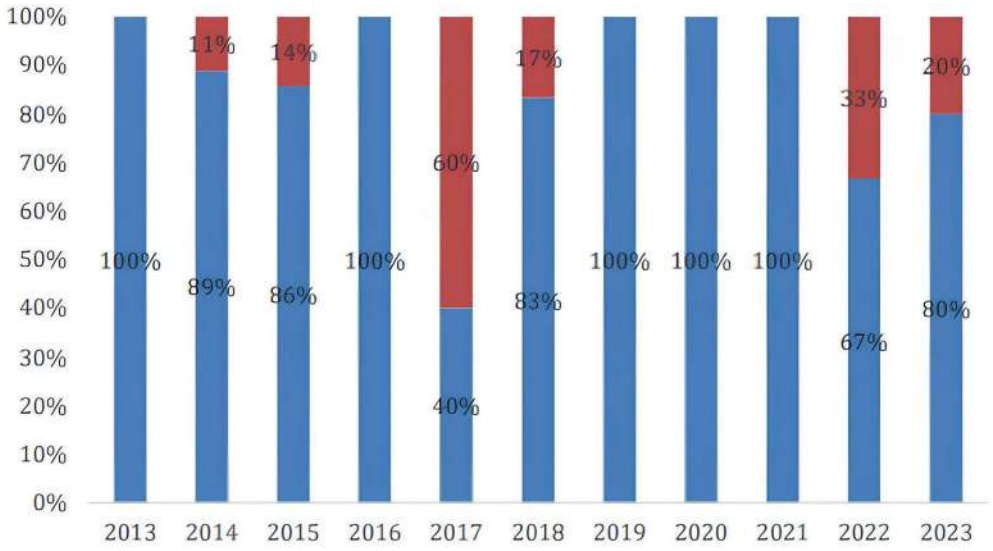
[3]Inclusive, a questão já foi objeto de estudo por parte da OCDE (OCDE, 2010), que não apenas demonstrou que as duas matérias não são estranhas entre si, mas que podem (e devem) interagir com fins de dar mais efetividade às decisões dos órgãos antitruste dos países associados.

[4] Um caso pivotal (que teve como base a construção de jurisprudência nos EUA) foi o Caso Eco/Swiss, ainda mencionado como um precedente relevante na matéria. Nesse caso, a Corte Europeia de Justiça entendeu que, apesar de ser inegável que o Direito da Concorrência faz parte do "núcleo duro" de um sistema legal, portanto parte de sua "política pública", isso por si só não justifica uma postura "maximalista" do Tribunal. Em outras palavras, mesmo que se trate de matéria de interesse público, o tribunal, ao revisar sentença arbitral que verse sobre esse tema, deve manter uma análise de não intervenção no teor da decisão do tribunal arbitral, permanecendo adstritos às hipóteses de não execução previstas em tratados internacionais.

[5] O campo para o debate entre Direito Concorrencial e arbitragem nos Estados Unidos, jurisdição pioneira no tema, é muito fertil. A relação entre esses dois ramos do Direito foi objeto de decisão levantada em cortes federais inferiores ainda nos anos 70. Com parte da doutrina *American Safety*, cortes entendiam que o Direito da Concorrência não era uma matéria passível de arbitragem por ser questão de "política pública", portanto uma questão de arbitrabilidade objetiva. Entretanto, ao analisar o Caso Mitsubishi, em 1985, a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a arbitragem pode ser utilizada para a resolução de litígios concorrenciais, sempre reforçando a necessidade de cláusula compromissória no contrato firmado entre as partes que buscam a resolução do litígio concorrencial, com ênfase no entendimento que a arbitragem em questão trata- se de dever contratual, não de *enforcement* administrativo (HEILIG, 1986).

Importante ressaltar, antes da análise das cláusulas arbitrais, que não se nega nem se desconhece o fato do uso da arbitragem enquanto remédio concorrencial ser significativamente menor do que outras medidas de recorridas pelo Cade. Conforme descreve Isabela Maiolino, o uso desse remédio foi percebido nos precedentes do Cade entre 2014 e 2023, com uma disparada de casos em 2017. A ver:

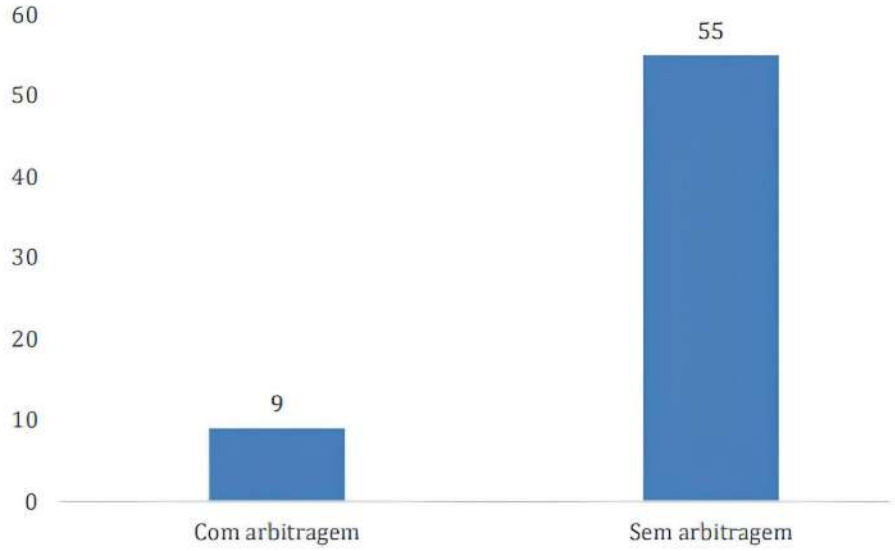
Figura 1 - Uso de arbitragem naaplicação de remédios (por ano) Fonte:



Maiolino, 2024

Entretanto, se comparado com o número total de ACCs firmados pela Autoridade, o uso da arbitragem torna-se reduzido. Menciona-se a mesma autora:

Figura 2 - Previsão de arbitragemna aplicação de remédios



Fonte: Maiolino, 2024

O que se verá ao longo deste artigo, entretanto, que o uso da arbitragem, apesar de "pontual", ocorre em casos de ampla repercussão econômica, alta complexidade concorrencial e, principalmente, singular litigiosidade entre terceiros e requerentes, e entre os próprios requerentes em alguns casos específicos.

Delimitada qual a origem e ocorrências das cláusulas arbitrais utilizadas pelo Cade e possíveis pontos de tensão, cabe o relevante questionamento: qual é a função das cláusulas arbitrais neste instrumento concorrencial? Como é seu processo de redação? O que influencia na escrita de cada cláusula? Essa resposta varia muito a depender do caso analisado, já se revelando uma característica essencial destas cláusulas: essas são redigidas caso a caso pela autoridade concorrencial, não se observando o padrão de redação indicado pelas câmaras às quais faz menção, isso quando essa menção ocorre.

2.1. Caso Fosbrasil (2014)[6]

Foi negociado um ACC entre as partes e o Cade, encabeçado pela conselheira-relatora Ana Frazão, dadas as preocupações sobre a capacidade discriminatória de players terceiros no mercado de insumo amplamente utilizado na indústria nacional. Durante as discussões do termo do ACC, um dos pontos principais de discussão seria como evitar a possível discriminação de agentes terceiros do mercado.

Apesar dessa possibilidade ter sido reconhecida e ser uma preocupação concorrencial, existiam preocupações e dúvidas quanto à viabilidade da autoridade monitorar o comportamento das requerentes, e consequentemente fazer valer a sua decisão sem incorrer em mora inaceitável para o mercado ou ônus materiais significativos para o Cade, o que inclusive poderia incorrer em perigoso precedente para a autoridade.

Portanto, a maneira que se encontrou de analisar, caso a caso, o pleito das terceiras interessadas de possível aplicação de preço discriminatório foi por meio do estabelecimento de cláusula arbitral. Entendeu-se que esse tipo de intervenção resultaria em elevado ônus de monitoramento à autoridade concorrencial.

---

[6] AC nº 08700.000344/2014-47. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda., ICL Brasil Ltda., Vale Fertilizantes S.A. Aprovado com restrições em 10/12/2014.

Mesmo não constando no voto da conselheira Frazão, existe também outra justificativa para considerar apropriada a cláusula arbitral no ACC (e nos ACCs e TCCs em geral): uma intervenção da autoridade seria impertinente à sua missão institucional de adjudicar o litígio concorrencial de maneira ampla e visando uma regulação de mercado (e não casuística). Ou seja, despender esforços do Cade para julgar todos os pleitos de agentes de mercado que podem estar sendo maculados por uma pretensa violação à sua decisão é transformar o Cade em verdadeira câmara de resolução de lides privadas.

A definição do "como" para a defesa da concorrência está posta e cabe aos indivíduos realizarem. Por óbvio, a ciência por parte do Cade sobre submissões ao tribunal arbitral é essencial, inclusive para tomar medidas quanto a revisão do ACC e apuração se ocorreram possíveis ilícitos concorrenciais (inclusive a submissão ou não de terceiros a arbitragem é objeto de mapeamento pela ProCade em seus pareceres de acompanhamento de decisão), porém saber se a empresa "A" ou "B" teve ou não determinado valor aceito para o pagamento relativo a compra de ácido fosfórico (utilizando o exemplo do caso em tela, mas podendo ser qualquer outro mercado relevante afetado por operação regulada por instrumento negociado) é irrelevante do ponto de vista concorrencial.

Diversos pontos de primeira relevância podem ser retirados do voto: qual a função do tribunal arbitral, quais as incompetências do árbitro, quais é a extensão dos seus poderes, como o Cade e o árbitro se relacionam, como funciona o financiamento dessas disputas, a possibilidade de uma renúncia dos poderes do Cade em prol do tribunal arbitral, entre outros pontos que serão aprofundados.

Entretanto, afirma-se de plano que as feições dadas pelo Cade nesta oportunidade moldaram e moldam a prática da autoridade na redação das cláusulas arbitrais até hoje, tanto nos seus inúmeros pontos positivos, quanto nos seus pontos controvertidos.

Os pontos mais relevantes que podem ser observados nesse texto são as referências à observância de boa-fé do terceiro no uso do mecanismo arbitral (sob pena de ter que arcar com os custos a ele associados), à necessidade que o Cade indique a compromissária a necessidade do procedimento arbitral (realizando uma espécie de juízo de admissibilidade de quais lides são submetidas ou não à arbitragem). Não há menção a vinculação ao Cade ou de outras agências reguladoras envolvidas no procedimento ao resultado da arbitragem, distinção essa que será de alta relevância em redações a serem analisadas em outros precedentes, conforme se verá.

É possível perceber, ainda, que nesse primeiro experimento realizado pelo Cade, não se trata propriamente de uma cláusula compromissória, por não conter elementos mínimos necessários para o desenvolvimento desta: indicação de como se dará o procedimento (*ad hoc* ou por câmara arbitral), número de árbitros, sede da arbitragem, legislação aplicável, entre outros. Portanto, é válido o questionamento se não poderia ser considerada uma cláusula vazia ou de outro mecanismo de resolução de disputas que não propriamente a arbitragem.

É de esperar que a cláusula conte com defeitos, mas mais relevante é analisar como estes foram ajustados ao longo dos precedentes do Cade. Ana Sofia Signorelli e César Pereira também comentam sobre a matéria, na análise histórica das cláusulas do Cade ao tratarem que: "Esse modelo inicialmente precário evoluiu para a adoção de cláusulas arbitrais cheias" (SIGNORELLI, PEREIRA, 2023), sendo que as cláusulas presentes nos ACCs já poderiam ser consideradas como cheias desde a sua primeira edição.

Por outro lado, há relevantes indicações acerca das custas da arbitragem, que geralmente são objeto de minúcias pelos próprios regulamentos das câmaras arbitrais. Isso demonstra que, desde cedo, há uma preocupação patente da autoridade em evitar que o remédio arbitral previsto nos instrumentos negociados seja instrumentalizado por parte de terceiros de má-fé.

2.2. Caso Rumo (2015)[7]

O precedente Rumo é particularmente interessante para os fins da análise desta pesquisa. Isso porque a operação foi incorporada pela Rumo das ações da América Latina Logística foi aprovada pelo Cade mediante aprovação de ACC que previa a solução arbitral para pleitos de terceiros ante possíveis práticas discriminatórias.

Além dos pontos de atenção inerentes à redação do ACC que merecem análise própria, como o estabelecimento de prazo máximo para a conclusão do procedimento arbitral, a partir deste ACC ocorreu a abertura de PA por descumprimento de seus termos.

O Processo Administrativo[8] foi instaurado a partir de representação formulada pela Agrovia S.A. contra a Rumo. A representante alegou práticas anticoncorrenciais consistentes em descumprimento do ACC, especialmente no que tange a vedação a conduta discriminatória no mercado de logística ferroviária.

O PA foi encerrado com a conclusão de ocorrência de conduta discriminatória das ora representadas, então requerentes, contra a Representante, com a aplicação de multa, reconhecimento de violação do ACC e estabelecimento de outras obrigações secundárias.

Feita essa remissão, é importante ainda ponderar que houve submissão ao tribunal arbitral previsto por parte da Agrovia, que geraram o Procedimento Arbitral CAM-CCBC 19/2023, que, dadas as limitações no acesso à informações, não será feita a análise do conteúdo do procedimento per si.

2.3. Caso Companhias Aéreas (2017)[9]

A operação consiste em um acordo de negócio conjunto entre empresas aéreas no mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas Europa-América do Sul. Tratava-se de um acordo de "neutralidade de aeronaves", em outras palavras, um contrato associativo para determinadas rotas aéreas operadas pelas Requerentes.

Em linha com o que foi decidido nos casos anteriores, tem-se a constatação de dificuldade por parte do Cade para monitorar o cumprimento desse aspecto o ACC, bem como a possibilidade de autoridade de rever a decisão arbitral em um pleito paralelo, estabelecendo o tribunal, em alguma medida, como um juízo de admissibilidade da demanda proposta por terceiro. O cenário acerca dos acordos mencionados também é interessante, uma vez que se trata de uma discussão privada que pode, por natureza, ter impactos concorrenciais pelo funcionamento específico do mercado. No Caso Companhias Aéreas, ocorreram alterações significativas acerca da redação do remédio arbitral.

Primeiramente, há a menção a necessidade de autorização por parte do Cade em relação à instauração do procedimento arbitral. No Caso Fosbrasil já havia essa previsão, entretanto há no Caso Companhias Aéreas a especificação do que deve ser feito por parte do terceiro que deseje a instauração do processo arbitral: remeter ao Cade as tentativas de negociação a termos não discriminatórios, e oportunizando as compromissárias a apresentar contra-argumentos à autoridade. Veja-se, desta designação, retiram-se três ideias essenciais: (i) há o "embrião" de uma cláusula escalonada, em que é necessário comprovar uma tentativa de autocomposição antes da instauração da arbitragem; (ii) o Cade, expressamente, deve realizar juízo de admissibilidade quanto às causas que podem ou não ser adjudicadas via arbitragem; e (iii) o Cade pode exercer juízo avaliativo sobre o mérito da decisão do tribunal arbitral.

---

[7]AC n° 08700.005719/2014-65. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Aprovado com restrições em 12/02/2015.

[8] PA n° 08700.005778/2016-03. Representadas: Agrovia S.A e Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. Condenação em 10/11/2021.

[9] AC n° 08700.004211/2016-10. Requerentes: TAM Linhas Aéreas S.A., Iberia Líneas Aéreas de Espana, S.A. Operadora, Sociedad Unipersonal e British Airways Pico. Aprovado com restrições em 08/03/2017.

Outro ponto de atenção é necessário, principalmente ao analisar-se a cláusula III.11.4. *A priori*, poderia entender-se que a estipulação da arbitragem neste ACC não indicou quais seriam os árbitros do procedimento (nem assim poderia, uma vez que a indicação nominal de arbitra na cláusula arbitral é uma causa patente de patologia da cláusula arbitral)

É imperativo ressaltar também a redação da cláusula III.11.6, em que o Cade poderá não se vincular à decisão do tribunal arbitral para formar seus próprios convencimentos. De fato, não resta claro apenas da leitura da mencionada passagem se a intenção das partes que redigiram o instrumento seria estabelecer uma instância recursal do tribunal arbitral.

Além disso, é interessante mencionar a primeira estipulação acerca do tempo do procedimento, 3 meses, conforme previsto na cláusula III.11.5 do ACC. Por óbvio, um dos pontos mais interessantes para o uso da arbitragem como remédios concorrenciais é a necessidade de respostas rápidas a litígios complexos, dada a natureza dinâmica dos mercados, que por muitas vezes (como no caso em tela) devem ser ao analisadas a partir de um arcabouço regulatório específico que nem a própria autoridade antitruste pode ter a expertise necessária, ainda que os conflitos regulados pelos ACCs tenham teor primariamente concorrencial.

Sobre esse tema, lança-se uma reflexão acerca da efetividade desta cláusula: segundo Selma Lemes, em 2019 (pesquisa quantitativa mais próxima da data de assinatura do ACC, que foi firmado em 2014) o tempo médio de um procedimento arbitral eram de 18,8 meses, na melhor das hipóteses, 14,3 meses considerando procedimentos na CAM-CCBC, câmara mais ágil à época (LEMES, 2019).

Ainda que se considere que há uma drástica redução no escopo da arbitragem no presente caso, o tempo estipulado pela cláusula firmada entre o Cade e as compromissárias parece especialmente reduzido para a prolação de uma sentença arbitral coerente. Essa faceta do procedimento arbitral no Cade foi objeto de alteração, como será demonstrado ao analisar outros instrumentos negociados.:

2.4. Caso B3 (2017)[10]

Nesse caso, no mesmo ano da publicação do voto do Caso das Companhias Aéreas, tratava-se de fusão que resultou na união das atividades da BVMF e da CETIP, que deu origem a Brasil, Bolsa, Balcão ("B3").

Sabidamente, o caso foi marcado por constantes conflitos entre as Requerentes e terceiros interessados, como amplamente noticiado à época (O GLOBO, 2017).

Pode-se considerar essa cláusula arbitral como um ponto de inflexão na prática do Cade. Apesar de manter alguns pontos relevantes de precedentes, como a deferência do tribunal às decisões do Cade, a própria conselheira-relatora assume que "o diabo mora nos detalhes" e que, portanto, a autoridade concorrencial passaria a dar mais ênfase sobre como e com quais objetivos o processo arbitral deveria se desenrolar. Menciona-se como diferenciação a redações anteriores: a menção expressa a outros reguladores, como a Comissão de Valores Mobiliários e o Banco Central; prazos máximos e mínimos para a execução de atos processuais, bem como para o deslinde da lide; regra de composição do tribunal arbitral; e menção expressa a Lei n° 9.307/96. Tais diferenciações já eram parte da expectativa de litígios oriundos da operação.

O Caso B3 demonstra um avanço ainda mais significativo quando comparado ao Caso Companhias Aéreas, principalmente no que tange aos aspectos técnicos na redação da cláusula, garantindo que esta não possa ser considerada vazia, como no Caso Fosbrasil. Rememora-se, o Caso B3 contava com possibilidade ampla de litígio, e essa pode ser uma das razões que geraram no Cade especial atenção para a redação da cláusula.

Entre os avanços notáveis estão: (i) indicação de câmara arbitral responsável pelo procedimento e, consequentemente, com regulamento próprio aplicável; (ii) indicação ampla de número de árbitros a disputa, não vinculando a indivíduo específico e; (iii) irrecorribilidade da decisão arbitral expressa, referente as Compromissárias.

---

[10] AC n° 08700.004808700.004860/2016-11. Requerentes: BM&FBovespa S.A. - Bolsa de Valores, Mercadorias e Futuros e CETIP S.A. - Mercados Organizados. Aprovação com restrições em 27/03/2017.

2.5. Caso Warner/AT&T (2017)[11]

A operação, também com votos no ano de 2017, tal qual as duas outras analisadas anteriormente, versava sobre a aquisição do controle unitário da Warner pela AT&T. A lide no presente caso se estabeleceu no que tange a possível discriminação da Warner frente a outros operadores de TV por assinatura, dada a integração vertical em seu grupo econômico.

Portanto, percebe-se que dois pontos foram objeto de evolução: considerasse o tribunal arbitral com um reforço, mas não um substituto nem a última instância da análise da questão concorrencial e, considera-se os custos atinentes a arbitragem como uma questão a ser considerada, prevendo alocação de custos para a compromissária de modo a não coibir o ajuizamento de pleitos, ressalvados os casos de má-fé e enganosidade.

Existem, vale ressaltar, pontos de alta relevância que foram objeto de inovação no Caso Warner/AT&T.

Primeiramente, há a diferenciação do número de árbitros pelo valor da causa. Até R$7.000.000,00 (sete milhões de reais), a causa deve ser arbitrada por apenas um árbitro, mais do que isso, devem ser 3 os adjudicadores da questão e (em requisito cumulativo) que a própria câmara entenda que se trate de disputa complexa.Vê-se uma remissão ao que é atualmente denominado de "arbitragem expedita", com procedimentos simplificados para lides de menor complexidade.

Outro ponto interessante é acerca do processo de nomeação dos árbitros, que foi alocada a decisão da própria câmara, a partir de, no mínimo, listas de nomes indicados pelas partes, com possibilidade de estas vetar um dos nomes indicados pela câmara ou pelos co-árbitros.

---

[11] AC n° 08700.001390/2017-14, Requerentes: Time Warner Inc. e AT&T Inc. Aprovado sem restrições em 23/10/2017.

Há também uma relevante diferença em relação ao prazo do procedimento: se antes, o prazo era de três meses para o deslinde da questão, impreterivelmente, neste caso utilizou-se o termo "preferencialmente" em um prazo significativamente maior, seis meses. Além disso, ainda foi possibilitado ao tribunal arbitral prorrogar o prazo para a prolação da sentença caso houvesse circunstâncias excepcionais que assim exigirem. Há, portanto, uma diferença significativa no prazo total do instrumento quando comparado a casos anteriores: se antes o prazo máximo previsto para a resolução da lide era de 3 meses; prevê-se um prazo máximo total ordinário de 9 meses, contando o tempo de negociação e mediação esperado.

Outro ponto relevante é acerca da restrição à admissibilidade de provas. A arbitragem deve observar apenas provas documentais, sendo verdadeiras audiências "com especialistas e testemunhas". Essa vedação tem como sustentação a interpretação já ventilada que o Cade, ao utilizar-se da arbitragem, busca dar mais efetividade a sua decisão, sem necessidade de entrar na minúcia de cada pleito, reduzindo assim seus custos de monitoramento. Portanto, tendo em vista a restrição do direito nesses debates e a necessidade de respostas céleres, constante ponto de atenção da autoridade, a restrição encontra-se fundamentada e justificada.

O mais interessante que se pode ressaltar, dentre os casos analisados até o momento, é que desde a assinatura do instrumento negociado no Caso Fosbrasil até o ACC do Caso Warner/AT&T decorreram apenas 3 anos. Em um curto período de tempo, a autoridade passou de um caso em que se ventila a tese de possível cláusula compromissória vazia para uma cláusula complexa, escalonada, e utilizando-se de modernas técnicas de resolução de conflito pela via arbitral.

2.6. Caso Petromex (2018)[12]

A Operação proposta envolve a aquisição, pelo Grupo Petromex, de subsidiária da Petrobras. A questão concorrencial em questão era o possível fechamento de mercado decorrente da integração entre as requerentes no mercado de insumo derivado do petróleo.

O caso foi inovador, seja na proposição do ACC pelas requerentes, na integração das discussões do caso com a política antidumping nacional (inclusive com comunicação aos órgãos de governo relevantes para a possível revisão desta medida), bem como acerca das peculiaridades do mercado em questão.

---

[12] AC nº 08700.004163/2017-32. Requerentes: Grupo Petrotemex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Aprovada com restrições em 15/02/2018.

Entretanto, é restrito do ponto de vista da análise da cláusula arbitral, seja na sua redação ou na sua justificativa. Tampouco há redação pública da cláusula arbitral. Portanto, resta prejudicada a análise qualitativa desse precedente.

Ressalta-se que essa é a única menção pública a solução via arbitral no ACC. A partir dele, nada pode-se presumir sobre o andamento do procedimento arbitral, caso este tenha ocorrido, sem o risco de incorrer em erros factuais. Portanto, passar- se-á a próxima cláusula, mais relevante para a análise proposta.

2.7. Caso Oi Móvel (2022)[13]

A operação envolvia a aquisição pela Claro, Telefônica e Tim da totalidade das ações de emissão de 3 (três) sociedades de propósito específico da Oi, que se encontrava em recuperação judicial. As SPEs eram relativas às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi ("Oi Móvel"), conforme previsto e expressamente autorizado pelo aditamento ao plano de recuperação judicial da Oi aprovado pela assembleia geral de credores e homologado pelo Juízo da Recuperação.

A controvérsia do caso era a concentração que essa transferência geraria entre as empresas, sendo essas oligopolistas no mercado de telecomunicações. As disputas eram acerca da efetividade dos remédios concorrenciais negociados, dada a alta concentração do mercado, em que os compradores passariam de 95% a 98% do mercado de telefonia móvel no país.

Interessante destacar que muito menos analisou-se ou justificou-se as funções e procedimentos a serem seguidos pelo tribunal arbitral. Pode-se argumentar, e com razão, que a cláusula arbitral presente nesse caso foi uma das mais completas e descritivas já adotadas pelo Cade, o que escusava maiores explicações.

Complementando, por ser a oitava cláusula arbitral firmada pelo Cade até então em um período de 7 anos, já se tem um entendimento maior da autoridade sobre o que se espera do tribunal arbitral, quais são os limites para uma atuação pertinente e sua atuação em conjunto do trustee de monitoramento. Ou seja, há uma naturalização do uso da arbitragem como meio de fazer valer as decisões do Cade, o que não se via anteriormente em outros votos.

---

[13] AC nº 08700.000726/2021-08. Requerentes: Tim S.A., Telefônica Brasil S.A., Oi S.A. e Claro S.A. Aprovada com restrições em 21/02/2022

Dentre as diferenças relevantes tem-se: (i) menção expressa ao termo "mediação", a ser realizada antes da formação do tribunal arbitral e tendo o *trustee* como mediador; (ii) alteração no prazo de mediação de 3 meses para 30 dias; (iii) vedação ao uso da solução arbitral quando o valor da causa for menor que R$1.000.000,00;e (iv) sem prazo máximo nem estimado para a conclusão do procedimento arbitral, apenas previsão para que seja observada razoabilidade.

As distinções presentes aparentemente representam ajustes finos ante a solução arbitral firmada no Caso Warner/AT&T, como a redução de prazo que pode ser considerado muito elevado para a resolução negociada, sem vinculação de prazo específico para o tribunal arbitral e criação de limite financeiro para o uso da arbitragem, evitando que partes busquem solução arbitral para disputas alheias ou irrelevantes ao firmado no ACC.

2.8. Caso Reman (2022)[14]

O caso consistia na aquisição, pela Reman, de refinaria da Petrobrás. A operação envolvia o mercado de refino de petróleo e se inseria no contexto de outro TCC firmado entre Petrobras e o Cade, em que foi acordada a venda de oito refinarias da Petrobras, dentre elas a Reman.

O litígio no caso em questão era voltado à intervenção de terceiras na Operação, que alegaram que haveria preocupante sobreposição horizontal. Esse problema concorrencial era agravado diante da verticalização do pós-operação.

Primeiramente, não mais existe menção a câmara arbitral específica. Nos dois casos anteriores, a câmara escolhida foi a CAM-CCBC, mesmo sem haver nenhuma justificativa objetiva para tanto, como já objeto de reflexão anterior. No presente caso, dá-se às partes a faculdade de escolher uma das câmaras homologadas pelo Núcleo Especializado de Arbitragem da Advocacia-Geral da União. O processo de credenciamento, regulado pela Portaria Normativa AGU n° 75/2022[15], já resultou na habilitação de cinco câmaras arbitrais, até o momento[16]. Tal aprimoramento técnico

[14] AC n° 08700.006512/2021-37. Requerentes: REAM Participações S.A. e Petróleo Brasileiro S.A. Aprovada com restrições em 05/09/2022.

[15] Dentro da Portaria, o processo de credenciamento de câmara arbitral é previsto pelo Art. 39. O Art. 39, IV é de ampla importância para o credenciamento da câmara arbitral junto à AGU, e portanto sua indicação como câmara para está e outras cláusulas arbitrais firmadas pelo Cade. É esse inciso que exige que as câmaras observem o princípio da publicidade nos procedimentos que envolvem a administração pública e, consequentemente, gera as citações expressas a esse princípio nas cláusulas compromissórias, como ocorre na cláusula modelo da CAM-CCBC, já mencionado anteriormente. Cita-se a redação do Art. 39:

"Art. 39. O Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União poderá credenciar câmaras arbitrais nacionais e estrangeiras que declarem e comprovem o atendimento cumulativo aos seguintes requisitos:

I - estar em funcionamento regular como câmara arbitral, no Brasil ou exterior, há, no mínimo, 3 (três) anos;
II - ter reconhecidas idoneidade, competência e experiência na condução de processos e procedimentos arbitrais;
III - possuir regulamento próprio, disponível em língua portuguesa;
IV - comprometer-se a respeitar o princípio da publicidade nos processos arbitrais de que trata o Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019, de acordo com a legislação brasileira;
V - comprometer-se a administrar processos arbitrais no Brasil, em língua portuguesa;
VI - responsabilizar-se pela designação de espaço e agenda disponíveis para a realização de audiências, e outros atos, na cidade sede da arbitragem ou, eventualmente, em outras localidades; e
VII - comprometer-se a, no caso de pagamento de honorários de árbitros por hora trabalhada, apresentar relatório detalhado das funções exercidas e das horas trabalhadas, sendo vedado o pagamento de horas não trabalhadas.

§ 1º O requisito previsto no inciso I do caput poderá ser comprovado mediante cópia dos atos constitutivos da câmara arbitral ou por qualquer outro meio que ateste seu regular funcionamento pelo prazo exigido.
§ 2º O requisito de idoneidade previsto no inciso II do caput será comprovado por declaração, na forma do Anexo desta Portaria Normativa, de que possui reconhecida idoneidade no mercado e que não possui contra si e seus dirigentes, no país ou no exterior, condenação em processo administrativo ou judicial por ilícito contra a Administração Pública.
§ 3º Os requisitos de competência e experiência previstos no inciso II do caput serão comprovados demonstrando-se, na forma do Anexo desta Portaria Normativa:

I - ter administrado, no mínimo, 3 (três) processos arbitrais que envolvam a Administração Pública federal, estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta ou ente de Estado estrangeiro, ainda que não sentenciados; e
II - ter administrado, no mínimo, quinze processos arbitrais, nos últimos doze meses, ainda que não iniciados ou sentenciados no referido período, sendo pelo menos um com valor de causa superior a R$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).
§ 4º O requisito previsto no inciso III do caput será comprovado mediante apresentação de cópia do regulamento.
§ 5º O requisito previsto no inciso IV do caput será comprovado mediante declaração na forma do Anexo desta Portaria Normativa e implicará concordância com a disponibilização de acesso aos atos já documentados no processo, quando requerido por qualquer interessado, resguardadas as hipóteses legais de sigilo.
§ 6º Os requisitos previstos nos incisos V a VII do caput serão comprovados mediante declaração na forma do Anexo desta Portaria Normativa.
§ 7º Os documentos apresentados em língua estrangeira deverão vir acompanhados dos respectivos documentos de tradução juramentada." (Grifou-se)

[16] Sendo elas a: Corte Internacional de Arbitragem da CCI, Centro de Arbitragem e Mediação da CAM-CCBC, Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem, Câmara FGV de Mediação e Arbitragem e a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB), conforme disponibilizado pela própria AGU. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/vii-instituicoes-arbitrais. Acesso em: 18/11/2025.

é altamente positivo, principalmente entendo que essas câmaras estão sujeitas ao princípio da publicidade nos procedimentos que envolvem a administração pública., além de ter uma justificativa legal (e imperiosa, por meio do Art. 37 da CRFB/88), está de acordo com a norma aplicável de maneira muito mais objetiva a que a simples escolha de uma câmara arbitral específica.

Sobre esse tema, Signorelli e Pereira falam da aplicação da Portaria 42/2022 da AGU, com base no Art. 153 da Lei n° 14.133/2021 sobre parâmetros de escolha de câmaras arbitrais e árbitros em processos arbitrais que envolvam a União (SIGNORELLI, PEREIRA, 2023). No presente caso, mesmo que os processos não envolvam a União, pode-se tomar esses normativos como norte para escolha e negociação de câmaras arbitrais específicas junto às partes compromissárias.

Por fim, ainda se alinha à prática da arbitragem em setores regulados em comparação a outras agências, que também fazem menção a AGU para indicar quais câmaras devem ser utilizadas para dirimir conflitos entre os administrados e, eventualmente, entre os administrados e a Administração[17]. Há também o idioma dos procedimentos que, mais uma vez, apesar de presumível, deve constar na cláusula compromissória.

Outro ponto relevante, é que, apesar de estar pressuposto nos outros casos analisados, tem-se a definição da lei aplicável para o caso em tela. Repisa-se, é pressuposto que a lei brasileira será aplicada em um caso que envolve um ambiente regulado pela legislação brasileira, é formada por uma autoridade brasileira juntamente às empresas que atuam no Brasil.

Finalmente, outra novidade positiva presente na causa é a menção a atos protelatórios que geram obrigação e possibilidade de responsabilização para além das custas processuais por dolosamente atrasarem o deslinde da questão.

2.9. Caso Lubnor (2023)[18]

O último caso mapeado trata-se da aquisição pela Grepar da Refinaria Lubnor, de propriedade da Petrobrás. O AC foi objeto de intervenção por uma série de interessados. Estes alegaram a possibilidade de fechamento do mercado,

---

[17]A arbitragem é amplamente utilizada em outras agências reguladoras, como a Anatel, ANP e ANTT. Menciona-se os casos Anatel x Telefônica, ANTT x Via040 e Petra x ANP, todos com compromissos arbitrais ou cláusulas compromissórias públicas.

[18]AC n° 08700.004304/2022-84. Requerentes: Grepar Participações LTDA. e Petrobrás Brasileiro S.A. Aprovada com restrições em 27/06/2023.

expressando preocupações quanto ao possível favorecimento interno por verticalização das empresas do grupo econômico comprador.

O caso foi de singular litigiosidade entre os próprios requerentes, e entre os requerentes e terceiros interessados, mesmo com a ótica dos precedentes anteriores do Cade. Imagina-se que, diante desses diversos problemas percebidos ao longo do julgamento do AC no Cade, posteriormente nas tratativas entre as partes e ainda TCC elaborado no bojo de PA do Cade com o objetivo de avaliar potenciais condutas anticompetitivas da Petrobrás ao longo do seu processo de desinvestimento[19], a arbitragem tenha tido papel central na resolução das querelas. Entretanto, esse não é o caso.

Não só os pareceres da ProCade não sinalizam a existência de nenhum procedimento arbitral atrelado ao Cade que tenha se desenvolvido por descumprimento do ACC, como também suas brevíssimas referências à solução arbitral nos votos dos conselheiros.

Pode-se, de maneira coerente, argumentar que a redação da cláusula arbitral (que será aprofundada posteriormente) não permitia que houvesse, no tribunal arbitral previsto pelo Cade, busca para a resolução do litígio pela restrição do escopo da atuação do tribunal feita pelo próprio ACC. É possível, ainda, afirmar que, uma vez que o ACC perdeu o objeto com a rescisão do contrato ao qual o ACC se referia, o tribunal arbitral perdeu a legitimidade para atuar na disputa.

Apesar de ter-se disponível o trabalho consolidado de quase uma década de evolução em cláusulas arbitrais do Cade no Caso Lubnor, a "solução arbitral" incorporada nesse ACC não conteve todas as tecnologias desenvolvidas anteriormente pelo Cade nas situações vistas.

Não há lei aplicável mencionada expressamente, por exemplo. Nem há a indicação de árbitros segmentada por valor da causa. Por um lado, a ausência desses fatores pode indicar certo distanciamento das relações entre si, colocando em xeque uma perspectiva histórica-evolucionista das redações desenvolvidas pelo Cade até o momento. Por outro, há de se admitir que cada caso conta com sua peculiaridade, e por isso o instrumento deve ser adaptado, inclusive pela supressão de certas tecnologias, para melhor se encaixar ao caso concreto.

---

[19]Requerimento de TCC nº 08700.002715/2019-30. Compromissária: Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobrás. Compromisso firmado em 17/06/2019.

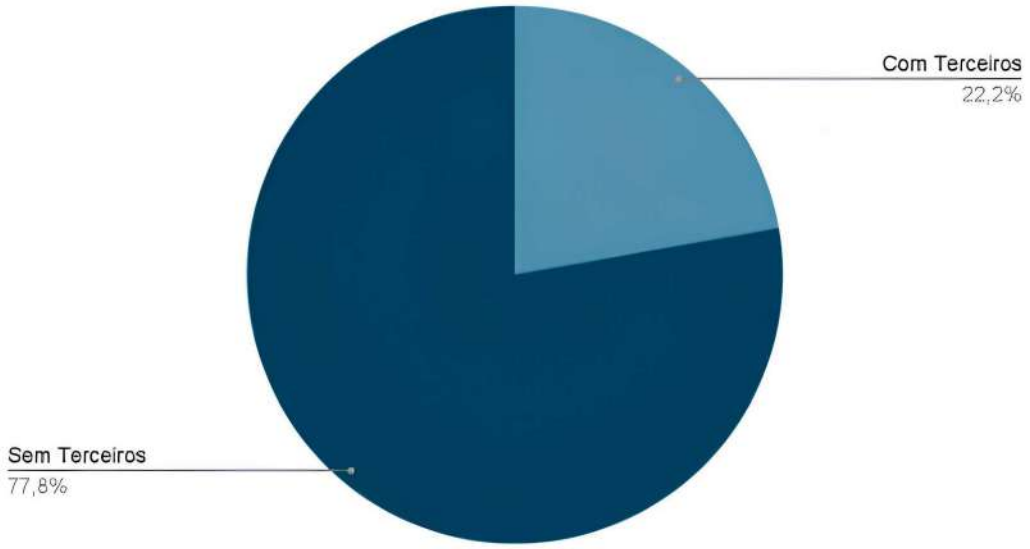
A escolha de três árbitros no presente caso, sem escalonamento no valor da causa, pode guardar relação direta com a alta litigiosidade do caso no próprio Cade, a se demonstrar pelo número de terceiros interessados que ingressaram na autarquia durante o processo[20].

3. AS ASPECTOS RELEVANTES SOBRE AS CLÁUSULAS ARBITRAIS DO CADE

3.1. Submissão de Terceiros

É preciso ponderar, antes da entrada nas submissões de terceiros, que os casos em que efetivamente se utilizou da adjudicação pela câmara arbitral, mesmo dentro da excepcionalidade já abordada do uso da arbitragem e da propensão a litígios posteriores decorrentes da decisão do Cade, ainda assim, mostra-se é quantitativamente baixo:

Figura 3 - Submissões de Terceiros e Instauração de Procedimentos Arbitrais em Relação às Cláusulas Arbitrais Firmadas pelo Cade



Fonte: Precedentes do Cade mapeados. Elaboração própria.

[20] Comenta-se especificamente sobre a Agência Nacional do Petróleo, pioneira no uso da arbitragem com a administração pública em setores regulados, advento da Lei do Petróleo (Lei nº 9.478/1996), publicada logo após a LArb, e que já previa na arbitragem método possível de resolução de disputas no setor. Sobre o tema, comenta Rafael Carvalho Rezende de Oliveira e Lucas de Carvalho de Souza:
"Sem ignorar a inerência do amplo uso da arbitragem a este ramo energético, a Lei 9.478/1997 (Lei do Petróleo) previu, em seu art. 43, inciso X, a obrigatoriedade da inserção de regras sobre a utilização desse modelo alternativo de resolução de conflitos nos contratos de concessão empreendidos pela ANP, que vem obedecendo tal assertiva desde a 1ª rodada de licitações.
É claro que não se quis obrigar a agência reguladora e o concessionário a submeterem seus conflitos à arbitragem. A via arbitral, como mecanismo de solução de controvérsias, é, necessariamente, resultado das vontades livremente manifestadas pelas partes envolvidas.
Fato é que, mesmo a exploração de petróleo estando sujeita ao regime de monopólio público em função do estratégico interesse público para o Estado brasileiro, não vacilou o legislador pátrio em não apenas possibilitar, como incentivar, nos primórdios dos efeitos da Lei de Arbitragem, quando ainda se discutia a possibilidade de o Poder Público acordar cláusula arbitral, o uso da arbitragem
– em detrimento do Poder Judiciário – pela ANP." (OLIVEIRA, (OLIVEIRA, SOUZA, 2020).

Porém, nas oportunidades em que esse instrumento foi realmente acionado, este se mostrou altamente efetivo dentro dos parâmetros constantes em cada cláusula arbitral utilizada. Vejamos os casos a arbitragem foi útil para a manutenção da concorrência no Brasil.

3.1.1. Submissões de Terceiros no Caso B3

O Caso B3 contou com ACC que previa arbitragem para a submissão de terceiros, como já foi objeto de análise anterior. Após o fechamento da operação, foi instaurado o IA nº 08700.002656/2016-57, após o recebimento de denúncias que *criação de barreiras à entrada pela B3, no mercado de bolsa de valores, especificamente no que se refere ao serviço de compensação e liquidação de valores mobiliários e* "[21], feita por uma das empresas concorrentes das então requerentes a ATS.

Interessante notar que na representação da ATS, há o pedido para que haja uma "mediação ou arbitragem" mandatória para a denunciada, aparentemente demonstrando um conhecimento prévio sobre a previsão desse remédio no ACC firmado pela B3.

A submissão da ATS ao tribunal arbitral estabelecido pelo Cade não consta nos documentos públicos disponíveis nos autos em questão, e há apenas uma menção a essa submissão nos documentos públicos do Cade, no Parecer Jurídico nº 18/2019/UCD/PFE-Cade-Cade/PGF/AGU[1] da ProCade. Nesse parecer, há a referência de que há procedimento arbitral em curso, mas que isso não seria impeditivo, naquele momento, de declaração do cumprimento do TCC por parte das compromissárias.

O resultado da arbitragem só pode ser acessado por fontes externas (L.O. BAPTISTA, 2020), em que o procedimento, gerido pela CAM-CCBC, acabou por dar ganho de causa à ATS, dando a possibilidade de a empresa criar um potencial nova bolsa de valores no Brasil.

Em paralelo, é interessante também notar que, nesse cenário de embate entre as próprias Requerentes e entre possíveis terceiros, seria possível, ainda que teoricamente, adicionar um "compromisso para a arbitragem", para que as lides privadas também fossem associadas ao compromisso arbitral firmado em sede de ACC, concepção essa mencionado por Ana Sofia Signorelli e César Pereira (SIGNORELLI, PEREIRA, 2023).

---

[21] Trecho da Nota Técnica nº 42/2018/CGAA2/SGA1/SG/Cade, que homologou o requerimento de TCC da B3 no bojo do Requerimento de TCC nº 08700.001323/2018-72.

3.1.2. Submissões de Terceiros no Caso Rumo

Como já esclarecido durante a análise da redação das cláusulas arbitrais analisadas, a cláusula arbitral foi firmada em ACC firmado entre as Requerentes e a autoridade concorrencial. Posteriormente o caso retornou à análise do Cade, entretanto sobre a égide de um Processo Administrativo[23]. O PA versava sobre alegações de terceiras interessadas na Operação acerca de possíveis descumprimentos do ACC, no que tange a disponibilização do serviço em condições não-discriminatórias. O Cade entendeu que, de fato, havia ocorrência do ilícito concorrencial pelas Representadas (anteriormente requerentes), e firmou TCC com a Rumo e a All para cessação da conduta.

Interessante notar nesse caso que o acesso aos serviços das Representadas, prestados em condições não-discriminatórias por outras empresas do setor fazia parte do escopo da cláusula arbitral firmada no ACC. E foi sobre essa previsão que a Agrovia encampou a arbitragem prevista pelo Cade[24].

A sentença arbitral reconheceu que havia postura discriminatória por parte das representadas, anteriormente requerentes, entretanto o próprio Cade reconheceu que fontes externas indicaram o possível descumprimento por parte da Rumo/All da decisão do tribunal arbitral, o que ensejou a instauração PA e, posteriormente, de TCC por junto ao Cade, reconhecendo a ilicitude da conduta[25].

Houve também, antes da decisão do Cade, consulta à ANTT sobre possíveis investigações em curso à época dos fatos ou finalizada acerca das alegações de descumprimento regulatório, de forma mais ampla, por parte da Rumo/ALL[1], demonstrando a existência de dois procedimentos de apuração administrativos, que foram considerados na decisão de punição do Cade.

Percebe-se que, nesse caso, a atuação do Cade deu-se apenas após a decisão do tribunal arbitral e no sentido de defender o mérito dessa, como uma espécie de juízo executor da sentença arbitral, o que é previsto na LArb.[1]

---

[22] Documento SEI nº 0584552.

[23] Processo Administrativo nº 08700.005778/2016-03. Representados: Agrovia S.A. e Rumo Logística Operadora Multimodal S.A. Condenação, por unanimidade, em 02/12/2014.

[24] Conforme petição da Agrovia junto ao Cade, que instaurou PP (que, posteriormente resultou no PA e no TCC, ambos mencionados anteriormente) nº 08700.009152/2015-87. (Documento SEI nº 0106615).

3.2. Publicidade/Confidencialidade das Cláusulas: Princípios em Conflito

Acerca do tema da publicidade das cláusulas firmadas e, consequentemente, da publicidade dos procedimentos arbitrais, observa-se que existe um comportamento dicotômico por parte do Cade.

Existe a tendência a publicizar a redação das cláusulas arbitrais por meio dos instrumentos negociados. Percebe-se que existe uma razão de ser muito clara para isso: as cláusulas arbitrais firmadas pelo Cade têm como objetivo principal sanar lides entre terceiros, que não fizeram parte do Procedimento Administrativo ou do Ato de Concentração em que a cláusula arbitral foi instituída.

Portanto, caso pública não fosse, ao menos acerca da maneira como se dá o procedimento arbitral, perderia a sua efetividade e a sua capacidade de desencumbir o Cade de alto ônus de monitoramento, o que se mostra como relevante preocupação cristalizada nos votos dos Conselheiros que negociaram tais soluções arbitrais, conforme explorado anteriormente.

Por outro lado, não foi possível encontrar nenhum dos procedimentos arbitrais instituídos de forma pública e na íntegra, tampouco as sentenças arbitrais resultantes de tais procedimentos. As informações que são angariadas são oriundas dos mencionados pareceres da SG e da ProCade, das próprias petições das partes envolvidas nos procedimentos e de informações de terceiros, com publicações jornalísticas.

Dessa forma, tem que existir um paralelismo entre a publicidade do instrumento e a confidencialidade do procedimento em si. Segue tabela com a sistematização das disposições sobre publicidade em todos os precedentes mencionados:

---

[25] Comunicação feita por meio do Ofício nº 5928/2017/Cade (Documento SEI nº 0397256).

[26] A resposta da ANTT deu-se por meio do Ofício nº 58/2017/SUREG e da Nota Técnica nº 044/2017/SUREG/ANTT. (SEI nº 0312439). Os procedimentos administrativos de investigação da ANTT foram registrados sob os números 50500.029844/2013-01 e 50500.020838/2016-22.

[27] Dado que a sentença arbitral é título executivo extrajudicial, considera-se "juízo executor" aquele em que se dará a prestação prevista na sentença arbitral. No caso em questão, parte da prestação necessária é a ação do Cade enquanto órgão competente para a aplicação de sanções de ordem antitruste no Brasil. Os termos da execução da sentença arbitral estão previstos no Artigo 34 da LArb.

Tabela 1 - Análise de Confidencialidade e Publicidade nas Cláusulas e Procedimentos Arbitrais Firmados entre o Cade e Administrados

CASO	DATA DA PUBLICAÇÃO DO INSTRUMENTO	CLÁUSULA ARBITRAL PÚBLICA?	SE SIM, O ARBITRAL INSTAURADO?	O PROCEDIMENTO FOI PÚBLICO?
Fosbrasil	12/2014	Sim	Não	N/A
Companhias Aéreas	03/2017	Sim	Não	N/A
B3	03/2017	Sim	Sim	Não, informações públicas apenas por fontes não oficiais
Warner/AT&T	10/2017	Sim	Não	N/A
Petromex	02/2018	Não	Não	N/A
Rumo	11/2021	Sim	Sim	Não, informações públicas apenas por fontes não oficiais
Oi Móvel	02/2022	Sim	Não	N/A
Reman	09/2022	Sim	Não	N/A
Lubnor	06/2023	Sim	Não	N/A

Fonte:Precedentes do Cade mapeados. Elaboração própria

Estabelecida essa dicotomia, é preciso refletir sobre a própria função do Direito Concorrencial para entender a necessidade de publicização desses procedimentos. A arbitragem é, de fato, um meio comumente utilizado para a resolução de lides privadas. Adentra-se, ao analisar as cláusulas anteriormente minuciadas, em uma seara já muito explorada, porém ainda com pontos controversos, do uso desse instrumento junto à administração pública.

Mais especificamente, ao tratar do Direito Concorrencial, observamos que, para que o litígio seja analisado pelo Cade, é necessário que este se configure como matéria que transcendem a disputa interpartes[28], e seja de fato uma lide com potencial danosos à concorrência e que possa prejudicar a coletividade, a titular de seus direitos.

A publicização das disputas oriundas das decisões que vem dessa autoridade parece, por si só, serem imbuídas de relevante interesse público, principalmente para outros agentes de mercado que também podem estar sendo alvo de condutas discriminatórias, mas tem receio em medidas retaliatórias por serem whistleblowers[29].

Pode-se afirmar, com certa razão, que as disputas vislumbradas pelas cláusulas arbitrais firmadas pelo Cade remetem-se a lides privadas, ainda que tenham repercussão concorrencial (e, consequentemente, pública). Dessa forma, não haveria de se observar a expressa menção ao princípio constitucional da administração pública da publicidade dos atos processuais que a envolvem.

Entretanto, a análise não pode se furtar a um debate mais refinado, qual seja, que as arbitragens que as compromissárias e terceiros agentes no mercado impactam diretamente a concorrência e os consumidores, bens jurídico e titular de direitos tutelados pelo SBDC, respectivamente.

Uma sentença arbitral dando causa a um terceiro por ações discriminatórias por parte da compromissária tem o condão de influenciar outros agentes de mercado que estejam sofrendo discriminação a pleitear reparação junto ao tribunal arbitral e, indiretamente, junto ao Cade. Não só isso, a decisão do tribunal arbitral influencia diretamente no cumprimento ou não do instrumento negociado.

Portanto, é de interesse que a decisão arbitral, bem como as alegações e provas utilizadas pelas partes, sejam publicizados, sob pena de dar menos eficácia à decisão do Cade[30], e proteger em menor amplitude a concorrência e os consumidores.

---

[28] Firme o entendimento do Cade no sentido que lides privadas não podem ser contempladas pela tutela do antitruste. Cita-se, apenas para fins ilustrativos, o voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no PA nº 08700.010110/2012-46, Representante: Agência Nacional de Telecomunicações - Anatel, Representados: Telemar Norte Leste S.A. e Brasil Telecom S.A. - Oi S.A. Condenação em 14/11/2016. Menciona-se, no mesmo sentido, o voto do relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no PA nº 08700.001020/2014-26. Representadas: Multi Armazéns Ltda, Transportadora Simas Ltda, Tecon Rio Grande S/A. Condenação em 23/11/2016.

[29] Sobre os efeitos mitigadores de representações por *whistleblowers*, a própria LDC opera em uma lógica de proteção do denunciante em casos de carteis, por meio da não punição financeira nem persecução penal ao firmar-se acordo de leniência com a autoridade (Art. 86 da LDC). No caso em questão, a punição do denunciante pode ser o não reconhecimento do seu direito pelo Cade ou pela justiça comum frente a atividades concorrencialmente ilícitas de um agente que já firmou um instrumento negociado junto ao Cade, o que é mitigador de novas requisições por outros agentes econômicos que podem estar sendo prejudicados.

Há, porém e acima de tudo, uma questão lógica na relação publicidade e confidencialidade: se as cláusulas arbitrais versam sobre litígios de interesse público, e, portanto, parte da seara concorrencial, não podem esses procedimentos serem confidenciais. Se confidenciais são, não versam sobre interesse público, logo nem deveriam ser objeto de análise do Cade.

Portanto, afastada a já habitual questão publicitária e com amplo respaldo legal da não publicização de informações sensíveis relativas às atividades operacionais e comerciais das partes envolvidas, não há nenhuma justificativa objetiva nos instrumentos negociais analisados e documentação correlata para a não disponibilização destes procedimentos arbitrais.

A publicização é ferramenta relevante para coibir remédios concorrenciais, realizado amplamente pelo Cade, e essa pode também ser instrumento relevante no caso dos procedimentos arbitrais, comprovando a todo o mercado que ocorreu uma violação à ordem econômica rapidamente reconhecida pelo tribunal arbitral e impunidade pela autoridade antitruste.

Sobre a questão da confidencialidade, Ana Sofia Signorelli e César Pereira (SIGNORELLI, PEREIRA, 2023) consignam que o pressuposto das arbitragens junto à Administração Pública deve ser a publicidade, mencionando para tal o Enunciado 15 da I Jornada de Direito Administrativo da Justiça Federal: "A Administração Pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei n° 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação)". Ainda mencionam dispositivos estaduais e federais que envolvem a publicidade dos processos arbitrais em que os diferentes níveis do Estado são parte, sendo distintos entre eles quanto a sua amplitude, por exemplo.

Mas cabe, para os fins da presente análise, rememorar que no caso das cláusulas arbitrais firmadas junto ao Cade nos casos de ACCs.a autoridade concorrencial não é parte em nenhuma hipótese, inclusive sendo essa uma das diferenças relevantes do que é feito em outras agências reguladoras que se utilizam da arbitragem, e essa conclusão decorrer da própria literalidade das cláusulas redigidas junto à autoridade.

---

[30] Uma das punições em casos de cartel é a publicação, em veículos de mídias e em sites das próprias empresas sancionadas, conforme Guia de Dosimetria de Multa de Cartel do Cade. A ver: "3. DAS SANÇÕES NÃO PECUNIÁRIAS
A principal penalidade aplicada pelo Cade é a multa pecuniária, mas o art. 38 da Lei n° 12.529/2011 prevê diversas outras punições, que podem ser impostas isolada ou cumulativamente
à multa. São elas:
I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;" (Grifou-se) (Cade, 2023).

Além disso, não é possível ver em que circunstâncias o Cade participa das arbitragens que já ocorreram decorrentes das situações aqui descritas, dado o sigilo dessas arbitragens.

Logo, não é forçoso concluir que os instrumentos que regulam a arbitragem com a Administração Pública, quando essa está diretamente envolvida, não se aplicam nas presentes disputas, ao menos que tenha sido de fato observado a partir dos precedentes analisados.

3.3. Escopo de Atuação do Tribunal Arbitral

É importante ressaltar também qual foi o escopo de atuação dos tribunais arbitrais, a partir da análise dos casos em que ocorreram submissões, mas, de maneira mais relevante, tendo em vista a já analisada redação das cláusulas arbitrais, a luz da interpretação fornecida pelo voto dos conselheiros-relatores de cada caso.

A redação da maioria das cláusulas arbitrais se expressa em ressaltar para o tribunal arbitral a atuação delimitada a quais as condições de atual do tribunal arbitral. Inclusive, lembra a redação que o Cade utiliza de um compromisso arbitral, quando já existe uma lide estabelecida e as partes envolvidas entendem que a resolução do caso pela arbitragem é vantajosa para ambas. Nesses casos, já se delimita qual será a atuação do tribunal arbitral, quais são os pontos controversos e de convergência, e sobre qual a extensão da análise da pretensão resistida.

No caso do Cade, a autoridade já prevê quais serão os pontos de maior relevância e de possível conflito na execução de suas decisões, e por isso, já estabelece qual será o escopo de atuação por parte do tribunal arbitral. Esse aspecto demonstra que a prática da arbitragem como remédio concorrencial, ainda que encontre precedência em experiências em outras jurisdições, exige que autoridades detenham grau de amadurecimento elevado, sendo capaz de antemão indicar quais os pontos mais relevantes para a discussão de terceiros perante sua própria decisão.

Interessante também notar que o "árbitro" ao que o Cade se refere em seus precedentes não é, de fato, um árbitro. Por definição o árbitro se equipara em poderes e responsabilidades a um juiz de direito. Se o Cade tira do árbitro a possibilidade de adjudicar qual é o ponto da lide, ou o mérito da decisão arbitral como um todo, o Cade portanto não está instituindo um árbitro, mas sim um mediador.

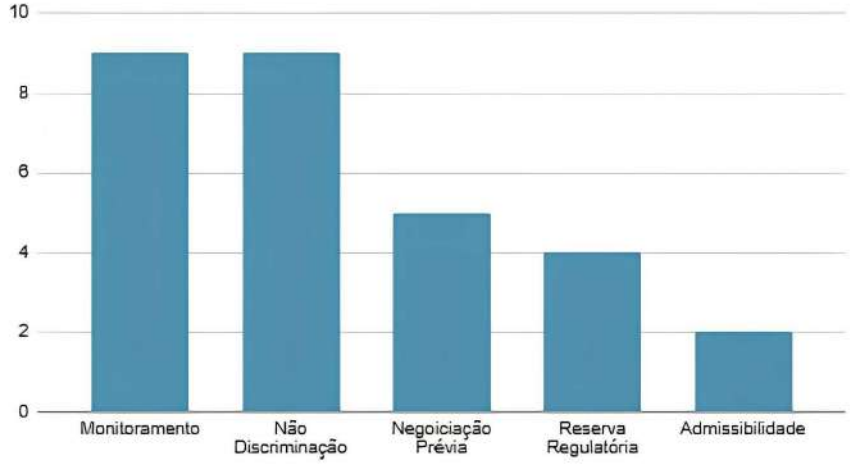
Dessa forma, ao consolidar-se as restrições aos tribunais arbitrais previstas nas decisões do Cade, percebe-se que a atuação do tribunal arbitral está restrita ao que o Cade já entendeu de preteritamente como relevante para a submissão de terceiros e, consequentemente, submissão ao próprio tribunal arbitral.

3.4. A ratio decidendi do Cade nos casos analisados

É interessante também analisar, feita as análises aprofundados sobre o conteúdo das cláusulas e suas justificativas, qual foi, de maneira sistematizada, a ratio decidendi do Cade.

Ao longo da pesquisa, pode-se perceber que diversas justificativas foram utilizadas pela autoridade antitruste para a aplicação da arbitragem. Entre elas, mas não se limitando a: (i) custos de monitoramento; (ii) combate a conduta discriminatória; (iii) obrigatoriedade de negociação prévia entre as partes litigantes; (iv) reserva regulatória na arbitragem, com diferenças aos órgãos reguladores setoriais; e (v) juízo de admissibilidade pré-Cade das condutas alegadas. Tem-se, inclusive, levantamento da quantidade de vez que cada justificativa foi utilizada no voto do conselheiro ou conselheira-relatora que embasou os instrumentos a adoção da arbitragem:

Figura 6 - Justificativas para a Decisão do Uso da Arbitragem como Remédio Concorrencial no Cade[31]



Fonte: Precedentes do Cade mapeados. Elaboração própria.

A partir dessa análise standardtirzada é possível chegar a algumas conclusões interessantes sobre as cláusulas aplicadas pelo Cade a partir de sua razão de decidir, para além dos apontamentos já feitos anteriormente.

Nota-se que o Cade busca não perder capacidade decisória e autonomia por meio da escolha da arbitragem como meio de solução de litígios concorrenciais, mas deixar de realizar parte das suas funções que necessitam de alto investimento, são complexas e demoradas, o que no caso de mercados delicados do ponto de vista concorrencial, podem ser cruciais para a manutenção da saúde destes.

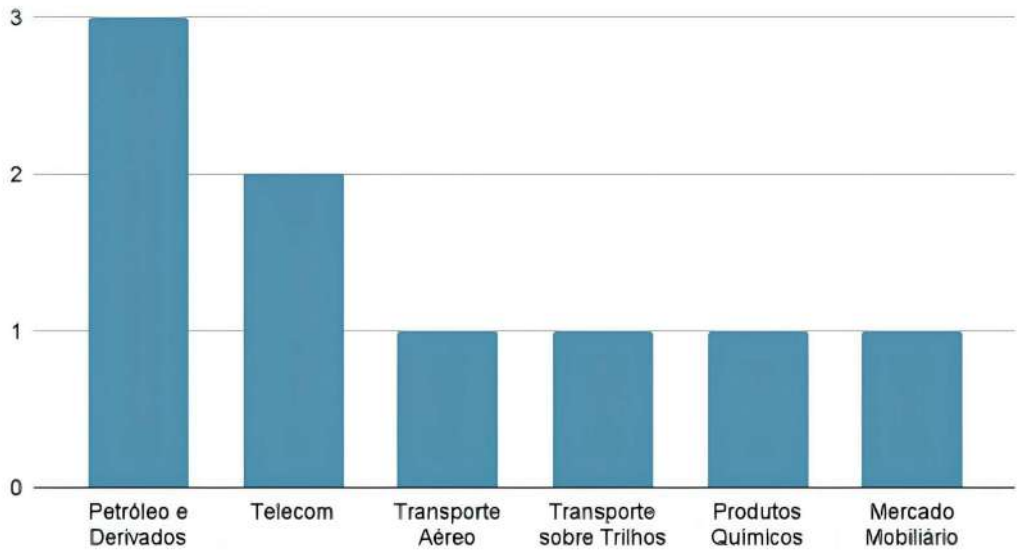
Como esclarecido anteriormente, a ausência de reserva regulatória, ou seja, de menção expressa a autoridade da agência regulatória setorial na cláusula arbitral, não afasta o caráter regulado do mercado, tampouco a relevância da participação das mencionadas agências. A participação das agências reguladoras nos casos em questão não é desprezível, mesmo quando não há reserva regulatória expressa na cláusula arbitral do Cade. Cita-se, por exemplo, o Caso Rumo, em que a decisão do Cade de condenação da Rumo foi parcialmente baseada em ofício expedido pela ANTT que notificou sobre a existência de ilícito regulatório cometido pela Rumo e reconhecido pela própria agência, conforme o próprio Cade admitiu (Cade, 2021).

Outra oportunidade foi no Caso Warner/AT&T, em que, novamente, não há menção expressa à Anatel, na cláusula arbitral, entretanto esta foi responsável por enviar ao Cade acórdão contendo preocupações concorrenciais com a operação que surgiram durante a sua análise regulatória da questão.

Os casos que contam com arbitragem, tendo em vista esse cenário, são em grande parte casos (rememorada a já exceção feita ao Caso Fosbrasil) que tinham como mercado relevante setores econômicos regulados. Tem-se as seguintes ferramentas gráficas que demonstram quais são os mercados mais comuns:

Figura 8 - Casos com Cláusulas Arbitrais por Mercado Relevante[32]

[31]A "reserva regulatória" em questão trata-se de menção expressa na cláusula arbitral à órgão regulatório competente, sendo que esse não pode ter sua competência legal usurpada pelo tribunal arbitral, segundo a redação da cláusula arbitral. Isso não quer dizer que não houve, no decorrer do caso, manifestação ou participação da autoridade regulatória setorial.



Fonte: Precedentes do Cade mapeados. Elaboração própria.

Portanto, comprovado que as agências reguladoras setoriais exercem papel relevante durante o processo decisório do Cade em setores regulados, incluindo na elaboração de remédios como adição de uma cláusula arbitral em um ACC, objeto do presente estudo.

As fontes que corroboram para decisão da implementação de uma cláusula arbitral em um ACC são diversas, mas acima delimitou-se as mais prementes. Passa- se ao encerramento da presente pesquisa, com a apresentação de seus resultados e reflexões finais.

4. PERSPECTIVAS E DESAFIOS PARA AS CLÁUSULAS FIRMADAS JUNTO AO CADE

É importante ressaltar a deferência que o Cade expressa, ao menos na redação das cláusulas arbitrais, a outras agências reguladoras que estão envolvidas nos mercados relevantes tratados. É interessante observar que todos os casos que contaram com cláusulas arbitrais firmadas pelo Cade, à exceção do Caso Fosbrasil, eram em setores regulados.

A presente pesquisa debruçou-se sobre o uso "público", ainda que por agentes privados, da arbitragem como método de resolução de controvérsias ligadas à matéria antitruste. Outro prisma analítico relevante a ser analisado é acerca do desenrolar do uso dessas cláusulas pelos agentes do mercado envolvidos no litígio com contornos antitruste.

---

[32] Os mercados relevantes apresentados não se trata especificamente do mercado relevante analisado pelo Cade, mas sim de uma definição aproximada com objetivo de demonstrar qual setor da economia a operação afetava.

Tendo em vista o cenário apresentado e feitas as devidas reflexões e ponderações, é possível observar alguns pontos relevantes do ponto de vista processual, institucional, econômico, administrativo e, principalmente, concorrencial.

Conclui-se, finalmente, que a arbitragem concorrencial, principalmente a institucional, percorreu um caminho positivo até o momento. Quando utilizadas, a arbitragem se tornou um instrumento relevante de resolução de disputas, ao mesmo tempo que possibilita ao Cade a manutenção de sua competência. Existem, inegavelmente, fragilidades.

O órgão antitruste brasileiro, porém, demonstrou que foi capaz de evoluir significativamente em 9 anos, da primeira à última redação de cláusula arbitral, demonstrando melhor conhecimento do instrumento, seus ônus e bônus, vantagens e limitações. Os princípios constitucionais aplicáveis, essencial para as disputas em questão, são vislumbrados, entretanto podem ser mais bem servidos com soluções simples, como a publicidade de mais informações.

A análise qualitativa e quantitativa das cláusulas comprovou que existem perspectivas significativas para a arbitragem concorrencial no Brasil, demonstrando que esses dois relevantes ramos do Direito não são excludentes, mas sim complementares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Cade condena Rumo-ALL por abuso de posição dominante no mercado de logística por transporte ferroviário. Ministério da Justiça. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-condena-rumo-all-por-abuso-de-posicao-dominante-no-mercado-de-logistica-por-transporte-ferroviario. Acesso em 20/12/2025.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Guia de Dosimetria de Multas de Cartel. Ministério da Justiça. Brasília, 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/Guia-dosimetria-de-multas-de-cartel.pdf. Acesso em 1 dez 2025.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. Guia de Remédios Antitruste. Ministério da Justiça. Brasília, 2018. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-remedios.pdf. Acesso em 01/12/2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HEILIG, Edward G. The arbitrability of domestic antitrust claims: an evaluation of the American safety doctrine. Touro Law Review, New York, v. 3, n. 1, art. 5, 1986. Disponível em: https://digitalcommons.tourolaw.edu/lawreview/vol3/iss1/5. Acesso em: 1 dez. 2024.

L.O. BAPTISTA. Americanos quebram monopólio da B3 e Brasil terá nova Bolsa. São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.baptista.com.br/americanos-quebram-monopolio-da-b3-e-brasil-tera-nova-bolsa/. Acesso em: 29 nov. 2025.

LEMES, Selma. Arbitragem em Números. São Paulo: Canal Arbitragem, 2023. Pesquisa. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2023/10/PESQUISA-2023-1010-0000.pdf. Acesso em: 1 dez. 2025.

O GLOBO. Disputa para abrir nova Bolsa no país vai a tribunal de arbitragem: Empresa ATS questiona custos para ter acesso à infraestrutura da B3. Disponível em: https://oglobo.globo.com/economia/disputa-para-abrir-nova-bolsa-no-pais-vai-tribunal-de-arbitragem-22030728. Publicado em 05/11/2017. Acesso em 10/11/2025.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; SOUZA, Lucas Carvalho de. Aspectos controversos da arbitrabilidade objetiva nos contratos de concessão de petróleo e gás natural. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution (RBADR), Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 233-254, jul./dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. Competition Committee. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. Hearing on Arbitration and Competition. DAF/COMP/WP3/WD. Paris, 2010.

SIGNORELLI, Ana Sofia; PEREIRA, Cesar. Arbitragem concorrencial em perspectiva: da natureza jurídica aos desafios procedimentais - São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2023.

VAZ, Isabel. Arbitrabilidade do direito da concorrência. Revista do IBRAC, [S. l.], v. 16, n. 1, p. 353–386, 2024.

ESTADO ACIONISTA E ARBITRAGEM ESTATUTÁRIA EM SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA: CONSENTIMENTO, COMPETÊNCIA E ARBITRABILIDADE EM LITÍGIOS DE INFRAESTRUTURA

Renan Montandon Correia[33]

RESUMO

O artigo examina os limites da jurisdição arbitral em sociedades de economia mista de infraestrutura quando o litígio envolve o Estado-acionista, distinguindo a vinculação do controlador à cláusula compromissória estatutária (arbitrabilidade subjetiva) da determinação do que pode ser decidido em arbitragem (arbitrabilidade objetiva).

Mediante abordagem dogmática e análise normativa, reconstrói-se a evolução que consolidou a arbitragem societária e a internalização estatutária desses deveres de governança, bem como se analisa o impacto do Conflito de Competência n. 151.130/SP na delimitação entre competências arbitral e estatal. Sustenta-se que a leitura que projeta automaticamente o art. 238 da Lei das S.A. como barreira geral à arbitragem desloca o debate para um plano inadequado, ao presumir que todo ato do controlador estatal corresponde a ato de império.

Propõe-se, então, um "teste funcional" em duas etapas, conjugando (i) a natureza do ato (autoridade pública versus gestão societária) e (ii) a natureza da tutela pretendida (controle de política pública versus reparação patrimonial). Com isso, reserva-se ao Poder Judiciário o escrutínio de escolhas políticas e regulatórias em sentido estrito, preservando-se a arbitragem para pretensões indenizatórias relacionadas a abuso de controle, má gestão e ilícitos, inclusive em mercados regulados, com consequências práticas para a redação de cláusulas compromissórias estatutárias em estatais de infraestrutura.

Palavras-chave: arbitragem; cláusula compromissória estatutária; estatais; Estado acionista; infraestrutura.

---

[33] Renan Montandon Correia, Advogado do Carvalho Dantas, Lelis e Palhares Advogados, Pós-Graduando em Direito Societário e Mercado de Capitais pelo IBMEC.

1. INTRODUÇÃO

A utilização da arbitragem como método de resolução de conflitos em sociedades de economia mista no Brasil deixou de ser uma possibilidade teórica para se tornar um imperativo de governança corporativa exigido pelo mercado de capitais. Embora o ordenamento jurídico tenha transitado de um cenário de insegurança para um regime de autorização legal expressa — consolidado pela reforma da Lei de Arbitragem em 2015 e pela Lei das Estatais em 2016 —, a submissão da Administração Pública à jurisdição arbitral ainda enfrenta resistências quando colide com o regime de prerrogativas da Fazenda Pública. O ápice dessa tensão ocorreu no julgamento do Conflito de Competência nº 151.130/SP pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que afastou a União da arbitragem estatutária da Petrobrás, reacendendo debates sobre a eficácia subjetiva da cláusula compromissória frente ao acionista controlador.

Diante desse cenário, a presente pesquisa orienta-se pela seguinte indagação: Em que medida a ratio decidendi do precedente Petrobrás (CC 151.130/SP) afeta a vinculação do Estado-controlador às cláusulas compromissórias nas atuais estatais de infraestrutura, e quais são os critérios aptos a definir a competência arbitral?

A hipótese inicial deste trabalho é a de que o precedente do STJ deve ser compreendido como um "caso-limite", condicionado por um vácuo legislativo pretérito e por uma cláusula estatutária "patológica", não sendo automaticamente aplicável às companhias que modernizaram seus estatutos sob a égide das Leis nº 13.129/2015 e nº 13.303/2016. Sustenta-se que, no atual regime normativo, a vinculação do controlador é institucional e independe de assinatura de termo de anuência, devendo a delimitação da jurisdição arbitral ocorrer não pela invalidação da cláusula, mas por um "teste funcional" que distinga atos de gestão (arbitráveis) de atos de império (inarbitráveis).

Para demonstrar essa tese, o artigo está estruturado em três partes principais.

No Capítulo 1, investigam-se as bases normativas da arbitragem societária e a evolução legislativa que culminou na Lei das Estatais, analisando a tensão entre a natureza institucional do estatuto social e a visão contratualista defendida pela Fazenda Pública. No Capítulo 2, será analisado detalhadamente o Conflito de Competência nº 151.130/SP, dissecando os fundamentos da decisão do STJ, especialmente a exigência de consentimento inequívoco e a discussão sobre a disponibilidade de direitos em atividades econômicas.

No Capítulo 3, será proposta a distinção entre a antiga cláusula da Petrobrás e os modelos "blindados" de estatais de saneamento (como a Sabesp), além de se apresentar um critério funcional para separar atos de gestão e atos de império como definidor da competência arbitral. Ao final, serão apresentadas as conclusões.

2. ARBITRAGEM SOCIETÁRIA E A VINCULAÇÃO DO CONTROLADOR

O propósito deste capítulo é investigar as bases normativas e a evolução histórica que permitiram a institucionalização da arbitragem como método preferencial de resolução de conflitos em sociedades de economia mista. Busca-se compreender como o ordenamento jurídico brasileiro transitou de um cenário de insegurança quanto à "arbitrabilidade subjetiva" da Administração Pública para um regime de imposição legal e regulatória de governança, culminando na padronização exigida pelo mercado de capitais. A análise visa demonstrar que a controvérsia sobre a vinculação da União não decorre apenas da lei, mas da forma como os estatutos sociais internalizaram essas normas ao longo do tempo.

Para tanto, o capítulo está dividido em duas seções. No item 2.1, será apresentada a evolução legislativa da matéria. No item 2.2, será discutida a natureza jurídicada cláusula compromissória estatutária à luz do art. 136-A da LSA e a tensão com asprerrogativas da Fazenda Pública.

2.1. A evolução legislativa: Do Caso Lage à autorização da Lei 13.129/2015 e Lei das Estatais

A utilização da arbitragem para a solução de conflitos societários no Brasil é um fenômeno relativamente recente, fruto de um processo gradual de sedimentação legislativa e de pressão do mercado de capitais para o aprimoramento da governança corporativa[34]. Originalmente, a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 ("Lei das S.A."), não dispunha sobre mecanismos extrajudiciais de resolução de disputas, refletindo a cultura contenciosa da época e a prevalência do Poder Judiciário como a via natural para dirimir litígios intramuros.

Contudo, esse silêncio legislativo não deve ser confundido com uma impossibilidade jurídica de a Administração Pública submeter-se à arbitragem, desde que autorizada por lei específica. O Supremo Tribunal Federal (STF), no paradigmático julgamento do Agravo de Instrumento nº 52.181 (Caso Lage), ocorrido ainda na década de 1970, já havia reconhecido a validade de juízo arbitral pactuado pela União.

---

[34] CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações: evolução doutrinária e legislativa. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Gen/Atlas, 2017, p. 886-888.

Naquela ocasião, a Corte afastou a tese de inconstitucionalidade suscitada pela Fazenda Nacional, assentando que o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado no direito brasileiro, "até mesmo nas causas contra a Fazenda".[35]

O primeiro marco de abertura na legislação societária geral, todavia, ocorreu apenas com a reforma promovida pela Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001, que inseriu o § 3º ao art. 109 da Lei das S.A[36]. O dispositivo facultou ao estatuto social a previsão de que as divergências entre acionistas e a companhia, ou entre acionistas controladores e minoritários, pudessem ser solucionadas mediante arbitragem.

Essa alteração legislativa coincidiu com a criação, pela então Bovespa, dos segmentos especiais de listagem (Nível 2 e Novo Mercado), que condicionavam o acesso a esse "selo de governança" à adoção de cláusula compromissória estatutária e à submissão dos conflitos societários à Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM). A inclusão da arbitragem no Estatuto da Petrobrás em 2002, por exemplo, decorreu dessa lógica de regulação privada do mercado, e não de uma iniciativa espontânea da União enquanto controlador[37].

Ainda assim, a redação do art. 109, § 3º, não resolvia a insegurança quanto à chamada "arbitrabilidade subjetiva" da Administração Pública. De um lado, colocava-se a dúvida sobre a própria possibilidade de submeter entes estatais ao juízo arbitral; de outro, discutia-se se a deliberação assemblear que aprovava a cláusula compromissória poderia vincular todos os acionistas — inclusive os dissidentes, os ausentes e os futuros — sem manifestação individual de vontade[1].

Nesse contexto, travou-se na doutrina um intenso debate sobre a natureza da cláusula compromissória estatutária.

---

[35] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 52.181. Relator: Min. Bilac Pinto. Julgamento em 14 nov. 1973. Tribunal Pleno. Ementa, item 1: "Legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda

[36] Art. 109 [...]
§ 3º O estatuto da sociedade pode estabelecer que as divergências entre os acionistas e a companhia, ou entre os acionistas controladores e os acionistas minoritários, poderão ser solucionadas mediante arbitragem, nos termos em que especificar.

[37] CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações: evolução doutrinária e legislativa, op. cit., p. 887-888.

Em sentido oposto, a corrente institucionalista, encampada por autores como Pedro Batista Martins e, em evolução doutrinária, por Nelson Eizirik, passou a enfatizar a dimensão normativa do estatuto social. Nessas formulações, o estatuto deixa de ser concebido como um simples contrato entre indivíduos para ser compreendido como a organização institucional da companhia; aprovadas pela maioria, as regras estatutárias — inclusive a cláusula compromissória — vinculam todos os acionistas, presentes ou ausentes, incumbindo ao dissidente, no máximo, o exercício do direito de recesso[40]. A eleição da arbitragem seria, assim, uma decisão de política societária tomada pela maioria, e não um ajuste contratual atomizado entre cada acionista e a companhia.

A Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que reformou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), representou um ponto de inflexão nesse debate. Em primeiro lugar, ao reconhecer expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública direta e indireta em litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, o legislador superou a objeção clássica de inarbitrabilidade subjetiva do Estado[41]. Em segundo lugar, a mesma lei inseriu o art. 136-A na Lei das S.A.[42], prevendo que a aprovação de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum qualificado, obriga todos os acionistas, assegurado o direito de retirada aos dissidentes. A norma positivou, em termos inequívocos, a tese institucionalista e conferiu eficácia erga omnes intra-societária à cláusula compromissória, buscando evitar fragmentação de foros e "fugas" pontuais à jurisdição arbitral[43].

O marco definitivo para o setor de infraestrutura e para as sociedades de economia mista, contudo, veio com a Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016 ("Lei das Estatais"), que preve, em seu art. 12[44], a possibilidade de adoção de arbitragem para dirimir divergências entre acionistas e a sociedade. Portanto, somada ao art. 136-A da LSA, consolidou normativamente a aptidão de companhias como Petrobrás e a Sabesp, para se submeterem à jurisdição arbitral em litígios societários[45].

---

38 Ibidem p. 888-889.

39 CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: arts. 1º a 120. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 2, p. 66 e 109, cit. por CANTIDIANO, Luiz Leonardo, Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações, op. cit., p. 889-890.

40 MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 101-105, cit. por CANTIDIANO, Luiz Leonardo, Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações, op. cit., p. 891-892.

41 =SOUZA, Thiago; LOUZADA, Rodrigo. A vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás. Revista de Direito, Estado e Energia, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 258-261, 2021.

42 BRASIL. Lei nº 6.404, de 1976, art. 136-A: A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quórum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45

2.2. A natureza jurídica da cláusula estatutária e a tensão com as prerrogativas da Fazenda Pública

Para sistematizar essa investigação, a presente seção organiza-se em quatro subitens. No item **2.2.1**, examina-se a antinomia teórica entre a natureza institucional do estatuto social e a visão contratualista de direito público defendida pela Fazenda. No item **2.2.2**, analisa-se concretamente a redação do art. 58 do Estatuto da Petrobrás de 2002,qualificada pela doutrina como uma "cláusula patológica" devido às suas ressalvas genéricas.

2.2.1. A tensão entre a natureza institucional e a natureza contratual/publicista

Sob a ótica dodireito societário contemporâneo, prevalece a visão de que o estatuto social possuinatureza institucional ou normativa, e não meramente contratual. A companhia é concebida como uma organização regida por um estatuto que funciona como "leiinterna", deliberada pela maioria, com eficácia erga omnes no âmbito da sociedade[46].

Nessa perspectiva, uma vez aprovada a cláusula compromissória em assembleia, observado o quórum qualificado, ela vincula todos os acionistas – presentes ou ausentes, concordes ou dissidentes, bem como aqueles que vierem a ingressar posteriormente na estrutura acionária[47].

Quando o acionista controlador é a União ou outro ente federativo, porém, essa construção colide com a lógica publicista do princípio da legalidade estrita. No Conflito de Competência 151.130/SP, a União alegou que sua submissão à arbitragem não poderia ser presumida a partir de uma cláusula aprovada em assembleia da Petrobrás em 2002, por duas razões centrais: (i) à época, inexistia autorização legal específica para a Administração Pública submeter-se à arbitragem em matéria societária; e (ii) enquanto sujeito de direito distinto da companhia, a União somente se vincularia mediante manifestação de vontade "inequívoca e expressa", emanada de autoridade competente[48].

---

[43] CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações, op. cit., p. 892-893.

[44] BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Art. 12: "[...] podendo adotar mecanismo de solução extrajudicial de controvérsias, inclusive arbitragem, para a solução de divergências entre acionistas e a sociedade, ou entre acionistas controladores e minoritários

[45] SOUZA, Thiago; LOUZADA, Rodrigo. A vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás, op. cit., p. 258-264.

[46] CANTIDIANO, Luiz L. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva nas sociedades por ações. In: CARMONA, Carlos A. (coord.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz.

Essa exigência de "manifestação inequívoca" não era apenas uma defesa retórica da Fazenda Pública, mas encontrava amparo no próprio regulamento da câmara arbitral vigente à época. O Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) de 2001 exigia, para a vinculação efetiva do acionista controlador, a assinatura de um documento específico apartado: o "Termo de Anuência"[49]. No curso do litígio, a Advocacia-Geral da União (AGU) demonstrou que esse termo jamais foi assinado por qualquer representante do ente federativo[50]. Esse detalhe fático serviu como a prova cabal de que, sob a ótica contratualista e regulatória de 2002, o ciclo de consentimento estatal nunca havia se aperfeiçoado.

Ainda que se aprofunde mais à frente do presente artigo as delimitações do julgamento e as manifestações das partes, é importante ressaltar que o STJ acolheu, em grande medida, essa lógica contratualista/publicista, divergindo da construção legislativa até ali. Partindo da distinção entre a pessoa jurídica Petrobrás e o acionista União, a Corte concluiu que para ocorrer a vinculação da Fazenda Pública, dependeria de previsão normativa específica ou de um ato formal de consentimento[51].

2.2.2. Modificações geradas pelo conflito

A redação originária da cláusula compromissória da Petrobrás, inserida em 2002 para atender às exigências de listagem no Nível 2 de Governança Corporativa, acentuou essa tensão. O antigo art. 58 do Estatuto Social previa que "as disputas ou controvérsias que envolvam a Petrobrás, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal [...] deverão ser solucionadas por arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado"[52]. À primeira vista, a cláusula parecia aderir ao modelo padrão da B3, estendendo a arbitragem à companhia, aos acionistas e aos órgãos de administração.

São Paulo: Atlas, 2017. p. 888-889.

[47] MARTINS, Pedro A. Batista; EIZIRIK, Nelson. Cláusula compromissória estatutária; arbitragem. In: CARVALHOSA, Modesto et al. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2. p. 183-184.

[48] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 151.130/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 27 nov. 2019, DJe 02 mar. 2020, voto do relator, p. 10-12 (numeração do PDF).

[49] [3] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Núcleo Especializado em Arbitragem. Manifestação da União sobre Arbitrabilidade Subjetiva. Procedimento Arbitral nº 75/2016. São Paulo, 17 dez. 2018, p. 6-7. A União cita os itens 2.1 e 1.3 do Regulamento da CAM de 2002, que condicionavam a vinculação à assinatura do Termo de Anuência.

[50] Ibidem, p. 11. "Ocorre que esse Termo de Anuência nunca foi assinado por nenhum representante da União

[51] SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; LOUZADA, Luísa Mendes. A vinculação da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobrás: uma análise à luz do Conflito de Competência nº 151.130/SP. Revista de Direito, v. 1, p. 259-260, 2021.

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 151.130/SP, voto do relator, transcrição do art. 58 do Estatuto Social da Petrobrás (redação de 2002), p. 14-15.

O problema residia no parágrafo único do dispositivo, que excluía da arbitragem "as disputas ou controvérsias que envolvam a União e a Petrobrás, em função das prerrogativas da União como ente federado controlador" e, além disso, litígios que versassem sobre questões tributárias e previdenciárias[53]. Ao introduzir uma ressalva genérica em favor da União enquanto acionista controlador, a cláusula criou uma "porta de saída" potencialmente ampla para afastar a jurisdição arbitral sempre que o ente federativo invocasse o interesse público[54] ou suas prerrogativas de direito público na orientação dos negócios da companhia (art. 238 da Lei das S.A.[55]).

De outro lado, e analisando a situação problemática do caso da Petrobrás, os estatutos sociais atuais das companhias abertas de infraestrutura, tendo como foco, no presente artigo, a SABESP, evidencia a mudança de paradigma após as reformas legislativas e regulatórias. No Estatuto Social da SABESP, o art. 1º, § 1º, declara que a sociedade está submetida ao Regulamento do Novo Mercado da B3, vinculando expressamente o acionista controlador às regras de governança ali previstas[56].

Entre essas regras está a arbitragem obrigatória perante a Câmara de Arbitragem do Mercado. O art. 53 do Estatuto da SABESP reproduz, em essência, o modelo padrão da B3, dispondo que a Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal "obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia" relacionada à LSA, ao estatuto, às normas da CVM e aos regulamentos de listagem[57]. Diferentemente do que ocorria com o art. 58 da Petrobrás em 2002, não há parágrafo que excepcione, em termos amplos, as deliberações do Estado de São Paulo enquanto controlador com base em genéricas razões de "interesse público".

O modelo SABESP é reforçado pelo mecanismo de Termo de Anuência do Acionista Controlador, exigido pela B3 como condição para a listagem em segmentos especiais. Nesse instrumento autônomo, o Estado de São Paulo declara sua "inteira e irrestrita concordância" com o Regulamento do Novo Mercado e se compromete a submeter a arbitragem todas as controvérsias correlatas[58]. Em outras palavras, além da vinculação institucional (via estatuto e art. 136-A da LSA), há uma vinculação contratual expressa, satisfazendo inclusive as exigências de consentimento formal enfatizadas pelo STJ no Caso Petrobrás.

---

[53] MONTES, Gustavo V. D. (Des)vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás, op. cit., p. 192-193.

[54] SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; LOUZADA, Luísa Mendes. A vinculação da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobrás, op. cit., p. 263-264.

[55] Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

[56] ARTIGO 1º – A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP ("Companhia") é uma companhia aberta, regida pelo presente Estatuto, pela Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais disposições legais aplicáveis.
Parágrafo primeiro – Sendo esta Companhia listada no segmento especial de listagem denominado Novo Mercado da B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão ("B3"), sujeitam-se a Companhia, seus acionistas, incluindo o acionista controlador, administradores e membros do Conselho Fiscal às disposições do Regulamento do Novo Mercado da B3 ("Regulamento do Novo Mercado").

A diferença temporal também é relevante. Enquanto a cláusula da Petrobrás foi criada em 2002, em cenário de incerteza sobre a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, o modelo SABESP foi estruturado já sob a égide da Lei 13.129/2015 – que autorizou de forma clara a utilização de arbitragem pela Administração Pública em conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis – e da Lei 13.303/2016, cujo art. 12 admite explicitamente a adoção da arbitragem em sociedades de economia mista[59].

3.ANÁLISE DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA 151.130/SP

Este capítulo dedica-se a examinar o precedente que se tornou odivisor de águas na jurisprudência sobre arbitragem com a Administração Pública,em seus fundamentos fáticos e jurídicos. Para estruturar essa análise, o capítulo divide-se em duas seções principais. No item 2.1, será apresentado o conflito subjacente, detalhando as teses de defesa da União que exploraram as lacunas contratuais e regulatórias anteriores à Lei das Estatais. No item 2.2, será discutida a ratio decidendi do acórdão do STJ, com foco na inaplicabilidade da cláusula estatutária ao acionista controlador e a consequente atração da competência da Justiça Federal.

3.1. O conflito subjacente: a disputa entre minoritários e a União

Nesta seção, reconstitui-se o cenário litigioso que antecedeu a decisão da Corte Superior. A compreensão da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n. 151.130/SP exige, antes de tudo, a reconstituição do contexto normativo e fático que envolveu a cláusula compromissória então vigente no Estatuto Social da Petrobrás (art. 58) e a natureza da disputa arbitral instaurada pelos acionistas minoritários contra a Companhia e a União.

Para tanto, a seção organiza-se em dois subitens. No item 3.1.1, serão apresentadas as teses de defesa estatais de natureza regulatória e textual, como a condição suspensiva de adesão ao Nível 2 e a exigência de termo de anuência. No item 3.1.2, será discutido o ambiente de litigiosidade processual, abordando as arguições de vícios de representação e a conexão probatória com a Class Action norte-americana.

3.1.1. A resistência estatal: teses regulatórias e textuais

Para além da discussão constitucional sobre a arbitrabilidade subjetiva da Fazenda Pública, a defesa da União na arbitragem explorou minúcias regulatórias e contratuais da época para demonstrar a ineficácia da cláusula compromissória antes mesmo de qualquer exame de mérito. A estratégia baseou-se em três pilares A estratégia baseou-se em três pilares argumentativos: a condição suspensiva de eficácia, o rigor formalista da adesão e a interpretação restritiva do escopo textual.

Em primeiro lugar, a União arguiu que o Art. 58 do Estatuto Social constituía uma *"norma de eficácia contida"* ou, na terminologia civilista, uma disposição sujeita a condição suspensiva. O argumento central era que o dispositivo fora inserido em 2002 com uma finalidade precípua e declarada: permitir a migração da Petrobrás para o Nível 2 de Governança Corporativa da Bovespa. Contudo, essa migração não se concretizou naquele momento histórico.

---

[57] SABESP. Estatuto Social, op. cit., Art. 53.

[58] BM&FBOVESPA. Regulamento de Listagem do Novo Mercado. Anexo B - Termo de Anuência dos Controladores.

[59] BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015; BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, art. 12.

A defesa estatal demonstrou que a Petrobrás permaneceu listada no "segmento básico" da bolsa durante todo o período relevante dos fatos da Lava Jato, vindo a aderir formalmente ao Nível 2 apenas em 14 de maio de 2018 — dois anos após a instauração da arbitragem. Assim, a cláusula arbitral seria uma disposição estatutária "dormante", cuja eficácia estaria condicionada a um evento futuro e incerto (a efetiva listagem no Nível 2) que não havia ocorrido à época da propositura da demanda, tornando a convenção arbitral inoperante para o caso concreto[60].

Em segundo lugar, invocou-se o rigor formal do Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) vigente à época da inserção da cláusula (2002). Aquele regulamento estabelecia que, para a vinculação do acionista controlador, não bastava a previsão estatutária; era indispensável a assinatura de um documento específico: o "Termo de Anuência". A União alegou que não firmou tal documento e que a simples aprovação do estatuto em assembleia não supria essa exigência formal[61].

A União sustentou ainda que a arbitragem deveria ser aferida conforme as regras vigentes no momento da declaração (2002), e não por um regulamento superveniente (2011) que alterou as condições de validade do consentimento[62]. Em resposta, os acionistas minoritários defenderam a aplicação do princípio tempus regit actum, sustentando que o procedimento arbitral instaurado em 2016 deveria ser regido pelo Regulamento de 2011, que já não exigia o Termo de Anuência para conferir eficácia à cláusula[63].

Por fim, a União utilizou uma interpretação textual comparativa para afastar a competência arbitral em litígios "horizontais" (entre acionistas). A defesa contrastou a redação do art. 58 da Petrobrás com o art. 53 do Estatuto do Banco do Brasil — outra estatal de economia mista.

Enquanto o estatuto do Banco do Brasil prevê expressamente que a companhia e seus acionistas "obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem[...] toda e qualquer disputa que possa surgir entre eles", a cláusula da Petrobrás omitia essa expressão, limitando-se a citar disputas que "envolvam a Companhia, seus acionistas...". A ausência da preposição "entre eles", segundo a União, não seria um lapso, mas um silêncio eloquente indicando que a cláusula cobria apenas litígios verticais (Acionista vs. Companhia), e não pretensões indenizatórias diretas de minoritários contra o controlador.[64]

---

60 BRASIL. Advocacia-Geral da União. Núcleo Especializado em Arbitragem. Manifestação da União sobre Arbitrabilidade Subjetiva. Procedimento Arbitral nº 75/2016. São Paulo, p. 3, 10

61 Ibidem. p. 11

62 Ibidem, p. 13 e 14

63 BRASIL. FINKELSTEIN ADVOGADOS. Resposta dos Requerentes às Manifestações Apresentadas. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016, 11 jan. 2019, p. 5

3.1.2. A "guerrilha processual" e a conexão internacional

A disputa subjacente não se limitou ao debate teórico sobreaarbitrabilidade; ela foi marcada na prática por uma intensa litigiosidade preliminar, que pode ser descrita como uma "guerrilha processual" voltada a travar o procedimento por questões formais. A Petrobrás e a União suscitaram sistematicamente diversos vícios de representação dos fundos de investimento estrangeiros, alegando que muitos não apresentaram número de CNPJ ou registro na CVM, tampouco a cadeia completa de atos constitutivos que comprovassem sua existência regular ou os poderes de seus representantes legais[65].

Essa atuação ocorria em paralelo - e em reação direta - a uma disputa probatória com os acionistas minoritários, que buscavam importar para a arbitragem brasileira o vasto acervo probatório produzido na Class Action que tramitava perante a Corte Distrital do Sul de Nova York (In re Petrobrás Securities Litigation), que teve o sigilo "levantado" de grande parte dos documentos, permitindo sua utilização para demonstrar a ciência inequívoca da administração da companhia sobre os ilícitos[66].

Esse cenário de alta complexidade - envolvendo teses de ineficácia estatutária, ausência de consentimento formal e batalhas probatórias internacionais - formou o "caldo de cultura" que desaguou no Superior Tribunal de Justiça. Foi diante dessa teia de argumentos, onde o risco de uma derrota no mérito arbitral (baseada em provas estrangeiras) crescia à medida que as defesas processuais (baseadas na lei nacional)se esgotavam, que a Corte Superior foi instada a decidir, em caráter definitivo,se a jurisdição arbitral prevaleceria ou não sobre o Poder Judiciário[67].

3.2. A ratio decidendi do STJ: competência-competência e a disponibilidade de direitos em atividades econômicas.

O primeiro eixo da ratio decidendi diz respeito ao alcance do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, segundo o qual cabe, em regra, ao tribunal arbitral decidir, com precedência sobre o Judiciário, as questões relativas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Em sua fundamentação, a Segunda Seção parte do reconhecimento de que a atividade arbitral possui natureza jurisdicional e, por isso, é possível o conflito de competência entre juízo estatal e tribunal arbitral; todavia, afirma que essa precedência não é absoluta.[68]

---

[64] BRASIL. Advocacia-Geral da União. Núcleo Especializado em Arbitragem. Manifestação da União sobre Arbitrabilidade Subjetiva. Procedimento Arbitral nº 75/2016. São Paulo, Manifestação sobre Arbitrabilidade Subjetiva, op. cit., p. 28-29.

[65] SOUTO CORREA ADVOGADOS. Manifestação da Petrobrás sobre a Irregularidade na Representação Processual e a Necessidade de Identificação dos Beneficiários Finais. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016, [s.d.], p. 1-3.

[66] FINKELSTEIN ADVOGADOS. Notícia sobre Fato Novo Referente ao Requerimento de Produção

A Corte invoca, como ponto de apoio, precedente anterior em que se assentou que o Poder Judiciário pode, em situações excepcionais, declarar a nulidade de cláusula compromissória "patológica", isto é, aposta em compromisso claramente ilegal, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.[69][7] Com base nessa construção, o acórdão entende que, quando não se discute apenas a extensão subjetiva da cláusula, mas a própria existência de um vínculo arbitral em relação a determinado sujeito — no caso, a União —, a análise prévia pelo STJ não ofende o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*.

O segundo pilar da decisão está na reconstrução da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública direta. O acórdão parte de uma distinção rigorosa entre (i) a personalidade jurídica da Petrobrás, sociedade de economia mista que explora atividade econômica em regime de competição (art. 173, § 1º, II, da CF[70]), e (ii) a personalidade da União, enquanto ente federativo investido de prerrogativas de direito público.

A Corte reconheceu que a Petrobrás, enquanto companhia aberta, podia validamente adotar a cláusula compromissória estatutária, ainda que em momento anterior à Lei 13.129/2015, à luz de precedentes que admitiam a utilização da arbitragem por sociedades de economia mista em conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.[71]

Contudo, enfatiza que a manifestação de vontade da companhia — ao aprovar o art. 58 em assembleia — não se confunde com a manifestação de vontade da União no exercício do poder de controle. Para o ente político, aplica-se com máxima intensidade o princípio da legalidade estrita (art. 37, caput, da CF): onde a lei não autoriza expressamente a submissão à arbitragem, vige a presunção de jurisdição estatal.[72]

Nessa perspectiva, o acórdão destaca que, à época da inserção da cláusula (2002), inexistia autorização legislativa específica para a participação da União em procedimentos arbitrais, bem como não havia assinatura de termo de anuência ou qualquer outro ato autônomo em que o ente público declarasse sua adesão à convenção arbitral. Assim, entendeu-se que a cláusula compromissória estatutária não preenche os requisitos mínimos de validade exigíveis para o Poder Público, de modo que não há convenção de arbitragem a ser respeitada.[73]

---

[67] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência 151.130/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. p/ acórdão Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, j. 27 nov. 2019, DJe 19 dez. 2019

[68] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 157.099/RJ. Rel. Min. Marco Buzzi; Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. DJe 30 out. 2018. Citado em: CC 151.130/SP.

[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.602.076/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 15 set. 2016. DJe 30 set. 2016.

Com isso, o STJ reposiciona a discussão da vinculação do controlador estatal em um patamar diverso daquele consagrado pelo art. 136-A da LSA: ainda que a norma societária reconheça a eficácia vinculante intra-societária da cláusula aprovada por maioria, tal regra não seria suficiente, por si só, para afastar a exigência de consentimento expresso e autorização legal quanto à Fazenda Pública direta. A autonomia privada societária encontra, aqui, um limite externo no regime constitucional da Administração.

O terceiro eixo da ratio decidendi, por fim, desloca o foco da estrutura da cláusula para a natureza do litígio, rejeitando a distinção técnica proposta pelo Tribunal Arbitral. Na origem, os árbitros haviam sustentado, na Sentença Parcial, uma interpretação restritiva da imunidade conferida à União pelo parágrafo único do art. 58 do Estatuto.

Para a jurisdição arbitral, a vedação aplicava-se apenas à discussão sobre a validade ou eficácia das deliberações da União em assembleia (o exercício do voto), mas não impedia a arbitragem sobre os "efeitos patrimoniais" decorrentes de tais atos, como a desvalorização das ações. Segundo os árbitros, "nenhum dos pedidos formulados impacta sobre a existência, a validade ou a eficácia de deliberações da União", mas apenas sobre a reparação de danos, o que tornaria a matéria arbitrável.[74]

O STJ, contudo, ignorou essa distinção funcional ("ato" versus "efeito") e acolheu a tese da inarbitrabilidade objetiva de forma abrangente. Para a Corte, a controvérsia instaurada pelos acionistas minoritários extrapola o âmbito estritamente societário e a mera reparação de danos. Ao questionar o modo como o ente controlador orientou os negócios da companhia, indicou dirigentes e supervisionou a gestão no contexto da Operação Lava Jato, a discussão incide inevitavelmente sobre o "interesse público primário" e o exercício de direitos indisponíveis previstos no art. 238 da Lei das S.A[75]

---

[70] Art. 173. [...]
§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...]
II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários:

[71] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 606.345/RS. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. DJ 8 jun. 2007. Ver também: REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 28 fev. 2012.

[72] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 37, caput.

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 151.130/SP, op. cit. Passagens em que se destaca a inexistência de lei autorizativa específica em 2002 e a ausência de termo de anuência da União.

Em termos práticos, o Tribunal afirma que submeter a União à arbitragem, naquele contexto específico, implicaria permitir que árbitros privados revisassem políticas de governo, escolhas discricionárias de gestores e a própria forma de condução do interesse público no setor de petróleo e gás.

Tais matérias seriam, por sua natureza, insuscetíveis de disposição ou transação, devendo permanecer sob a jurisdição exclusiva da Justiça Federal. A arbitragem é, assim, mantida apenas em relação à Petrobrás - cuja atuação empresarial permanece regida pelo direito privado -, enquanto a demanda contra a União é atraída para o juízo estatal.[76]

Essa solução conduz a uma cisão do litígio: de um lado, o tribunal arbitral julgará a responsabilidade da Petrobrás perante os minoritários; de outro, a Justiça Federal apreciará, com base em regime jurídico diverso, a responsabilidade civil da União pelos mesmos fatos. A decisão reconhece expressamente esse desdobramento, mas o justifica em nome da preservação do interesse público primário e da legalidade estrita na atuação da Fazenda Pública.

Contudo, essa cisão não permaneceu no plano teórico. Diante da definição de competência pelo STJ, e visando blindar o procedimento arbitral de futuras alegações de nulidade, os Requerentes formalizaram a desistência da ação em relação à União, prosseguindo o litígio arbitral exclusivamente contra a Petrobrás.

4. LIMITES E EXTENSÃO DA JURISDIÇÃO ARBITRAL

A análise do Caso Petrobrás, empreendida no capítulo anterior, evidenciou que a vinculação da União à cláusula compromissória estatutária não depende apenas do texto da Lei das S.A., mas resulta da interação entre (i) o desenho normativo do estatuto, (ii) o regime constitucional da Administração Pública e (iii) a própria configuração fática do litígio.

---

[74] CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM-B3). Procedimento Arbitral nº 75/2016. Sentença Parcial. Requerentes: American International Group, Inc. Retirement Plan e outros. Requeridas: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás e União Federal. Árbitros: Frederico José Straube, Carlos Eduardo Stefen Elias e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. São Paulo, 22 abr. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem- 2/caso-fundos-Petrobrás

[75] Art. 238. A pessoa jurídica que controla a companhia de economia mista tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117), mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou a sua criação.

No cenário contemporâneo das sociedades de economia mista de infraestrutura – já submetidas à Lei 13.129/2015, à Lei 13.303/2016 e aos regulamentos de listagem da B3 –, a questão que se impõe é saber em que medida essa ratio decidendi pode (ou não) ser transposta de forma generalizada, especialmente quando se pretende estender a cláusula compromissória a entes públicos que não figuram formalmente como partes do estatuto ou do regulamento arbitral.

É nesse contexto que este capítulo se organiza em dois subitens articulados. No item 4.1, examina-se a extensão da vinculação a outros entes estaduais, partindo do precedente Petrobrás e confrontando-o com a legislação vigente (Lei 13.129/2015, Lei 13.303/2016 e art. 136-A da LSA), bem como com o modelo atual de governança da companhia de saneamento Sabesp.

No item 4.2, desenvolve-se a distinção entre atos de gestão (arbitráveis, ainda que praticados pelo controlador) e atos de império (não arbitráveis) como critério material de delimitação da jurisdição arbitral, propondo-se um teste funcional que permita, a partir da natureza do ato e do interesse tutelado (público primário ou secundário), definir quando a cláusula estatutária pode alcançar o ente público e quando a competência deve permanecer exclusiva do Poder Judiciário.

4.1. A extensão da vinculação a outros entes estaduais

A solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência n.º 151.130/SP - afastando a União da cláusula compromissória estatutária da Petrobrás - tornou-se, em curto espaço de tempo, uma espécie de "fantasma hermenêutico" para as sociedades de economia mista de infraestrutura.

A leitura isolada da decisão pode sugerir uma regra geral de não vinculação do ente público controlador à arbitragem sempre que inexistir consentimento contratual expresso ou houver invocação de "interesse público primário".

A hipótese deste artigo, porém, é distinta: o caso Petrobrás deve ser compreendido como um caso-limite, condicionado por um vácuo legislativo e por uma cláusula compromissória "patológica", já superados pelo arcabouço normativo pós-2015 e pela evolução dos estatutos das estatais de infraestrutura (não arbitráveis) como critério material de delimitação da jurisdição arbitral, propondo-se um teste funcional que permita, a partir da natureza do ato e do interesse tutelado (público primário ou secundário),

[76] Idem, ibidem. Parte dispositiva que reconhece a competência concorrente: arbitragem em relação à Petrobrás e Justiça Federal em relação à União.

definir quando a cláusula estatutária pode alcançar o ente público e quando a competência deve permanecer exclusiva do Poder Judiciário.

4.1.1. O "Caso-limite": do vazio legislativo (2002) à autorização expressa (pós-2015)

O ponto de partida é a própria ementa do CC 151.130/SP. O STJ reconhece, em abstrato, que "no atual estágio legislativo, não restam dúvidas acerca da possibilidade da adoção da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta", em razão das alterações promovidas pelas Leis n.º 13.129/2015 e 10.303/2001. Todavia, conclui que essa evolução não autorizaria, retroativamente, a submissão da União à cláusula do art. 58 do Estatuto da Petrobrás, pela "inexistência de autorização legal ou estatutária" à época de sua aprovação, bem como pela especificidade do pleito indenizatório trazido pelos investidores.

A distinção temporal é central. Quando a cláusula compromissória foi inserida no estatuto da Petrobrás, em 2002, a discussão sobre arbitragem envolvendo a Administração Pública ainda se encontrava em terreno controvertido. Não havia previsão expressa na Lei n.º 9.307/1996 autorizando a utilização de arbitragem pela Administração direta; tampouco havia, à época, regra na Lei das S.A. que positivasse a eficácia erga omnes da cláusula estatutária em relação aos acionistas dissidentes ou ausentes.

Nesse contexto, a própria manifestação da União na arbitragem estruturou sua defesa em três eixos: (i) inexistência de cláusula compromissória eficaz, porque a Petrobrás não havia aderido a segmento especial de listagem e a União não assinara o termo de anuência exigido pelo regulamento da CAM de 2002; (ii) escopo subjetivo restrito do art. 58, dirigido a disputas "envolvendo" a companhia, lidas como conflitos verticais; e (iii) ausência de autorização legal específica para que a União, na qualidade de ente político, pudesse ser considerada vinculada à convenção arbitral estatutária.[77]

O quadro normativo altera-se de forma decisiva com as reformas pós-2015: (i) O art. 1º, § 1º, da Lei n.º 9.307/1996[78] passa a prever expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração Pública, direta e indireta, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, encerrando a controvérsia sobre a arbitrabilidade subjetiva em termos gerais.

(ii) O art. 136-A da Lei n.º 6.404/1976[79] consagra a natureza institucional da convenção de arbitragem estatutária, estabelecendo que sua aprovação por quórum qualificado "obriga a todos

os acionistas", inclusive dissidentes, ausentes e futuros, sem necessidade de assinatura individual de termos de adesão. (iii) O artigo 12 da Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais) incentiva expressamente a utilização de arbitragem em litígios societários, admitindo sua adoção inclusive para controvérsias entre "acionistas controladores e acionistas minoritários".

Diante desse novo cenário, a própria premissa de "falta de autorização legal" perde força para as sociedades de economia mista que aprovaram cláusulas compromissórias após 2015/2016, ou que adequaram seus estatutos ao novo regime de governança. Para esses casos, a vinculação do ente controlador não decorre mais de um consentimento contratual pontual (termo de anuência), mas de uma vinculação institucional, imposta pela combinação entre o estatuto social (art. 136-A LSA), os regulamentos de listagem e a legislação de regência.

Assim, a leitura proposta é tratar o CC 151.130/SP como um precedente marcado por um problema de direito intertemporal e por cláusula vazia estratégica, uma convenção que, aos olhos do mercado, aparenta aderir ao modelo da arbitragem obrigatória (condição de acesso a segmentos especiais), mas que contém, internamente, válvulas de escape redacionais capazes de esvaziar, em situações sensíveis, a submissão do controlador estatal à jurisdição arbitral.

A experiência posterior mostra que a armadilha textual não reside apenas nas exceções materiais (remissão genérica a "interesse público" ou a direitos indisponíveis), mas também no recorte subjetivo da cláusula. Possivelmente, cláusulas mais abrangentes, que submetem à arbitragem "qualquer disputa que possa surgir entre a companhia, seus acionistas, administradores e membros do conselho fiscal entre eles", tendem a reduzir a margem para alegações de ausência de consentimento em litígios horizontais. É precisamente esse o modelo adotado, por exemplo, no Estatuto Social do Banco do Brasil (art. 55[80]), cuja redação expressamente abrange disputas "que possam surgir entre eles", vinculando a companhia, os acionistas (inclusive o controlador) e os administradores à Câmara de Arbitragem do Mercado.

---

[77] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Manifestação da União sobre arbitrabilidade subjetiva. Procedimento Arbitral CAM n.º 75/2016, 17 dez. 2018, p. 2–4 e 13–17.

[78] Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

[79] Art. 136-A. A aprovação da inserção de convenção de arbitragem no estatuto social, observado o quorum do art. 136, obriga a todos os acionistas, assegurado ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do art. 45.

[80] Art. 55. O Banco, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal, efetivos e suplentes, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal, e em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei nº 6.385/1976, na Lei nº 6.404/1976, no Estatuto Social do Banco, nas normas editadas pelo

4.1.2. Da cláusula "patológica" ao modelo "blindado": comparação estatutária (Petrobrás, Banco do Brasil, Sabesp, Copasa e Sanepar)

A superação prática do precedente Petrobrás pode ser visualizada, de forma concreta, pela comparação entre os estatutos recentes de outras estatais de infraestrutura. Tomam-se, aqui, três modelos: (i) o modelo de 2025 da Petrobrás; (ii) o modelodo Banco do Brasil; e (iii) o modelo das companhias de saneamento como Sabesp,Copasa e Sanepar.

(i) Petrobrás (2025): correção parcial, risco remanescente

O Estatuto Social da Petrobrás atualmente em vigor revisou a cláusula compromissória, hoje localizada no art. 59[81]. O caput submete à arbitragem "toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre a Companhia, seus acionistas, administradores, membros do Conselho Fiscal e demais pessoas obrigadas a observar o Estatuto Social, relacionadas à aplicação da Lei n.º 6.404/1976, do Estatuto, das normas da CVM e da B3", a ser administrada pela Câmara de Arbitragem do Mercado. Com isso, corrige-se a falha original da preposição, adotando-se a fórmula "entre eles" que reforça o alcance subjetivo horizontal da cláusula.

Todavia, o parágrafo único do mesmo art. 59[81] mantém uma zona de exceção delicada, ao excluir da arbitragem "as controvérsias relacionadas às matérias previstas no art. 1° da Lei n.° 9.478/1997 e às atividades exercidas pela Companhia em nome da União", bem como as que envolvam direitos indisponíveis.

Ao reintroduzir, dentro da própria cláusula compromissória, uma reserva ampla em favor de atividades exercidas "em nome da União", o estatuto preserva a possibilidade de que o controlador qualifique determinados atos de gestão (como políticas de preços ou investimentos estratégicos) como expressão de interesse público primário, tentando subtrair tais controvérsias da esfera arbitral.

---

[80] Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de valores mobiliários em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Novo Mercado, dos demais regulamentos da B3 e do contrato de participação no Novo Mercado.

[81] Art. 59- A Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal obrigam se a resolver por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas na Lei das Sociedades por Ações, na Lei n° 13.303, de 30 de junho de 2016, no Estatuto Social da Companhia, 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 do Regulamento do Nível 2, do Regulamento de Arbitragem, do Contrato de Participação e do Regulamento de Sanções do Nível 2.

[82] Art. 59 [...] Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às disputas ou controvérsias que se refiram às atividades da Petrobrás fundamentadas no art. 1° da Lei n° 9.478, de 6 de agosto de 1997 e observado o disposto neste Estatuto no que tange ao interesse público que justificou a criação da Companhia, bem como às disputas ou controvérsia que envolvam direitos indisponíveis.

Em outras palavras, a Petrobrás migra de uma cláusula explicitamente "patológica" (modelo 2002) para um desenho híbrido: fortalece o vínculo subjetivo ("entre eles"), mas mantém, no plano objetivo, uma ressalva que permite reativar, em casos futuros, a lógica de fragmentação de competência entre Justiça Federal e tribunal arbitral.

(ii) Banco do Brasil

O já citado Estatuto Social do Banco do Brasil, por sua vez, apresenta uma cláusula (art. 55) frequentemente apontada como exemplo de convenção arbitral robusta. O dispositivo obriga o Banco, seus acionistas, administradores e membros do conselho fiscal a submeter à Câmara de Arbitragem do Mercado *"toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada à aplicação da Lei das S.A., do Estatuto Social, das normas da CVM e da B3"*.

Ainda que a cláusula também preveja exceções para direitos indisponíveis e determinadas matérias regulatórias, sua principal virtude, para os fins deste artigo, está na clareza do recorte subjetivo: o controlador é tratado, desde logo, como parte vinculada "entre eles". Foi exatamente essa redação que a própria União, em sua manifestação na arbitragem da Petrobrás, reconheceu como apta a vincular o controladorpúblico, distinguindo-a do modelo ambíguo originalmente adotado pela Petrobrás.

(iii) Sabesp, Copasa e Sanepar: o padrão "blindado" do Novo Mercado

As companhias estaduais de saneamento que aderiram ao Novo Mercado incorporam, em seus estatutos, um modelo de cláusula compromissória que pode ser considerado paradigmático para as sociedades de economia mista de infraestrutura.

No caso da Sabesp, o art. 1°, § 1°[83], submete a companhia e o acionista controlador às regras do Novo Mercado, enquanto o art. 53[84] determina que "as disputas ou controvérsias que possam surgir entre a Companhia, seus acionistas, administradores e membros do Conselho Fiscal entre eles" sejam resolvidas por arbitragem na Câmara de Arbitragem do Mercado. Não há, no texto da cláusula, qualquer ressalva específica em favor de atos de orientação de negócios ou interesse público; a discussão sobre o que é ou não arbitrável desloca-se para a análise concreta da natureza do ato (gestão vs. império), e não para a validade da convenção.

A Copasa adota solução semelhante. O art. 85[85] do Estatuto Social obriga a Companhia, seus acionistas, administradores e membros do conselho fiscal a submeter à arbitragem "toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles", também perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, e remete expressamente ao Regulamento do Novo Mercado da B3.

Já a Sanepar reforça o mesmo padrão. O art. 99[86] contém cláusula compromissória com fórmula "entre eles", remetendo à Câmara de Arbitragem do Mercado, enquanto o art. 107, § 2º[87], trata, em capítulo apartado ("Disposições Gerais"), da orientação dos negócios pela acionista controladora com base no art. 238 da LSA, sem transformar essa referência em exceção explícita à arbitragem.

Percebe-se, assim, que ao separar a cláusula compromissória das referências ao interesse público e ao art. 238 da LSA, os estatutos de Sabesp, Copasa e Sanepar evitam que o debate sobre "atos de império" seja utilizado como barreira de entrada para afastar a jurisdição arbitral. A discussão se transfere para dentro do procedimento, sob a lógica da competência-competência: caberá ao tribunal arbitral, e não ao juiz estatal, qualificar, caso a caso, se determinada conduta do controlador configura ato de gestão (jure gestionis) ou de império (jure imperii), com as respectivas consequências em termos de arbitrabilidade objetiva.

Logo, o problema do consentimento formal do ente público — central no CC 151.130/SP — está substancialmente superado pelas reformas legislativas e pela positivação do art. 136-A da LSA e o foco passa a ser a técnica redacional das cláusulas estatutárias: fórmulas amplas ("entre eles") e ausência de ressalvas internas de interesse público tendem a minimizar o risco de estratégias de não vinculação do controlador.

---

83 ARTIGO 1º – A Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP ("Companhia") é uma companhia aberta, regida pelo presente Estatuto, pela Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e demais disposições legais aplicáveis. Parágrafo primeiro – Sendo esta Companhia listada no segmento especial de listagem denominado Novo Mercado da B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão ("B3"), sujeitam-se a Companhia, seus acionistas, incluindo o acionista controlador, administradores e membros do Conselho Fiscal às disposições do Regulamento do Novo Mercado da B3 ("Regulamento do Novo Mercado").

84 ARTIGO 53 – A Companhia, seus acionistas, Administradores e os membros do Conselho Fiscal, efetivos e suplentes, e demais comitês estatutários e não estatutários, obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, administradores, membros do Conselho Fiscal e demais comitês estatutários e não estatutários, em especial, daquelas decorrentes das disposições contidas na Lei Federal nº 6.385/1976, na Lei Federal nº 6.404/1976, neste Estatuto, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Novo Mercado, dos demais regulamentos da B3 e do Contrato de Participação no Novo Mercado

85 Artigo 85 A Companhia, seus acionistas, Administradores e membros do Conselho Fiscal, efetivos e suplentes obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, perante a Câmara de Arbitragem do Mercado, na forma de seu Regulamento, qualquer controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda da sua condição de emissor, acionistas, Administradores, e membros do Conselho Fiscal, em especial, decorrentes das disposições contidas na Lei Federal nº 6.385/1976, na Lei Federal nº 6.404/1976, no Estatuto Social da COPASA MG, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela CVM, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Novo Mercado, dos demais regulamentos da B3 e do Contrato de Participação no Novo Mercado.

86 Art. 99 - A Companhia, seus acionistas, administradores, os membros do Conselho Fiscal e membros de Comitês Estatutários obrigam-se a resolver, por meio de arbitragem, toda e qualquer disputa ou controvérsia que possa surgir entre eles, relacionada com ou oriunda, em especial, da aplicação, validade, eficácia, interpretação, violação e seus efeitos, das disposições contidas neste

De outro lado, para as sociedades de economia mista de infraestrutura, o modelo adotado por Sabesp, Copasa e Sanepar oferece um caminho de maior segurança jurídica, ao tratar o Estado-acionista como qualquer outro acionista para fins de jurisdição arbitral, mantendo o debate sobre atos de gestão e atos de império — desenvolvido no tópico 3.2 — no plano da arbitrabilidade objetiva, e não como obstáculo prévio à própria instauração do procedimento arbitral.

4.2. A distinção entre atos de gestão e atos de império como critério definidor da jurisdição arbitral.

Superada, no item anterior, a questão da arbitrabilidade subjetiva – isto é, da própria vinculação da União à cláusula compromissória estatutária –, permanece a necessidade de definir até onde se estende a jurisdição arbitral quando o litígio envolve o Estado-acionista em sociedade de economia mista de infraestrutura. O Conflito de Competência n. 151.130/SP, ao acolher a tese de que a atuação da União na orientação dos negócios da Petrobrás decorreria do art. 238 da Lei das S.A. e, portanto, corporificaria o exercício de "interesse público" indisponível, acabou por transformar, na prática, todo e qualquer voto do controlador em ato de império, imune à arbitragem.

Essa leitura, ademais de projetar de forma excessiva o art. 238 da LSA, não dialoga adequadamente com o regime híbrido do art. 173 da Constituição, segundo o qual, na exploração de atividade econômica, o Estado se submete, quanto a direitos e obrigações, ao regime próprio das empresas privadas.

Para tanto, o item 4.2.1 discute a insuficiência do art. 238 da LSA como critério automático de exclusão da arbitragem; o item 4.2.2 propõe um teste funcional, articulando a natureza do ato e a natureza do pedido como parâmetros para definir a arbitrabilidade objetiva; e o item 4.2.3 aprofunda a desqualificação do ilícito (corrupção, abuso de controle) como ato de império, extraindo consequências normativas para a redação das cláusulas compromissórias em estatais de infraestrutura.

Estatuto e na legislação vigente, bem como nas normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes do Regulamento do Nível 2, do Contrato de Participação no Nível 2, do Regulamento de Sanções e do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Arbitragem do Mercado instituída pela B3 S.A.– Brasil, Bolsa, Balcão.

[87] Art. 107 - As regras referentes ao Regulamento do Nível 2 constantes deste Estatuto Social, somente terão eficácia a partir da data de início da negociação das ações da Companhia no segmento de listagem denominado Nível 2 de Governança Corporativa da B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão.
[...]
§ 2º Nos termos do artigo 238 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, conforme alterada ("Lei de Sociedades por Ações"), o Estado do Paraná tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador (artigos 116 e 117 da referida Lei), mas poderá orientar as atividades da Companhia de modo a atender ao interesse público, referidos no objeto social, que justificou sua criação.

4.2.1. A insuficiência do art. 238 da LSA como critério excludente da arbitragem

No CC 151.130/SP, a União sustentou – e o STJ em grande medida acolheu – que a sua atuação em assembleia geral, ao orientar os negócios sociais, sempre se faria à luz do interesse público primário, de modo que qualquer discussão sobre o exercício do poder de controle extrapolaria o âmbito da arbitragem e caberia exclusivamente ao Poder Judiciário.[88]

Tal construção parte de uma premissa correta, mas a leva a uma conclusão equivocada. É correto afirmar que o art. 238 da LSA autoriza o Estado-acionista a orientar a companhia para atender ao interesse público que justificou sua criação. Mas daí não decorre, automaticamente, que todas as manifestações de voto ou nomeações de administradores – ainda que contaminadas por abuso de poder ou corrupção – sejam expressão legítima de "ato de império" insuscetível de controle arbitral.[89]

Em termos dogmáticos, o art. 238 define a finalidade com que o controle deve ser exercido; não confere, por si só, imunidade patrimonial à União por danos causados à companhia e a seus acionistas minoritários quando essa finalidade é desvirtuada.

A leitura que equipara, de forma quase tautológica, "ato do Estado-controlador" a "ato de império" produz um duplo efeito indesejado ao desconsiderar o regime empresarial do art. 173 da Constituição, segundo o qual o Estado, quando atua no domínio econômico, se coloca em patamar de igualdade com o particular, inclusive para fins de responsabilidade civil; e confunde interesse público primário e interesse público secundário, tratando a mera repercussão financeira de políticas públicas (queda do valor das ações, redução de dividendos etc.) como se fosse, em si, matéria indisponível e, portanto, inarbitráveis.[90]

---

[88] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Manifestação da União sobre arbitrabilidade subjetiva. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016, 17 dez. 2018

[89] SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; LOUZADA, Luísa Mendes. A vinculação da União à cláusula compromissória estatutária da Petrobrás: uma análise à luz do Conflito de Competência nº 151.130/SP. Revista de Direito, v. 1, p. 255-271, 2019, p. 263-266

[90] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais. Revista de Processo, v. 264, fev. 2017, p. 151-185

[91] Idem

A distinção proposta pela doutrina entre interesse público primário (finalidades públicas em sentido estrito) e interesse público secundário (gestão do patrimônio do Estado, inclusive na condição de acionista) permite uma leitura mais equilibrada: o que é inarbitrável não é o "ato estatal" em abstrato, mas o núcleo de decisões que envolvem definição de políticas públicas e exercício de poderes de império; já a responsabilidade civil pelos efeitos patrimoniais de atos de gestão ou de abuso de controle permanece disponível e, portanto, submetível à arbitragem, sendo essa, inclusive, a posição que o Tribunal arbitral havia adotado na Sentença Parcial de Mérito no Procedimento Arbitral 75/2016 (Caso Fundos Petrobrás).[91]

Nessa chave, o art. 238 da LSA não pode funcionar como cláusula geral de exclusão de arbitragem, mas apenas como ponto de partida para distinguir, no caso concreto, se a controvérsia versa (i) sobre a validade de uma política pública em si ou (ii) sobre os danos financeiros decorrentes de sua implementação abusiva ou ilícita.

4.2.2. A proposta de um teste funcional: jure gestionis x jure imperii e a natureza do pedido

À luz das dificuldades reveladas pelo CC 151.130/SP, a distinção clássica entre atos de império e atos de gestão mostra-se insuficiente se não for acompanhada de um critério operacional que permita, no caso concreto, definir a extensão da jurisdição arbitral. A dogmática administrativa já reconhece que o Estado pode atuar ora em posição de supremacia (jure imperii), ora em pé de igualdade com o particular (jure gestionis), especialmente quando explora atividade econômica ou participa de sociedades empresárias.[1] O desafio, no contexto das estatais de infraestrutura, consiste em traduzir essa distinção em parâmetros minimamente objetivos para a aferição da arbitrabilidade objetiva.

Propõe-se, neste trabalho, um "teste funcional" de dupla etapa. Em um primeiro momento, deve-se indagar qual é a natureza do ato impugnado: se trata de manifestação típica de autoridade pública – como edição de atos normativos, regulação setorial, exercício de poder de polícia, definição de tarifas por decreto –, ou de exercício de faculdades inerentes à posição de acionista ou gestor, tais como o voto em assembleia, a eleição de administradores, a aprovação de contas ou de operações específicas.[92] Em um segundo momento, importa verificar qual é a natureza da tutela jurisdicional pretendida: se o que se busca é a invalidação da política pública em si (por meio de pedidos anulatórios ou constitutivos negativos), ou se a pretensão se limita à obtenção de reparação pecuniária pelos prejuízos suportados pelos investidores em razão da forma como o poder de controle foi exercido.[93]

Quando a pretensão deduzida em juízo (ou em arbitragem) visa, em essência, ao controle de legalidade ou de constitucionalidade de políticas públicas – por exemplo, a revisão de uma política de preços de combustíveis adotada mediante ato normativo com objetivos macroeconômicos –, o litígio situa-se no núcleo do jure imperii. Nesse cenário, a competência tende a permanecer reservada ao Poder Judiciário, em especial à Justiça Federal, por envolver o escrutínio de escolhas políticas e discricionárias do Estado. Trata-se de um campo em que a arbitragem não se presta a substituir o controle jurisdicional tradicional.

Diversamente, quando o objeto principal da controvérsia consiste na apuração de responsabilidade civil por danos causados à companhia ou aos acionistas minoritários, em razão de abuso de poder de controle, má gestão ou ilícitos praticados no âmbito da sociedade, o Estado se aproxima da figura do empresário comum, atuando jure gestionis. Nesses casos, a discussão se reconduz a categorias típicas do direito societário – como o abuso do poder de controle previsto no art. 117 da LSA[94] – e recai sobre direitos patrimoniais disponíveis, cuja solução por arbitragem é admitida pelo art. 1º da Lei 9.307/1996. O fato de o controlador ser um ente público não altera, por si só, a natureza patrimonial e transacionável da pretensão indenizatória.

Sob essa perspectiva, o teste funcional aqui sugerido permite um distinguishing em relação ao precedente Petrobrás. Em vez de se presumir, de forma generalizada, que todo ato do controlador estatal é expressão de "interesse público" inarbitrável, desloca-se o foco para a conjugação entre (i) a natureza do ato (autoridade x gestão) e (ii) a natureza do pedido (controle de política pública x reparação patrimonial). Nos litígios em que a controvérsia se limita à indenização dos prejuízos causados por atos de gestão ilícitos, a solução arbitral mostra-se compatível com o regime constitucional do art. 173 e com a lógica da proteção dos investidores em mercado de capitais, sem prejuízo da competência do Poder Judiciário para o controle de legalidade das políticas públicas em sentido estrito.

---

[92] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. op. cit., p. 103-108 (noção de jure imperii e jure gestionis).

[93] Idem; ver ainda SOUZA; LOUZADA, op. cit., p. 267-269.

[94] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). MS 11.308/DF. Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 17 dez. 2007 (distinção entre interesse público e interesse da Administração). Referido no CC 151.130/SP

[95] Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

4.2.3. A desqualificação do ilícito: corrupção e abuso de controle não são atos de império

Um corolário relevante do teste funcional é a desqualificação do ilícito como ato de império. Ainda que se admita, em tese, que a União possa orientar a Petrobrás com fundamento em políticas públicas legítimas, atos de corrupção, fraude contábil, desvio de finalidade ou abuso de poder de controle não podem ser reconduzidos ao conceito de "interesse público" protegido pelo art. 238 da LSA.[96]

Na própria arbitragem dos fundos de investimento (Procedimento Arbitral 75/2016), os Requerentes enfatizaram que o esquema de corrupção associado à Operação Lava Jato – concebido em "escritórios paralelos" e implementado à margem dos canais formais de governança – não corresponderia a uma opção política de governo, mas a uma atuação ilícita de administradores e agentes públicos, incompatível com a finalidade pública que justificou a criação da companhia.[97] O ilícito, nessa perspectiva, rompe o nexo com o interesse público primário e recoloca a conduta do controlador no plano da responsabilidade civil empresarial.

A consequência é direta: quanto mais grave o desvio de finalidade, mais frágil se torna o argumento de "ato de império" e mais clara se revela a natureza patrimonial e disponível da pretensão indenizatória. Em outras palavras, corrupção e fraude não se convertem em políticas públicas por decreto, nem podem se escudar na cláusula de interesse público para escapar à jurisdição arbitral.

Esse raciocínio é reforçado pela própria conduta da Petrobrás e da União em jurisdições estrangeiras. Na class action ajuizada nos Estados Unidos, com base em fatos substancialmente idênticos aos discutidos na arbitragem brasileira (fraudes contábeis e esquemas de corrupção que afetaram o valor das ações), celebrou-se acordo judicial bilionário para indenizar investidores estrangeiros prejudicados.[98] Se a matéria fosse verdadeiramente indisponível por envolver "interesse público primário" em sentido estrito, não teria havido espaço jurídico para transação – menos ainda em montante tão expressivo.

Do ponto de vista da dogmática da arbitragem, isso conduz à conclusão de que a responsabilidade civil do Estado-empresário, quando atua na qualidade de controlador em sociedade de economia mista, insere-se no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis exigidos pelo art. 1º da Lei 9.307/1996.

---

[96] SOUZA; LOUZADA, op. cit., p. 268-270 (crítica à utilização do art. 238 da LSA como escudo para ilícitos).

[97] FINKELSTEIN ADVOGADOS. Resposta dos Requerentes à Manifestação da União Federal de 11.01.2019. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016, 15 jan. 2019

[98] SOUZA; LOUZADA, op. cit., p. 270-271 (referência ao acordo celebrado em class action nos EUA, no valor aproximado de US$ 2,95 bilhões, com base nos mesmos fatos discutidos no Brasil).

A proposta deste trabalho, portanto, acompanha a posição adotada na Sentença Parcial Arbitral do Procedimento Arbitral dos Fundos Petrobrás, que estatutos de companhias de infraestrutura que contém com participação estatal relevante – como Petrobrás, Banco do Brasil, Sanepar e Copasa – explicitem, em suas cláusulas compromissórias, essa cisão funcional, deixando claro que:

a) a arbitragem não se presta a revisar ou invalidar políticas públicas em si (controle de legalidade ou de constitucionalidade de atos normativos, atos de governo em sentido estrito); mas
b) a arbitragem abrange integralmente a apuração e reparação de danos patrimoniais causados à companhia e aos seus acionistas em razão de atos de gestão, abuso de poder de controle ou ilícitos praticados no âmbito da companhia, ainda que imputáveis ao Estado-acionista.

Nessa moldura, seja por cláusulas vazias ou cláusulas "cheias" no que concerne aos atos que caberão a jurisdição arbitral, a distinção entre atos de gestão e atos de império deixa de ser um mero recurso retórico para se transformar em critério operativo de delimitação de jurisdição, garantindo, ao mesmo tempo, (i) a preservação do espaço de atuação legítima do Poder Público e (ii) a efetividade da proteção patrimonial de investidores em arbitragem societária.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou responder à seguinte pergunta de pesquisa: em que medida a ratio decidendi do precedente Petrobrás (CC 151.130/SP) afeta a vinculação do Estado-controlador às cláusulas compromissórias nas atuais estatais de infraestrutura, e quais critérios definem a competência arbitral? Para enfrentar essa indagação, partiu-se da hipótese inicial de que o referido julgado constitui um "caso-limite", condicionado por um vácuo legislativo pretérito, não sendo aplicável automaticamente às estatais modernas, cuja vinculação deve ser aferida por um critério funcional que distinga atos de gestão de atos de império.

Ao final desta trajetória investigativa, conclui-se que a hipótese inicial foi totalmente confirmada. A análise demonstrou que o afastamento da União da arbitragem no Caso Petrobrás decorreu de circunstâncias singulares — uma cláusula estatutária de 2002 considerada "patológica" e a ausência, à época, de lei autorizativa específica —, cenário este que não se repete nas companhias de saneamento atuais (como a Sabesp), cujos estatutos "blindados" e a submissão ao Novo Mercado garantem a vinculação institucional do controlador, superando a necessidade de consentimento formal pontual exigida no precedente do STJ.

A confirmação da hipótese estende-se também à proposta do teste funcional como balizador da competência. Ficou demonstrado que a aplicação automática do art. 238 da Lei das S.A. para imunizar o controlador é equivocada. A pesquisa validou que a jurisdição arbitral é plenamente competente para julgar pretensões indenizatórias decorrentes de atos de gestão (jure gestionis) e ilícitos empresariais, reservando-se ao Poder Judiciário apenas o controle de atos de império (jure imperii) e políticas públicas em sentido estrito.

Portanto, a resposta ao problema de pesquisa é que a ratio do CC 151.130/SP possui eficácia restrita às suas peculiaridades fáticas e temporais. Para o cenário atual da infraestrutura, a segurança jurídica reside na redação de cláusulas que explicitem a distinção funcional validada neste estudo: a arbitragem não serve para revogar atos de governo, mas é o foro adequado e vinculante para reparar danos causados pelo Estado-empresário aos acionistas, inclusive aqueles decorrentes de corrupção ou abuso de controle, que jamais poderão ser enquadrados como legítimo interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). Núcleo Especializado em Arbitragem. Manifestação da União sobre Arbitrabilidade Subjetiva. Procedimento Arbitral nº 75/2016. São Paulo, 17 dez. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/fundos-Petrobrás/manifestacao-requerida/uniao. Acesso em: 09 de dezembro de 2025

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (Brasil). Respostas às questões preliminares formuladas pelo tribunal arbitral no caso Petrobrás. Brasília, 2019. https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/fundos-Petrobrás/manifestacao-requerida/uniao. Acesso em: 09 de dezembro de 2025

ÁVILA, Henrique; NASCIMENTO, Sérgio Germano. Aspectos da arbitragem societária no Brasil. In: ALMEIDA FILHO, E. B. V. et al. (org.). Arbitragem e Poder Judiciário. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023.

BANCO DO BRASIL S.A. Estatuto Social. Disponível em: https://ri.bb.com.br/faq/estatuto-social/. Acesso em: 09 de dezembro de 2025

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 set. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 9.521, de 26 de julho de 1946. Institui o Juízo Arbitral para as questões entre a União e a Companhia Brasileira de Usinas Metalúrgicas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. Altera e acrescenta dispositivos na Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976, que dispõe sobre as Sociedades por Ações, e na Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 nov. 2001.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para disciplinar a arbitragem com a administração pública e dispor sobre a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, entre outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 151.130/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Relator para o acórdão: Min. Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Julgado em: 27 nov. 2019. Diário da Justiça Eletrônico, 11 fev. 2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 157.099/RJ. Relator: Min. Marco Buzzi. Relatora para o acórdão: Min. Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em: 10 out. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 606.345/RS. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Segunda Turma. Julgado em: 17 maio 2007. Diário da Justiça, 8 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 612.439/RS. Relatora: Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em: 4 maio 2005. Diário da Justiça, 30 maio 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 904.813/PR. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 28 fev. 2012. Diário da Justiça Eletrônico, 28 fev. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.602.076/SP. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 15 set. 2016. Diário da Justiça Eletrônico, 30 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 52.181. Relator: Min. Bilac Pinto. Tribunal Pleno. Julgado em: 14 nov. 1973. Diário da Justiça, 14 nov. 1973.

B3 S.A. – BRASIL, BOLSA, BALCÃO. Regulamento do Novo Mercado. Disponível em: https://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/normativos/

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM). Regulamento de Arbitragem. Versão 2001/2002. Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM). Regulamento de Arbitragem. Versão 2011. Disponível em: https://www.camaradomercado.com.br/pt-br/arbitragem.html

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM-B3). Procedimento Arbitral nº 75/2016. Sentença Parcial. Requerentes: American International Group, Inc. Retirement Plan e outros. Requeridas: Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobrás e União Federal. Árbitros: Frederico José Straube, Carlos Eduardo Stefen Elias e Paulo Fernando Campos Salles de Toledo. São Paulo, 22 abr. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-fundos-Petrobrás

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. Notas sobre a arbitrabilidade subjetiva na sociedade por ações: evolução doutrinária e legislativa. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

CAPURUÇO, Guilherme. O que muda na arbitragem societária após o julgamento do caso Petrobrás. Capital Aberto, 2020. Disponível em: https://legislacaoemercados.capitalaberto.com.br/o-que-muda-na-arbitragem-societaria-apos-o-julgamento-do-caso-Petrobrás/. Acesso em: 10 de dezembro de 2025.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: arts. 1º a 120. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. A nova Lei das S.A.: o aprimoramento da técnica normativa. Revista do Advogado, São Paulo, v. 22, n. 7, 2002.

CHENUT OLIVEIRA SANTIAGO ADVOGADOS. Arbitragem societária: uma análise do caso Petrobrás. [S.d.]. Artigo online. Disponível em: https://chenut.online/arbitragem-societaria-uma-analise-do-caso-Petrobrás/. Acesso em: 11 de dezembro de 2025.

COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO (SABESP). Estatuto Social. Disponível em: https://ri.sabesp.com.br/governanca-corporativa/estatuto-e-politicas/. Acesso em: 09 de dezembro de 2025.

COMPANHIA DE SANEAMENTO DE MINAS GERAIS - COPASA MG. Estatuto Social. Disponível em: https:// https://ri.copasa.com.br/governanca-corporativa/estatuto-social/. Acesso em: 11 de dezembro de 2025.

COMPANHIA DE SANEAMENTO DO PARANÁ. Disponível em: https://ri.sanepar.com.br/governanca-corporativa/estatuto-codigos-e-politicas

COSTA, Guilherme Recena. Partes e terceiros na arbitragem comercial internacional: consentimento e extensão da convenção de arbitragem. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CREMASCO, Suzana Santi. (Des)vinculação da União à cláusula compromissória no Estatuto da Petrobrás: uma leitura do CC 151.130/SP. Revista da AGU, Brasília.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. op. cit., p. 103-108 (noção de jure imperii e jure gestionis).

FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem. In: Riscos no direito privado e na arbitragem/ coordenadores Giovanni Ettore Nanni, Aline de Miranda Valverde Terra, Catarina Monteiro Pires. - São Paulo, SP: Almedina, 2023

FINKELSTEIN ADVOGADOS. Notícia sobre Fato Novo Referente ao Requerimento de Produção de Provas. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016. 1 ago. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/fundos-Petrobrás/manifestacao-requerente

FINKELSTEIN ADVOGADOS. Pedido de Exclusão da União Federal – Requerimento de Urgência. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016. 11 dez. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/fundos-Petrobrás/manifestacao-requerente

FINKELSTEIN ADVOGADOS. Resposta dos Requerentes às Manifestações Apresentadas. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016. 11 jan. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/fundos-Petrobrás/manifestacao-requerente

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Dow Chemical France et al. v. Isover Saint Gobain. ICC Case No. 4131. Interim Award, 1982. Disponível em: https://www.trans-lex.org/204131/_/icc-award-no-4131-yca-1984-at-131-et-seq-/

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MARTINS, Pedro A. Batista; EIZIRIK, Nelson. Cláusula compromissória estatutária; arbitragem. In: CARVALHOSA, Modesto et al. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 2.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MONTES, Gustavo V. D. (Des)vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás. Revista da Escola da AGU, Brasília, v. 18, n. 3, p. 189-199, 2019.

MÜSSNICH, Francisco Antunes Maciel. Cláusula compromissória estatutária e a vinculação dos administradores. In: CARMONA, Carlos A. (coord.). 20 anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Gen/Atlas, 2017.

PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (PETROBRÁS). Estatuto Social. Aprovado em Assembleia Geral Extraordinária. Disponível em: https://www.investidorPetrobrás.com.br/esg-meio-ambiente-social-e-governanca/governanca/. Acesso em: 10 de dezembro de 2025

ROCHA, Pedro Cavalcanti. Extensão da convenção arbitral aos contratos conexos. Salvador: Juspodivm, 2020.

SOUTO CORREA ADVOGADOS. Manifestação da Petrobrás sobre a Irregularidade na Representação Processual e a Necessidade de Identificação dos Beneficiários Finais. Procedimento Arbitral CAM nº 75/2016. [s.d.].

SOUZA, Marcia Cristina Xavier de; LOUZADA, Luísa Mendes. A vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás: uma análise à luz do Conflito de Competência nº 151.130/SP. Revista de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, p. 259-270, 2021.

SOUZA, Thiago; LOUZADA, Rodrigo. A vinculação da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás. Revista de Direito, Estado e Energia, Lisboa, v. 1, n. 1, p. 258-264, 2021.

VINCULAÇÃO da União à cláusula compromissória no estatuto social da Petrobrás. JOTA, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/vinculacao-da-uniao-a-clausula-compromissoria-no-estatuto-social-da-Petrobrás. Acesso em: 10 de dezembro de 2025.

PARTE 1

ARBITRAGEM PRIVADA

Arbitragem, Recuperação Judicial e Falência

ARBITRAGEM INTERNACIONAL E INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL: LIÇÕES DA LEI MODELO UNCITRAL E DO REGULAMENTO (UE) 2015/848

Eloah Scantelbury de Almeida [99]

RESUMO

O presente artigo examina a tensão estrutural entre o princípio do juízo universal da insolvência e a autonomia da arbitragem internacional em contextos transnacionais, analisando como instrumentos de cooperação internacional, especialmente o Regulamento (UE) 2015/848 e a Lei Modelo da UNCITRAL em Insolvência, enfrentam esse conflito. A pesquisa investiga ainda os avanços promovidos pela reforma da Lei 11.101/2005 e pela Resolução CNJ nº 394/2021, identificando lacunas no ordenamento brasileiro quanto aos efeitos da insolvência transnacional sobre arbitragens internacionais.

Por meio de análise comparada, demonstra-se que a solução não reside na prevalência absoluta do juízo universal, mas na adoção de critérios de coordenação flexíveis que preservem simultaneamente a autonomia da cláusula arbitral, a proteção aos credores e a eficiência da recuperação empresarial. O estudo conclui propondo quatro aprimoramentos normativos inspirados no modelo europeu: consolidação da divisão entre cognição e execução, delimitação expressa da arbitrabilidade material, adoção de regra específica para arbitragens estrangeiras e incorporação legislativa do Protocolo de Insolvência Transnacional.

Palavras-chave: Insolvência transnacional; Arbitragem internacional; Regulamento UE 2015/848; Lei 11.101/2005; Cooperação jurisdicional; Juízo universal.

[99]Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas, Pós-graduada em Direito Contratual e Responsabilidade Civil pela Universidade Cândido Mendes e Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília.

INTRODUÇÃO

A globalização ampliou a atuação transnacional das empresas, que passaram a manter ativos, contratos e credores em múltiplas jurisdições. Nessas circunstâncias, a insolvência adquire maior complexidade, exigindo coordenação entre diferentes sistemas jurídicos, definição clara de competência e harmonização dos efeitos da crise sobre relações contratuais em curso.

Entre os desafios mais relevantes está a tensão entre o princípio do juízo universal da insolvência, que busca concentrar em uma única jurisdição todas as decisões relativas ao patrimônio do devedor, e a autonomia da arbitragem internacional, fundada na vontade das partes, na descentralização da jurisdição estatal e na liberdade de escolha do foro, da lei aplicável e do procedimento.

Essa tensão se intensifica quando a insolvência assume dimensão transnacional, especialmente no Brasil, onde ainda persistem lacunas quanto aos efeitos da insolvência transnacional sobre arbitragens.

Embora a reforma da Lei nº 11.101/2005 tenha incorporado elementos da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência, permanecem dificuldades na coordenação entre jurisdições e na delimitação dos limites entre a competência arbitral e o juízo universal.

Diante desse cenário, o presente artigo analisa como os instrumentos internacionais de cooperação, em especial a UNCITRAL Model Law e o Regulamento (UE) 2015/848, enfrentam o conflito entre insolvência e arbitragem internacional, buscando identificar contribuições úteis ao direito brasileiro.

Parte-se da hipótese de que a ausência de disciplina específica no Brasil sobre os efeitos da insolvência transnacional na arbitragem internacional compromete a harmonização entre jurisdições, mas pode ser mitigada por critérios inspirados no modelo europeu.

O estudo desenvolve-se a partir de uma estrutura que, inicialmente, no Capítulo 1, apresenta os fundamentos teóricos que evidenciam a tensão entre o juízo universal e a arbitragem internacional.

Em seguida, o Capítulo 2 examina o cenário brasileiro, com ênfase nas inovações introduzidas pela reforma da Lei 11.101/2005 e pela Resolução nº 394 do CNJ.

O Capítulo 3 analisa os principais instrumentos internacionais de cooperação, especialmente a Lei Modelo da UNCITRAL e o Regulamento (UE) 2015/848, destacando suas convergências e especificidades. O Capítulo 4 propõe aprimoramentos ao direito brasileiro inspirados no modelo europeu, por fim, serão apresentadas as conclusões do estudo.

A partir desses referenciais, busca-se refletir sobre os desafios enfrentados pelo direito brasileiro e identificar caminhos que contribuam para maior segurança jurídica e previsibilidade na resolução de conflitos envolvendo arbitragens internacionais e processos de insolvência transnacional.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS: A TENSÃO ENTRE DOIS SISTEMAS

Este capítulo tem por objetivo apresentar os fundamentos teóricos que sustentam a tensão estrutural entre o princípio do juízo universal da insolvência e a autonomia da arbitragem internacional.

O capítulo está estruturado em três seções. No item 1.1, será apresentado o princípio do juízo universal da insolvência, analisando-se sua função de concentração jurisdicional e proteção aos credores. No item 1.2, será discutida a autonomia da arbitragem internacional, com ênfase na flexibilidade procedimental e na descentralização da jurisdição estatal.

Por fim, no item 1.3, serão examinadas as principais hipóteses de conflito entre o juízo universal e a arbitragem, considerando-se tanto a insolvência anterior quanto a superveniente ao procedimento arbitral.

1.1. O princípio do juízo universal da insolvência

A análise da competência do juízo universal no âmbito da Lei 11.101/2005 evidencia a centralidade desse princípio para a efetividade da recuperação judicial. Ao concentrar em um único foro todas as controvérsias relacionadas ao patrimônio da empresa em crise, o ordenamento jurídico busca não apenas evitar decisões contraditórias, mas também assegurar a racionalidade e a coerência na condução do processo. Essa postura reforça a ideia de que a preservação da empresa, enquanto agente econômico e social, depende de um ambiente processual estável e coordenado.

O princípio do juízo universal revela-se como instrumento indispensável para garantir a igualdade entre credores, a boa administração dos bens da recuperanda e a efetividade das medidas de soerguimento.

A aplicabilidade desse princípio à recuperação judicial ganha contornos paradigmáticos no caso do Grupo Americanas, processado perante a 4ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro. Devido à magnitude do passivo e à pulverização de credores nacionais e estrangeiros, o juízo recuperacional assumiu o papel de centro de convergência de todas as decisões que pudessem impactar o património das devedoras.

Esta centralização é o que materializa a função precípua do juízo universal: evitar a exaustão do ativo por execuções individuais e desordenadas, assegurando que o patrimônio seja gerido de forma unitária para viabilizar a preservação da empresa e o tratamento equânime dos credores. Nesta ótica, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito deste caso, especialmente no Conflito de Competência nº 194.336/SP, reafirmam a soberania do juízo universal para deliberar sobre o destino dos bens da recuperanda.

O tribunal consolidou o entendimento de que a competência absoluta do juízo da insolvência para decidir sobre actos de constrição é o instrumento jurídico necessário para garantir a integridade do processo concursal.

Assim, o exemplo das Americanas demonstra que o juízo universal não actua apenas como um foro de conveniência, mas como uma garantia de que decisões isoladas, sejam elas judiciais ou arbitrais, não comprometam a viabilidade do plano de soerguimento e o equilíbrio colectivo do sistema de insolvência.

A aplicação prática deste princípio, respaldada pela jurisprudência pátria[100], reafirma o compromisso do sistema jurídico brasileiro com a manutenção da atividade empresarial e com a proteção da função social da empresa.

1.2. A autonomia da arbitragem internacional

A arbitragem constitui um dos mais antigos mecanismos de resolução de conflitos, por meio do qual as partes recorrem a um terceiro imparcial, desvinculado da controvérsia, para decidir a disputa em âmbito privado, conforme assinala Cláudio Finkelstein[101].

---

[100] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 1.966.276/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 09 abr. 2024, DJe 13 jun. 2024; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, AgInt no CC 211.865/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 19 ago. 2025, DJe 25 ago. 2025; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, AgInt no CC 205.557/MG, Rel. Min. Daniela Teixeira, j. 19 ago. 2025, DJEN 22 ago. 2025.

[101] FINKELSTEIN, 2015, p. 43

Nas relações comerciais internacionais, seu uso é amplamente difundido em razão da autonomia conferida às partes, que podem escolher aspectos essenciais do procedimento, como o idioma, a sede ou a lei aplicável. Essa flexibilidade, aliada à celeridade em comparação aos processos judiciais, explica a crescente adoção da arbitragem na solução de litígios transnacionais.

No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, não há distinção entre procedimentos arbitrais nacionais e internacionais. A legislação limita-se a diferenciar as formas de homologação das sentenças proferidas em cada caso, sem estabelecer critérios específicos quanto ao procedimento.

Assim, a diferenciação entre arbitragem nacional e internacional repousa exclusivamente sobre o território em que a sentença é proferida, independentemente da nacionalidade das partes ou do local de cumprimento da obrigação contratual que originou o conflito.

Dessa forma, constata-se que a legislação brasileira atribuiu caráter internacional à sentença arbitral, e não ao procedimento em si, reforçando a centralidade da decisão como elemento definidor da natureza da arbitragem[102]. Nesse contexto, a caracterização da internacionalidade da sentença arbitral pela legislação brasileira revela uma opção normativa que privilegia a autonomia das partes e a flexibilidade procedimental.

Todavia, quando se coloca em perspectiva a disciplina da insolvência empresarial, especialmente à luz do princípio do juízo universal, emerge uma tensão estrutural relevante: de um lado, a arbitragem busca preservar a autonomia privada e a descentralização da resolução de conflitos; de outro, a recuperação judicial concentra no juízo universal todas as controvérsias relacionadas ao patrimônio da empresa em crise.

Essa dualidade abre espaço para o próximo debate, que examina os limites e as possibilidades de convivência entre a autonomia da arbitragem e a centralidade do juízo universal da insolvência.

1.3. Os conflitos entre o juízo universal e a arbitragem

A interação entre insolvência e arbitragem revela tensões estruturais que emergem em dois cenários procedimentais distintos: quando a insolvência antecede a instauração do procedimento arbitral e quando sobrevém durante sua tramitação.

---

[102] FINKELSTEIN, 2015, p. 43

Ambas as hipóteses exigem cuidadosa delimitação da atuação do juízo universal e da jurisdição arbitral, especialmente quando o litígio possui dimensão internacional. No primeiro cenário, o deferimento do processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência ocorre anteriormente à deflagração de um conflito a ser resolvido por arbitragem.

A cláusula compromissória previamente firmada confronta-se com a prerrogativa do juízo universal de concentrar todas as controvérsias relativas ao patrimônio da sociedade em crise.

A questão central consiste em definir se a insolvência torna ineficaz a convenção de arbitragem ou se esta prevalece mesmo diante da universalidade do juízo concursal. Trata-se de conflito que envolve, de um lado, a autonomia da vontade das partes manifestada na cláusula compromissória e, de outro, o interesse público na condução ordenada e centralizada do processo concursal.

A resolução dessa tensão exige o exame de princípios fundamentais de ambos os institutos: a autonomia da cláusula compromissória, consagrada no artigo 8º da Lei nº 9.307/1996 e o princípio do juízo universal, estruturante do regime da Lei nº 11.101/2005. A questão ganha especial relevância quando envolve contratos internacionais com cláusulas arbitrais que preveem sede estrangeira para a arbitragem.

Diversa é a hipótese em que a insolvência sobrevém no curso de um procedimento arbitral já instaurado. Aqui, a questão central reside em definir se a arbitragem deve ser suspensa ou se pode prosseguir até a prolação da sentença arbitral.

A Lei nº 11.101/2005, ao prever o stay period no artigo 6º e a universalidade do juízo falimentar no artigo 76, buscou assegurar tratamento igualitário aos credores e evitar a fragmentação do patrimônio do devedor.

O artigo 6º suspende o curso das ações e execuções contra o devedor durante a recuperação judicial, o próprio §1º do referido artigo excepciona as ações que versem sobre quantia ilíquida, hipótese em que se enquadra a maioria dos procedimentos arbitrais, os quais possuem caráter cognitivo e não executivo. Essa exceção legal sugere que o legislador reconheceu a possibilidade de convivência entre a jurisdição cognitiva e a centralização executiva do juízo universal.

A definição dos limites dessa convivência, contudo, depende da análise de como o ordenamento jurídico brasileiro tem interpretado e aplicado esses dispositivos, especialmente considerando a natureza híbrida da arbitragem e as especificidades dos procedimentos transnacionais.

Independentemente do momento em que ocorre a insolvência, algumas questões fundamentais permeiam ambos os cenários. Como por exemplo, a definição da competência, os efeitos da insolvência sobre o procedimento arbitral e o procedimento para execução da sentença arbitral.

A resposta a essas questões exige o exame de como o direito brasileiro tem enfrentado concretamente esses conflitos, tanto no plano jurisprudencial quanto no plano legislativo.

2. O CENÁRIO BRASILEIRO DE INSOLVÊNCIA TRANSNACIONAL E A INTERAÇÃO COM A ARBITRAGEM

Este capítulo tem por objetivo analisar o regime jurídico brasileiro de insolvência transnacional. O capítulo está estruturado em três seções. No item 3.1, será apresentada a atualização da Lei 11.101/2005.

No item 3.2, será discutida a Resolução nº 394 do CNJ, examinando-se o Protocolo de Insolvência Transnacional. Já no item 3.3, será apresentada a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre a relação entre arbitragem e insolvência, com ênfase na distinção funcional entre cognição e execução.

2.1. A atualização da Lei 11.101/2005

O ponto principal do conflito entre o juízo universal e o arbitral consiste na colisão entre diferentes sistemas jurídicos que podem adotar posicionamentos opostos, gerando dúvidas acerca de sua aplicação ao caso concreto.

A tentativa de coordenação desses procedimentos divergentes pode ocorrer de três formatos: sistema universalista, sistema territorialista e sistema misto. O sistema universalista parte do pressuposto da extensão da competência do juízo falimentar para além do território nacional, alcançando outras jurisdições em que haja bens do devedor[103].

O sistema territorialista restringe os efeitos jurídicos da ação falimentar ao país em que foi ajuizada, de modo que cada país será competente para julgar sobre os bens do insolvente que estejam em seu território.

O sistema misto, por sua vez, combina os modelos anteriores, estabelecendo uma jurisdição principal e admitindo procedimentos subsidiários a esta nos países estrangeiros em que o devedor possua bens.

Antes da reforma da Lei 11.101/2005, o Brasil era adepto do sistema territorialista, entretanto, a adoção desse sistema gerava diversos conflitos complexos, a exemplo da recuperação judicial do Grupo OGX[104]. Em virtude dessa dificuldade de aplicação prática da legislação brasileira, em 2021 foi realizada a inclusão do capítulo VI-A da Lei de Recuperação e Falência, utilizando como base a Lei Modelo UNCITRAL.

Através da análise desse capítulo legislativo, verifica-se a adoção do sistema misto de insolvência transnacional, sendo cabível um procedimento principal na jurisdição de sede do devedor e concomitantemente outros procedimentos secundários nos países em que este possua bens a serem abarcados pelo processo falimentar.

Entre os dispositivos da referida lei, destaca-se o art. 167-M, que estabelece que os credores conservam o direito de iniciar e prosseguir com ações judiciais e arbitrais voltadas à declaração, reconhecimento ou liquidação de créditos, permanecendo suspensas apenas as medidas executórias que afetem a massa.

Essa diretriz demonstra a opção legislativa por preservar a jurisdição cognitiva, inclusive arbitral, mesmo em contextos transfronteiriços, ao passo que assegura ao juízo da insolvência a centralização dos atos de execução.

2.2. A Resolução nº 394 do CNJ

A Resolução nº 394, de 28 de maio de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu parâmetros específicos para a aplicação do art. 167 da Lei nº 11.101/2005, possibilitando a comunicação direta entre autoridades judiciais de diferentes jurisdições em processos de insolvência transnacional.

---

103 MUNIZ, 2021, p. 3.
104 TJRJ, 4ª Vara Empresarial, Processo nº 0377620-56.2013.8.19.0001.

De início, cumpre destacar que a Resolução prevê a comunicação simplificada e direta entre juízes de diferentes países, dispensando a utilização da tradicional e morosa expedição de cartas rogatórias, que historicamente dificultava e retardava a cooperação jurisdicional internacional.

Por meio desse normativo, os magistrados passam a dispor de instrumentos que viabilizam a colaboração efetiva em questões processuais relativas a procedimentos concorrentes, inclusive com a possibilidade de realização de audiências conjuntas, quando tal medida se revelar adequada ao caso concreto.

Não obstante as inovações introduzidas, é importante salientar que a comunicação entre as autoridades judiciais é devidamente regulada e deve ser estruturada por meio de um instrumento específico, denominado Protocolo de Insolvência. Por intermédio desse mecanismo, as autoridades envolvidas podem estabelecer, de forma consensual, os parâmetros procedimentais da cooperação aplicável ao caso concreto, limitando-se à coordenação de aspectos processuais.

Assim, o mérito dos respectivos processos permanece submetido à legislação aplicável em cada jurisdição, preservando-se integralmente a competência soberana de cada autoridade judicial.

O referido ato normativo representa, portanto, um avanço significativo na consolidação de um modelo cooperativo e eficiente de tratamento da insolvência transnacional no Brasil, ao equilibrar mecanismos de coordenação internacional com a preservação da autonomia jurisdicional, contribuindo para maior previsibilidade, segurança jurídica e racionalidade econômica na condução de processos que ultrapassam as fronteiras nacionais.

2.3. A Resposta Jurisprudencial: A Delimitação entre cognição e execução

O Superior Tribunal de Justiça tem enfrentado de forma consistente o conflito entre o princípio do juízo universal e a eficácia da cláusula compromissória. No recente julgamento do AgInt no CC 203.888/SP[105], a Segunda Seção firmou entendimento de que a cláusula compromissória prevalece sobre a competência do Juízo da recuperação judicial para resolver litígios contratuais, exclusivamente na fase de cognição.

O acórdão reconheceu a competência da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial de São Paulo (CAMARB/SP) para conhecer e julgar o mérito de litígio sobre contrato de industrialização por encomenda, mesmo diante da recuperação judicial de uma das partes.

---

[105] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, AgInt no CC 203.888/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. 9 abr. 2025, DJEN 6 maio 2025.

Essa orientação fundamenta-se em dois pilares complementares. Primeiro, a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato principal, princípio consagrado no artigo 8º da Lei nº 9.307/1996. A convenção de arbitragem não se extingue ou perde eficácia pela mera superveniência da insolvência, mantendo sua força vinculante quanto à definição da competência para resolução de controvérsias contratuais.

Segundo o princípio da kompetenz-kompetenz, que assegura ao próprio tribunal arbitral a prerrogativa de decidir sobre sua competência[106], conforme previsto no artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem.

Conforme destacou o acórdão, a competência arbitral deve ser confirmada tanto pela existência da cláusula compromissória quanto por decisão anterior do Juízo arbitral reconhecendo sua própria competência.

Ademais, o julgado fixou a competência provisória e cautelar do juízo empresarial como Árbitro de Emergência, demonstrando a possibilidade de coordenação entre as esferas jurisdicional e arbitral mesmo em contextos de insolvência.

A orientação jurisprudencial estende-se também às arbitragens internacionais. No julgamento da HDE 1.809/EX[107], o tribunal enfrentou pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira cujo objeto era sociedade empresária em recuperação judicial no Brasil.

O acórdão estabeleceu que o fato de a empresa estar em processo de recuperação judicial no Brasil é irrelevante para o exame do pedido de homologação de decisão estrangeira. A fundamentação revela importante distinção entre a fase cognitiva e executiva, ao afirmar que somente após a eventual homologação da sentença é que seria possível à requerente deduzir qualquer pretensão executiva perante o Judiciário brasileiro.

O entendimento firmado evidencia que a fase cognitiva da arbitragem, ainda que já concluída com sentença proferida, não interfere no juízo universal enquanto não se está diante de ato executivo que possa afetar o patrimônio do devedor ou comprometer a paridade entre credores.

---

[106] CARMONA, 2009, p. 18.

[107] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, HDE 1.809/EX, Rel. Min. Raul Araújo, j. 22 abr. 2021, DJe 14 jun. 2021.

A sentença arbitral, uma vez homologada, deverá submeter-se ao procedimento de habilitação ou verificação de crédito perante o juízo da insolvência.

A análise da jurisprudência do STJ evidencia que a compatibilização entre arbitragem e insolvência fundamenta-se na distinção entre fase cognitiva e fase executiva. Essa delimitação funcional encontra respaldo nos princípios estruturantes de ambos os institutos.

A arbitragem, ancorada na autonomia da vontade e na especialização técnica, mostra-se adequada para resolver complexas controvérsias contratuais que exigem cognição aprofundada. Trata-se de função jurisdicional de natureza declaratória ou constitutiva, que não opera, por si só, afetação patrimonial imediata.

O juízo universal, por sua vez, impõe-se como garantia de tratamento paritário dos credores na fase executiva, quando se opera efetivamente a satisfação dos créditos mediante afetação patrimonial. A concentração de todas as medidas executórias perante um único juízo visa prevenir a corrida aos bens do devedor e assegurar a par conditio creditorum.

Essa distinção funcional revela que a arbitragem e a insolvência não são sistemas incompatíveis, mas complementares: a primeira resolve o litígio e determina a existência e extensão do crédito, enquanto a segunda coordena a satisfação dos créditos reconhecidos, observados os princípios da universalidade e da igualdade.

Desse modo, tanto na hipótese de insolvência anterior à arbitragem quanto na superveniente durante o procedimento, observa-se que o juízo universal exerce papel central na tutela do patrimônio da devedora e na garantia da paridade entre credores, mas não pode suprimir a competência arbitral na fase cognitiva.

A arbitragem mantém sua relevância na solução de litígios contratuais complexos, especialmente quando versam sobre obrigações ilíquidas ou questões técnicas especializadas, devendo ser compatibilizada com as restrições impostas pelo regime da insolvência apenas na fase executiva.

3. INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE COOPERAÇÃO

Este capítulo tem por objetivo examinar os principais instrumentos internacionais de cooperação em matéria de insolvência transnacional. A análise concentra-se na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência e no Regulamento (UE) 2015/848, instrumentos que representam, respectivamente, diretrizes globais de *soft law* e concretização regional de h*ard law*.

O capítulo está estruturado em três seções. No item 3.1, será apresentada a Lei Modelo da UNCITRAL, analisando-se seus princípios norteadores e dispositivos relevantes para a coordenação jurisdicional. No item 3.2, será examinado o Regulamento (UE) 2015/848, com ênfase no tratamento específico conferido à arbitragem. Finalmente, no item 3.3, serão identificadas as convergências normativas e principiológicas entre ambos os instrumentos, bem como suas diferenças estruturais.

3.1. Lei Modelo UNCITRAL

Para lidar com os desafios dainsolvência em um mundo globalizado, a UNCITRAL desenvolveu uma Lei Modelo destinada a orientar legislações nacionais e promover a coordenação entre diferentes regimes de insolvência transnacional.

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência é analisada neste trabalho não como norma vinculante, mas como instrumento de soft law que influenciou reformas legislativas nacionais e permite identificar padrões mínimos de cooperação internacional em matéria de insolvência transnacional. A referida lei foi endossada em dezembro de 1997 pela Assembleia Geral da ONU e desde então tem servido como uma das mais relevantes referências sobre o tema.

Seu objetivo consiste em guiar a harmonização legislativa nas matériais relativas à insolvência para incentivar investimentos internacionais e facilitar a resolução de conflitos de jurisdição em matérias de comércio internacional.

A Lei Modelo da UNCITRAL de Insolvência tem como princípios norteadores a uniformidade e a cooperação internacional, bem como a transparência e a eficiência processual.

Dentre as matérias abordadas pode-se citar a coordenação entre jurisdições, a possibilidade de reconhecimento de processos estrangeiros de insolvência e a proteção à ordem pública, evitando violações a princípios fundamentais de cada ordenamento jurídico.

O Art. 6º, por exemplo, prevê a possibilidade de reconhecimento de um processo de insolvência iniciado em país diverso como sendo o procedimento principal, estendendo sua competência para além dos limites em que se iniciou.

Os artigos 7º e 8º, por sua vez, ressaltam a importância da cooperação e comunicação entre autoridades de diferentes jurisdições, visando a eficiência e transparência dos procedimentos. Já no artigo 25º, a UNCITRAL destaca a prerrogativa de um determinado país recusar-se a reconhecer decisões estrangeiras em matéria falimentar que violem a ordem pública.

No entanto, por se tratar de um instrumento de soft law, sua efetividade depende da adesão voluntária dos Estados. É justamente nesse ponto que ganha destaque o Regulamento (UE) 2015/848, que representa uma aplicação prática e mais aprofundada dos princípios estruturados pela UNCITRAL.

Enquanto a Lei Modelo fornece diretrizes gerais, o Regulamento europeu concretiza essas bases em um sistema vinculativo e operacional, permitindo observar, na prática, como tais princípios funcionam quando incorporados de forma obrigatória em um bloco econômico integrado.

3.2. Regulamento UE 2015/848

O Regulamento 2015/848 é um ato normativo da União Europeia diretamente aplicável nos Estados-Membros que tem como objetivo promover a tramitação eficiente dos processos de insolvência transfronteiriços.

O Regulamento, ao endereçar o conflito entre universalidade e limite territorial adotou uma estrutura dualista, estabelecendo um processo principal no centro de interesses principais do devedor e outros processos secundários que se restringem aos bens situados dentro desse estado[108]. O intuito dessa norma é proteger os interesses locais, mas mantendo a eficácia e competência do juízo universal.

Em relação à arbitragem, o referido regulamento, em seu artigo 18º, expressamente prevê que os efeitos da insolvência sobre a arbitragem que tenha por objeto um bem ou direito pertencente à massa insolvente será regido exclusivamente pela legislação do Estado-Membro em que o Tribunal arbitral tenha a sua sede.

---

108 Regulamento (UE) 2015/848, Artigo 7.º, n.º 1 e 2
109 Regulamento (UE) 2015/848 , Preâmbulo, Considerando 73.

Vale destacar que, a despeito da determinação do artigo 18, este não afeta as regras nacionais aplicáveis à execução de sentenças arbitrais[109]. Ademais, semelhantemente a Lei Modelo da UNCITRAL, o Regulamento também assegura a possibilidade de recusa do reconhecimento de um processo de insolvência ou uma execução de decisão dessa natureza quando estes apresentarem manifesta violação à ordem pública[110].

A opção por submeter os efeitos da insolvência ao direito da sede do tribunal arbitral revela sensibilidade à autonomia do sistema arbitral, ao mesmo tempo em que preserva a soberania normativa dos Estados-Membros quanto à execução das sentenças e à tutela da ordem pública.

O Regulamento se apresenta como importante parâmetro para a reflexão crítica do ordenamento brasileiro, oferecendo referências valiosas para o aprimoramento das regras de jurisdição, reconhecimento, cooperação internacional e coordenação entre insolvência e arbitragem em contextos transnacionais.

3.3. Convergências normativas e principiológicas

Embora concebidos para contextos normativos distintos, UNCITRAL e Regulamento 2015/848 operam de modo complementar na arquitetura global da insolvência transnacional.

A Lei Modelo oferece um arcabouço principiológico flexível, destinado a orientar reformas legislativas e incentivar a cooperação entre Estados sem impor soluções rígidas.

Já o Regulamento europeu representa uma materialização concreta desses princípios em um ambiente de integração jurídica avançada, no qual a harmonização não depende de adesão voluntária, mas decorre de aplicação direta e obrigatória pelos Estados-Membros.

Assim, ambos os instrumentos podem ser compreendidos como partes de um sistema multinível de governança internacional, no qual diretrizes globais são aprofundadas e operacionalizadas em contextos regionais específicos.

Tanto a UNCITRAL[111] quanto o Regulamento[112] preveem mecanismos de cooperação direta entre tribunais, visando à racionalização e eficiência dos procedimentos concorrentes.

---

110 Regulamento (UE) 2015/848, artigo 33.
111 Lei Modelo UNCITRAL de Insolvência, artigos 7 e 8.
112 Regulamento (UE) 2015/848, artigos 19 e 21.

Ambos reconhecem a necessidade de um processo principal de insolvência com efeitos amplos sobre o patrimônio global do devedor, embora o Regulamento defina esse centro pela perspectiva dualista ao passo que a UNCITRAL se limita a parâmetros principiológicos.

Nesse sentido, a faculdade de recusar o reconhecimento de decisões estrangeiras quando incompatíveis com princípios fundamentais do Estado receptor também constitui um ponto em comum entre ambos os instrumentos jurídicos[113]. Além disso, é evidente o intuito comum de simplificar e agilizar a tramitação de processos e evitar decisões conflitantes, privilegiando previsibilidade e redução de custos.

Essas convergências mostram que, embora situados em contextos jurídicos distintos, UNCITRAL e Regulamento europeu compartilham uma mesma racionalidade normativa voltada à coordenação internacional e à proteção dos interesses dos credores.

O diálogo entre os dois regimes demonstra que há uma tendência global de compatibilização entre insolvência e arbitragem, com progressiva afirmação da autonomia desta última, desde que não comprometa a proteção dos credores e da coletividade envolvida no processo falimentar.

4. PROPOSTAS PARA O DIREITO BRASILEIRO

Para o Brasil, que já adotou elementos da UNCITRAL na reforma da Lei nº 11.101/2005 e avançou no plano procedimental com a Resolução CNJ nº 394/2021, o Regulamento europeu oferece importante referência para futuros aprimoramentos.

Ao observar tanto a flexibilidade da UNCITRAL quanto a sofisticação do modelo europeu, o ordenamento brasileiro pode aprimorar sua capacidade de lidar com litígios transnacionais complexos, elevando a previsibilidade e atratividade para investimentos estrangeiros.

A análise conjunta da Lei Modelo UNCITRAL e do Regulamento (UE) 2015/848 evidencia a formação de um sistema normativo internacional em evolução, no qual instrumentos globais de soft law fornecem fundamentos e princípios norteadores gerais, enquanto os instrumentos regionais de hard law oferecem concretização estruturada e mecanismos operacionais robustos.

---

113 Lei Modelo UNCITRAL de Insolvência, artigo 25 e Regulamento (UE) 2015/848, artigo 33.

Ambos convergem na busca por eficiência, cooperação jurisdicional, proteção dos credores e racionalidade na administração de insolvências transfronteiriças, ao mesmo tempo em que apresentam soluções distintas decorrentes de seus contextos institucionais.

O diálogo entre esses regimes demonstra que a harmonização internacional da insolvência é um processo incremental, que combina diretrizes universais com inovações regionais. Nesse cenário, o Brasil encontra importante oportunidade para continuar integrando boas práticas internacionais.

A inserção do Capítulo VI-A na Lei 11.101/2005, representou marco significativo ao estabelecer um regime jurídico brasileiro para a insolvência transnacional, incorporando conceitos de cooperação internacional, reconhecimento de processos estrangeiros e comunicação entre autoridades judiciais.

Nesse contexto, o art. 167-M desempenha função central ao disciplinar a preservação da jurisdição cognitiva, inclusive a arbitral, em litígios envolvendo devedores submetidos à insolvência com elementos de internacionalidade.

A inclusão dessa regra no capítulo dedicado à insolvência transnacional evidencia a intenção do legislador de permitir a continuidade da função cognitiva em litígios que dialogam com jurisdições estrangeiras e procedimentos arbitrais sediados fora do país.

O mecanismo brasileiro aproxima-se, em certa medida, da sistemática adotada pelo art. 18 do Regulamento (UE) 2015/848, que estabelece que os efeitos da abertura de um processo de insolvência sobre ações ou arbitragens relativas a bens ou direitos do devedor devem ser apreciados conforme a lei da sede do tribunal arbitral.

O Regulamento europeu reforça a autonomia da arbitragem e reduz a interferência do juízo da insolvência em jurisdições diversas, garantindo maior previsibilidade e evitando conflitos de competência.

Embora ambos os regimes reconheçam a continuidade da jurisdição cognitiva no curso da insolvência, diferem em pontos fundamentais. O art. 167-M não especifica critérios de conexão internacional, nem define regras particulares para arbitragens estrangeiras, cabendo ao intérprete valer-se de princípios gerais de cooperação, conforme previsto no próprio Capítulo VI-A.

O modelo europeu, em contrapartida, adota critério objetivo ao conferir à lei da sede da arbitragem a competência normativa primária para definir os efeitos da insolvência sobre o procedimento arbitral.

A comparação legislativa e análise da jurisprudência do STJ sobre o tema, demonstram que o art. 167-M ainda é insuficiente para prevenir conflitos complexos que envolvam procedimentos arbitrais estrangeiros e o juízo universal brasileiro. Com fundamento nesse diagnóstico, destacam-se quatro propostas de desenvolvimento normativo e procedimental compatíveis com o arcabouço da Lei 11.101/2005 e alinhadas às melhores práticas internacionais.

A primeira proposta é consolidar, de forma expressa, a divisão entre cognição e execução já prevista no art. 167-M, incorporando o entendimento do STJ e deixando claro que, em contexto transnacional, a arbitragem pode prosseguir na definição do mérito do crédito, enquanto os efeitos executórios, inclusive medidas de urgência constritivas, permanecem exclusivamente submetidos ao juízo da insolvência.

A segunda proposta consiste em aperfeiçoar a Lei 11.101/2005 por meio da delimitação expressa da arbitrabilidade material no contexto transnacional, impedindo que árbitros deliberem sobre questões que comprometam a igualdade entre credores, a classificação de créditos ou a destinação de ativos, competências inerentes ao juízo universal.

Sobre o tema, o próprio STJ no REsp 2.163.463/SP[114] reafirmou que a discussão de matérias envolvendo a disponibilidade crédito sujeito à recuperação judicial deve ser deslocada da arbitragem para o juízo universal, por exemplo.

A terceira proposta toma como referência o art. 18 do Regulamento europeu e sugere a inclusão de regra específica para arbitragens estrangeiras, prevendo que os efeitos da insolvência brasileira sobre o procedimento arbitral sediado no exterior devem ser apreciados de acordo com a lei da sede da arbitragem.

Essa diretriz deve coexistir com a suspensão de medidas executórias em território nacional, garantindo proteção ao ativo concursal e, ao mesmo tempo, segurança jurídica no âmbito internacional.

---

[114] BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 2.163.463/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 1º abr. 2025, DJEN 4 abr. 2025.

A quarta proposta consiste na incorporação expressa do Protocolo de Insolvência Transnacional ao texto da Lei 11.101/2005, conferindo fundamento legal para sua utilização como instrumento estruturante de coordenação entre o juízo universal e tribunais arbitrais ou judiciais estrangeiros. Embora a Resolução CNJ nº 394/2021 já discipline a utilização desses instrumentos, sua positivação fortaleceria o regime transnacional instituído pela reforma legislativa.

Em síntese, a comparação entre o art. 167-M da LRF e o art. 18 do Regulamento (UE) 2015/848 revela forte convergência principiológica, mas também diferenças estruturais que oferecem oportunidades relevantes de aprimoramento para o direito brasileiro.

A adoção das propostas apresentadas consolidaria um regime mais previsível, cooperativo e internacionalmente harmônico, reforçando a capacidade do Brasil de lidar com litígios empresariais globais e de integrar-se ao sistema internacional de insolvência transnacional.

CONCLUSÃO

A tensão estrutural entre arbitragem internacional e insolvência transnacional representa um dos desafios mais complexos do direito comercial contemporâneo. A investigação realizada demonstrou que essa tensão não resulta de incompatibilidade absoluta entre sistemas, mas da coexistência de lógicas jurídicas distintas: enquanto a insolvência busca centralização jurisdicional e proteção coletiva dos credores, a arbitragem privilegia autonomia privada e flexibilidade procedimental.

Os instrumentos internacionais examinados revelam convergência crescente no tratamento dessas questões. A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional, ainda que desprovida de força vinculante, estabeleceu fundamentos principiológicos essenciais que influenciaram reformas legislativas em diversos países, inclusive no Brasil.

Seu mérito reside na construção de diretrizes mínimas de cooperação internacional que respeitam a diversidade dos ordenamentos jurídicos nacionais, sem impor soluções uniformes. O Regulamento (UE) 2015/848, por sua vez, representa a concretização mais sofisticada desses princípios em ambiente de integração jurídica avançada. Ao estruturar um sistema dualista com processos principais e secundários, o Regulamento europeu oferece modelo operacional que equilibra universalidade e territorialidade.

Particularmente relevante é sua disciplina sobre arbitragem: ao submeter os efeitos da insolvência à lei da sede do tribunal arbitral, o Regulamento reconhece a autonomia do sistema arbitral sem comprometer a competência do juízo da insolvência quanto à administração patrimonial e à execução.

A experiência brasileira demonstra avanços significativos, mas ainda insuficientes. A reforma promovida pela Lei 14.112/2020, que inseriu o Capítulo VI-A na Lei 11.101/2005, incorporou elementos da UNCITRAL e adotou sistema misto de insolvência transnacional.

O art. 167-M, ao preservar o direito dos credores de iniciar e prosseguir com ações judiciais e arbitrais voltadas à declaração, reconhecimento ou liquidação de créditos, revelou sensibilidade legislativa à preservação da jurisdição cognitiva.

Contudo, a ausência de critérios objetivos de conexão internacional e a falta de disciplina específica para arbitragens estrangeiras geram incertezas interpretativas que comprometem a previsibilidade essencial aos investimentos transnacionais.

A Resolução CNJ nº 394/2021 complementa o regime legal ao viabilizar comunicação direta entre autoridades judiciais e permitir a formalização de Protocolos de Insolvência Transnacional.

Trata-se de inovação procedimental relevante que aproxima o Brasil das melhores práticas internacionais, mas que carece de reconhecimento legislativo expresso para conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados.

As quatro propostas apresentadas para aprimoramento do direito brasileiro sobre o tema constituem caminhos viáveis e compatíveis com o ordenamento vigente. A consolidação normativa expressa da divisão entre cognição e execução fortaleceria a compreensão de que arbitragens podem prosseguir na determinação do mérito do crédito enquanto medidas executórias permanecem sob controle do juízo universal.

A delimitação expressa da arbitrabilidade material no contexto transnacional impediria que árbitros deliberem sobre questões inerentes ao juízo universal, como classificação de créditos e destinação de ativos.

A inclusão de regra específica inspirada no art. 18 do Regulamento europeu, conferiria maior previsibilidade e reduziria conflitos de competência. Por fim, a incorporação expressa do Protocolo de Insolvência Transnacional ao texto legal fortaleceria seu fundamento jurídico e legitimaria sua utilização como instrumento estruturante de coordenação internacional.

Diante disso, verifica-se que a hipótese formulada ao início deste trabalho confirma-se parcialmente. De fato, a ausência de disciplina específica sobre os efeitos da insolvência transnacional na arbitragem internacional dificulta a coordenação entre jurisdições no direito brasileiro.

Contudo, a solução não reside simplesmente na adoção de critérios inspirados no modelo europeu, mas na construção de regime adaptado às especificidades brasileiras que incorpore quatro elementos fundamentais: cooperação internacional, preservação da autonomia da cláusula arbitral, proteção efetiva aos credores e eficiência da recuperação empresarial.

O equilíbrio entre esses objetivos não se alcança mediante prevalência absoluta do juízo universal sobre a arbitragem, mas através de coordenação funcional que reconheça a legitimidade de ambos os sistemas.

A perspectiva comparada evidencia que a harmonização internacional da insolvência é processo incremental que combina diretrizes universais com adaptações regionais e nacionais.

Nesse contexto, o Brasil encontra-se em momento privilegiado para consolidar regime jurídico que concilie tradição civilista com abertura às práticas internacionais, fortalecendo sua posição como destino seguro para investimentos estrangeiros e como ambiente confiável para resolução de litígios empresariais complexos.

O presente estudo não esgota as questões examinadas, mas oferece contribuição para o debate acadêmico e para futuros desenvolvimentos legislativos. A crescente integração econômica global e a sofisticação das estruturas empresariais transnacionais exigirão, inevitavelmente, maior refinamento dos mecanismos de coordenação entre insolvência e arbitragem.

Em síntese, a compatibilização entre arbitragem internacional e insolvência transnacional não constitui objetivo utópico, mas desafio concreto que demanda criatividade jurídica, diálogo com experiências estrangeiras e compromisso com segurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECUE, Sabrina; SATIRO, Francisco. Arbitragem Internacional e Insolvência Transnacional: efeitos da insolvência decretada no Brasil sobre arbitragens com sede no exterior. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/SabrinaBecue/publication/361796914_Arbitragem_Internacional_e_Insolvencia_Transnacional_Efeitos_da_Insolvencia_decretada_no_Brasil_sobre_arbitragens_com_sede_no_exterior/links/62c5a5172bdd98698ad8b9d0/Arbitragem-Internacional-e-Insolvencia-Transnacional-Efeitos-da-Insolvencia-decretada-no-Brasil-sobre-arbitragens-com-sede-no-exterior.pdf. Acesso em: 8 dez. 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Resolução n. 394, de 28 de maio de 2021. Estabelece parâmetros para aplicação do art. 167 da Lei 11.101/2005 em matéria de insolvência transnacional e cooperação entre jurisdições. Brasília, 28 maio 2021. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/original1725122021060460ba61f8082b0.pdf. Acesso em: 4 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 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: 1 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 9 fev. 2005. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, e a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2020. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14112.htm. Acesso em: 25 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial nº 202304544534. Relator: Paulo Dias de Moura Ribeiro. Julgado em 16 out. 2025. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordaonum_registro=202304544534&dt_publicacao=16/10/2025. Acesso em: 4 dez. 2025

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. REsp 1.966.276/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em: 09 abr. 2024. Publicado em: DJe 13 jun. 2024; RSTJ, v. 274, p. 820. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202300739552&dt_publicacao=18/09/2025. Acesso em: 7 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. AgInt no CC 203.888/SP. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em: 9 abr. 2025. Publicado em: DJEN 6 maio 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=AND&livre=%272602602%27+inpath%28CDOC%29+AND+%28%28RECUPERACAO+AND+JUDICIAL+AND+ARBITRAGEM%29%29. Acesso em: 9 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. AgInt no CC 205.557/MG (2024/0201548-0). Relatora: Ministra Daniela Teixeira. Julgado em: 19 ago. 2025. Publicado em: DJEN 22 ago. 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=AND&livre=%272657680%27+inpath%28CDOC%29+AND+%28%28JUIZO+AND+UNIVERSAL+AND+ATOS+AND+CONSTRITIVOS%29%29. Acesso em: 7 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. AgInt no CC 211.865/MG (2025/0076326-1). Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 19 ago. 2025 (Sessão Virtual de 13 a 19 ago. 2025). Publicado em: DJe 25 ago. 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500763261&dt_publicacao=25/08/2025. Acesso em: 7 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. REsp 2.163.463/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Julgado em: 1º abr. 2025. Publicado em: DJEN 4 abr. 2025. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=ACOR&p=false&operador=AND&livre=%272587637%27+inpath%28CDOC%29+AND+%28%28RECUPERACAO+AND+JUDICIAL+AND+ARBITRAGEM%29%29. Acesso em: 10 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência nº 195179 – RJ (2023/0061600-3). Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, DF, 2 mar. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/de/decisao-santander-americanas-stj.pdf. Acesso em: 22 fev. 2026.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPITAL ABERTO. Minoritários vão unificar ação contra Lojas Americanas na Câmara. Disponível em: https://capitalaberto.com.br/companhias-abertas/minoritarios-vao-unificar-acao-contra-lojas-americanas-na-camara/. Acesso em: 21 fev. 2026.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CNN Brasil. Com perdas de R$ 15 bi, minoritários tentam reverter prejuízo no caso Americanas. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/economia/negocios/com-perdas-de-r-15-bi-minoritarios-tentam-reverter-prejuizo-no-caso-americanas/. Acesso em: 22 fev. 2026.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). Lei Modelo sobre Procedimentos de Insolvência Transnacional. Nova York: ONU, 1997. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-e.pdf. Acesso em: 1 dez. 2025.

COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL (UNCITRAL). UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: 1985, with amendments as adopted in 2006. Vienna: United Nations, 2008. ISBN 978-92-1-133773-0. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 1 dez. 2025.

CRIPPA, Carla de Vasconcellos. Recuperação judicial, falência e arbitragem. 2011. Disponível em: https://repositorio.fgv.br/server/api/core/bitstreams/70c59b33-2f2e-483d-ab8d-8c607f6a353a/content. Acesso em: 25 nov. 2025.

CSMV. A liminar do caso Americanas e a segurança jurídica do direito da insolvência. Disponível em: https://www.csmv.com.br/a-liminar-do-caso-americanas-e-a-seguranca-juridica-do-direito-da-insolvencia/. Acesso em: 22 fev. 2026.

FARIA, Marcela Kohlbach de; FARIAS, Marcelly Verdam. O conflito de competência no caso Americanas. JOTA, 15 fev. 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-conflito-de-competencia-no-caso-americanas. Acesso em: 22 fev. 2026.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FINKELSTEIN, Claudio. Arbitragem internacional e legislação aplicável. Revista Jurídica Luso-Brasileira, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 341-353, 2015. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0341_0353.pdf. Acesso em: 11 dez.

MARTINS, Ana Carolina. Insolvência transnacional (cross-border insolvency): o desafio brasileiro. Revista Justiça & Cidadania, 2023. Disponível em: https://editorajc.com.br/insolvencia-transnacional-cross-border-insolvency-o-desafio-brasileiro/. Acesso em: 4 dez. 2025.

MENDONÇA, Vinícius de Carvalho P. Insolvência transnacional: critérios de fixação de competência. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 16, n. 2, p. 150-170, 2019. Disponível em: https://revistas.pucsp.br/index.php/DIGE/article/download/38690/26266/108072. Acesso em: 1 dez. 2025.

MIGALHAS. CNJ edita resolução para regular protocolo de insolvência transnacional. Migalhas, 23 jul. 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/348938/cnj-regula-protocolo-de-insolvencia-transnacional. Acesso em: 4 dez. 2025.

MUNIZ, Mariana. Reflexões sobre a evolução da insolvência transnacional no Brasil. JOTA, São Paulo, 2023. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/reflexoes-sobre-a-evolucao-da-insolvencia-transnacional-no-brasil. Acesso em: 24 nov. 2025.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução A/RES/52/158, de 15 de dezembro de 1997. Model Law on Cross-Border Insolvency of the United Nations Commission on International Trade Law. Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em: https://docs.un.org/en/A/RES/52/158. Acesso em: 15 dez. 2025.

SUSIN, Júlia Odeh. A reserva de ordem pública na adoção da Lei Modelo da UNCITRAL sobre insolvência transnacional pelo Brasil. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Escola de Direito, 2021. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/08/julia_susin.pdf. Acesso em: 9 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Portal de Serviços: Consulta Processual. Disponível em: https://www3.tjrj.jus.br/consultaprocessual/#/consultapublica#porNumero. Acesso em: 15 dez. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (TJRJ). Autos nº 0803087-20.2023.8.19.0001. Disponível em: https://tjrj.pje.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=c6e13cd941d7443e2aa56bdc6af00b4587d850da828538ec. Acesso em: 22 fev. 2026.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, relativo aos processos de insolvência. Jornal Oficial da União Europeia, L 141, 5 jun. 2015. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848. Acesso em: 5 dez. 2025.

DA CLÁUSULA ARBITRAL NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: LIMITES E VIABILIDADE

Eduardo Tarifa de Carvalho[115]

RESUMO

O presente estudo explora a possibilidade de inclusão da cláusula arbitral no plano de recuperação judicial, sua compatibilidade com os princípios do direito recuperacional e os ditames da Lei nº 11.101/2005. Inicia-se com o exame da natureza jurídica da arbitragem e da competência do juízo recuperacional, seguindo- se para a compreensão do plano de recuperação, como acordo plurilateral. A seguir, trata-se da viabilidade da cláusula arbitral no plano e os efeitos de sua deliberação em Assembleia Geral de Credores. Ao fim, o trabalho enquadra as limitações e os critérios para a utilização da arbitragem em matéria recuperacional.

Palavras-chave: Arbitragem; Cláusula Arbitral; Plano de Recuperação Judicial.

1. INTRODUÇÃO

Muitos conflitos vêm sendo resolvidos por intermédio da arbitragem, precipuamente, no âmbito das relações empresariais. As sociedades empresárias são passíveis de recuperação judicial. Desta forma, o encontro destes instrumentos é inevitável e levanta questionamentos.

A arbitragem é fundamentada na autonomia privada, com a volição em evidência, enquanto a recuperação judicial é um procedimento coletivo, com a submissão ao juízo universal, regido pela legislação e em observância principiológica.

Desta feita, o presente estudo traz o seguinte questionamento: É possível que o Plano de Recuperação Judicial disponha de cláusula compromissória que obrigue todos os credores, incluindo os dissidentes e os ausentes da Assembleia Geral, a levarem seus conflitos perante o Tribunal Arbitral?

Em virtude disso, será discorrida a principal hipótese, qual seja: a cláusula compromissória, quando inserida no Plano de Recuperação Judicial e aprovada pela maioria dos credores, pode produzir efeitos obrigatórios também sobre os dissidentes e ausentes.

---

[115] Advogado, membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB São José do Rio Preto - 22 Subseção, especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e pós-graduando em Advocacia Empresarial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Para isto, devem ser estar presentes alguns requisitos, quais sejam, respeitar os limites da função jurisdicional do juízo recuperacional, preservar a natureza negocial da arbitragem e assegurar o devido processo legal, e proteger direitos indisponíveis.

A atualização da Lei nº 11.101/2005 pela Lei nº 14.112/2020 e entendimentos do Superior Tribunal de Justiça – STJ aguçam o estudo que será divido em capítulos, cujo capítulo 2 tem como tema "Arbitragem e Recuperação Judicial", abordando a natureza jurídica arbitragem, a competência do juízo recuperacional e o plano de recuperação judicial como acordo plurilateral.

Pelo capítulo 3, "A Cláusula Arbitral no Plano de Recuperação Judicial", estudaremos a viabilidade da cláusula ser inserida no plano, bem como os efeitos da deliberação da Assembleia Geral sobre os Credores.

Na sequência, o capítulo 4, de tema: "Limitações e Critérios sobre a inserção da Cláusula Arbitral no Plano de Recuperação Judicial", serão abordados os limites desta cláusula no plano de recuperação judicial, juntamente dos critérios a serem respeitados.

Diante disto, serão apresentadas as conclusões.

2. ARBITRAGEM E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Assunto de grande relevância para o cenário do direito empresarial brasileiro é a intersecção entre o instituto da arbitragem e da recuperação judicial, ambos provêm de raízes distintas. O primeiro é fundado na liberdade[116] das partes, o outro na preservação[117] empresarial, visando o interesse da coletividade. O aumento[118] do uso da arbitragem para solução de conflitos e dos pedidos de recuperação judicial convergem para um cenário em que o contato entre a intervenção jurisdicional e a autonomia privada solicita novos critérios interpretativos.

---

[116]"[...] há uma tendência mundial para que as partes solucionem seus próprios litígios e a referida tendência se coaduna com a ideia de desenvolvimento de Sen (2000), que visa a estimular a capacidade dos indivíduos por meio da sua condição de agente. Tal ideia pode ser transportada para a arbitragem já que, por meio dessa forma de administração de conflitos a sociedade busca, por ela mesma, canais próprios para solucionar problemas, tornando-se agente e não mera beneficiária do processo. E ainda, a arbitragem prevê limites à autonomia das partes, visando a preservar o interesse social nos acordos de vontades o que a aproxima da importância da ideia de coletividade quando se pensa em desenvolvimento nos termos pretendidos por Sem". MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e o desenvolvimento como liberdade. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito, Encontro Virtual, v. 7, n. 2, p. 17–31, jul./dez. 2021. p. 7.

[117]Bem leciona o professor Scalzilli: "O princípio basilar da LREF é o da preservação da empresa, especialmente diante dos interesses que gravitam em torno dela. A busca pelo atingimento deste objetivo deve perpassar toda a interpretação dos seus dispositivos legais. A razão para tanto é simples: a empresa é célula essencial da economia de mercado e, como tal, cumpre relevante função social. Desse modo, subjacente ao princípio da preservação da empresa, está a função social que ela exerce e os reflexos que geram no seu entorno". PEDRO, Scalzilli, J. Recuperação de empresas e falência 4ª: teoria e prática na lei 11.101/2005. 4. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. p. 80.

O ponto de colisão situa-se no fato de que a arbitragem é sinalizada pela autonomia volitiva, bem como o declínio à jurisdição estatal, noutra esteira, a recuperação judicial depreende de um procedimento cuja condução é totalmente realizada por um juízo universal, incumbido por realizar todos os atos inerentes ao processo, tutelando os credores e a empresa recuperanda. Há a possibilidade de os dois regimes coexistirem harmonicamente[119], para tanto, deve-se observar o respeito mútuo de cada seara, suas naturezas e peculiaridades.

A Lei 14.112/2020 alterou[120] significamente a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária, passando a positivar explicitamente situações que englobam a arbitragem perante o processamento da recuperação judicial. Em mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça[121] deu seu entendimento favorável à intersecção dos dois institutos, principalmente, em observância à competência do juízo arbitral, em decidir ao previamente pactuado e que não é desfeito pelo ajuizamento da recuperação.

Para melhor esclarecer, este capítulo se divide em três subseções. O item 2.1 aborda a natureza jurídica da arbitragem. No item 2.2, o estudo é sobre a competência do juízo recuperacional. No item 2.3, a pesquisa tem por base o plano como acordo plurilateral. Neste capítulo busca-se compreender conceitos e teorias sobre estes dois mecanismos.

Positivada pela Lei nº 9.307/1996, a arbitragem[8] se solidifica no ordenamento pátrio como um método[122] de resolução conflitos[123], por meio da heterocomposição, com mesma equivalência[124] da jurisdição convencional estatal. Quanto à sua natureza, os doutrinadores não são consensuais, tendo sido criadas teorias na tentativa de melhor compreensão. São elas: contratualista (ou privatista), jurisdicionalista (ou publicista), mista (ou dualista) e autônoma (ou autonomista).

---

[118]Conforme matérias veiculadas no Jornal Valor Econômico, denota-se um aumento paulatino no uso da arbitragem no âmbito da recuperação judicial, vejamos: "STJ anula arbitragem que permitiu compensação de créditos envolvendo empresa em recuperação judicial". Valor Econômico, 3 abr. 2025. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2025/04/03/stj-anula-arbitragem-que-permitiu-compensacao-de-creditos-envolvendo-empresa-em-recuperacao.ghtml. Acesso em: 03 dez. 2025. "AMERICANAS celebra termo de arbitragem referente à recuperação judicial, mas requerentes desistem". Valor Econômico, 8 out. 2025. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2025/10/08/americanas-celebra-termo-de-arbitragem-referente-a-recuperacao-judicial-mas-requerentes-desistem.ghtml. Acesso em: 03 dez. 2025.

[19]"As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta". STJ, Resp. 157.099, R. p/ Acórdão: Min. Nancy Andrighi. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. Alienação fiduciária. Bem não localizado. Impossibilidade de retenção da posse direta. Inexistência de conexão com ação de reintegração de posse. CC 161.152/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 30 out. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 nov. 2018.

[120]"A reforma de 2020 positivou aquilo que já era entendimento pacífico na doutrina e na jurisprudência: 'O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração do procedimento arbitral' (LREF, art. 6º, §9º) – representando verdadeira exceção ao princípio da indivisibilidade do juízo universal no que diz respeito a ações contra a massa falida (art. 76). Em que pese a omissão do legislador, tal dispositivo, por óbvio, é aplicado no caso da recuperação extrajudicial. Assim, o devedor em recuperação judicial (ou em recuperação extrajudicial) e o falido sujeitam-se normalmente à convenção de arbitragem, sendo que, na hipótese de falência, a massa falida é representada pelo administrador judicial (LREF, arts. 22, III, "c" e "n", e 76, parágrafo único; e CPC, art. 75, V)". PEDRO, Scalzilli, J. Recuperação de empresas e falência 4ª: teoria e prática na lei 11.101/2005. 4. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. p. 141.

2.1. Natureza jurídica da arbitragem

A teoria contratualista (ou privatista), sucintamente, parte do pressuposto que a arbitragem nasce da vontade das partes, não admitindo nela caráter jurisdicional de solução de conflitos, em virtude de não emanar do Estado, mas de convenção[126] das partes, estando sujeita à teoria geral das obrigações. Um dos grandes precursores é o jurista italiano Giuseppe Chiovenda[127], em cuja época, afirmava que caso não haja executoriedade de uma decisão, esta não pode ser tida como uma decisão jurisdicional, isto, tendo em vista a determinação da lei italiana, em vigência pretérita, de que as decisões arbitrais fossem referendadas por juiz togado. No Direito Pátrio não é majoritária a adoção dela, contudo é defendida por grande parte da doutrina processual civilista.[128] Nesta teoria, a decisão dos árbitros é um reflexo do acordo firmado, baseando-se naquilo que está disposto para decidir o melhor caminho a ser percorrido.

---

[121] "CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DE DISPOSIÇÕES INTEGRANTES DO PLANO DE SOERGUIMENTO. AUMENTO DE CAPITAL. ASSEMBLEIA DE ACIONISTAS. NÃO REALIZAÇÃO. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA PREVISTA NO ESTATUTO SOCIAL. QUESTÕES SOCIETÁRIAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. 1. A existência de provimentos jurisdicionais conflitantes entre si autoriza o conhecimento do conflito positivo de competência. 2. O juiz está autorizado a realizar controle de legalidade de disposições que integram o plano de soerguimento, muito embora não possa adentrar em questões concernentes à viabilidade econômica da recuperanda. Precedentes. 3. As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo absolutamente possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas de competência, que ostentam natureza absoluta. Precedentes. 4. Em procedimento arbitral, são os próprios árbitros que decidem, com prioridade ao juiz togado, a respeito de sua competência para examinar as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha cláusula compromissória – princípio da kompetenz-kompetenz. Precedentes. 5. A instauração da arbitragem, no particular, foi decorrência direta de previsão estatutária que obriga a adoção dessa via para a solução de litígios societários. 6. Ainda que a jurisprudência do STJ venha entendendo, consistentemente, que a competência para decidir acerca do destino do acervo patrimonial de sociedades em recuperação judicial é do juízo do soerguimento, a presente hipótese versa sobre situação diversa. 7. A questão submetida ao juízo arbitral diz respeito à análise da higidez da formação da vontade da devedora quanto a disposições expressas no plano de soerguimento. As deliberações da assembleia de credores – apesar de sua soberania – estão sujeitas aos requisitos de validade dos atos jurídicos em geral. Precedente. 8. O art. 50, caput, da Lei 11.101/05, ao elencar os meios de recuperação judicial passíveis de integrar o plano de soerguimento, dispõe expressamente que tais meios devem observar a legislação pertinente a cada caso. Seu inciso II é ainda mais enfático ao prever que, em operações societárias, devem ser 'respeitados os direitos dos sócios, nos termos da legislação vigente'. E, no particular, o objetivo da instauração do procedimento arbitral é justamente garantir o direito dos acionistas de deliberar em assembleia geral sobre questões que, supostamente, competem privativamente a eles, mas que passaram a integrar o plano de recuperação judicial sem sua anuência. CONFLITO CONHECIDO. DECLARADA A COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL" (CC 157.099/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 30/10/2018). Também a recuperação judicial não impede a homologação da sentença arbitral, nesse sentido: STJ, SEC 14.408-EX, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, por unanimidade, julgado em 21/6/2017, DJe 31/8/2017.

[122]Bem conceituam a arbitragem os doutrinadores Gustavo Schmidt e Daniel Oliveira: "A arbitragem é um método heterocompositivo e extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual o terceiro imparcial (árbitro ou Tribunal Arbitral), escolhido pelas partes, profere sentença para solucionar a controvérsia submetida à sua análise, nos limites fixados na convenção de arbitragem. Trata-se de forma heterocompositiva de solução de conflitos, uma vez que a decisão competirá ao terceiro imparcial escolhido pelos interessados. Configura, ainda, solução extrajudicial, uma vez que a arbitragem envolve o exercício de jurisdição não estatal, cabendo ao expert, escolhido pelas partes, a resolução definitiva do litígio". SCHMIDT, Gustavo da R.; FERREIRA, Daniel B.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. Comentários à Lei de Arbitragem - 1ª Edição 2021. Rio de Janeiro: Método, 2021. p. 25.

Em relação a teoria jurisdicionalista (ou publicista), de plano necessário mencionar que é a dominante[129] na doutrina, por ela, o árbitro exerce função jurisdicional (dê-me o fato, que eu lhe darei o direito - Da mihi factum, dabo tibi ius), em que as partes, para solucionarem o lítigio buscam uma câmara de arbitragem para que esta, imparcialmente, lhe traga a solução, à luz da legislação e dos princípios gerais de direito, em observância, sobretudo ao preceituado pela Constituição Federal de 1988.

A lei 9.307/1996, em seu artigo 3º[130], expressamente cita que o "juízo" (etimologia latina: judicĭum) arbitral é o responsável, assim atribui a arbitragem um caráter jurisdicional, ainda que não aquele detido pelo Estado. E, em muitos dos dispositivos[131] da referida lei, positiva que a jurisdição estatal deve respeitar a cláusula compromissória.

Cumpre salientar, em questão decidida pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 113.260/SP[132], o reconhecimento da natureza jurisdicional da arbitragem, reafirmando que o instituto supramencionado é uma jurisdição privada, devendo o judiciário respeitar os seus limites nos ditames da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

---

[123]A arbitragem, juntamente da mediação e conciliação compõem os métodos consensuais de solução de conflitos, bem explicado por Cristiano Alves da Silva e Oriana de Azevedo Barbosa: "A sociedade brasileira e a própria Justiça caminham, atualmente, ao encontro de Métodos Consensuais de Solução de Demandas, por meio de instrumentos de ação social participativa. E, dentro desse raciocínio, insere-se toda filosofia e o próprio idealismo daqueles que estão empenhados em mudanças razoáveis e factíveis para que outras perspectivas se abram para o povo em geral, graças à facilitação do acesso pleno à Justiça, com a utilização de meios e instrumentos alternativos como a Conciliação, a Mediação e a Arbitragem, com todos os desdobramentos deles derivados". BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15). Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), 2018. p. 2.

[124]Vide art. 3º do CPC/15: "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

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

[126]Uma citação em inglês que defende ser a convenção das partes a base para entender a arbitragem: "The real basis for the contractual theory is the fact that the whole arbitration process is based on contractual arrangements. Both the agreement and the award reflect the contractual character of arbitration. The origin of every arbitration is a contract. The parties agree to submit their disputes to arbitration; the state has no influence or control over this decision. If parties do not voluntarily honour the award, it may be enforced as a contract". LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003. p. 77-78.

[127]"[...] a vontade da lei, substancial ou processual, afirmada pelos árbitros em cada sentença, definitiva ou interlocutória, não se pode dizer atuada se a sentença não se tornou executória com o decreto do juiz da jurisdição em que foi proferida". CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1, p. 85.

[128]Nos ensinamentos de Fichtner, Mannheimer e Monteiro: "[...]A doutrina brasileira, Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio explicam que 'a teoria contratual se baseia na premissa de que a arbitragem tem sua origem na vontade das partes e delas depende para o seu prosseguimento', o que significaria, segundo os internacionalistas, que 'as leis locais teriam pouca ou nenhuma influência sobre a arbitragem'. Os autores anotam, curiosamente, que 'no Brasil, os privatistas são juristas em geral de formação processualista, que ressaltam a natureza contratual do instituto'. Comprovando essa observação, Teori Albino Zavascki, defendendo que a jurisdição é monopólio estatal, afirma peremptoriamente que 'nem se poderia, mediante lei ordinária, igualar ato privado com ato de jurisdição, já que isso importaria rompimento do monopólio da função jurisdicional, que pertence ao Estado por força da Constituição (art. 5.º, XXXV)'. Também assim, Cassio Scarpinella Bueno entende que 'o chamado 'procedimento arbitral' [...] tem natureza jurídica eminentemente contratual, eminentemente voluntária e dependente, na maior parte das vezes, do consenso entre os envolvidos no litígio. [...]" FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. Teoria Geral da Arbitragem - 1ª Edição 2019. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 33.

A teoria mista[133] (ou dualista[134]) é a junção de determinadas características da teoria jurisdicional com a contratualista, nascendo como acordo de vontade das partes (privatista) e jurisdicionando (publicista) a sua decisão, por meio de sentença, em virtude de sua eficácia.

Por fim, observa-se a teoria autônoma[135] (ou autonomista[136]) da natureza jurídica da arbitragem, desenvolvida por J. Rubellin-Devichi, no ano de 1965, que, basicamente, defende a independência da arbitragem frente ao Estado e suas legislações. Alocando a arbitragem como transnacional.

---

[129]Fichtner, Mannheimer e Monteiro. op. cit. p. 37: No Brasil, a teoria jurisdicional é amplamente majoritária. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery expressamente afirmam que "a natureza jurídica da arbitragem é de jurisdição", pois "o árbitro exerce jurisdição porque aplica o direito ao caso concreto e coloca fim à lide que existe entre as partes". Também assim, Humberto Theodoro Júnior leciona que "se, no regime anterior à Lei n.º 9.307, mostrava-se forte a corrente que defendia a natureza contratual ou privatística da arbitragem, agora não se pode mais duvidar que saiu vitoriosa, após o novo diploma legal, a corrente jurisdicional ou publicística". No mesmo sentido, Carlos Alberto Carmona destaca que "o legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem". Compartilhando desse entendimento, Joel Dias Figueira Júnior esclarece que "podemos afirmar categoricamente que o juízo arbitral instituído pela Lei 9.307/96 apresenta natureza jurisdicional". Irineu Strenger, da mesma forma, aduz que "a instituição da arbitragem adquire, nessas condições, em toda sua dimensão, seu aspecto jurisdicional". O internacionalista prossegue lecionando que "uma vez determinado e estabelecido o processo, os árbitros nomeados atuam como juízes, com independência das partes, das quais não podem considerar-se mandatários, porque estão investidos de função autenticamente jurisdicional, que vai se desenvolver como se fora um processo afeto a um tribunal estatal".

[130]Art. 3º, Lei 9.307/1966: "As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral".

[131]E.g. Art. 6º, parágrafo único: "Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocaria o julgamento da causa". Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. § 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória. § 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral. § 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei. § 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio. § 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito. § 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único. § 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral. Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem. §1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa. § 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei. Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. (grifo do autor).

[132]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 113.260/SP. Relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Relatora vencida: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 8 set. 2010. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 abr. 2011. Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATCseq=13954269&tipo=5&nreg=201001398870&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20110407&formato=PDF&salvar=false Acesso em: 05 dez. 2025.

[133]Bem explicam os juristas Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll: "The mixed or hybrid theory has become the dominant world-wide theory as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration. According to the mixed theory we have a private justice system created by contract. It is also common that such a hybrid system exists de facto. [...]. Thus, both the contractual origin and the jurisdictional function have an important influence on arbitration. An effect of the hybrid or mixed theory is to acknowledge the strong, though not overwhelming, connection between arbitration and the place where the tribunal has its seat". LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003. p. 80.

[134]No Brasil, José Carlos de Magalhães defende a teoria mista da arbitragem, entendendo, em relação à teoria contratualista e à teoria jurisdicional, que "as duas posições devem ser entendidas como radicais, pois se a arbitragem é contratual em seu fundamento inicial, é também jurisdicional, ante a natureza pública do laudo arbitral, como forma privada de solução de litígios". Também assim, Selma Ferreira Lemes explica que "a natureza híbrida, que em nosso entender melhor se coaduna com a arbitragem, ressalta ser ela contratual na fonte, mas jurisdicional no objeto". FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. op. cit. p. 40.

2.2. A competência do juízo recuperacional

O advento da Lei 11.101/2005 (Lei de Recuperação e Falência) trouxe consigo o juízo recuperacional e, com isto, algumas peculiaridades relativas ao processamento de ações que envolvam a recuperanda. Geralmente, tais demandas devem ser suspensas ou submetidas ao crivo do juízo universal, costumeiramente, localizado no principal[135] estabelecimento do devedor, em cumprimento ao art. 6° da LRF, que estabelece a suspensão das ações e execuções em face da recuperanda no prazo de 180[136] dias.

Vale destacar que não há disposição[137] na lei sobre a universalidade do juízo recuperacional, posto que este é característico e originário do procedimento falimentar, e passou a ser construção jurisprudencial, seguindo a mesma linha que vinha adotando os tribunais, o STJ[138] mantem o entendimento de que se faz necessário um juízo universal para analisar e julgar os atos judiciais que englobem o patrimônio das empresas recuperadas.

---

[135]Julian D. M. Lew, Loukas A. Mistelis e Stefan M. Kröll bem ensinam a teoria autônoma da arbitragem: "Arbitration cannot work in the context of the ideologies established in the context of private international law; it does not need to fit in internationalist or nationalist-positivist views. It can eventually operate outside the constraints of positive law or national legal systems. Thus, the autonomous theory is an enlightened development of the mixed theory. However, it has the added dimension of being in tune with the modern forms of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law. [...]. The autonomous theory is a refined mixed theory which develops the regime to reflect the market place. It acknowledges jurisdictional and contractual elements in the arbitration regime, but shifts the focus from the control that the law of seat of arbitration may exercise and the autonomy of parties to the business and legal level where parties agree to and participate in the arbitration process. This theory which prevails today will inevitably dominate arbitration in the years to come". LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003. p. 81-82.

[136]De acordo com Ana Elisa e Jussara: "A teoria autônoma ou autonomista é uma leitura distinta das três teorias anteriores, firmando-se no caráter independente da arbitragem frente ao Estado, tratando-se, portanto, de procedimento autônomo e sui generis. Essa teoria foi criada por Jacqueline Rubellin-Devichi, no ano de 1965, sob o argumento de que a arbitragem deve ser estudada segundo seus objetivos e forma. Segundo essa teoria, a arbitragem funcionaria independentemente da legislação nacional, o que reforçaria a ideia de que a arbitragem não possuiria uma nacionalidade específica, aplicando se a ela apenas as normais transnacionais do direito". GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Jurisdição arbitral e execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral? Revista de Cidadania e Acesso à Justiça, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 789–809, jul./dez. 2016. p. 798.

[137]Cf. art. 3° da LRF: "É competente para homologar o plano de recuperação extrajudicial, deferir a recuperação judicial ou decretar a falência o juízo do local do principal estabelecimento do devedor ou da filial de empresa que tenha sede fora do Brasil".

[138]Cf. art. 6° §4° da LRF: "Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do caput deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal".

[139]Nas palavras de Sacramone: "Quanto à recuperação judicial, não há norma expressa que assegure a universalidade do juízo. A aplicação subsidiária dos arts. 76 e 126, por seu turno, previstos na hipótese de falência, também não poderia ocorrer, pois nem todos os credores estão submetidos ao plano de recuperação judicial e suas ações continuam a tramitar normalmente". SACRAMONE, Marcelo B. Comentários À Lei de Recuperação de Empresa e Falência - 6ª Edição 2025. 6. ed. Rio de Janeiro: SRV, 2025. p. 56.

[140]De conformidade com o que a decisão do Ministro Jorge Mussi no Conflito de Competência n° 190106 – RS (2022/0220661-5): "Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os atos de execução dos créditos individuais promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, bem como quaisquer outros atos judiciais que envolvam o patrimônio das referidas empresas, tanto sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/1945 quanto da Lei n. 11.101/2005, devem ser realizados pelo Juízo universal. O art. 6°, incisos II e III, da Lei n. 11.101/2005, com a redação dada pela Lei n. 14.112/2020, reforça esse entendimento, porquanto determina que a decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica a suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência, bem como a proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 190.106/RS (2022/0220661-5). Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão proferida pelo Ministro Jorge Mussi (Vice-Presidente, no exercício da Presidência). Julgado em 22 jul. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 jul. 2022.

O art. 52[141] da LRF defere o processamento do pedido de recuperação, estando a exordial instruída com os documentos aduzidos pelo art. 51[142] da mesma legislação.

Neste juízo, com o deferimento[143] do pedido recuperacional, passa-se a concentrar a análise e deliberação sobre fatos que envolvam o devedor e seu patrimônio. A ideia de um juízo universal é decorrente da compreensão de que a empresa devedora necessita de um foro único, capaz de preservar os interesses dos envolvidos, seja a própria empresa, o credor ou qualquer outrem. Este juízo desempenha função fiscalizatória do cumprimento do plano de recuperação judicial, importantíssimo para o soerguimento da sociedade empresária.

2.3. O Plano como acordo plurilateral

A LRF tem o condão de preservar a função social[144] da empresa e a manutenção da atividade econômica, fomentando ao devedor meios para atingir a finalidade do instituto, qual seja, o soerguimento da empresa. O art. 50 da referida lei arrola, de forma exemplificativa[145], os meios de recuperação disponíveis, que, dependendo do caso concreto, podem ser inseridos no plano de recuperação judicial, como alteração do controle societário, operações de reorganização societária, aumento do capital social, entre outros.

Quanto a natureza do plano, é compreendida como um acordo plurilateral[146], pois, embora inicialmente elaborado unilateralmente pelo devedor, sua eficácia depende da participação e deliberação dos credores reunidos em assembleia geral. A aprovação por classes, o quórum qualificado e a possibilidade de modificações consensuais revelam que sua formação resulta de uma construção coletiva, marcada pela harmonização de interesses diversos em torno da preservação da empresa.

Assim, o plano configura um negócio[147] jurídico[148] complexo e cooperativo, cuja natureza negocial decorre da convergência de vontades entre devedor e credores, ainda que formalizada sob a supervisão e homologação do poder judiciário. Por essa razão, trata-se de um instrumento regulado por normas de ordem pública e inserido em procedimento próprio previsto na LRF.

---

[141]"Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato: I – nomeará o administrador judicial, observado o disposto no art. 21 desta Lei; II - determinará a dispensa da apresentação de certidões negativas para que o devedor exerça suas atividades, observado o disposto no § 3º do art. 195 da Constituição Federal e no art. 69 desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei; IV – determinará ao devedor a apresentação de contas demonstrativas mensais enquanto perdurar a recuperação judicial, sob pena de destituição de seus administradores; V - ordenará a intimação eletrônica do Ministério Público e das Fazendas Públicas federal e de todos os Estados, Distrito Federal e Municípios em que o devedor tiver estabelecimento, a fim de que tomem conhecimento da recuperação judicial e informem eventuais créditos perante o devedor, para divulgação aos demais interessados. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)".

[142]O art. 51 da LRF elenca um rol de documentos que devem compor a petição inicial, e.g., balanço patrimonial, relatório gerencial de fluxo de caixa, demonstração de resultados acumulados, etc.

[143]Vide art. 6°, I, II e III da LRF.

[144]Art. 47 da LRF: "A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

[145]"[...] Os meios de recuperação judicial estão elencados no artigo 50 da LRF, que contém um rol exemplificativo de alternativas que podem ser utilizadas pelo devedor como forma de composição dos valores devidos aos credores e de soerguimento de sua empresa. [...]" MELO, Cinira Gomes L. Plano de Recuperação Judicial. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2021. p. 43.

A importância do plano de recuperação judicial decorre do caráter coletivo e público do processo, que visa não só a satisfação dos credores, como, de igual forma, a preservação da empresa. Assim, o plano de recuperação judicial adquire certo protagonismo, pois, por tratar-se de documento, em que o devedor apresenta para seus credores os meios pelos quais pretende superar a crise, demanda viabilidade econômica[149] de sua atividade.

O ilustre Jurista Fábio Ulhoa[150] bem ensina que o plano recuperacional é a peça primordial, haja vista, se tratar de instrumento base para que ocorra a concretização dos objetivos recuperacionais. O jurista enfatiza que as chances da devedora conseguir o soerguimento estão contidas no plano, quanto melhor elaborado, maior será a possibilidade de superação da crise.

O plano de recuperação deve conter[151]: a discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo; a demonstração de sua viabilidade econômica; laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Uma vez aprovado, adquire força normativa própria;

Com a aprovação do plano de recuperação ocorrerá a novação dos créditos anteriores ao pedido, obrigando devedores e credores a ele sujeitos, possuindo natureza, eminentemente, econômica e financeira[152].

---

[146] Vera Helena de Mello Franco e Rachel Sztajn entendem que o plano é: "(...) um negócio jurídico de cooperação celebrado entre devedor e credores, homologado pelo juiz. No que diz respeito ao negócio de cooperação, assemelha-se ao contrato plurilateral; no que diz respeito à homologação, pode-se considerar forma de garantia do cumprimento das obrigações assumidas, como o que se produzem os custos de transação dada a coercitividade que dela, homologação, se resulta." MELO. op. Cit. p. 62.

[147] Em relação aos interesses envolvidos, os negócios jurídicos podem ser classificados quanto ao número de declarantes em unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Assim, necessária é a lição passada pelo jurista Carlos Roberto Gonçalves: "Unilaterais são os que se aperfeiçoam com uma única manifestação de vontade, como ocorre no testamento, no codicilo, na instituição de fundação, na renúncia de direitos, na procuração, nos títulos de crédito, na confissão de dívida, na renúncia à herança, na promessa de recompensa, etc. [...] Bilaterais são os que se perfazem com duas manifestações de vontade, coincidentes sobre o objeto. Essa coincidência chama-se de consentimento mútuo de vontades, que se verifica nos contratos em geral. [...] Plurilaterais são os contratos que envolvem mais de duas partes, como o contrato de sociedade com mais de dois sócios e os consórcios de bens móveis e imóveis. As deliberações nesses casos não decorrem de um intercâmbio de declarações convergentes, de unanimidade de manifestações, mas da soma de sufrágios, ou seja, de decisões da maioria, como sucede nas deliberações societárias, nas resultantes da assembleia geral de acionistas e de credores que deliberam no processo de concurso". GONÇALVES. Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral – De acordo com a Lei n. 12.874/2013. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 329-330.

[148] O professor Eduardo Secchi Munhoz entende que o plano de recuperação judicial se enquadra no conceito de negócio jurídico: "Daí decorre que o plano de recuperação, a ser aprovado pela assembleia de credores e homologado pelo juízo da recuperação, ao adotar um ou mais dos meios de recuperação exemplificativamente relacionados na LRF, representa, em geral, um negócio jurídico complexo, vez que composto de uma série de declarações de vontade que se dirigem a um objetivo unitário, qual seja, a recuperação (preservação) da empresa." MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre o limite do poder jurisdicional. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. ano 10, n. 36, p. 185-199, abr.-jun./2007.

[149] "[...] A viabilidade econômica da empresa é pressuposto do pedido de recuperação judicial e isso implica a possibilidade de desenvolvimento normal da atividade do devedor. Nesse aspecto, exige-se que o devedor, durante a recuperação judicial, consiga satisfazer os diversos débitos que contrair a partir de então, sem exigir a tutela estatal. Como as custas deverão ser recolhidas justamente em razão da propositura da recuperação judicial, a falta de seu recolhimento indica que a crise econômica do devedor é grave a ponto de nem sequer permitir a viabilidade econômica da empresa. [...]" SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresa e falência. 6. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2025. p. 287.

3. A CLÁUSULA ARBITRAL NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A inserção da cláusula arbitral no plano de recuperação judicial tornou-se relevante aos operadores do direito, principalmente, com a decisão do STJ[153] ao reconhecer a possibilidade entre a cláusula em comento e a recuperação da empresa. Como exposta supra, o plano é instrumento essencial para alavancar a solução da crise econômica da sociedade empresária, dada sua natureza contratual, existe a possibilidade de inclusão de meios para solucionar os conflitos, respeitando os ditames legais, bem como a autonomia privada dos credores.

Corroborando com isto, tem-se a alínea[154] "j" do inc. I do art. 22 da LRF, cuja redação se deu pela Lei 14.112/2020, em que o administrador judicial, dentre outros deveres, deve, sempre que possível, estimular a conciliação, a mediação e outros meios alternativos de solução de conflitos.

Cumpre salientar, que ao administrador ser mantido a frente da atividade empresarial, preservando poderes de gestão, ele, por consequência, preserva seu poder de contratar, que é requisito suficiente para a assinatura de pacto arbitral. Na recuperação judicial, claramente, a convenção de arbitragem pretérita é ato jurídico perfeito.[155]

Em relação à recuperação judicial utiliza-se o disposto no art. 49, §2º, da LRF, dispondo que as obrigações anteriores à recuperação judicial, observarão as condições originalmente contratadas, ou definidas em lei. Em assim sendo, os acordos bilaterais anteriormente pactuados pelo devedor continuam válidos e são efetivos, exceto se o plano de recuperação modificar as obrigações do devedor, situação de novação, extirpando-se a antiga em modificação à nova obrigação.[156]

---

[150] "[...] A mais importante peça do processo de recuperação judicial é, sem sombra de dúvidas, o plano de recuperação judicial (ou de 'reorganização da empresa'). Depende exclusivamente dele a realização ou não dos objetivos associados ao instituto, quais sejam, a preservação ou não da atividade econômica e cumprimento de sua função social. Se o plano de recuperação é consistente, há chances de a empresa se reestruturar e superar a crise em que mergulha. Terá, nesse caso, valido a pena o sacrifício imposto diretamente aos credores e, indiretamente a toda a sociedade brasileira. Mas se o plano for inconsistente, limitar-se a um papelório destinado a cumprir mera formalidade processual, então o futuro do instituto é a completa desmoralização." COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e recuperação de empresas. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222.

[151] Cf. Art. 53 da Lei nº 11.101/2005.

[152] Nos dizeres dos professores Paulo Fernando Campos Salles de Toledo e Adriana V. Pugliese que: "Em razão disso, o plano de recuperação – instrumento que materializa o acordo entre o devedor e seus credores fixando as condições da superação da crise da empresa – tem natureza eminentemente financeira e econômica: fixa obrigações do devedor de natureza ampla (administrativas, societárias, negociais e estruturais, dentre outras) e, em relação às obrigações de pagamento dos credores, o faz sob efeito de novação (art. 59 da Lei 11.101/2005)." CARVALHOSA, Modesto. Recuperação Empresarial e Falência / Modesto Carvalhosa, Rodrigo Xavier Leonardo. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial, v. 5 / Coordenação Modesto Carvalhosa) p. 187, in fini.

[152] Cf. o precedente demonstrado na nota 5
[153] "[...] estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil)."

[154] "[...] mesmo considerando-se que no processo de falência há interesses da coletividade dos credores do devedor comum, não se entrevê qualquer impedimento ao cumprimento de convenção de arbitragem pactuada anteriormente à decretação da falência, em cláusula prevista no contrato firmado por pessoas jurídicas, regularmente constituídas e apresentadas na forma de seus atos constitutivos, com plena capacidade negocial e tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis, conforme estabelece o artigo 1º, da Lei 9.307, de 1996" (TJSP, AI 531.020-4/3-00, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais, rel. Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças, DJ 25.08.2008). No mesmo sentido: STJ, MC 14.295/SP, Terceira Turma, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 09.06.2008.

Mesmo com a novação, nada se altera na convenção arbitral pactuada, isto se deve ao fato dela ser autônoma do principal e subsistir tanto na novação quanto na anulação do acordo principal.[157] Nesta esteira, a cláusula, inserida no plano, deve desempenhar dupla função, a primeira, sendo método especializado de resolução de conflitos e, a segunda, permite que questões pontuais do plano sejam dirimidas sem o comprometimento do processo.

Neste capítulo, subdivido em 2 subitens, busca-se explicitar a viabilidade de inserção da cláusula no plano de recuperação judicial, juntamente, com os efeitos da deliberação da Assembleia Geral sobre os credores.

3.1. Viabilidade de inserção da cláusula no Plano

O plano, explicitado no item 2.3, ao ser acordo plurilateral permite a disposição de formas de resolução de conflitos, com o respeito às garantias do processo concursal e os direitos indisponíveis. Não há empecilho[158] que o plano contenha convenção arbitral, i.e., pois, por seu caráter negocial, as partes poderão estipular meios que auxiliem o cumprimento e a execução das obrigações da recuperanda.

O Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno no Conflito de Competência nº 2039245 – PE (2024/0109351-4), reconheceu que é possível o juízo arbitral prevalecer sobre o juízo recuperacional e este deve ser confirmado tanto pela existência da cláusula compromissória, quanto por decisão anterior do Juízo arbitral reconhecendo sua própria competência, segundo o princípio da kompetenz-kompetenz.[159] A arbitragem deverá prosseguir com relação a fixação de valores, apuração dos danos, interpretações de acordos, desde que não incorra na alteração do quadro de credores ou no plano.

Em assim sendo, a cláusula arbitral, para que seja viável sua inserção ao plano, é fundamental a observância da natureza contratual do plano, as questões patrimoniais disponíveis que podem ser objetos de arbitragem, e o incentivo, oriundo das legislações, para que sejam fomentados os usos de métodos alternativos de resolução de conflitos.

---

[155] DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. Revista de Direito Empresarial, São Paulo, v. 19, out. 2016. p. 163-182.

[156] "Cumpre lembrar, ainda, que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato no qual está inserida – princípio da autonomia da cláusula compromissória – de tal forma que nem mesmo a anulação do contrato comprometeria a validade da cláusula de arbitragem" (MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). Vinte anos da Lei de Arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2016. p. 763-792).

[157] "Nada obstante a utilização da arbitragem seja possível – e encorajada, como adiante se demonstrará –, fato é que ela deve ser adequada aos objetivos perseguidos pela recuperação judicial, bem como subserviente aos princípios que regem a matéria – como, por excelência, o par conditio creditorum. Mas, antes disso, é necessário assentar que os objetivos da Lei de Recuperação e Falências (Lei 11.101/2005) e da arbitragem são perfeitamente compatíveis entre si". LUCON, Paulo Henrique dos Santos e VASCONCELOS, Ronaldo e CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. Revista de arbitragem e mediação, v. 16, n. abr./ju 2019, p. 141-164, 2019. p. 2.

[158] "EMENTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO INTERNO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL E ARBITRAGEM. AGRAVO PROVIDO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. 1. A questão em discussão consiste em saber se a competência para resolver conflitos decorrentes do contrato de industrialização por encomenda é do Juízo arbitral (CAMARB/SP) ou do Juízo da recuperação judicial, considerando a existência de cláusula compromissória de arbitragem e a natureza do respectivo contrato. 2. A cláusula compromissória de arbitragem prevalece sobre a competência do Juízo da recuperação judicial para resolver litígios contratuais, na fase de cognição, não executória. 3. A competência do Juízo arbitral deve ser confirmada tanto pela existência da cláusula compromissória quanto por

3.2. Efeitos da deliberação da Assembleia Geral sobre os credores

A sistemática do processo de recuperação judicial revela a natureza contratual do plano. A parte em recuperação oferta um plano aos credores (Lei n. 11.101/2015, art. 53). Sem impugnação, há presunção de concordância dos credores e, portanto, aprovação do plano (art. 55). Quando há objeção, os credores são convocados com a finalidade de deliberar em assembleia, exigindo quóruns de aprovação do plano (arts. 45 e 56). Neste cenário, mesmo na garantia do direito individual de voto, a aprovação assemblear declara vontade coletiva, vinculando todos.

Sua aprovação tem o condão de modificar prazos, valores, garantias e demais situações relativas aos créditos envolvidos. Num cenário onde há inclusão de cláusula arbitral, esta também depende de ser aprovada em AGC e para que seus efeitos alcancem os credores, devem ser observados os requisitos exigidos pela legislação pátria, inclusive da Lei da Arbitragem.

É cediço que o plano, ao ser aprovado, vincula todos os credores jurisdicionados pela recuperação, de conformidade com o art. 58 da LRF, bem como o artigo imediatamente posterior aduz que há novação de todos os créditos anteriores ao pedido, obrigando o devedor e todos os credores a ele sujeitos.

A cláusula compromissória alcança os credores que concordam com o plano, seja tácita[160] ou expressamente, i.e., os que votaram a favor, os que se abstêm ou que não compareceram ao conclave. Vale destacar, de conformidade com o artigo 8º da Lei 9.307/1996, a autonomia da cláusula arbitral em relação ao contrato em que estiver inserida. Se faz imperioso destacar que a aceitação tácita é compatível com os arts.[161] 112, 113, caput e §1º, II e V do CC, permitidores de interpretar os atos negociais de maneira a extrair sua finalidade econômica e a boa-fé[162] contratual. Assim, o credor que se abstém, ou se ausenta, não poderá alegar ausência de consentimento, já que a AGC ocorreu adequadamente, possibilitando ao credor plena oportunidade de manifestação. Não poderia ser diferente com que concordou com o plano, de maneira expressa, haja vista, sua vontade ter sido externada.

Quanto ao credor dissidente, ou seja, aquele que vota contra a inserção da cláusula no plano, este não poderá ser forçado às disposições e decisões arbitrais. Caso ele seja forçado ao juízo arbitral, além de não garantir o acesso à justiça, insculpido pelo inc. XXXV[164] do art. 5º da Magna Carta (cláusula pétrea), estaria vinculado a uma arbitragem obrigatória, situação vedada pelo STF no julgamento do SE[165] 5.206 – AgR.

---

decisão anterior do Juízo arbitral reconhecendo sua própria competência, segundo o princípio da kompetenz-kompetenz. Agravo interno provido para declarar a competência da CAMARB/SP para conhecer e julgar o mérito da lide, reconhecendo-se também a competência provisória e cautelar do Juízo da 2ª Vara Empresarial de São Paulo, como 'Árbitro de Emergência', eleita contratualmente." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência n. 203.924/PE. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 9 abr. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 maio 2025.

[159] "A Lei de Arbitragem adotou o princípio da Kompetenz-kompetenz, por meio do qual o árbitro detém a prerrogativa de decidir sobre a sua própria competência. No sistema brasileiro, o princípio possui duplo efeito sobre a disputa: o efeito positivo, pelo qual o tribunal arbitral é dotado de jurisdição para apreciar a matéria, e o efeito negativo, que retira do Judiciário competência para se manifestar antes dos árbitros. Dessa forma, eventuais dúvidas relacionadas à validade da convenção de arbitragem, bem como a sua extensão subjetiva ou objetiva, deverão ser dirimidas, em um primeiro momento, pelo próprio tribunal arbitral. Note-se, aqui, que tal decisão não é de caráter inatacável, sendo possível, inclusive, a desconstituição da sentença arbitral por incompetência do Tribunal Arbitral, o que deve se dar pela via adequada, i.e., a ação anulatória de sentença arbitral, nos termos dos arts. 20, § 2º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem". CHATEAUBRIAND, Martins, A. Nova lei de recuperação judicial. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. p. 37.

As deliberações em AGC não possuem o poder de unificação das manifestações individuais de vontade dos credores. Elas, no plano econômico e financeiro, obrigam a todos, mas quanto à cláusula arbitral, não há como impô-la a quem, de plano, a tenha rejeitado. Em suma, os efeitos da AGC sobre a inserção de cláusula arbitral podem ser elencados como segue: a) os credores favoráveis ao plano são vinculados à cláusula; b) de igual forma, os credores abstidos e ausentes, por aceitação tácita; e c) os credores dissidentes não podem ser vinculados, em virtude de ausência de consentimento.

4. LIMITAÇÕES E CRITÉRIOS SOBRE A INSERÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL NO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A arbitragem necessita atuar em consonância com os princípios reguladores da recuperação judicial, e.g., preservação da empresa e par conditio creditorum. Desta feita, os dois institutos necessitam delimitar sua área de atuação para que um não se sobreponha ao outro, mas consigam coexistir. Assim, para maior compreensão, este capítulo subdivide-se em 2 itens. Iniciando com os limites da arbitragem em matéria recuperacional e os critérios para sua admissibilidade.

4.1. Limitações à inserção da cláusula arbitral no plano de recuperação judicial

A primeira limitação perpassa pela consensualidade inerente à arbitragem. O princípio da CF/88, chamado inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88), frusta que credores sejam obrigados a se valer da arbitragem para verem seus litígios solucionados. Essa possibilidade de resolução somente existe com o consentimento.

---

[160] De conformidade com Gabriel Figueiredo: "A Lei n. 9.307/1996 é compatível com a aquiescência tácita da cláusula compromissória. Nenhum dispositivo preconiza a anuência expressa. E, segundo a teoria geral do negócio jurídico, a regra é a admissibilidade do consentimento tácito. Nem mesmo a exigência de forma escrita, estipulada no § 1º do art. 4º da Lei n. 9.307/1996, representa um empecilho. De modo geral, os negócios jurídicos solenes podem conviver com o consentimento per facta concludentia. Mais especificamente, o requisito da forma significa que a convenção arbitral deve ser lavrada por escrito, mas não que a aceitação precisa materializar-se explicitamente mediante assinatura do instrumento contratual". FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Cláusula compromissória em plano de recuperação judicial: credores alcançados. Civil Procedure Review, [S. l.], v. 13, n. 1, 2022. Disponível em: decisão anterior do Juízo arbitral reconhecendo sua própria competência, segundo o princípio da kompetenz-kompetenz. Agravo interno provido para declarar a competência da CAMARB/SP para conhecer e julgar o mérito da lide, reconhecendo-se também a competência provisória e cautelar do Juízo da 2ª Vara Empresarial de São Paulo, como 'Árbitro de Emergência', eleita contratualmente." BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência n. 203.924/PE. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 9 abr. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 maio 2025.

[161] "A Lei de Arbitragem adotou o princípio da Kompetenz-kompetenz, por meio do qual o árbitro detém a prerrogativa de decidir sobre a sua própria competência. No sistema brasileiro, o princípio possui duplo efeito sobre a disputa: o efeito positivo, pelo qual o tribunal arbitral é dotado de jurisdição para apreciar a matéria, e o efeito negativo, que retira do Judiciário competência para se manifestar antes dos árbitros. Dessa forma, eventuais dúvidas relacionadas à validade da convenção de arbitragem, bem como a sua extensão subjetiva ou objetiva, deverão ser dirimidas, em um primeiro momento, pelo próprio tribunal arbitral. Note-se, aqui, que tal decisão não é de caráter inatacável, sendo possível, inclusive, a desconstituição da sentença arbitral por incompetência do Tribunal Arbitral, o que deve se dar pela via adequada, i.e., a ação anulatória de sentença arbitral, nos termos dos arts. 20, § 2º, 32 e 33 da Lei de Arbitragem". CHATEAUBRIAND, Martins, A. Nova lei de recuperação judicial. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. p. 37.. Acesso em: 10 dez. 2025.

[162] Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. §1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; V - corresponder a qualquer das partes na negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração".

[163] Cf. Art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Outra limitação, desdobra-se da estruturação coletiva da recuperação judicial, haja vista, nem todo conflito, mesmo que de direitos disponíveis, é arbitrável. Os entendimentos do STJ[166] são no sentido de que divergências que impactem na igualdade creditória, na viabilidade econômica do plano e na fiscalização da execução deste não devem ser decididas no tribunal arbitral, sob pena de violação ao par conditio creditorum.

Pelo art. 161, § 1º[167] da LRF, os créditos de natureza trabalhista, os decorrentes de acidente de trabalho e os de natureza tributária não são passíveis de arbitragem, ou seja, é uma proibição legalmente imposta.

Os custos com arbitragem podem ser significativamente maiores em relação a um processo judicial, a depender da condição financeira do credor, tendo em vista que o credor hipossuficiente poderia ter a justiça gratuita processual, enquanto na arbitragem os custos deveriam ser arcados sem quaisquer descontos, conforme a remuneração delimitada. O que se busca resguardar com um plano recuperacional não é somente a empresa mas aqueles que acreditaram nela, sendo seus credores, então, as limitações à cláusula arbitral devem visar a preservação da legalidade formal e de toda a coletividade envolvida.

4.2. Critérios da arbitragem em matéria recuperacional

Em primeiro, o critério mais relevante decorre da arbitralibilidade objetiva, com previsão no art. 1º da Lei nº 9.307/1996, cujo escrito permite somente que direitos patrimoniais disponíveis sejam passíveis de arbitragem. No campo recuperacional, nem todos esses direitos patrimoniais são disponíveis, pois integram uma coletividade e deve-se respeitá-la. Neste sentido o REsp 2.163.463/SP[168], e.g., ao proibir que seja arbitrável a distribuição de recursos da massa concursal, reconhece que a arbitralibilidade encontra limites ao extrapolar a individualidade e atingir o coletivo.

Outro critério é o respeito ao juízo universal da recuperação judicial, pacificado pela jurisprudência e doutrina, com a atuação da arbitragem de forma suplementar, não abolindo a jurisdição costumeira, mesmo que a controvérsia seja resolvida pela câmara, a sentença dali aduzida deve ser executada pelo juízo, em tudo observando os ditames procedimentais legais.

A arbitragem não deve ser substitutiva ao juízo universal e sim somar para, de forma mais célere, solucionar os conflitos inerentes e passíveis, como supramencionados, dela.

---

[164] Art. 5º, XXXV: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".
[165] "Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou hoje (12/12) um recurso em processo de homologação de Sentença Estrangeira (SE 5206), considerando constitucional a Lei de Arbitragem (Lei 9307/96). A lei permite que as partes possam escolher um árbitro para solucionar litígios sobre direitos patrimoniais, sendo que o laudo arbitral resultante do acordo não precisa ser mais homologado por uma autoridade judicial".
[166] Vide nota 4.
[167] "[...] § 1º Estão sujeitos à recuperação extrajudicial todos os créditos existentes na data do pedido, exceto os créditos de natureza tributária e aqueles previstos no § 3º do art. 49 e no inciso II do caput do art. 86 desta Lei, e a sujeição dos créditos de natureza trabalhista e por acidentes de trabalho exige negociação coletiva com o sindicato da respectiva categoria profissional. [...]".
[168] GUIMARÃES, Márcio Souza. O tratamento do crédito arbitral na crise da empresa e o REsp 2.163.463/SP. Migalhas, coluna Insolvência em foco, 20 maio 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/430629/tratamento-do-credito-arbitral-na-crise-da-empresa-e-resp-2-163-463-sp. Acesso em 12 dez. 2025.

5. CONCLUSÃO

O exame desenvolvido ao longo deste trabalho constata que a arbitragem e a recuperação judicial são compatíveis, contudo, regradas e fundamentadas em lógicas distintas, exigindo compatibilização cuidadosa. Inserir a cláusula arbitral no plano de recuperação judicial é possível devido à natureza contratual e plurilateral do plano, e sua eficácia depende da aprovação dos credores em Assembleia Geral.

Entretanto, os efeitos da cláusula supracitada não são estendidos a todos, sendo necessário consentimento para tanto, ainda que de forma tácita. Os credores dissidentes, por sua manifestação, não são forçados ao afastamento da jurisdição estatal e isto se deve ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, sob pena de violação.

Outrossim, o emprego da arbitragem no soerguimento empresarial se depara com limites. Nem toda controvérsia patrimonial pode ser arbitrada, mormente se impactar na igualdade creditória, nos procedimentos jurisdicionais aduzidos pela lei e na viabilidade econômica do plano.

Desta feita, pode-se concluir que a arbitragem não é alheia ao âmbito da recuperação judicial e, sim, condicionada. Para que seja admitida, se faz necessário respeitar os princípios e a legislação que regem a recuperação judicial, bem como a consensualidade e a arbitrabilidade objetiva. Ao serem aplicados estes critérios, poderá a cláusula tornar-se eficiente em solucionar conflitos específicos, sem que haja comprometimento ao que é buscado pelo plano recuperacional, qual seja, a solução de conflitos e o soerguimento da empresa.

De outra forma, corre-se o risco de transmutar o mecanismo de especialização técnica em fator de desorganizar todo o procedimento concursal. A contemporaneidade do tema reside em equilibrar a autonomia privada e a tutela coletiva, preservando a empresa, com seu soerguimento e buscando evitar - pelos meios, judiciais ou extrajudiciais, de resolução de conflitos -, inadimplemento e impedimento ao resguardo de seus direitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Americanas celebra termo de arbitragem referente à recuperação judicial, mas requerentes desistem. Valor Econômico, 8 out. 2025. Disponível em: https://valor.globo.com/empresas/noticia/2025/10/08/americanas-celebra-termo-de-arbitragem-referente-a-recuperacao-judicial-mas-requerentes-desistem.ghtml. Acesso em: 03 dez. 2025.

BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/15). Brasília, DF: Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT), 2018. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf. Acesso em: 05 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2025.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 03 dez. 2025.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 19 nov. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera as Leis nos 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 10.522, de 19 de julho de 2002, e 8.929, de 22 de agosto de 1994, para atualizar a legislação referente à recuperação judicial, à recuperação extrajudicial e à falência do empresário e da sociedade empresária.

BRASIL. Lei nº 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: 19 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência n. 203.924/PE. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 9 abr. 2025. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 6 maio 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 113.260/SP. Relator para o acórdão: Ministro João Otávio de Noronha. Relatora vencida: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 8 set. 2010. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 190.106/RS (2022/0220661-5). Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira; Decisão proferida pelo Ministro Jorge Mussi (Vice-Presidente, no exercício da Presidência). Julgado em 22 jul. 2022. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de competência. Alienação fiduciária. Bem não localizado. Impossibilidade de retenção da posse direta. Inexistência de conexão com ação de reintegração de posse. CC 161.152/DF. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 30 out. 2018. Diário da Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 7 nov. 2018.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Medida Cautelar n. 14.295/SP. Terceira Turma. Relatora: Nancy Andrighi. Julgado em 9 jun. 2008. Diário da Justiça, Brasília, DF, 9 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Voto do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva sobre compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial em sede de arbitragem. Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2025/04/voto-Cueva-STJ-compensacao-creditos-sujeitos-a-recuperacao-judicial-arbitragem.pdf. Acesso em: 12 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Supremo Tribunal Federal julga constitucional a Lei de Arbitragem. Notícias STF, Brasília, DF, [s.d.]. Disponível em: https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/supremo-tribunal-federal-julga-constitucional-a-lei-de-arbitragem-republicacao/. Acesso em: 11 dez. 2025.

CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz - 1ª Edição 2017. Rio de Janeiro: Atlas, 2017.

CARNAÚBA, César Augusto Martins; VASCONCELOS, Ronaldo; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 61, p. 141-164, abr./jun. 2019.

CARVALHOSA, Modesto. Recuperação Empresarial e Falência / Modesto Carvalhosa, Rodrigo Xavier Leonardo. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. – (Coleção Tratado de Direito Empresarial; v. 5 / Coordenação Modesto Carvalhosa)

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Tradução de J. Guimarães Menegale. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

DECCACHE, Antonio. Convenção de arbitragem, recuperação judicial e falência. Revista de Direito Empresarial, São Paulo, v. 19, out. 2016.

FICHTNER, José A.; MANNHEIMER, Sergio N.; MONTEIRO, André L. Teoria Geral da Arbitragem - 1ª Edição 2019. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FIGUEIREDO, Gabriel Seijo Leal de. Cláusula compromissória em plano de recuperação judicial: credores alcançados. Civil Procedure Review, [S. l.], v. 13, n. 1, 2022. Disponível em: https://www.civilprocedurereview.com/revista/article/view/275. Acesso em: 10 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIOVANINI, Ana Elisa Pretto Pereira; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Jurisdição arbitral e execução: é possível a execução judicial de título executivo em contrato que contenha cláusula arbitral? Revista de Cidadania e Acesso à Justiça, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 789–809, jul./dez. 2016. Disponível em: https://www.indexlaw.org/index.php/acessoajustica/article/download/1496/pdf_1. Acesso em: 01 dez. 2025.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral – De acordo com a Lei n. 12.874/2013. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GUIMARÃES, Márcio Souza. O tratamento do crédito arbitral na crise da empresa e o REsp 2.163.463/SP. Migalhas, coluna Insolvência em foco, 20 maio 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/430629/tratamento-do-credito-arbitral-na-crise-da-empresa-e-resp-2-163-463-sp. Acesso em: 12 dez. 2025.

LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan M. Comparative international commercial arbitration. The Hague: Kluwer, 2003.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos e VASCONCELOS, Ronaldo e CARNAÚBA, César Augusto Martins. Considerações gerais sobre a arbitragem na recuperação judicial. Revista de arbitragem e mediação, v. 16, n. abr./ju 2019, p. 141-164, 2019 Tradução. Acesso em: 10 dez. 2025.

MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. Arbitragem e o desenvolvimento como liberdade. Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito, Encontro Virtual, v. 7, n. 2, p. 17–31, jul./dez. 2021.

MARTINS, André C.; RICUPERO, Marcelo Sampaio G. Nova Lei de Recuperação Judicial. São Paulo: Grupo Almedina, 2021.

MELO, Cinira Gomes L. Plano de Recuperação Judicial. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2021.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre o limite do poder jurisdicional. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. ano 10, n. 36, p. 185-199, abr.-jun./2007.

NEGRÃO, Ricardo. Preservação da empresa. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2019.

PAULA, José Inácio Gonzaga de. A arbitragem e a recuperação judicial: a primazia da convenção arbitral. Revista Fórum de Direito Empresarial – RFDE, Belo Horizonte, ano 10, n. 57, p. 275-292, jan./fev. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PEDRO, Scalzilli, J. Recuperação de empresas e falência 4ª: teoria e prática na lei 11.101/2005. 4. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2024.

SACRAMONE, Marcelo Barbosa. Comentários à lei de recuperação de empresa e falência / Marcelo Barbosa Sacramone. – 6. ed. - São Paulo: Saraiva Jur, 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 531.020-4/3-00. Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais. Relator: Manoel de Queiroz Pereira Calças. Julgado em 25 ago. 2008. Diário da Justiça, São Paulo, 25 ago. 2008.

SCHMIDT, Gustavo da R.; FERREIRA, Daniel B.; OLIVEIRA, Rafael Carvalho R. Comentários à Lei de Arbitragem - 1ª Edição 2021. Rio de Janeiro: Método, 2021.

STJ anula arbitragem que permitiu compensação de créditos envolvendo empresa em recuperação judicial. Valor Econômico, 3 abr. 2025. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2025/04/03/stj-anula-arbitragem-que-permitiu-compensacao-de-creditos-envolvendo-empresa-em-recuperacao.ghtml. Acesso em: 03 dez. 2025.

ARBITRAGEM EM CENÁRIOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL: COMPETÊNCIA, ARBITRABILIDADE E OS PARÂMETROS FIXADOS PELO STJ NO RESP Nº 2.163.463/SP

Letícia Monteiro Hecktheuer[169]

RESUMO

A expansão da arbitragem e o crescimento dos processos de insolvência empresarial no Brasil criaram zonas de tensão jurídica, exigindo a definição precisa de competências entre o juízo arbitral e o juízo universal da recuperação judicial. O presente artigo analisa os parâmetros estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a atuação da arbitragem em face do regime concursal, com ênfase na arbitrabilidade objetiva de matérias que impactam a coletividade de credores.

O estudo utiliza metodologia analítico-descritiva, examinando a legislação aplicável, a doutrina especializada e a jurisprudência do STJ. O foco central recai sobre o Recurso Especial nº 2.163.463/SP, julgado em 2025, no qual o STJ fixou a tese da inarbitrabilidade da compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial. Conclui-se que, embora o tribunal reconheça a compatibilidade estrutural entre os institutos e a validade da cláusula compromissória para a apuração e liquidação de créditos (fase cognitiva), reserva ao juízo universal a competência exclusiva para deliberar sobre atos de constrição, compensação e formas de pagamento, visando preservar *a par conditio creditorum* e a soberania do plano de recuperação.

Palavras-chave: Arbitragem; Recuperação Judicial; Superior Tribunal de Justiça; Arbitrabilidade Objetiva; Compensação de Créditos; REsp 2.163.463/SP.

1.INTRODUÇÃO

A arbitragem consolidou-se, nas últimas décadas, como um importante mecanismo de resolução de disputas no direito empresarial brasileiro, especialmente em contratos complexos e de elevado valor econômico. Paralelamente, o aumento

---

[169] Advogada. Mestre em Direito (UFRGS). Especialista em Defesa da Concorrência (FGV/SP) e Direito Empresarial (UFRGS).

expressivo do número de pedidos de recuperação judicial no Brasil evidencia um cenário de recorrente crise econômico-financeira das empresas, intensificado por fatores macroeconômicos, instabilidades setoriais e eventos extraordinários recentes.

A coexistência desses dois fenômenos — a expansão da arbitragem e o crescimento dos processos de insolvência empresarial — tem revelado zonas de fricção relevantes, sobretudo quanto à definição das competências entre o juízo arbitral e o juízo universal da recuperação judicial. Nesse contexto, torna-se frequente a submissão de litígios contratuais à arbitragem envolvendo empresas em recuperação judicial ou falência, o que impõe a necessidade de compatibilização entre a autonomia privada que fundamenta a jurisdição arbitral e os princípios de ordem pública que regem o regime concursal, como a preservação da empresa e a par conditio creditorum.

A Lei nº 11.101/2005, especialmente após as alterações promovidas pela Lei nº 14.112/2020, passou a reconhecer expressamente a possibilidade de utilização de métodos adequados de resolução de conflitos no âmbito da recuperação judicial, incluindo a arbitragem. Ainda assim, subsistem controvérsias relevantes quanto aos limites da arbitrabilidade de determinadas matérias quando envolvem créditos sujeitos ao concurso de credores.

É nesse cenário que a atuação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assume papel central na definição dos contornos da relação entre arbitragem e recuperação judicial. A jurisprudência, construída ao longo dos últimos anos, revela um esforço de harmonização entre as jurisdições estatal e arbitral, reconhecendo sua coexistência, mas também impondo limites à atuação da arbitragem em matérias consideradas indisponíveis ou de interesse coletivo.

Este artigo busca responder a seguinte pergunta: quais são os parâmetros e limites estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça para a atuação da arbitragem em face do regime da recuperação judicial, especialmente no que se refere à arbitrabilidade de matérias que envolvem créditos sujeitos ao concurso de credores?

Parte-se da hipótese de que o Superior Tribunal de Justiça, embora reconheça a compatibilidade estrutural entre arbitragem e recuperação judicial, tem adotado uma postura jurisprudencial que delimita os contornos da arbitrabilidade objetiva, reservando ao juízo universal da recuperação judicial a apreciação de matérias relacionadas ao adimplemento, à compensação e à forma de satisfação de créditos concursais.

nº 2.163.463/SP, no qual o STJ fixou parâmetros relevantes acerca da inarbitrabilidade da compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial.

O objetivo deste artigo é analisar, de forma predominantemente descritiva e sistematizada, os parâmetros definidos pelo Superior Tribunal de Justiça em temas relacionados à arbitragem e à recuperação judicial, com destaque para os limites da arbitrabilidade objetiva na jurisprudência recente. Para tanto, o estudo apoia-se na análise da legislação aplicável, da doutrina especializada e, sobretudo, dos precedentes do STJ, culminando na análise aprofundada do Recurso Especial nº 2.163.463/SP, sem prejuízo da abordagem de outros julgados relevantes que evidenciam tendências interpretativas atuais da Corte.

Quanto à estrutura, o artigo está dividido em cinco partes principais. No Capítulo 2, apresenta-se um panorama geral da arbitragem e da recuperação judicial no direito brasileiro, destacando seus fundamentos, finalidades e o contexto de crescimento desses institutos no país. No Capítulo 3, examina-se a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a interação entre arbitragem e recuperação judicial, com especial atenção à distinção entre arbitrabilidade subjetiva e objetiva e aos limites impostos pela noção de juízo universal.

No Capítulo 4, procede-se à análise detalhada do Recurso Especial nº 2.163.463/SP, abordando seu contexto fático, os fundamentos jurídicos adotados pela Corte e suas principais repercussões. Por fim, no Capítulo 5, são sistematizados temas atualmente em evidência na jurisprudência do STJ — como os conflitos de competência recentes e os limites reiteradamente afirmados pela Corte — a partir da análise dos julgados CC nº 203.924/PE e o CC nº 203.888/SP. Ao final, na conclusão, são retomadas a pergunta de pesquisa e a hipótese inicialmente formuladas, sintetizando-se os principais achados do estudo.

2. ARBITRAGEM E RECUPERAÇÃO JUDICIAL: PANORAMA GERAL E FUNDAMENTOS JURÍDICOS

O presente capítulo tem por objetivo apresentar o panorama geral da arbitragem e da recuperação judicial no direito brasileiro, estabelecendo as bases teóricas, normativas e empíricas necessárias à compreensão da interação entre esses institutos. Busca-se contextualizar brevemente o desenvolvimento da arbitragem no Brasil, bem como a função da recuperação judicial enquanto mecanismo de enfrentamento da crise empresarial, evidenciando os pontos de convergência e tensão que justificam a atuação do Superior Tribunal de Justiça na fixação de parâmetros interpretativos.

O capítulo está dividido em três partes. No item 2.1, será analisada a consolidação da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro e seus princípios estruturantes. No item 2.2, será examinada a recuperação judicial como instrumento de preservação da empresa e de tutela do interesse coletivo dos credores. Por fim, no item 2.3, serão apresentados dados e reflexões acerca do crescimento das recuperações judiciais e das arbitragens no Brasil, destacando a relevância prática do tema.

2.1. A arbitragem e a recuperação judicial no direito brasileiro

2.1.1. Anotações sobre a consolidação da arbitragem no Brasil[170].

A arbitragem, no direito brasileiro, passou por um significativo processo de amadurecimento institucional a partir da promulgação da Lei nº 9.307/1996. Embora historicamente prevista no ordenamento jurídico, foi apenas com a edição da Lei de Arbitragem (LArb) que o instituto passou a contar com disciplina normativa sistematizada e compatível com os padrões internacionais, permitindo sua efetiva utilização como meio alternativo de resolução de conflitos. Desde então a arbitragem passou a ser progressivamente incorporada à prática contratual, especialmente no âmbito do direito empresarial, societário e da infraestrutura, setores marcados pela complexidade das relações jurídicas e pela necessidade de decisões técnicas especializadas.

A Lei nº 9.307/1996 consagra, como fundamentos estruturantes do instituto arbitral, a autonomia privada das partes, a separabilidade da cláusula compromissória em relação ao contrato principal e o princípio da competência-competência ("kompetenz-kompetenz"), pelo qual compete prioritariamente ao árbitro decidir, de forma originária, sobre a existência, a validade e a eficácia da convenção de arbitragem.

Tais princípios têm sido reconhecidos e prestigiados pelo Poder Judiciário, cuja atuação se revelou decisiva para a consolidação da arbitragem no Brasil[171]. Nas palavras dos autores Pedro Paulo Salles Cristofaro e Maria Clara Salles, "por paradoxal que possa parecer, o desenvolvimento da arbitragem no Brasil não teria sido possível sem o Poder Judiciário."[172]

Nesse contexto, conforme salientado pelo ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, o Superior Tribunal de Justiça vem desempenhando papel central na definição de parâmetros sobre o tema, sendo significativo o índice de manutenção das sentenças arbitrais em ações anulatórias. Segundo o ministro Ricardo Cueva, os estudos revelam que 99% das ações anulatórias de sentenças arbitrais são julgadas a favor da arbitragem[173].

---

170 Para uma leitura aprofundada sobre a evolução do instituto no Brasil, recomenda-se a obra de CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

171 Estudo realizado a partir da avaliação da jurisprudência do STJ no período entre janeiro de 2023 a junho de 2024. Dentre os temas principais e recorrentes analisados pelos autores se destacam: competência-competência; cláusula patológica e contrato de adesão; homologação de sentença estrangeira; sub-rogação e transmissibilidade da cláusula arbitral; litispendência; compensação (Devedor em Liquidação); medida cautelar de urgência; ação declaratória de nulidade; conflito de competência – juízo trabalhista; dever de revelação e honorários advocatícios. In: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; CRISTOFARO, Maria Clara Salles. O prestígio à arbitragem na jurisprudência recente do superior tribunal de justiça. In: Barroso, Luís Roberto, et al. Estudos de Direito Empresarial e Arbitragem: Homenagem a Pedro Paulo Cristofaro. 1. 2024. p. 1021-1041.

O desenvolvimento da arbitragem no país, portanto, não ocorreu à margem do Poder Judiciário, mas em diálogo com este. A atuação do Judiciário, ao reconhecer a força vinculante da cláusula compromissória e limitar sua intervenção às hipóteses legalmente previstas, contribuiu para conferir segurança jurídica e previsibilidade ao instituto.

2.1.2. A recuperação judicial como instrumento de preservação da empresa

A recuperação judicial, disciplinada pela Lei nº 11.101/2005, constitui o principal mecanismo jurídico destinado à superação da crise econômico-financeira do empresário ou da sociedade empresária. Seu objetivo central, conforme disposto no art. 47[174] da referida lei, é viabilizar a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica, por meio da manutenção da fonte produtora, dos empregos e dos interesses dos credores.

Diferentemente dos mecanismos individuais de satisfação de crédito, a recuperação judicial está estruturada sob a lógica da execução coletiva. O deferimento do processamento da recuperação judicial implica a instauração do denominado juízo universal, responsável por concentrar os atos que afetam o patrimônio do devedor e por assegurar tratamento isonômico aos credores sujeitos ao concurso, em observância ao princípio da par conditio creditorum.

A natureza pública e coletiva do processo de recuperação judicial impõe limites à autonomia privada das partes, especialmente no que se refere às formas de adimplemento e satisfação dos créditos sujeitos ao plano de recuperação. Ainda que o crédito tenha origem em relação contratual privada, sua submissão ao regime concursal altera substancialmente o regime jurídico aplicável, subordinando-o às regras próprias da Lei nº 11.101/2005.

As alterações introduzidas pela Lei nº 14.112/2020 reforçaram a preocupação do legislador com a eficiência do sistema recuperacional, ampliando os instrumentos disponíveis para a reestruturação das empresas em crise e reconhecendo expressamente a possibilidade de empregar métodos adequados de resolução de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Não obstante, a lei não afastou a centralidade do juízo universal nem suprimiu as limitações decorrentes do interesse coletivo dos credores.

---

172 CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; CRISTOFARO, Maria Clara Salles. O prestígio à arbitragem na jurisprudência recente do superior tribunal de justiça. In: Barroso, Luís Roberto, et al. Estudos de Direito Empresarial e Arbitragem: Homenagem a Pedro Paulo Cristofaro. 1. 2024. p. 1021-1041, p. 1022.

173 Notícia Seminário discute relação da Justiça estatal com a arbitragem e o papel do STJ, publicada em 27.11.2023, no sítio eletrônico do STJ. Disponível em: Estudo realizado a partir da avaliação da jurisprudência do STJ no período entre janeiro de 2023 a junho de 2024. Dentre os temas principais e recorrentes analisados pelos autores se destacam: competência-competência; cláusula patológica e contrato de adesão; homologação de sentença estrangeira; sub-rogação e transmissibilidade da cláusula arbitral; litispendência; compensação (Devedor em Liquidação); medida cautelar de urgência; ação declaratória de nulidade; conflito de competência – juízo trabalhista; dever de revelação e honorários advocatícios. In: CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; CRISTOFARO, Maria Clara Salles. O prestígio à arbitragem na jurisprudência recente do superior tribunal de justiça. In: Barroso, Luís Roberto, et al. Estudos de Direito Empresarial e Arbitragem: Homenagem a Pedro Paulo Cristofaro. 1. 2024. p. 1021-1041. , acesso 10.12.2025.

174 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

2.2. Crescimento das recuperações judiciais e das arbitragens no Brasil e a relevância do tema

O cenário econômico brasileiro dos últimos anos tem sido marcado por um expressivo aumento no número de pedidos de recuperação judicial, reflexo de crises setoriais, instabilidades macroeconômicas[175] e mudanças estruturais no ambiente de negócios[176].

Dados da Serasa Experian revelam que, em 2024, o número de empresas autorizadas a iniciar o processo de recuperação judicial foi 69% superior em relação a 2023, o maior nível desde a aprovação da lei. Entre os pedidos de uso do instrumento, a alta foi de 62%, o patamar mais elevado desde 2005[177].

GRÁFICO – Evolução Recuperação Judicial (2014-2024)[178]

Fonte: Serasa Experian

Estimativas recentes indicam que o país superou todos esses números[179]. Segundo dados no Monitor de Recuperação Judicial da consultoria RGF, publicado pelo Valor Econômico[180], o ano de 2025 apresentou o recorde de 5.680 empresas em recuperação judicial no Brasil, significativo aumento de 24,3% em relação ao estoque registrado no final do ano de 2024. O levantamento também revela que, somente no último trimestre de 2025, 510 empresas buscaram o Judiciário para se reestruturar – outro número sem precedentes, com crescimento de 7,5% ante o trimestre anterior[181].

---

175 Com elevação dos juros, taxas e restrição de acesso ao crédito.
176 Tais como decorrentes do "tarifaço Trump", bem como os efeitos na economia emergentes de questões climáticas (como ocorreu no Rio Grande do Sul em 2024) e resquícios de dívidas oriundas da crise sanitária Pandemia COVID-19. Ver reportagem de Júnior Carvalho, Recuperações judiciais crescem 69% e atingem maior nível em duas décadas, publicada em 05.11.2025, no CONJUR. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2025-nov-05/recuperacoes-judiciais-crescem-69-e-atingem-maior-nivel-em-duas-decadas/, acesso em 14.12.2025. A reportagem foi publicada também no ANUÁRIO DA JUSTIÇA DIREITO EMPRESARIAL 2025, disponível no sítio eletrônico www.anuario.conjur.com.br.
177 Júnior Carvalho "Recuperações judiciais crescem 69% e atingem maior nível em duas décadas", publicada em 05.11.2025 no CONJUR. Disponível em https://www.conjur.com.br/2025-nov-05/recuperacoes-judiciais-crescem-69-e-atingem-maior-nivel-em-duas-decadas/, acesso em 14/12/2025.
178 Gráfico retirado do sítio eletrônico do SERASA EXPERIAN, disponível em https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/indicadores/brasil-registra-22-mil-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-2024-o-maior-numero-da-serie-historica-aponta-serasa-experian/, acesso em 14/12/2025.

O volume de pedidos de recuperação judicial abrange pessoas físicas, pessoas jurídicas e (grandes) empresas – o que gerou um impacto em "efeito cascata", afetando cadeias inteiras de fornecedores e ampliando a fragilidade do setor produtivo[182]. Os números apresentados incluem os pedidos de insolvência transnacional[183] e do produtor rural pessoa física[70], incluídos após a reforma da LERF, promovida pela Lei 14.112/2020, e que evidenciam a relevância prática do instituto.

Paralelamente, observa-se a expansão contínua da arbitragem no Brasil, tanto no número de procedimentos instaurados quanto na diversidade de matérias submetidas à jurisdição arbitral. Segundo pesquisa realizada em 2025 por Selma Ferreira Lemes houve um aumento de casos novos entrantes em 2024 (376 casos) da ordem de 18% comparando com 2023 (318 casos).

As principais câmaras arbitrais do país registram crescimento consistente na demanda, especialmente em disputas contratuais empresariais, societárias e de infraestrutura, muitas delas envolvendo valores expressivos[184].

A convergência desses dois fenômenos — o aumento das recuperações judiciais e a consolidação da arbitragem como meio de resolução de disputas — torna cada vez mais frequente a ocorrência de litígios arbitrais envolvendo empresas em situação de insolvência. Esse contexto evidencia a necessidade de delimitação das competências entre o juízo arbitral e o juízo da recuperação judicial, sob pena de insegurança jurídica, de decisões conflitantes e de prejuízos à coletividade de credores.

---

179 Resumo da Matéria: "O Brasil deve superar três mil pedidos de recuperação judicial em 2025, impulsionado por juros altos, crédito restrito e desaceleração econômica, com destaque para a vulnerabilidade de micro e pequenas empresas e setores como comércio, serviços e construção civil. "Recuperação judicial no Brasil deve superar três mil pedidos em 2025", https://www.terra.com.br/economia/recuperacao-judicial-no-brasil-deve-superar-tres-mil-pedidos-em-2025,cdc1fb44555299429d74a1504d31e859nivbi45e.html, acesso em 13.12.2025. Segundo dados do SERASA EXPERIAN, o impacto das RJ foi mais acentuado entre micro, pequenas e médias empresas. Entre 2024 e abril de 2025 equivaleriam a 80 % dos pedidos. Na sequência, vieram as grandes companhias, com 181 registros. Disponível em: https://www.serasaexperian.com.br/sala-de-imprensa/indicadores/micro-e-pequenas-empresas-foram-responsaveis-por-quase-80-dos-pedidos-de-recuperacao-judicial-em-abril-revela-serasa-experian/, acesso em 14/12/2025.

180 Os dados são do Monitor RGF de Recuperação Judicial compartilhados com exclusividade ao Valor. Reportagem publicada em 05/02/2026, disponível em https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2026/02/05/ano-de-2025-fecha-com-recorde-de-empresas-em-recuperacao-judicial.ghtml, Acesso em 22/02/2026.

181 "Por isso, os números recordes de 2025 não devem ser lidos como uma "epidemia de inadimplência", e sim como reflexo direto de um modelo de crédito que cresceu sem freio e sem responsabilidade proporcional". Recorde de recuperações judiciais em 2025 revela uma verdade sobre o crédito, disponível em https://www.conjur.com.br/2026-fev-13/recorde-de-recuperacoes-judiciais-em-2025-revela-uma-verdade-sobre-o-credito-no-brasil/, acesso em 22/02/2026.

182 Matéria "2025 foi o ano das recuperações judiciais", publicada em 06/02/2026. Disponível em https://analise.com/noticias/2025-foi-o-ano-das-recuperacoes-judiciais, acesso em 22/02/2026.

183 A reforma adotou o Modelo UNCITRAL sobre insolvência transfronteiriça. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; BECUE, S. M. F. Insolvência Transnacional: Regime Legal e Jurisprudência em Formação. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 1034, p. 337-355, 2021. Sobre uma análise dos requisitos legais do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional, a leitura de Becue, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. Revista da Faculdade de Direito (Belo Horizonte, Brazil) 84 (2024): 351–366.

184 "Como bem ponderou Haroldo Verçosa sobre o setor do agronegócio: "É um dos campos mais importantes para a finalidade acima coloca-se no plano do agronegócio, que para os leigos se apresenta como um verdadeiro paradoxo. De um lado ele é a mola propulsora da economia nacional, em grande parte, produzindo mais a cada ano que passam sucessivos e espantosos recordes de safras. De outro lado passa por uma séria crise, que se reflete em uma enorme quantidade de pedidos de RJ. Na verdade, se o todo do agronegócio vai bem, há setores em péssima situação, devido a fatores relacionados à covid-19 (ainda), econômicos e ambientais, que afetaram a adimplência dos financiamentos tomados pelos produtores, sabendo-se que o crédito é essencial nessa área, em função da sazonalidade dos produtos, verificada a diferença temporal entre os investimentos para o plantio/criação e a sua venda. O "tarifaço Trump" tem também o seu papel nesse cenário". VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "A arbitragem, a recuperação judicial e o agronegócio" Migalhas n° 6.245, publicado em 04.11.2025, disponível https://www.migalhas.com.br/depeso/443647/a-arbitragem-a-recuperacao-judicial-e-o-agronegocio, acesso em 12.12.2025.

Diante desse quadro, a atuação dos Tribunais Superiores, com destaque para o Superior Tribunal de Justiça, revela-se fundamental para harmonizar a autonomia da arbitragem com os princípios que regem o regime concursal.

Nesse cenário, a definição dos limites da arbitrabilidade, especialmente no que se refere a matérias relacionadas à apuração, à compensação e à forma de satisfação de créditos sujeitos à recuperação judicial, assume papel central na construção de um sistema coerente e funcional, capaz de conciliar eficiência econômica, segurança jurídica e preservação da empresa.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ SOBRE ARBITRAGEM E RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O presente capítulo tem por finalidade examinar a construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça acerca da relação entre arbitragem e recuperação judicial, com foco na definição dos limites de atuação da jurisdição arbitral em contextos de insolvência empresarial. Busca-se demonstrar como o STJ, ao longo dos últimos anos, tem conciliado o prestígio à arbitragem com a necessidade de preservação do regime concursal, estabelecendo parâmetros interpretativos relevantes.

O capítulo está dividido em três partes. No item 3.1 será apresentado um panorama geral sobre os temas enfrentados pelo STJ relacionados a arbitragem e recuperação judicial. No item 3.2, analisa-se a distinção entre arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva a partir dos precedentes do STJ, destacando-se o tratamento conferido às empresas em recuperação judicial. No item 3.3, serão examinados o princípio da competência-competência ("kompetenz-kompetenz"), o papel do juízo universal e os limites impostos à atuação do juízo arbitral.

3.1. Principais temas em debate

Durante a vigência conjunta da LArb e da LERF, surgiram diversas discussões sobre as convergências e divergências que podem ocorrer no procedimento de recuperação judicial.

O autor Thiago Dias Delfino Cabral destaca como relevantes os temas sobre a validade da convenção arbitral celebrada antes ou depois da instauração do processo de recuperação judicial; a aplicação do stay period nos procedimentos arbitrais em que participam empresas sob o regime da LERF; a possibilidade de inserção de cláusula compromissória em plano de recuperação judicial para prever que eventuais conflitos sobre seu descumprimento sejam resolvidos por arbitragem; e a tênue relação entre a confidencialidade de um procedimento arbitral e a publicidade do processo de recuperação judicial[185].

O quadro abaixo resume os principais precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ) relacionados a arbitragem e recuperação judicial[186]:

---

185 LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2023/2024. Canal Arbitragem. São Paulo, 2025. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2026/01/PESQUISA-Arbitragem-2025-1201-2.pdf, acesso em 22/02/2026

Nº DO PROCESSO	RELATOR	PRINCIPAIS DESFECHOS	MATÉRIA DISCUTIDA	ANO
REsp 2.163.463/SP[74]	Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	Acórdão: Recurso especial provido	Compensação de crédito sujeito a RJ é matéria de competência do juízo da recuperação judicial	2025
Villas Bôas Cueva		provido Nulidade parcial de sentença arbitral (art. 32, IV, Lei 9.307/96). Remessa ao juízo universal.	Inarbitrável. Falta de requisito da arbitrabilidade objetiva. Afronta ao artigo 1º da Lei nº 9.307/1996. A possibilidade de compensação de créditos deverá ser analisada pelo juízo da recuperação judicial, observadas as circunstâncias do caso concreto.	—
CC 203.888/SP[75]	Min. Raul Araújo	Acórdão: Agravo interno provido. Competência da CAMARB-SP declarada para conhecer e julgar o mérito da lide. Competência provisória e cautelar do "Árbitro de Emergência".	Cláusula compromissória prevalece em litígios contratuais (fase cognitiva) sobre juízo de RJ; princípio competência-competência ("kompetenz-kompetenz") garante primazia arbitral em contratos pós-RJ. Reconhecimento da competência provisória e cautelar do "Árbitro de Emergência", eleito contratualmente.	2025

Elaborado pela autora.

186 CABRAL, Thiago D. D. A Mitigação da Confidencialidade da Arbitragem na Recuperação Judicial. Revista brasileira de arbitragem, Vol57, jan-mar/2018, p.45-66.

187 Lista exemplificativa, a partir da pesquisa de jurisprudência realizada pela autora para período temporal de 2015 a 2025, no sítio eletrônico [71] LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2023/2024. Canal Arbitragem. São Paulo, 2025. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2026/01/PESQUISA-Arbitragem-2025-1201-2.pdf, acesso em 22/02/2026, acesso entre 28/11/2025 a 10/12/2025. Termos utilizados: arbitragem e recuperação judicial; "arbitragem e falência"; "cláusula arbitral" e recuperação judicial" e "falência".

188 REsp 2.163.463/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1/4/2025, DJEN de 4/4/2025.

[189] AgInt no CC n. 203.888/SP, relator Ministro Raul Araújo, Segunda Seção, julgado em 9/4/2025, DJEN de 6/5/2025.

Elaborado pela autora.

Nº DO PROCESSO	RELATOR	PRINCIPAIS DESFECHOS	MATÉRIA DISCUTIDA	ANO
CC 203.924/PE	Min. Raul Araújo	Decisão Monocrática: Pedido liminar parcialmente concedido para determinar a suspensão da ação de resolução do "contrato de industrialização por encomenda" proposta perante o Juízo 2ª Vara Empresarial e Conflitos de Arbitragem de São Paulo/SP, até segunda ordem desta Corte, ressalvando que eventuais questões pendentes serão apreciadas na decisão de mérito.	Relacionado ao CC 203.888/SP. Arbitragem competente para resolver contratos de industrialização (não DIP homologado); juízo RJ só para execuções patrimoniais, com árbitro de emergência judicial. Competência arbitral para cognição contratual.	2025
AgInt no REsp 1.692.425 - SP[76]	Min. Marco Aurélio Bellizze	Acórdão: Agravo Interno desprovido. Observância à cláusula compromissória e, por consequinte, declarando-se a competência do Tribunal arbitral para apurar os créditos a que façam jus as partes celebrantes do contrato que contém a convenção de arbitragem.	Competência arbitral para o processamento de ação que demandar quantia ilíquida. Princípio competência-competência ("kompetenz-kompetenz").	2023
REsp 1.953.212/RJ[77]	Min. Nancy Andrighi	Acórdão: Recurso Especial não provido. Observância à cláusula compromissória e reconhecimento da competência do Tribunal arbitral para apurar os créditos.	"Deferimento da recuperação judicial não tem o condão de transmudar a natureza do direito patrimonial disponível do crédito que [se] procura ver reconhecido e quantificado no procedimento arbitral".	2021
CC 157.099/RJ[78]	Min. Marco Buzzi R.P/Acórdão Min. Nancy Andrighi	Acórdão: Por maioria, conhecido o conflito e declarar competente o Juízo Arbitral da Câmara de Arbitragem do Mercado de São Paulo-SP para decidir acerca de controvérsias societárias decorrentes de disposições da Lei das S/A ou do estatuto social da recuperanda, nos termos do voto da Sra. Ministra Nancy Andrighi.	Questões societárias no plano de RJ (ex.: aumento de capital) seguem cláusula estatutária arbitral; controle de legalidade cabe ao árbitro, não ao juízo recuperacional.	2018
AgInt no CC 153.498/RJ	Min. Moura Ribeiro	Decisão Monocrática: Conflito conhecido e declarada competência do Juízo da 3ª Vara de Empresarial do RJ para prosseguir com os atos constritivos e de alienação tendentes à satisfação do crédito da carta arbitral. Em consequência, REVOGO a determinação para manter a ordem de emissão de garantia bancária, ficando a critério do juízo do soerguimento decidir sobre a matéria.	Garantias bancárias com repercussão patrimonial em RJ são do juízo universal; arbitral limitada a cognição, vedando constrições (art. 6º, Lei 11.101/05).	2018

[190] AgInt no REsp n. 1.692.425/SP, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023.

[191] STJ. REsp nº 1.953.212/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021.

[192] CC 157.099/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/10/2018, DJe 30/10/2018.

As jurisdições estatal e arbitral não se excluem mutuamente, sendo possível sua convivência harmônica, exigindo-se, para tanto, que sejam respeitadas suas esferas decompetência, que ostentam natureza absoluta[193].

3.2. Arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva nos precedentes do STJ

Anoção de arbitrabilidade constitui pressuposto fundamental para a submissãodedeterminado litígio à arbitragem. No direito brasileiro, a Lei nº 9.307/1996estabelece, em seu art. 1º, que apenas os litígios relativos a direitos patrimoniaisdisponíveis podem ser resolvidos por meio da arbitragem, desde que as partes sejamcapazes de contratar.

O jurista Carlos Alberto Carmona, em suas lições, consagra que a arbitrabilidade envolveria "as causas que tratam 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 do bem sobre que controvertem"[194].

A doutrina nacional passou a distinguir a arbitrabilidade subjetiva, relacionada à capacidade das partes de se vincularem validamente à convenção de arbitragem, e a arbitrabilidade objetiva, vinculada à natureza do direito material controvertido[195] — i.e., relacionada à disponibilidade do direito discutido, constituindo verdadeiro limite material à atuação do árbitro.

Essa distinção revela-se particularmente relevante em cenários de insolvência empresarial, em que a autonomia privada convive com normas de ordem pública. Expressamente positivado pelo legislador no art. 6º, §9º, da Lei nº 11.101/2005[196], a decretação da recuperação judicial ou da falência[197] não impede o prosseguimento de ações que demandem quantia ilíquida, inclusive aquelas submetidas à arbitragem.

O Superior Tribunal de Justiça interpreta esse dispositivo como manifestação inequívoca da preservação da arbitrabilidade subjetiva, reconhecendo que o procedimento arbitral pode prosseguir para fins de cognição e liquidação do crédito, ainda que o devedor esteja submetido ao regime concursal.

---

193 STJ, Resp 1.157.099, Rel. Min. Nancy Andrighi.
194 CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 39.
195 Op. cit.

Distinta, contudo, é a análise da arbitrabilidade objetiva. Embora as partes sejam subjetivamente aptas a arbitrar, nem toda matéria pode ser validamente submetida à jurisdição arbitral. A arbitrabilidade objetiva encontra limites nas normas de ordem pública e nos interesses que transcendem a esfera individual das partes. No âmbito da recuperação judicial, esses limites tornam-se mais evidentes em razão da natureza coletiva do procedimento e da necessidade de preservação da par conditio creditorum.

Em síntese, a jurisprudência do STJ tem afirmado que a arbitragem é compatível com a recuperação judicial para a apuração de direitos patrimoniais disponíveis e para a quantificação de créditos ilíquidos, mas não para a definição de aspectos relacionados à forma de adimplemento, à compensação ou à extinção de créditos sujeitos ao concurso. Tais matérias, embora decorrentes de relações contratuais privadas, passam a ser regidas por normas cogentes da Lei nº 11.101/2005, assumindo natureza de interesse coletivo.

Esse entendimento encontra respaldo na própria sistemática da Lei de Arbitragem, especialmente no art. 2º, §1º[198], que submete a arbitragem às normas de ordem pública, e no art. 32, IV[199], que autoriza a anulação da sentença arbitral quando proferida fora dos limites da convenção de arbitragem[200] ou sobre matéria não suscetível de arbitragem. Ao reservar ao juízo universal da recuperação judicial a apreciação de questões relativas à satisfação dos créditos concursais, o STJ busca preservar a coerência do regime concursal e evitar decisões fragmentadas que possam comprometer a igualdade entre credores.

Dessa forma, a distinção entre arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva, tal como delineada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e pela doutrina majoritária, revela-se um elemento central para a compreensão dos limites da atuação da jurisdição arbitral em contextos de insolvência empresarial. Essa construção teórica e jurisprudencial prepara o terreno para a análise do princípio da competência-competência e dos conflitos de competência entre o juízo arbitral e o juízo da recuperação judicial, temas que serão desenvolvidos ao longo deste artigo.

3.3. Competência-competência, juízo universal e limites da atuação arbitral

---

196 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: (...) § 9º O processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não autoriza o administrador judicial a recusar a eficácia da convenção de arbitragem, não impedindo ou suspendendo a instauração de procedimento arbitral.
197 decretação da recuperação judicial ou da falência.

O princípio da competência-competência, consagrado no art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 9.307/1996[201], atribui ao árbitro a prerrogativa de decidir, com precedência, sobre a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Trata-se de um dos pilares da arbitragem, amplamente reconhecido pela doutrina e reiteradamente prestigiado pelo STJ[202] como mecanismo essencial para assegurar a autonomia e a efetividade da jurisdição arbitral.

No contexto da recuperação judicial, entretanto, a aplicação do princípio da competência-competência encontra limites decorrentes da própria estrutura do regime concursal. Isso porque a recuperação judicial se organiza em torno do denominado juízo universal, ao qual compete concentrar as decisões que afetem diretamente o patrimônio do devedor e a satisfação dos créditos sujeitos ao concurso.

A tensão entre esses dois polos — a jurisdição arbitral, fundada na autonomia privada, e o juízo universal, orientado por normas de ordem pública — constitui um dos principais desafios enfrentados pela jurisprudência do STJ.

No voto-vista da Ministra Nancy Andrighi, proferido no julgamento do Recurso Especial n. 1.355.831/SP[203], em 19.03.2013, o STJ consagrou que "a superveniência da quebra não afasta a exigibilidade e a eficácia da convenção arbitral celebrada validamente pelas partes plenamente capazes no momento de sua contratação". A Corte Superior, contudo, ressalva que o princípio da competência-competência deve ser interpretado de forma sistemática com as normas que regem a recuperação judicial.

O autor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, refletindo sobre as dificuldades enfrentadas pela arbitragem em casos relacionados a recuperação judicial, conclui, que para a implementação do plano de recuperação judicial "será preciso identificar os pressupostos da arbitragem, especialmente a existência de direitos patrimoniais disponíveis, objetivando essencialmente a preservação da empresa"[204].

Assim, embora caiba ao árbitro decidir sobre a validade da cláusula compromissória e conduzir o procedimento arbitral para fins de cognição, há o reconhecimento pela Corte que determinadas matérias escapam à esfera decisória da arbitragem quando interferem diretamente na condução do processo recuperacional ou na igualdade entre credores.

---

198 Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.
199 Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...) V - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem.

Nesse sentido, o STJ tem reiteradamente equiparado a arbitragem às ações de conhecimento previstas no próprio art. 6º da Lei nº 11.101/2005, destacando que a apuração da existência e do valor do crédito não compromete o princípio do juízo universal. A atuação do árbitro, nesse contexto, limita-se à declaração do direito, permanecendo vedada qualquer medida que importe em constrição, execução ou satisfação direta do crédito fora do processo recuperacional.

Os conflitos de competência CC 203.388/SP e CC 203.924/PE submetidos ao Superior Tribunal de Justiça revelam a consolidação dessa orientação. A Corte reconheceu a competência do juízo arbitral para julgar o mérito de disputas contratuais, ao mesmo tempo em que reafirmou a competência do juízo recuperacional para deliberar sobre os efeitos patrimoniais dessas decisões no âmbito do concurso de credores. Essa solução de convivência institucional evidencia que o STJ não nega a vigência do princípio da competência-competência, mas a compatibiliza com a centralidade do juízo universal.

Outro aspecto relevante diz respeito ao controle judicial da sentença arbitral. Nos termos do art. 32 da Lei nº 9.307/1996, a sentença arbitral poderá ser anulada quando versar sobre matéria não suscetível de arbitragem ou quando extrapolar os limites da convenção arbitral. A jurisprudência do STJ tem admitido a nulidade parcial da sentença arbitral nos casos em que o árbitro, embora competente para apurar o crédito, avança sobre matérias reservadas ao juízo da recuperação judicial, como a compensação de créditos concursais ou a definição de sua forma de pagamento.

Essa técnica decisória — de preservação parcial da sentença arbitral — revela uma postura de deferência institucional à arbitragem, ao mesmo tempo em que assegura a integridade do regime concursal.

---

200 "A convenção de arbitragem não é propriamente um contrato bilateral, mas, sim, um negócio jurídico bilateral pré-processual ou paraprocessual, que tem cumprimento instantâneo, ainda que seus efeitos possam diferir-se no tempo. Explica-se. A função da convenção de arbitragem é criar jurisdição privada (efeito positivo) e suprimir a jurisdição estatal (efeito negativo). Esses efeitos, pois restam consumados concomitantemente à celebração do negócio, tratando-se, a convenção, de ato jurídico perfeito e acabado. A jurisdição subsiste em potência, e poderá jamais se concretizar, caso a relação jurídica subjacente chegue a bom termo, sem o surgimento de quaisquer litígios. No entanto, fica claro que o momento relevante para se aferir a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem é o da celebração do negócio. Assim, não se sujeita a convenção a invalidações retroativas, como em razão de indisponibilidade superveniente dos direitos patrimoniais envolvidos ou de relativa restrição à capacidade negocial da parte". ALMEIDA, R. R. A falência da parte no curso da arbitragem: comentário à sentença prolatada no caso Continental v. Quiros e Outros. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 64, p. 124-140, 2019, pg. 135-136.

201 Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

202 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. PRINCÍPIO KOMPETENZKOMPETENZ. PRECEDENTES DO STJ. 1. Contrato celebrado entre as partes com cláusula compromissória expressa, estabelecendo a arbitragem como instrumento para solução das controvérsias resultantes de qualquer disputa dele decorrente. 2. O princípio Kompetenz-Kompetenz, positivado no art. 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/96,

203 REsp 1.355.831/SP.

Conforme observa a doutrina especializada, não se trata de subordinar a arbitragem ao juízo estatal, mas de reconhecer a existência de esferas decisórias distintas, cada qual com competências próprias e limites bem definidos.

Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça vem delineando um modelo de coexistência funcional entre arbitragem e recuperação judicial, no qual o princípio da competência-competência é respeitado em sua dimensão cognitiva, mas relativizado sempre que a atuação arbitral possa comprometer a lógica coletiva do processo recuperacional.

Esses parâmetros serão decisivos para a compreensão do Recurso Especial nº 2.163.463/SP, no qual o STJ enfrentou, de forma direta, os limites da atuação do juízo arbitral em matéria de compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial.

4. O RECURSO ESPECIAL Nº 2.163.463/SP E OS PARÂMETROS FIXADOS PELO STJ

O presente capítulo tem por objetivo analisar, de forma detida, o Recurso Especial nº 2.163.463/SP, julgado pelo STJ, que se tornou um dos precedentes mais relevantes sobre os limites da arbitragem em contextos de recuperação judicial. Busca-se examinar o caso concreto que deu origem ao recurso, a fundamentação adotada pela Corte e os parâmetros jurídicos fixados, especialmente no que se refere à arbitrabilidade da compensação de créditos sujeitos ao regime concursal.

O capítulo está dividido em três partes. No item 4.1, apresenta-se o contexto fático e processual do Recurso Especial nº 2.163.463/SP, com a reconstrução técnica da controvérsia. No item 4.2, será analisada a fundamentação jurídica adotada pelo STJ, com destaque para a inarbitrabilidade da compensação concursal. Por fim, no item 4.3, serão examinados os efeitos práticos e os limites do precedente.

4.1. Contexto fático e processual do Recurso Especial nº 2.163.463/SP

O Recurso Especial nº 2.163.463/SP tem origem em controvérsia decorrente de relação contratual complexa, submetida à cláusula compromissória arbitral, envolvendo sociedade empresária que, no curso da execução do contrato relacionado a obras e infraestrutura no Estado de São Paulo, veio a ingressar em recuperação judicial.

---

204 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "A arbitragem, a recuperação judicial e o agronegócio" Migalhas nº 6.245, publicado em 04.11.2025, disponível https://www.migalhas.com.br/depeso/443647/a-arbitragem-a-recuperacao-judicial-e-o-agronegocio, acesso em 12.12.2025.

O litígio instaurado entre as partes dizia respeito, essencialmente, a obrigações recíprocas decorrentes do contrato e à existência de créditos mútuos, cuja apuração foi submetida ao juízo arbitral, nos termos da convenção de arbitragem pactuada. Os autores Gustavo Scheffer da Silveira e Núbia Lopes Bufarah apresentam de forma clara e objetiva a contextualização fática e processual do caso:

Mais recentemente, essa mesma rota [Rodovia Raposo Tavares, que conecta o interior do Estado de São Paulo ao litoral] entrou no centro de uma disputa judicial complexa e multifacetada que culminou na prolação de um acórdão de significativo impacto para os institutos da arbitragem e da recuperação judicial no Brasil. A controvérsia teve origem na execução e resolução de contrato de execução de obras civis para expansão do sistema rodoviário Raposo Tavares, envolvendo entre a concessionária que administrava a rodovia, Concessionária Auto Raposo Tavares S.A. ("CART"), e a empresa Metha S.A. ("Metha"), antiga OAS S.A.

Após a resolução contratual, a Metha instaurou uma arbitragem perante o CAM-CCBC contra a CART para apuração de responsabilidade pela derrocada da empreitada. Nesse procedimento, o tribunal arbitral reconheceu a possibilidade de compensação entre créditos recíprocos detidos por Metha e CART. Tal decisão foi necessária em virtude do pedido incidental formulado por um terceiro, credor da empresa Metha (à época navegando o seu primeiro processo de recuperação judicial), que requereu ao tribunal arbitral a penhora de eventuais créditos futuros que a Metha pudesse ter em relação à CART.

A CART insurgiu-se contra a penhora, requerendo a compensação dos valores eventualmente devidos por ela contra créditos que alega possuir contra Metha, o que foi acolhido com base em cláusula contratual e na contemporaneidade dos fatos geradores das dívidas, bastando apenas a sua liquidação na futura sentença arbitral.

A Metha levou o tema ao Poder Judiciário paulista, argumentando que o processamento de sua recuperação judicial impediria a compensação entre os seus eventuais créditos e débitos, sob pena de violação ao princípio da paridade dos credores. O seu objetivo era ter a possibilidade de cobrar o seu crédito contra a CART, empresa solvente, na totalidade e acrescido de encargos, enquanto pagaria o débito devido à CART nos termos de seu plano de recuperação judicial, impondo pesados deságios e condições de pagamento desfavoráveis[205].

A controvérsia foi inicialmente submetida ao Poder Judiciário estadual perante a 2ª Vara Empresarial e de Conflitos Relacionados à Arbitragem[206] e 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial[207] de São Paulo. Na origem se trata de ação declaratória de nulidade parcial de sentença arbitral proposta pela Metha (doravante sigla adotada no Resp STJ, "M.S.A") contra a CART (doravante sigla adotada no Resp STJ, "C.C.A.R.T.S.A") na qual postula, de acordo com o artigo 32, inciso IV, da Lei nº 9.307/1996, a declaração da nulidade parcial da sentença arbitral e da decisão que julgou o pedido de esclarecimentos, no ponto em que reconheceram que haveria possibilidade de compensação entre os créditos recíprocos da Metha em Recuperação Judicial e da CART.

O juízo de primeiro grau julgou improcedente o pedido inicial ao fundamento de que, não obstante não se possa afirmar que o crédito da recorrida ou o da recorrente sejam líquidos, a possibilidade de compensação dos créditos constitui questão de mérito da sentença arbitral, que não pode ser revista pelo Poder Judiciário. O Tribunal local negou provimento ao recurso, afastando a alegada inarbitrabilidade da matéria relacionada à compensação dos créditos. Ainda, afastou a violação da paridade dos credores, diante da compensação, por entender que ambos os créditos têm fatos geradores que precedem o processo de recuperação, tendo se operado todos os requisitos previstos em contrato para a compensação convencional, muito antes do pedido recuperacional.

Quanto à violação dos limites da convenção de arbitragem e do princípio do contraditório por parte do Tribunal arbitral, entendeu a Corte de origem que a questão acerca da compensação foi apresentada depois da assinatura do termo de arbitragem, de forma justificada e em razão de fato novo, sendo devidamente oportunizada, por diversas vezes, a manifestação da parte contrária.

Diante desse cenário, foi interposto o Recurso Especial nº 2.163.463/SP, no qual se submeteu ao Superior Tribunal de Justiça a discussão acerca dos limites da atuação do juízo arbitral em face do regime da recuperação judicial. A questão central consistiu em definir se a compensação de créditos sujeitos ao concurso poderia ser validamente apreciada e declarada pelo tribunal arbitral ou se tal matéria estaria no âmbito de competência exclusiva do juízo da recuperação judicial.

---

205 SILVEIRA, Gustavo Schoffer da; BUIAR, Núbia Lopes Bufarah. "Compensação Em Sede Arbitral e Recuperação Judicial: Análise Crítica Do REsp 2.163.463/SP – Caso Metha v. CART." Revista brasileira de arbitragem 22. V. 86, 2025, pp. 31–61.
206 Autos nº 1096507-65.2021.8.26.0100.
207 TJSP 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. Apelação Cível nº 1096507-65.2021.8.26.0100 Rel. Des. Mauricio Pessoa. J. 17.10.2023.

A reconstrução do contexto fático e processual evidência que o recurso não se limitou a um debate abstrato sobre a relação entre arbitragem e recuperação judicial, mas também envolveu consequências práticas relevantes para o equilíbrio do concurso de credores. É a partir desse contexto que o Superior Tribunal de Justiça enfrentou a tarefa de compatibilizar a autonomia da arbitragem com as normas de ordem pública que regem o direito concursal, fixando parâmetros que ultrapassam os limites do caso concreto.

4.2. Fundamentação jurídica adotada pelo STJ e a inarbitrabilidade da compensação concursal

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ARBITRAGEM. CRÉDITO. SUJEIÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPENSAÇÃO. ARBITRABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA.

1. A controvérsia dos autos resume-se em definir: (i) os limites da jurisdição arbitral para decidir acerca da possibilidade de compensação de crédito sujeito à recuperação judicial, (ii) se houve violação do princípio da estabilização da demanda e (iii) se a compensação autorizada na sentença arbitral desrespeita o concurso de credores da recorrente e os termos do plano de recuperação judicial.
2. Não viola os artigos 489 e 1.022 do Código de Processo Civil nem importa deficiência na prestação jurisdicional o acórdão que adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pelo recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta.
3. O disposto no art. 6º, § 9º, da Lei nº 11.101/2005 versa sobre aspecto relacionado à arbitrabilidade subjetiva. O simples fato de uma das partes estar submetida aos processos de recuperação judicial ou de falência não impede ou suspende a instauração de procedimento arbitral. Assim, a condição subjetiva de uma das partes (em recuperação judicial ou falida) não importa a inarbitrabilidade de todo e qualquer litígio que a envolva.
4. A compensação constitui meio de adimplemento das obrigações e, quando envolver crédito sujeito à recuperação judicial, observado o regime jurídico especial de sujeição do crédito ao processo concursal, não pode ser considerada um direito patrimonial disponível, o que afasta a possibilidade de resolução de litígios acerca do tema por meio da arbitragem, diante da falta do requisito da arbitrabilidade objetiva. Violação do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 pela Corte local.
5. A possibilidade de compensação de créditos deverá ser analisada pelo juízo da recuperação judicial, observadas as circunstâncias do caso concreto, sendo a hipótese de declaração da nulidade parcial da sentença arbitral, nos termos do art. 32, IV, da Lei nº 9.307/1996.
6. Recurso especial provido.
STJ. REsp n. 2.163.463/SP, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 1/4/2025, DJEN de 4/4/2025

Ao apreciar o Recurso Especial nº 2.163.463/SP, o Superior Tribunal de Justiça enfrentou de forma direta a controvérsia acerca dos limites da arbitragem em face do regime da recuperação judicial, especialmente no que se refere à possibilidade de o juízo arbitral declarar a compensação de créditos sujeitos ao concurso. A fundamentação adotada pela Corte revela uma leitura sistemática da Lei de Arbitragem e da Lei nº 11.101/2005, orientada pela necessidade de preservar a coerência do regime concursal.

Para o STJ, assim como nos demais casos em que há intersecção entre os institutos da arbitragem e a recuperação judicial, a controvérsia consistiu em definir (i) os limites da jurisdição arbitral para decidir acerca da possibilidade de compensação de crédito sujeito à recuperação judicial, (ii) se houve violação do princípio da estabilização da demanda e (iii) se a compensação autorizada na sentença arbitral desrespeita o concurso de credores da recorrente e os termos do plano de recuperação judicial.

O ponto de partida do raciocínio da Corte foi o reconhecimento da compatibilidade estrutural entre arbitragem e recuperação judicial. O STJ reiterou seu entendimento de que a instauração da recuperação judicial, por si só, não afasta a eficácia da cláusula compromissória nem impede o prosseguimento do procedimento arbitral para fins de cognição. Tal premissa decorre da interpretação conjunta do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e do art. 6º, § 9º, da Lei nº 11.101/2005, que autoriza a arbitragem para a apuração de créditos ilíquidos, ainda que o devedor esteja submetido ao regime concursal.

Todavia, o STJ fez uma distinção entre a apuração do crédito e a definição de sua forma de extinção ou de satisfação. Segundo o Min. Ricardo Cueva, a compensação de créditos, quando envolve créditos sujeitos à recuperação judicial, não se limita a mero exercício declaratório, mas produz efeitos diretos sobre o concurso de credores, ao alterar o montante efetivamente sujeito ao plano de recuperação. Trata-se, portanto, de matéria que transcende a esfera individual das partes e abrange interesses de natureza coletiva.

Nesse ponto, o STJ destacou que a compensação, no contexto da recuperação judicial, deve ser analisada à luz das regras próprias do direito concursal, especialmente as que visam assegurar a igualdade entre os credores e a viabilidade do plano de recuperação. A submissão irrestrita da compensação à arbitragem poderia permitir que determinados credores obtivessem satisfação privilegiada de seus créditos em detrimento dos demais, comprometendo a par conditio creditorum.

Com base nessa premissa, o STJ concluiu que a compensação de créditos sujeitos ao concurso configura matéria de inarbitrabilidade objetiva. Embora decorrente de direitos patrimoniais disponíveis em sua origem contratual, a compensação assume, no contexto da recuperação judicial, natureza jurídica condicionada a normas de ordem pública, o que afasta sua submissão à jurisdição arbitral. A competência para apreciar tal matéria foi, assim, reservada ao juízo universal da recuperação judicial.

A Corte fundamentou essa conclusão, ainda, no art. 2º da Lei nº 9.307/1996, que submete a arbitragem às normas de ordem pública, e no art. 32, IV, do mesmo diploma, que autoriza a anulação da sentença arbitral quando versar sobre matéria não suscetível de arbitragem. No caso concreto, o relator Min. Ricardo Cueva entendeu que o tribunal arbitral extrapolou os limites de sua competência ao declarar a compensação de créditos concursais, razão pela qual a sentença arbitral deveria ser parcialmente anulada.

Os ministros do STJ acordaram pela nulidade parcial de sentença arbitral que autorizou compensação de créditos entre a empresa em recuperação judicial e o credor, preservando os capítulos decisórios relativos à apuração e quantificação dos créditos. Isto é, o STJ reconhece inarbitrabilidade objetiva da compensação de crédito concursal, por envolver direito indisponível afetado pelo plano de recuperação e par conditio creditorum, declarando nulidade do capítulo respectivo (art. 1º, Lei 9.307/96; art. 6º, §9º, Lei 11.101/05).

Ao final, o STJ fixou como parâmetro interpretativo que a arbitragem pode ser validamente utilizada para a definição da existência e do valor de créditos envolvendo empresas em recuperação judicial, mas não para decidir sobre a compensação desses créditos quando sujeitos ao concurso.

4.3. Possíveis limites interpretativos do precedente e seus impactos

O julgamento do Recurso Especial nº 2.163.463/SP produziu repercussões relevantes[208] tanto no plano teórico quanto no prático, ao fixar parâmetros claros para a atuação da arbitragem em contextos de recuperação judicial. A principal contribuição do precedente reside na sistematização dos limites da arbitrabilidade objetiva, proporcionando maior previsibilidade aos agentes econômicos, aos árbitros e aos órgãos do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o REsp 2.163.463/SP representa um marco paradigmático na tensão entre a autonomia da vontade arbitral (Lei 9.307/1996) e o regime público de recuperação judicial (Lei 11.101/2005). A orientação do STJ neste caso reforça a centralidade do juízo universal na condução do processo recuperacional e delimita, com maior precisão, os contornos da arbitrabilidade objetiva em contextos de insolvência empresarial.

O professor Georges Abboud compara a importância deste precedente ao caso emblemático do Tribunal Constitucional Alemão (BVG) Slovak Republic v. Achmea B.V. Em suas palavras "a correlação entre o caso brasileiro e europeu é evidente (...). Ambas as decisões regulamentaram os limites da arbitragem a partir das normas estruturantes do ordenamento jurídico vigente no país (ou no conjunto de países, no caso de Achmea)."[209]

Primeiro ponto relevante que merece destaque na decisão do Recurso Especial é a análise do Min. Ricardo Cueva sobre os motivos que o TJSP utilizou para justificar a competência do juízo arbitral: a aplicação do artigo 6º, § 9º, da Lei nº 11.101/2005, que prevê que o processamento da recuperação judicial ou a decretação da falência não impede nem suspende a instauração de procedimento arbitral.

---

208 Veja a matéria veiculada no sítio eletrônico Migalhas, em 01.04.2025, "STJ: Empresa em recuperação não pode compensar crédito via arbitragem." Disponível em https://www.migalhas.com.br/quentes/427510/stj-empresa-em-recuperacao-nao-pode-compensar-credito-via-arbitragem, acesso em 02.11.2025.

209 ABBOUD, Georges. "Aperfeiçoamento da arbitragem brasileira entre precedente Achmea e REsp 2.163.463/SP". CONJUR. Publicado em 08.04.2025. Disponível em https://www.conjur.com.br/2025-abr-08/o-aperfeicoamento-da-arbitragem-brasileira-entre-o-precedente-achmea-e-o-resp-2-163-463-sp/, acesso em 03.11.2025

O STJ fez a distinção entre a arbitrabilidade objetiva e arbitrabilidade subjetiva, no qual o ministro Cueva esclareceu que a norma do artigo 6º, § 9º, da Lei nº 11.101/2005 trata apenas da arbitrabilidade subjetiva, isto é, da possibilidade de uma empresa em recuperação judicial ser parte ou não de um procedimento arbitral.

[...] o fato de a autora estar em processo de recuperação judicial durante o procedimento arbitral não significa que o litígio entre as partes não poderia ter sido analisado e decidido pelo Tribunal Arbitral; além disso, essa circunstância não invalida a jurisdição arbitral com base na alegação de que o direito em disputa, embora patrimonial, teria se tornado indisponível e, consequentemente, insuscetível de ser arbitrado.

Ao apreciar o caso concreto, a 3ª turma do STJ acordou, por unanimidade, anular parcialmente a sentença arbitral que havia autorizado a compensação de créditos[210] envolvendo empresa em recuperação judicial. O Colegiado entendeu que a matéria não pode ser objeto de arbitragem por se tratar de direito patrimonial indisponível. Na prática, o precedente reafirma que a arbitragem permanece plenamente válida e eficaz para a apuração da existência e do valor de créditos envolvendo empresas em recuperação judicial. Essa diretriz confere segurança às partes que optaram pela arbitragem como método de resolução de disputas, evitando que a superveniência da recuperação judicial esvazie a utilidade da convenção arbitral ou imponha a remessa automática de todas as controvérsias ao juízo estatal.

Por outro lado, o STJ delimitou de forma expressa que a atuação do juízo arbitral encontra limites quando a decisão arbitral produz efeitos diretos sobre o concurso de credores. A vedação à declaração da compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial impede que a arbitragem seja utilizada como instrumento de satisfação indireta ou privilegiada de créditos, preservando a igualdade entre os credores e a centralidade do plano de recuperação como instrumento coletivo de reorganização da empresa.

No Resp 2.163.463/SP, o Min. Rel. Ricardo Cueva teceu que, para fins de arbitrabilidade objetiva, quanto à possibilidade de compensação dos créditos, é importante considerar o momento em que os requisitos necessários à compensação estiverem presentes, ou seja, a liquidez, o vencimento e a fungibilidade. Se os requisitos necessários à compensação estiverem presentes antes do pedido de recuperação judicial (RJ), a compensação se opera de forma automática, observando o disposto no art. 368 do Código Civil[211]. Por outro lado, na hipótese de os requisitos para a compensação ocorrerem apenas após a distribuição do pedido de RJ, não poderá a recuperanda adimplir obrigação sujeita à recuperação judicial por meio de compensação.

---

210 "A compensação em regra, é uma forma de extinção de obrigações prevista no Código Civil, que ocorre quando duas pessoas são, ao mesmo tempo, credoras e devedoras uma da outra. Todavia, quando se está diante de créditos sujeitos à recuperação judicial, a compensação adquire contornos específicos, pois afeta diretamente o concurso de credores e a coletividade envolvida no processo recuperacional." ABBOUD, Georges. "Aperfeiçoamento da arbitragem brasileira entre precedente Achmea e REsp 2.163.463/SP". CONJUR. Disponível em https://www.conjur.com.br/2025-abr-08/aperfeicoamento-da-arbitragem-brasileira-entre-o-precedente-achmea-e-o-resp-2-163-463-sp/, acesso em 03.11.2025

Essa tese alinha-se à doutrina de Marcelo Sacramone[212], que distingue compensação convencional pré-RJ (art. 368, CC) de pós-pedido (sujeita ao plano, arts. 49 e 50[213], LERF), preservando a par conditio creditorum (art. 47, LERF[214]). Segundo o doutrinador, caso o débito contraído pela recuperanda seja anterior ao pedido de recuperação judicial e o crédito ou os demais requisitos para a compensação somente ocorrerem após o pedido de recuperação judicial, não haverá a recíproca extinção:

"O crédito titularizado pela recuperanda posteriormente em face do mesmo credor ou cujos requisitos da compensação ocorrerão apenas posteriormente à distribuição não poderá ser compensado. Isso porque o passivo da recuperanda, a partir da distribuição do pedido de recuperação judicial, desde que seja existente, submete-se a regime especial. Todos os débitos da recuperanda existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, se submetem à recuperação judicial (art. 49) e somente poderão ser satisfeitos nos termos do plano de recuperação.
(...)

A não compensação dos créditos, nesses termos, permitiria que a recuperanda recebesse os créditos que lhe são devidos durante a recuperação judicial e que poderiam fomentar o desenvolvimento de sua atividade, sem que referido credor pudesse deixar de pagá-los para compensar com os créditos que deveria a recuperanda receber.

Referida conclusão também é consentânea às regras gerais da compensação estabelecidas no Código Civil. Nos termos do art. 380 do Código Civil, a compensação não poderá ser realizada em prejuízo do direito de terceiro. Aplicada à recuperação judicial, a compensação de crédito provocaria a satisfação prioritária do credor em detrimento de todos os demais credores, com eventual comprometimento da atividade empresarial e sem que sua satisfação estivesse deliberada no plano de recuperação judicial com a concordância de todos."

O Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, por fim, enfatiza: "a compensação, quando envolver crédito sujeito a RJ, não é direito patrimonial disponível", violando a lógica coletiva da LERF (arts. 6º, III[215], e 66[216]), que veda privilégios unilaterais em detrimento da coletividade credora.

Esse parâmetro tem impacto direto na condução de procedimentos arbitrais envolvendo empresas em crise. Árbitros e instituições arbitrais passam a ter diretrizes mais claras quanto ao alcance de suas decisões, cuja linha tende a restringir sua atuação à fase cognitiva e a evitar pronunciamentos que interfiram na forma de pagamento, na compensação ou na extinção de créditos concursais. A observância desses limites contribui para reduzir o risco de anulação parcial da sentença arbitral e para fortalecer a cooperação institucional entre a arbitragem e o Poder Judiciário.

---

211 Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.
212 SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2023, pág. 240-241.
213 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (...) Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros (...).
214 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O precedente também reforça a técnica decisória da nulidade parcial da sentença arbitral como instrumento de equilíbrio entre a autonomia privada e a ordem pública concursal. Ao preservar os capítulos válidos da decisão arbitral e afastar apenas os que extrapolam os limites da arbitrabilidade, o STJ evita soluções extremas que poderiam desestimular o uso da arbitragem ou gerar insegurança jurídica. Essa abordagem revela uma postura pragmática e funcional da Corte, voltada à harmonização de sistemas jurídicos distintos.

Contudo, as delimitações estabelecidas pelo STJ não estão imunes a críticas pela doutrina. Para Gustavo Schoffer da Silveira e Núbia Lopes Bufarah, a posição adotada pela 3ª Turma do STJ seria controversa. Na visão dos autores, a partir de uma análise detalhada das regras aplicáveis ao caso, da doutrina e jurisprudência, a conclusão seria de que a recuperação judicial não afeta a arbitrabilidade objetiva do litígio e, consequentemente, a possibilidade de compensação dos créditos seria parte da competência arbitral.

Após uma análise doutrinária e jurisprudencial, os autores acreditam que a posição do STJ no acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, impôs limites indevidos à atuação dos tribunais arbitrais em matéria de compensação quando uma parte está em recuperação judicial. Como demonstrado, a disponibilidade dos direitos não é afetada pelo regime recuperacional, cujas regras podem ser aplicadas pelos árbitros, sujeito ao controle estatal posterior em sede de anulação. Além disso, reconhecer a competência arbitral para decidir sobre compensações, inclusive à luz do plano de recuperação, não só está em consonância com o sistema jurídico vigente como também evita distorções práticas e injustiças relevantes.

Negar essa possibilidade pode conduzir a situações de enriquecimento sem causa e comprometer o equilíbrio econômico entre as partes, contrariando a lógica da recuperação judicial e o princípio da preservação da empresa. Esse aspecto é reforçado quando os fatos geradores dos créditos compensáveis são anteriores ao pedido de recuperação, hipótese em que a compensação apenas formaliza uma realidade jurídica já existente.

Já para Rodrigo Quadrante[217] a decisão do STJ estaria acertada, definindo um paradigma para os aplicadores do direito:

Ora, como a compensação promovida pela sentença arbitral anulada implicaria na extinção de um crédito concursal com um crédito que a recuperanda teria direito a receber após a distribuição do processo de recuperação judicial, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça julgou o tema de forma acertada.

Isto porque o crédito da devedora não seria um direito disponível, não podendo ser, por consequência, objeto do procedimento arbitral, sob pena de usurpação da competência do juízo da recuperação judicial, nos termos dos artigos 1º e 32º, inciso IV, da Lei número 9.307/1996.

Em sentido semelhante, com destaque para a possibilidade da via arbitral respeitando os limites delineados pelas demais normas do nosso ordenamento jurídico pátrio, Georges Abboud pondera:

E é por isso, como muito bem destacado na decisão, que a compensação de créditos não pode ser considerada um direito patrimonial disponível, já que está subordinada às regras do plano de recuperação judicial e à supervisão do juízo recuperacional.
(...)
Pode-se dizer, num plano mais geral, que o STJ deu mais uma contribuição crucial ao estabelecimento de que a arbitragem é um meio autônomo, mas não independente em relação ao restante do ordenamento jurídico e suas pretensas "especificidades" não podem quebrar a unidade do direito. A arbitragem não existe isolada como uma ilha num mar de juridicidades; antes, pode contribuir com meios mais flexíveis e adaptáveis de solução de conflitos desde que estes não se contraponham ao regramento jurídico como reflexo da soberania nacional.

A recente decisão do ministro Cueva, ao plenamente validar o uso da arbitragem para a resolução de disputas envolvendo direitos patrimoniais disponíveis, mas ressalvando a importância de se adequar o instituto ao ordenamento jurídico vigente no país, é mais um exemplo de que a arbitragem está sendo devidamente protegida e aperfeiçoado pelos Tribunais Superiores brasileiros e de que as excentricidades propaladas por setores do "arbitralismo" brasileiro não são, felizmente, a regra.

4.3.1. Análise sobre os impactos do precedente no desenho contratual e na estratégia processual das empresas.

Apesar das críticas formuladas pela doutrina, impõe-se aos operadores do direito compreender as balizas interpretativas sinalizadas pelo STJ.

A inarbitrabilidade reconhecida pelo STJ refere-se especificamente à compensação de créditos sujeitos ao concurso de credores, não se estendendo, de forma automática, a toda e qualquer controvérsia patrimonial envolvendo empresas em recuperação judicial. A análise da arbitrabilidade objetiva deve permanecer casuística, considerando a natureza da matéria discutida e seus efeitos sobre o regime concursal.

---

215 Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: (...) III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.
216 Art. 66. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, o devedor não poderá alienar ou onerar bens ou direitos de seu ativo não circulante, inclusive para os fins previstos no art. 67 desta Lei, salvo mediante autorização do juiz, depois de ouvido o Comitê de Credores, se houver, com exceção daqueles previamente autorizados no plano de recuperação judicial.
217 QUADRANTE, Rodrigo. "Lei de Falências vs. arbitragem: quem tem a palavra final?" Consultor Jurídico, artigo publicado em 23.05.2025 no sítio eletrônico [97] Art. 368. Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se, até onde se compensarem.
218 SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2023, pág. 240-241.
219 Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos (...) Art. 50. Constituem meios de recuperação judicial, observada a legislação pertinente a cada caso, dentre outros (...).
220 Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica., acesso em 02.11.2025.

Por outro lado, essa possível delimitação hermenêutica projeta efeitos relevantes tanto no plano do desenho contratual quanto na definição da estratégia processual[1]. Em relação ao desenho contratual é possível o refinamento do "escopo arbitrável" na cláusula compromissória quando alguma das partes se encontre submetida a recuperação judicial.

À luz das diretrizes estabelecidas pelo STJ no Recurso Especial nº 2.163.463/SP, e considerando-se a distinção entre arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva, mostra-se juridicamente adequado prever que a existência do crédito, sua interpretação contratual e sua liquidação permaneçam submetidas à arbitragem, reservando-se ao juízo recuperacional a disciplina da satisfação do crédito, compreendidos os mecanismos de pagamento, eventuais compensações e reestruturações decorrentes do plano.

Outro impacto do precedente recai sobre a arquitetura das "cláusulas de compensação". Embora o acórdão reconheça a compensação como modalidade de adimplemento contratual, quando envolver crédito sujeito à recuperação judicial, submete-se ao regime concursal. Nesse sentido, ainda que haja previsão contratual para a compensação voluntária, o plano de recuperação e o juízo universal podem limitar ou afastar sua eficácia, sempre que houver impacto sobre a coletividade de credores.

O voto do Min. Ricardo Cuvea estabelece distinção relevante entre as hipóteses em que os requisitos para a compensação — liquidez, exigibilidade e fungibilidade — se aperfeiçoam antes ou após o ajuizamento do pedido de recuperação judicial (RJ). Tal diferenciação tende a induzir movimentos de reconfiguração contratual, como a antecipação de vencimentos e a inserção de cláusulas de rescisão antecipada ("early termination") vinculadas a eventos de deterioração econômico-financeira anteriores ao pedido de RJ; bem como o fortalecimento de estruturas de garantias, cessões fiduciárias e covenants financeiros, destinados a mitigar a dependência de compensações posteriores ao pedido da RJ.

Outro desdobramento relevante do precedente reside no reforço da centralidade do plano de recuperação judicial como instrumento ordenador da satisfação dos créditos concursais. Sob essa perspectiva, pode ser prudente a inclusão de disposições contratuais que reconheçam expressamente a prevalência do plano e das decisões do juízo recuperacional quanto à compensação de créditos sujeitos ao concurso, bem como cláusulas que prevejam mecanismos de renegociação automática das obrigações em caso de recuperação judicial, admitindo a readequação do regime de compensação e dos meios de adimplemento.

Os efeitos sistêmicos do precedente são igualmente perceptíveis no plano econômico e institucional. O precedente rompe com a prática de câmaras arbitrais e a posição doutrinária que admitiam, em termos amplos, a compensação em sede arbitral, inclusive com empresa em recuperação judicial (desde que respeitado o quadro concursal). A orientação jurisprudencial tende, ao menos em um primeiro momento, a gerar incertezas com possível incremento dos riscos, dos custos de transação e revisão dos modelos contratuais voltados à mitigação da necessidade de compensações posteriores.

---

[221] Ponderações preliminares da autora sem exaurir o estudo acadêmico. Sujeito à revisão.

Em síntese, o precedente gera impactos significativos no desenho contratual e na estratégia processual ao consagra o modelo dual para apuração e satisfação dos créditos: à arbitragem compete a resolução das controvérsias contratuais e a definição da existência e do quantum do crédito; ao juízo recuperacional incumbe disciplinar os meios de satisfação dos créditos concursais, em conformidade com o plano aprovado. Tal arranjo impõe a elaboração de cláusulas compromissórias mais sofisticadas e a coordenação estratégica entre a jurisdição arbitral e o juízo universal, sob pena de nulidade parcial de sentenças arbitrais e frustração de expectativas econômicas das partes.

Por fim, é notória a importância do precedente Recurso Especial nº 2.163.463/SP pois consolida a linha jurisprudencial que reconhece a arbitragem como instrumento compatível com o direito da insolvência, desde que respeitados os princípios estruturantes da recuperação judicial. Ao fixar parâmetros objetivos para essa convivência, o STJ contribui para a construção de um ambiente jurídico mais previsível e coerente, no qual a autonomia privada e o interesse coletivo dos credores possam coexistir de forma equilibrada.

5. TEMAS EM EVIDÊNCIA NA JURISPRUDÊNCIA RECENTE DO STJ

Este capítulo é complementar à análise do Resp nº 2.163.463/SP. Serão realizados apontamentos sobre alguns temas que vêm ganhando destaque na jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça no que se refere à interface entre arbitragem e recuperação judicial. De forma preliminar e sintética busca-se identificar tendências interpretativas e sistematizar os limites reiteradamente afirmados pela Corte, evidenciando como os parâmetros fixados no Recurso Especial nº 2.163.463/SP dialogam com outros julgados contemporâneos.

No item 5.1 serão examinados conflitos de competência recentes, com especial atenção à distribuição funcional de competências entre o juízo arbitral e o juízo da recuperação judicial. No item 5.2, serão sistematizados os principais temas em evidência, limites reiteradamente fixados pelo STJ e potenciais impactos dos precedentes nas estratégias empresariais.

5.1. Conflitos de competência entre juízo arbitral e juízo da recuperação judicial – arbitragem prevalece em contrato de industrialização firmado por recuperanda

Os conflitos de competência CC nº 203.924/PE e CC nº 203.888/SP analisados em 2025 pelo Superior Tribunal de Justiça oferecem material importante para a compreensão prática da convivência entre a jurisdição arbitral e o juízo universal da recuperação judicial. A partir desses julgados, o STJ reafirma a possibilidade de coexistência institucional entre os dois sistemas, ao mesmo tempo em que estabelece balizas objetivas para evitar a sobreposição indevida de competências[219].

Primeiramente é importante esclarecer que o CC nº 203.924/PE e o CC nº 203.88/SP são conexos. No CC nº 203.888/SP o relator Min. Raul Araújo resolve o conflito de competência entre o juízo da recuperação (Carpina/PE) e arbitral (CAMARB-SP) sobre contrato de industrialização por encomenda entre RAMAX e FTS (em RJ).

[222 Matéria publicada no CONJUR "Arbitragem prevalece em contrato de industrialização firmado por recuperanda, diz STJ", em 18.05.2025. Disponível em https://www.conjur.com.br/2025-mai-18/arbitragem-prevalece-em-contrato-de-industrializacao-firmado-por-recuperanda-diz-stj/, acesso em 10.11.2025.

A discussão foi em torno de conflito instaurado em razão de decisões potencialmente conflitantes, proferidas pelo juízo arbitral e pelo juízo estatal da recuperação judicial. Ao enfrentar o conflito, o STJ reafirmou que a arbitragem pode coexistir com o processo de recuperação judicial, desde que sejam respeitados os limites impostos pela lógica concursal.

Por sua vez, a controvérsia no CC 203.924/PE[220] teve origem em procedimento arbitral em curso envolvendo empresa submetida à recuperação judicial, no qual se discutiam obrigações contratuais e a apuração de créditos. O conflito foi instaurado em face a dúvida quanto a competência para o julgamento do mérito da controvérsia. Ao apreciar o conflito, o relator Min. Raul Araújo, em caso conexo ao anterior, confirma competência arbitral (CAMARB-SP) para litígio contratual de industrialização entre RAMAX e FTS em RJ, afastando prevalência do juízo recuperacional sobre convenção de arbitragem válida firmada pós-pedido de RJ.

No referido julgamento, o STJ enfatizou que o juízo arbitral não pode praticar atos que importem em constrição patrimonial, modificação da forma de pagamento ou qualquer providência que interfira diretamente na igualdade entre os credores. Ainda que a arbitragem seja admitida para a solução do mérito contratual, seus efeitos patrimoniais devem ser submetidos ao controle do juízo da recuperação judicial.

Quadro 2 - Comparação na fundamentação dos Conflitos de Competência (CC)

CC 203.888/SP	CC 203.924/PE
Prevalece cláusula compromissória (princípio *kompetenz-kompetenz*), declarando competência da CAMARB-SP para fase cognitiva, com árbitro de emergência na 2ª Vara Empresarial/SP; juízo recuperacional cuida de execução patrimonial.	Reforça primazia da jurisdição arbitral na cognição (não execução), com árbitro de emergência; distingue de *DIP Financing* homologado.

Elaborado pela autora.

Cumpre ressaltar a relevância atribuída à figura do árbitro de emergência na orientação jurisprudencial. Ao que se depreende, o STJ reconheceu a legitimidade de sua atuação para a concessão de medidas urgentes de natureza cautelar, desde que circunscritas à preservação de direitos e à dimensão cognitiva da controvérsia, sem incursão em atos de constrição patrimonial, os quais permanecem submetidos à competência do juízo universal.

A análise conjunta desses julgados permite identificar uma linha jurisprudencial na qualo STJ estabelece uma repartição funcional de competências entre a jurisdição arbitral e o juízo recuperacional, de modo a afastar tanto a exclusão indevida da jurisdição arbitral quanto a fragmentação do regime concursal.

5.2. Sistematização dos temas em evidência e os parâmetros fixados pelo STJ

A partir do exame dos precedentes analisados neste artigo, é possível sistematizar os principais temas e limites que têm sido reiteradamente afirmados pelo Superior Tribunal de Justiça na interface entre arbitragem e insolvência empresarial. Trata-se de parâmetros que não se apresentam isoladamente, mas compõem um conjunto interpretativo coerente, orientado pela necessidade de compatibilização entre a autonomia privada e as normas de ordem pública concursal.

O primeiro eixo identificado diz respeito à preservação da arbitragem como meio legítimo de resolução de controvérsias empresariais, inclusive em contextos de recuperação judicial. O STJ tem afirmado, de maneira consistente, a validade da cláusula compromissória e a possibilidade de prosseguimento do procedimento arbitral para fins de cognição, especialmente para a apuração e liquidação de créditos ilíquidos, desde que se trate de direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido a manutenção, ainda que parcial, de decisões arbitrais quando submetidas ao crivo do Poder Judiciário, como forma de deferência a arbitragem.

O segundo eixo refere-se aos limites impostos pela lógica concursal. Sempre que a controvérsia extrapola a esfera declaratória e passa a produzir efeitos diretos sobre o concurso de credores — como nos casos de execução, compensação, extinção ou modificação da forma de pagamento dos créditos sujeitos à recuperação judicial — a competência é reservada ao juízo universal. Nesses casos, o STJ reconhece a inarbitrabilidade objetiva da matéria, em razão da incidência de normas de ordem pública destinadas à proteção da coletividade de credores.

Por fim, a jurisprudência recente evidencia a adoção de uma lógica de distribuição funcional de competências, especialmente nos conflitos instaurados entre o juízo arbitral e o juízo da recuperação judicial. O STJ evita soluções excludentes e privilegia a convivência institucional entre as jurisdições, aplicando, de forma relativizada, o princípio da competência-competência e reservando ao juízo recuperacional a função de coordenação dos efeitos patrimoniais das decisões.

Quadro 3 – Síntese dos Julgados

Tipo de Recurso	Numero do Processo	Relator	Principais Desfechos	Matéria Discutida
Recurso Especial	2.163.463/SP	Min. Ricardo Villas Bôas Cueva	Nulidade parcial de sentença arbitral. remessa ao juízo RJ	Imarbitrabilidade objetiva de compensação concursal
CC	203.888/SP	Min. Raul Araújo	Competência da CAMARB-SP; árbitro de emergência	Prevalência de cláusula arbitral em contrato pós-RJ
CC	203.924/PE	Min. Raul Araújo	Competência arbitral para cognição contratual	Kompetenz-kompetenz vs. juízo recuperacional

Elaborado pela autora.

Essa sistematização permite concluir que o Superior Tribunal de Justiça vem construindo parâmetros claros e previsíveis para a atuação da arbitragem em cenários de insolvência empresarial, contribuindo para a segurança jurídica e a estabilidade das relações contratuais, sem comprometer os objetivos centrais do direito concursal.

6. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo analisar, de forma predominantemente descritiva e sistematizada, os parâmetros fixados pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da relação entre arbitragem e recuperação judicial, com especial atenção aos limites da arbitrabilidade em contextos de insolvência empresarial. Partiu-se da seguinte pergunta de pesquisa: quais são os parâmetros e limites estabelecidos pelo STJ para a atuação da arbitragem diante do regime da recuperação judicial, especialmente quando em jogo matérias que impactam o concurso de credores?

Como hipótese inicial, sustentou-se que o STJ, embora reconheça a compatibilidade estrutural entre arbitragem e recuperação judicial, tem adotado uma orientação jurisprudencial voltada à delimitação precisa da arbitrabilidade objetiva, reservando ao juízo universal da recuperação judicial a apreciação de matérias relacionadas à satisfação, compensação e extinção de créditos concursais. A análise desenvolvida ao longo do trabalho permite afirmar que essa hipótese foi confirmada de forma consistente.

A partir do panorama normativo e empírico apresentado, verificou-se que a arbitragem ocupa posição consolidada no direito empresarial brasileiro, coexistindo com o aumento expressivo dos processos de recuperação judicial. Esse cenário torna inevitável o surgimento de conflitos entre a autonomia privada inerente à arbitragem e os princípios de ordem pública que regem o direito concursal, exigindo atuação sistematizadora do Poder Judiciário.

Nesse contexto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça revela-se fundamental para a harmonização desses sistemas. A Corte tem afirmado, de maneira reiterada, a validade da cláusula compromissória e a possibilidade de prosseguimento da arbitragem para fins de cognição, inclusive para a apuração e quantificação de créditos ilíquidos, ainda que a empresa se encontre em recuperação judicial. Ao mesmo tempo, o STJ tem imposto limites claros à atuação do juízo arbitral sempre que a controvérsia ultrapassa a esfera declaratória e passa a produzir efeitos diretos sobre o concurso de credores.

A análise detida do Recurso Especial nº 2.163.463/SP evidenciou, de forma paradigmática, essa orientação. Ao reconhecer a inarbitrabilidade objetiva da compensação de créditos sujeitos à recuperação judicial e ao adotar a técnica da nulidade parcial da sentença arbitral, o STJ delimitou com precisão o campo de atuação da arbitragem, preservando-a para a apuração do crédito e reservando ao juízo universal a definição de seus efeitos patrimoniais. Tal solução demonstra uma postura de deferência institucional à arbitragem, sem prejuízo da proteção dos interesses coletivos que informam o regime concursal.

Os precedentes recentes examinados, relativos aos conflitos de competência, reforçam essa leitura. O STJ tem adotado uma lógica de distribuição funcional de competências, evitando tanto a exclusão da arbitragem quanto a fragmentação do concurso de credores.

Conclui-se, assim, que o Superior Tribunal de Justiça vem construindo um conjunto de parâmetros interpretativos para a convivência entre arbitragem e insolvência empresarial, pautado pela distinção entre cognição e execução, pela centralidade do juízo universal e pela preservação da arbitragem como mecanismo legítimo de resolução de disputas empresariais. Essa jurisprudência contribui para a segurança jurídica e para a previsibilidade das relações econômicas, ao mesmo tempo em que reafirma o papel do direito concursal como instrumento de tutela do interesse coletivo dos credores e de preservação da empresa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. Aperfeiçoamento da arbitragem brasileira entre precedente Achmea e REsp 2.163.463/SP. Consultor Jurídico, São Paulo, 8 abr. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-abr-08/o-aperfeicoamento-da-arbitragem-brasileira-entre-o-precedente-achmea-e-o-resp-2-163-463-sp/>. Acesso em: 3 nov. 2025.

ALMEIDA, R. R. A falência da parte no curso da arbitragem: comentário à sentença prolatada no caso Continental v. Quirós e Outros. Revista brasileira de arbitragem, v. 64, p. 124-140, 2019.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Arbitragem e Precedentes. In: LEVY, Daniel (Org.); PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). Curso de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 301-328.

BARBOSA, Henrique; CANTIDIANO, Isabel. Arbitragem Societária e Arbitragem com a Administração Pública. Convenção Arbitral. Cláusula Compromissória Estatutária. Sociedade de Economia Mista. Abrangência e Vinculação da União Enquanto Acionista Controladora. Aplicabilidade ou Não da Regra da "Competência-Competência". Arbitrabilidade Objetiva e Subjetiva Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Conflito de Competência - Segunda Seção. Relator para o acórdão Ministro Luis Felipe Salomão - 27.11.2019. Revista brasileira de arbitragem, Vol 66, abr-jun/2020, p.108-147.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Tratamento legal do plano de recuperação extrajudicial brasileiro na hipótese de insolvência transnacional. Revista da Faculdade de Direito (Belo Horizonte, Brasil) 84 (2024): 351–366.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 set. 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 fev. 2005.

BRASIL. Lei nº 14.112, de 24 de dezembro de 2020. Altera a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005 (Lei de Recuperação de Empresas e Falência), a Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002 (cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal), e os arts. 6º-A, 6º-B e 10º-B do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 153.498/RJ (2017/0181737-7). Relator: Ministro Moura Ribeiro. Segunda Seção. Julgado em 23/05/2018. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 14 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 203.888/SP (2024/0338046-9). Relator: Ministro Raul Araújo. Segunda Seção. Julgado em 09/04/2025. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 06 mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Conflito de Competência nº 203.924/PE (2024/0338045-1). Relator: Ministro Raul Araújo. Segunda Seção. Julgado em 09/04/2025. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 06 mai. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.692.425/SP (2017/0309283-0). Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. Julgado em 14/08/2023. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 16 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 157.099/RJ (2018/0051390-6). Relator: Ministro Marco Buzzi. Relatora p/ Acórdão: Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção. Julgado em 10/10/2018. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 30 out. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 203.888/SP (2024/0338046-9). Relator: Ministro Raul Araújo. Segunda Seção. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 23 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 203.924/PE (2024/0338045-1). Relator: Ministro Raul Araújo. Segunda Seção. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 23 dez. 2024.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.355.831/SP (2012/0174382-7). Relator: Ministro Sidnei Beneti. Terceira Turma. Julgado em 19/03/2013. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 22 abr. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.953.212/RJ (2021/0170952-3). Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 26/10/2021. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, 3 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.163.463/SP (2023/0293623-0). Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Terceira Turma. Julgado em 01/04/2025. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, DF, [data não encontrada].

CABRAL, Thiago D. D. A mitigação da confidencialidade da arbitragem na recuperação judicial. Revista brasileira de arbitragem, São Paulo, v. 57, p. 45-66, jan./mar. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; CRISTOFARO, Maria Clara Salles. O prestígio à arbitragem na jurisprudência recente do superior tribunal de justiça. In: BARROSO, Luís Roberto et al. (Org.). Estudos de Direito Empresarial e Arbitragem: Homenagem a Pedro Paulo Cristofaro. [S. l.]: [s. n.], 2024. p. 1021-1041.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. O árbitro e a observância do precedente judicial. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2016-nov-01/paradoxo-corte-arbitro-observancia-precedente-judicial/].

ESTEVEZ, André Fernandes; ESTEVEZ, Diego; KLOSS, Caroline Pastro. Recuperação de Empresas e Falência: reflexos da Lei 14.112/20 na doutrina e jurisprudência. 2025. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2025.

GONÇALVES, Oksandro; LACERDA, RENAN M. N. Arbitragem e recuperação judicial: os efeitos da impecuniosidade. Revista brasileira de arbitragem, nº 82, abr-jun/2024, p. 62-89.

LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2024 /2024. Canal Arbitragem. São Paulo, 2025.

MONTES NETTO, Carlos Eduardo; SCAVAZZINI, Felipe Barbi; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Arbitragem e recuperação judicial: a competência para deliberação de aumento do capital social. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.16, n.3, 3º quadrimestre de 2021.

MORAES, Felipe Ferreira Machado. Arbitragem e falência. In: Carmona, et al (org). 20 Anos Da Lei de Arbitragem: Homenagem a Petrônio R. Muniz. 2017.p. 763-794.

MORAES, Felipe. Arbitragem, Falência e Recuperação Judicial. In: LEVY, Daniel (Org.); PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Org.). Curso de arbitragem. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. P. 581-620.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

QUADRANTE, Rodrigo. Lei de Falências vs. arbitragem: quem tem a palavra final? Consultor Jurídico, São Paulo, 23 mai. 2025. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2025-mai-23/lei-de-falencias-vs-arbitragem-quem-tem-a-palavra-final/>. Acesso em: 2 nov. 2025.

RANZOLIN, Ricardo; FEIJÓ, Guilherme Queirolo. Conflito de Competência. Cláusula Arbitral. Recuperação Judicial. Jufzo Universal Material. Litígio Societário Envolvendo Acionista Minoritário. Plano de Recuperação Judicial. Aumento de Capital Social Como Meio de Recuperação. Brasil. Superior Tribunal de Justiça - Conflito de Competência - Segunda Seção. Relatora para o acórdão Ministra Nancy Andrighi – 10.10.2018. Revista brasileira de arbitragem, Vol 65, jan-mar/2020, p.109-129.

SACRAMONE, Marcelo. Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SILVEIRA, Gustavo Scheffer da; BUFARA, Núbia Lopes Bufarah. Compensação em sede arbitral e recuperação judicial: análise crítica do REsp 2.163.463/SP – Caso Metha v. CART. Revista brasileira de arbitragem, São Paulo, v. 22, vol 86, 2025, p. 31-61.

SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro de; BECUE, Sabrina M. F. Insolvência Transnacional: Regime Legal e a Jurisprudência em Formação. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2021.

TIBURCIO, Carmen. A Competência do Tribunal Arbitral para decidir sobre sua própria competência. Barroso, Luís Roberto, et al. Estudos de Direito Empresarial e Arbitragem: Homenagem a Pedro Paulo Cristofaro. 1. 2024. p. 711-736.

TOLEDO, P. F. C. S. Arbitragem e Insolvência. In: WALD, A. (Org.). Doutrinas Essenciais - Direito Empresarial. 1ªed.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. VI, p. 819-844.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. "A arbitragem, a recuperação judicial e o agronegócio" Migalhas nº 6.245, publicado em 04.11.2025, disponível https://www.migalhas.com.br/depeso/443647/a-arbitragem-a-recuperacao-judicial-e-o-agronegocio , acesso em 12.12.2025.

PARTE 1

ARBITRAGEM PRIVADA

Arbitragem e Esportes

PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NÃO-SIGNATÁRIOS EM ARBITRAGENS ORIUNDAS DE CONTRATOS DE NEGOCIAÇÃO DE DIREITOS DE TRANSMISSÃO DE PARTIDAS DE FUTEBOL

André Luís Alvarenga Portella[221]

RESUMO

O presente trabalho foi capaz de demonstrar a relevância dos direitos de transmissão de partidas de futebol e como as dinâmicas relações neste mercado podem suscitar cenários em que possa haver a necessidade da extensão da convenção de arbitragem a terceiros não-signatários.

Como se pôde perceber, as teorias utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência para justificar tal fenômeno podem nos fornecer pistas e diretrizes sobre a existência de consentimento e de interesse jurídico do terceiro, aspectos fundamentais para que possa ser determinada a referida extensão.

Palavras-chave: direitos de transmissão; futebol; arbitragem; não-signatários; consentimento.

INTRODUÇÃO

Os direitos de transmissão de partidas de futebol constituem relevante receita dos clubes e organizações esportivas, sendo negociados a valores significativos, de modo a atrair o interesse de investidores, que lastreiam o retorno de seus investimentos nestes ativos. Trata-se de mercado dinâmico e com estrutura complexa, que fomenta o estabelecimento de diversas relações jurídico-econômicas entre os agentes envolvidos.

Diante deste contexto, o presente trabalho visa a esclarecer, no contexto de demandas arbitráveis envolvendo os contratos de negociação destes direitos, quais as teorias utilizadas para justificar a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários poderiam ser adotadas. A hipótese a ser confirmada é a de que, muito embora a doutrina e a jurisprudência se valham delas para justificar a extensão, mostra-se realmente relevante a aferição do consentimento e do interesse jurídico do terceiro em questão, ainda que tais construções teórico-jurisprudenciais possam ser úteis como diretrizes acerca da comprovação de tais circunstâncias.

---

[221] Mestrando em Direito, Estado e Constituição pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Sócio do Bermudes Advogados. Contato: andreportellaunb@gmail.com.

Para tanto, o artigo se encontra dividido em 3 capítulos, além desta introdução e da conclusão. No primeiro, será empreendida análise acerca da relevância desses direitos para os agentes econômicos do futebol profissional, na seção 1.1, e depois, na seção 1.2, será exposta a estrutura do mercado e quem seriam esses agentes envolvidos.

No segundo capítulo, procurou-se expor questões mais técnicas relacionadas ao instituto da arbitragem, a fim de verificar se o fenômeno da extensão da convenção de arbitragem a não-signatários poderia encontrar terreno fértil no mercado em análise. Para tanto, encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira seção (2.1), serão abordadas características mais gerais da arbitragem e ressaltado o papel primordial do consentimento na legitimação da jurisdição arbitral; na segunda seção (2.2), serão abordadas algumas hipóteses de extensão da convenção de arbitragem a não-signatários, diferenciando-as de outras hipóteses e estabelecendo um limite à atuação e competência dos árbitros. Já na terceira seção (2.3), buscou-se realizar uma recapitulação das principais teorias utilizadas para fundamentar a referida extensão, tendo sido dedicada uma subseção a cada uma delas (2.3.1; 2.3.2 e 2.3.3). Por fim, na quarta seção deste capítulo (2.4), teceu-se algumas considerações necessárias acerca da extensão da convenção de arbitragem a não-signatários.

Finalmente, no capítulo terceiro, buscou-se responder o problema de investigação acima exposto, aplicando-se os fundamentos desenvolvidos nos primeiros capítulos, de modo a expor possíveis conflitos e situações concretas objeto da análise empreendida neste trabalho.

1. CONTRATOS DE NEGOCIAÇÃO DE DIREITOS DE TRANSMISSÃO DE PARTIDAS DE FUTEBOL

O intuito deste primeiro capítulo é situar os contratos de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol em termos de relevância e impacto para os agentes envolvidos no mercado. Pretende-se, ainda, traçar breve panorama acerca de tais agentes, ressaltando que o advento de novas tecnologias poderá, ainda, causar profundas transformações na maneira do espectador de se relacionar com eventos esportivos.

Para tanto, ele se encontra dividido em apenas duas seções: na primeira (1.1), será empreendido breve histórico acerca das transmissões de partidas de futebol e da sua relevância para o ecossistema do esporte. Na segunda seção (1.2), buscar-se-á identificar a estrutura do mercado e os agentes nele envolvidos.

1.1. Histórico e relevância das transmissões de partidas de futebol

A primeira transmissão televisiva ao vivo e em cores de uma partida de futebol ocorreu na Copa do Mundo de 1970 e, desde então, a relação do esporte com o seu público foi drasticamente

alterada, seja em virtude das diferentes percepções suscitadas por essa nova realidade, seja pela maneira como o espectador, interessado, torcedor ou consumidor, passou a ser enxergado pelos clubes e organizações esportivas.

Foi nessa esteira que, a partir de 1971, as Redes Tupi e Manchete passaram a transmitir o recém-criado Campeonato Brasileiro de Futebol, difundindo as transmissões televisivas em território nacional, até a posterior chegada de outros grupos de mídia, como a Globo, o SBT e a Rede Bandeirantes.

Tal difusão deve ser visualizada no contexto das "profundas transformações da economia capitalista" durante o surgimento da chamada sociedade de massa, consistentes na emergência de uma nova classe média e de uma "cultura do lazer" que era moldada e, simultaneamente, moldava os gostos e hábitos desse novo contingente de consumidores[222]. Nesse sentido, Proni argumenta que:

"[...] houve uma mudança qualitativa na estruturação e na divulgação do esporte no mundo contemporâneo, que do nosso ponto de vista ocorreu em razão de dois movimentos básicos: (i) uma progressiva mercantilização da cultura [...]; e (ii) uma visível transformação das estruturas sociais e econômicas, particularmente depois da Segunda Guerra Mundial."[223]

A referida mercantilização da cultura e a proeminência de uma indústria cultural, propiciada pelas aludidas mudanças estruturais da economia capitalista, acompanhou o desenvolvimento das modalidades esportivas ao longo dos anos[224], processo no qual se configurou aquilo que pode ser chamado de "futebol-espetáculo"[225], produto cuja exploração se encontra atualmente em seu ápice.

Porém, a crença de que as transmissões afastariam o público dos estádios foi sendo apenas paulatinamente superada pela convicção de que elas, na realidade, representariam uma nova fonte de receita para as organizações esportivas e, consequentemente, uma nova fronteira para o lucro do capital[226], o que veio a ser intensificado pela consolidação do fenômeno do clube-empresa[227].

Segundo dados do Global Media Report, elaborado pela Sport Business, os direitos de mídia de eventos esportivos ultrapassaram a barreira dos 60 bilhões de dólares anuais pela primeira vez em 2024, atingindo a cifra de aproximadamente 62,2 bilhões de dólares[228]. Muito embora exista uma percepção de que os valores de negociação de tais direitos estejam em queda, o relatório de 2025, elaborado pela mesma instituição, apontou a existência de margem para crescimento nos próximos anos[229].

---

[222]PRONI, Marcelo Weishaupt. Esporte-Espetáculo e Futebol-Empresa. Tese de doutorado. Faculdade de Educação Física. Universidade de Campinas (1998), p 61.

[223]. PRONI, Marcelo Weishaupt. Op. Cit. (1998), p. 59.

[224].SANTOS, Antônio David Gomes dos. Os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de futebol. Ed. Appris, Curitiba, 2019, p. 34.

[225]MASCARENHAS, Gilmar. Entradas e bandeiras: a conquista do Brasil pelo futebol. Ed. UERJ, Rio de Janeiro, 2014, p. 179.

[226]SANTOS, Irlan Simões dos; FERREIRA, Jonathan; e PISANI, João Ricardo. Finanças, mídia e futebol: o modelo de multi-club ownership e inserção dos fundos de private equity. In: ALCEU (Rio de Janeiro, online), vol. 24, n. 52, pp. 199-217, jan/abr 2024.

As possibilidades de exploração da atenção da massa consumidora de eventos esportivos incrementam a importância destes ativos, os quais passam a fazer parte da estratégia competitiva de grupos de mídia, que buscam agregar valor à sua grade de programação mediante o investimento em vultosas aquisições de direitos. Ressalte-se, ainda, a tendência de investimentos em tecnologia e em experiências de realidade aumentada no segmento de esportes, que pode, ainda, revolucionar as transmissões nos próximos anos.

Em decorrência das altas cifras envolvidas, as receitas oriundas da negociação dos direitos de transmissão representam uma fatia bastante relevante do orçamento das mais diversas organizações esportivas. No caso do futebol brasileiro, segundo dados do Relatório Convocados de 2025, elas representaram, em média, 32% do orçamento dos clubes da Série A do Campeonato Brasileiro, no ano de 2024; o que permite a suposição de que divergências quanto à sua distribuição podem gerar conflitos entre os clubes, as emissoras/transmissoras e os demais agentes econômicos atuantes no mercado.

Por se tratar de contratos complexos, cuja elaboração e interpretação exigem conhecimentos específicos, a arbitragem emerge como um mecanismo adequado para a resolução dos conflitos oriundos deste tipo de negócio jurídico. Dentre as vantagens já conhecidas, destacam-se a presumida precisão técnica da sentença a ser proferida, haja vista a possibilidade de se indicar especialistas como árbitros, além da celeridade, da possibilidade de eleger a legislação aplicável e da flexibilidade procedimental.

Assim, dada a dinâmica do mercado de negociação dos direitos de transmissão de partidas de futebol, não é exagerado pensar que, mesmo não sendo signatários de contratos que, eventualmente, previram a realização de arbitragem, pode ser necessária a participação de terceiros no procedimento arbitral, em função da natureza de sua relação com as partes signatárias e com os direitos controvertidos.

1.2. O mercado de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol e os agentes nele envolvidos

Os direitos de transmissão de partidas de futebol costumam ser negociados de maneira individual ou coletiva. No primeiro caso, cada equipe negocia a venda dos direitos das partidas em que é mandante; na segunda hipótese, os clubes, blocos comerciais, ligas ou entidades organizativas agrupam esses direitos e os negociam conjuntamente, distribuindo parte da renda auferida de forma isonômica e a outra parte com base em critérios como desempenho esportivo e tamanho do mercado (torcida).

---

[227] SIMÕES, Irlan. Clube-Empresa – abordagens críticas globais às sociedades anônimas do futebol. Ed. Corner, Brasil, 2020.

[228].Sports Business (2024). Global Media Report. Disponível: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2024/. Último acesso em 13.12.2025.

[229].SANTOS, Antônio David Gomes dos. Os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de futebol. Ed. Appris, Curitiba, 2019, p. 34.

[230]Sports Business (2025). Global Media Report. Disponível em: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2025/. Último acesso em 13.12.2025.

Tais negociações envolvem, numa complexa teia, os interesses de clubes, transmissores, anunciantes, consumidores e atletas[233]. Trata-se, em realidade, de um mercado de múltiplos lados, no qual os transmissores, que podem ser considerados verdadeiras plataformas, atuam para facilitar ou possibilitar as interações entre os demais agentes[234], circunstância que lhes confere grande poder de mercado[235]. Basicamente, tais agentes adquirem os direitos dos detentores, envelopam o produto e distribuem aos consumidores via televisão — aberta ou paga — ou via internet (plataformas de streaming e redes sociais). Independentemente de cobrarem uma taxa de subscrição dos consumidores, os transmissores negociam a atenção de sua audiência com anunciantes[236], oferecendo espaços publicitários na transmissão ou explorando publicidade direcionada pelo tratamento dos dados pessoais dos usuários[237].

Segundo a FIFA, 95% dos direitos de transmissão de partidas das principais competições de futebol do mundo são negociados coletivamente[238], tendo as autoridades concorrenciais[239], inclusive o CADE[240], já se debruçado sobre a licitude da prática em diferentes oportunidades. Em tais oportunidades, de maneira abrangente, ainda que não sistemática[241], definiu-se diretrizes que formataram os mercados de negociação destes direitos, as quais são capazes de traçar um panorama sobre os pontos de pressão competitiva existentes, nos quais possíveis conflitos entre particulares podem surgir, para além da persecução antitruste.

---

[230] EVENS, Tom; IOSIFIDIS, Petros; e SMITH, Paul. The Political Economy of Television Sports Rights, p. 31. Palgrave Macmillan (2013).

[231]The Business Research Company (2025). Sports Global Market Report. Disponível em: https://www.thebusinessresearchcompany.com/report/sports-global-market-report. Último acesso em 13.12.2025.

[232] Galapagos Capital (2025). Relatório Convocados – A Indústria do Futebol Brasileiro, pp. 43-47. Disponível em:https://lp.galapagoscapital.com/hubfs/Relatorio%20Convocados%20Galapagos%20Outfield%202025%3B.pdf?hsLang=en. Último acesso em 13.12.2025.

[233] FRAZÃO, Ana. O mercado de transmissão de jogos de futebol pela TV aberta: a estrutura em plataforma e a composição dos interesses dos diversos lados do mercado, incluindo os torcedores. In: Jota, 08.05.2019. Disponível: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-mercado-de-transmissao-de-jogos-de-futebol-pela-tv-aberta-08052019. Acesso em 13.12.2025.

[234] EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business. Working Paper. National Bureau of Economic Research. Cambridge, MA, 2013. Disponível: http://www.nber.org/papers/w18783. Acesso em 13.12.2025; e EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. Harvard Business Review Press, English Edition, 2016.

[235] FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo; GONTIJO, Bruno Miranda; e LIMA, Henrique Cunha Souza (orgs.). Direito, tecnologia e inovação, v. 1, Belo Horizonte, Ed. D' Plácido, 2018, pp. 635-669.

[236] Nesse sentido, ver: WU, Tim. The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads. Vintage Books, New York, 2016.

[237] FRAZÃO, Ana. Op. Cit., 2018, pp. 643-644.

[238] FIFA (2023). Professional Football Landscape. Disponível: https://landscape.fifa.com/en/landscape. Último acesso em 13.12.2025.

[239] European Commission: Case COMP/C.2-37.398 (UEFA Champions League), 23.07.2003; Case COMP/C-2/37.214 (Bundesliga), 19.01.2005; Case COMP/38.173 (Premier League), 22.03.2006.

[240] MATTOS, Cesar. Broadcasting Football Rights in Brazil: The case of Globo and "Clube dos 13" in the antitrust perspective. Estudos Econômicos, São Paulo, vol. 42, n.2, p. 337-362, 2012.

[241] ORTH, Mark-E. Sports & Competition Law: An overview of EU and national case law. E-Competitions Sports & Competition Law, n° 103749, 2021.

Estabeleceu-se, nesses julgados, parâmetros como a limitação do tempo de exclusividade; o desmembramento em diferentes mídias e restrição ao número de pacotes adquiridos pelos compradores; a promoção de procedimentos licitatórios transparentes, isonômicos, com regras objetivas e auditados; a vedação ao tratamento favorecido ou discriminação; e a imposição de cláusulas de reutilização (fall-back clauses), que possibilitam a renegociação individual dos direitos de partidas adquiridas, mas não transmitidas, pelos detentores.

Paralelamente, o avanço tecnológico e o advento dos serviços over-the-top[242], que proporcionam a transmissão de eventos esportivos por streaming ou pelas redes sociais, acrescentaram ao mercado novos agentes, com novas práticas e dinâmicas comerciais[243], que, para além de alterarem o comportamento do consumidor[244], suscitam novas relações jurídicas e, por conseguinte, possibilitam novos conflitos com os demais agentes econômicos com quem estabelecem relações privadas neste mercado. Além destes novos agentes, competem pela atenção do público no mercado digital de transmissão de eventos esportivos gigantes de outros setores da economia e incumbentes com poder de mercado nas mídias tradicionais[245].

Diante desta estrutura de mercado e da diversidade dos agentes econômicos envolvidos numa negociação para a aquisição de direitos de transmissão de partidas de futebol, é natural que sejam entabulados diversos negócios jurídicos, de alguma forma, relacionados ao contrato principal, firmado entre os titulares e os adquirentes dos direitos. Caso haja previsão de arbitragem apenas no contrato principal ou somente em algum destes acordos a ele relacionados, poderá haver a necessidade ou a pertinência da participação de terceiros não-signatários no procedimento arbitral, hipótese cujo escopo de incidência constituirá objeto de análise nos capítulos adiante.

---

[242] OTT é a sigla utilizada para designar serviços Over-the-top, baseados em transmissão instantânea de conteúdos por dados via internet. Para mais detalhes, ver: FERNANDES, Victor Oliveira. Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito Universidade de Brasília, 2018. Disponível: https://repositorio.unb.br/handle/10482/32045. Último acesso em 13.12.2025.

[243] KRINGS. Emily. VOD Streaming – What it is and How it Works with OTT. 2023. Disponível: https://www.dacast.com/blog/vod-streaming/. Último acesso em 13.12.2025.

[244] Deloitte (2018). The future of TV na video landscape by 2030. Disponível: https://www2.deloitte.com/tr/en/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/future-of-tv-video.html. Último acesso em 13.12.2025.

[245]BUDZINSKI, Oliver; GAENSSLÉ, Sophia; KUNZ-KALTENHÄUSER, Philipp. How Does Online Streaming Affect Antitrust Remedies to Centralized Marketing? The Case of European Football Broadcasting Rights (June 30, 2019). Ilmenau Economics Discussion Papers (2019), Vol. 25, No. 128, Disponível: https://ssrn.com/abstract=3417423. Último acesso em 13.12.2025.

2. PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NA ARBITRAGEM

Neste capítulo serão abordadas questões mais técnicas relacionadas ao instituto da arbitragem. O intuito é o de que, após a compreensão das dinâmicas e das estruturas do mercado, e da identificação de seus principais agentes, seja possível, no último capítulo, estabelecer uma conexão entre as questões comuns a procedimentos arbitrais que envolvem a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários e o mercado em análise.

Dessa forma, encontra-se dividido da seguinte forma: na primeira seção (2.1), serão abordadas características mais gerais da arbitragem e ressaltado o papel primordial do consentimento na legitimação da jurisdição arbitral; na segunda seção (2.2), serão abordadas algumas hipóteses de extensão da convenção de arbitragem a não-signatários, diferenciando-as de outras hipóteses e estabelecendo um limite à atuação e competência dos árbitros. Já na terceira seção (2.3), buscou-se realizar uma recapitulação das principais teorias utilizadas para fundamentar a referida extensão, tendo sido dedicada uma subseção a cada uma delas (2.3.1; 2.3.2 e 2.3.3).

Por fim, na quarta seção deste capítulo (2.4), teceu-se algumas considerações necessárias acerca da extensão da convenção de arbitragem a não-signatários. Elas consistem no alerta quanto à dificuldade de sua compatibilização com o direito de paridade de armas garantido às partes, no que diz respeito ao momento da escolha dos árbitros; além das demais dificuldades inerentes à sua realização no contexto de arbitragens multiparte.

2.1. Características gerais e primado do consentimento

Consoante dispõe o art. 1º, da Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), "[a]s pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniaisdisponíveis." (destacou-se e grifou-se). Para Carlos Alberto Carmona, um direito disponível é aquele que "pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com a sua infringência."[246].

Na mesma linha, ao tratar dos direitos disponíveis e arbitráveis, Cândido Rangel Dinamarco evoca "um estreito paralelismo entre a possibilidade e a impossibilidade da disposição de direitos e a admissibilidade ou inadmissibilidade da renúncia à jurisdição estatal."[247]. Tal renúncia à jurisdição estatal, portanto, seria exercida livremente em prol da jurisdição privada, reforçando a autonomia da vontade como pressuposto do caráter jurisdicional da arbitragem, afinal, nela se encontra o fundamento para que a arbitragem exerça a sua "função de pacificar pessoas mediante a realização de justiça, exercida tanto pelo juiz togado quanto pelo árbitro"[248].

---

[246] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96. Ed. Atlas, São Paulo, 3ª ed. rev. atual.; 2009, p. 38.
[247] DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 75.
[248] DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 39.
[249]MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 14.

Entretanto, se a jurisdição estatal é marcada por ser perene e universal, a jurisdição privada é limitada, tanto no tempo (Lei n. 9.307/1996, art. 23, caput), quanto em sua competência; tanto do ponto de vista material (arbitrabilidade objetiva), quanto subjetivo (arbitrabilidade subjetiva). Tais limites se encontram dispostos na própria convenção de arbitragem, como se extrai da interpretação dos artigos 3º e 4º, da Lei n. 9.307/1996.

Assim, é justamente por decorrer da autonomia da vontade das partes que o consentimento precisa ser inequívoco, ainda que implícito, afinal, em exercício desta autonomia, como já se apontou, elas escolhem livremente a derrogação da jurisdição estatal e das presumidas garantias a ela inerentes (duplo grau de jurisdição, p. ex.) em prol da jurisdição arbitral. Nesse sentido, aduz Leonardo de Campos Melo que "[...] a arbitragem nasce da livre manifestação de vontade; desenvolve-se no mais amplo campo de liberdade para as partes contratantes; e fica comprometida a sua sobrevivência mesma sempre que o consentimento das partes não for rigorosamente observado."[249].

De acordo com o art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996, "[a] cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ela se refira.". Diante de tal exigência legal, se mal enquadrada a questão, a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários poderia parecer irremediavelmente obstada, pois, poder-se-ia pensar que o consentimento deveria ser dado única e exclusivamente por escrito, excluindo-se por imperativo lógico os não-signatários de qualquer procedimento arbitral; todavia, tal entendimento não se coaduna à interpretação dada pela melhor doutrina e pela jurisprudência, segundo as quais a exigência da forma escrita se refere à cláusula compromissória, e não à manifestação de vontade.

A propósito, Bernard Hanotiau já apontou que a exigência da forma escrita, também prevista pelo art. 2º, II, da Convenção de Nova Iorque, é diferente da demonstração de consentimento[250]. Para o autor, o problema dos não-signatários é essencialmente de direito contratual, demandando a identificação de quem seria parte para a convenção, quem teria a ela aderido e quem, eventualmente, não poderia alegar não ter a ela se vinculado[251].

---

[250] "Indeed, signature and writing are considered to be two different things. Beyond the fact that a party's signature can be provided by another Entity on its behalf, signature is just one means among others to express consent. Consent may be proved through many different ways depending upon the circumstances. HANOTIAU, Bernard. Consent to Arbitration: Do we share a common vision? Arbitration International. Vol. 27. Issue 4. Downloaded from: http://arbitration.oxfordjournals.org/ by guest on December 6, 2016, p. 548.

[251] HANOTIAU, Bernard. Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration. In: Multiple Party Action and International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37.

[252] PARK, William W. Non-signatories and the New York Convention. Dispute Resolution International. Vol. 2, n. 1, May 2008, pp. 84-109.

[253] MRÁZ, Michael. Extension of an arbitration agreement to non-signatories: some reflection on swiss judicial practice. Annals FLB – Belgrade Law Review. Year LVII, 2009, n. 3, pp. 54-63.

[254] Brasil. Superior Tribunal de Justiça (2016). Recurso Especial n. 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, STJ, in DJe de 20.05.2016.

Na mesma linha, autores como William W. Park[252] e Michael Mráz[253], em interpretações das exigências da referida convenção e do ordenamento jurídico suíço, respectivamente, também concluíram pela possibilidade da demonstração do consentimento de outras maneiras, para além da forma escrita.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial n. 1.569.422/RJ, consagrou entendimento segundo o qual "a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que inserta."[254]. A boa doutrina brasileira, desde muito antes, já admitia a validade da manifestação tácita de vontade mediante a efetiva "exteriorização por uma data atitude"[255], prezando, ademais, em matéria de arbitragem, pelo princípio do consensualismo em detrimento do apego ao formalismo jurídico[256].

Assim, a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários deve se fundamentar, primeiramente, na existência ou não de consentimento, devendo as teorias evocadas pelos tribunais arbitrais e judiciais serem interpretadas como diretrizes sobre a maneira como o consentimento e o interesse jurídico do não-signatário na demanda teriam sido demonstrados no caso concreto.

Ressalte-se, aliás, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7, erigiu o consentimento a patamar especial na arbitragem. Afinal, condicionou a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 à existência de voluntariedade das partes em optarem pela jurisdição arbitral, tendo o Min. Sepúlveda Pertence afirmado que "[a] marca da consensualidade da instituição mediante o compromisso do juízo arbitral é, assim, dado essencial à afirmação de sua legitimidade perante a Constituição."[257].

2.2. Hipóteses de extensão da convenção de arbitragem a não-signatários

A extensão da convenção de arbitragem a não-signatários é fenômeno que se origina em função da multiplicidade e da complexidade das relações comerciais contemporâneas, que envolvem cada vez mais agentes interrelacionados, os quais, a partir de um entrelaçamento de suas relações jurídico-econômicas, contraem obrigações (de se submeter ou não à arbitragem, p. ex.) recíprocas entre si, expressa ou tacitamente. Tal circunstância pode ser observada no mercado de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol, como já salientado acima.

---

[255] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1 – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. 26ª edição, Forense, Rio de Janeiro, p. 405.

[256]MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 14.

[257] Brasil. Supremo Tribunal Federal (2001). Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator Min. Sepúlveda Pertence.

[258] FORGIONI, Paula A. Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da mercancia ao mercado. Revista dos Tribunais, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2021, pp. 94-95.

Conforme nos relembra a boa doutrina, as empresas (os agentes econômicos que visam ao lucro) se revelam em suas transações e interações no mercado por meio dos contratos, valendo-se de arranjos contratuais complexos para se engajar em parcerias duradouras e gerar riquezas[258]. Nesse cenário de proeminência do contratualismo, as tensões oriundas do já mencionado entrelaçamento de relações jurídico-econômicas podem fazer eclodir conflitos que envolvem múltiplas partes e contratos, o que, por sua vez, traz à tona o problema dos não-signatários: poderia um terceiro não-signatário da convenção de arbitragem inserta em determinado contrato ser parte em procedimento arbitral a ele relacionado?

Como adiantado na subseção anterior, a resposta é positiva, desde que seja demonstrado o efetivo consentimento para tanto, ainda que tacitamente. O que se busca explicitar a seguir são as hipóteses dessa extensão, para, então, posteriormente, apontar as principais teorias a embasá-las; daí, finalmente, à luz de possíveis conflitos surgidos no âmbito do mercado de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol, este trabalho espera ser capaz de apontar quais circunstâncias deverão ser analisadas para o deferimento ou não do pedido de extensão, em situações práticas.

A doutrina costuma elencar três hipóteses principais sob as quais poderá haver a vinculação de terceiros não-signatários à convenção de arbitragem: (a) a transmissão da cláusula compromissória por ato inter vivos ou causa mortis, a exemplo da cessão de posição contratual; (b) a vinculação de terceiros por consentimento implícito; e (c) a ocorrência de fraude ou abuso de direito, que será oportunamente diferenciada da hipótese de desconsideração da personalidade jurídica[259]. Muito embora a classificação sugerida seja capaz de contemplar as mais diversas situações, sobretudo, pela amplitude conceitual do termo "consentimento implícito", pode-se dizer que, ao fim e ao cabo, a vinculação de terceiros não-signatários depende da demonstração de seu inequívoco consentimento.

Isso porque, em relação ao item "a", no ato da cessão da posição contratual, o requisito do consentimento já se encontra devidamente suprido, seja pela disposição do cessionário em adquirir posição contratual em que se encontra prevista a realização de arbitragem (ato inter vivos) — presumindo-se a sua ciência acerca da previsão, à luz do padrão do homem ativo, probo e diligente com seus próprios negócios, aplicável ao agente econômico ou ao seu representante —, seja porque, no caso de cessão desta posição por sucessão patrimonial (causa mortis), o sucedente já teria suprido tal condição no momento da perfectibilização do ato jurídico, não cabendo questionar a sua manifestação de vontade, a não ser que se trate de sucessor incapaz de dispor sobre seus direitos patrimoniais, hipótese na qual poderá cessar a competência do tribunal arbitral por causa superveniente.

---

[259] FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem. São Paulo, Quartier Latin, 2019.

Ou então, vale se atentar para hipótese na qual a cessão da posição contratual se deu de maneira viciada. Neste caso, mesmo que a manifestação de vontade se encontre eivada de nulidade, a convenção de arbitragem é autônoma e, ainda que, posteriormente, possa ser reconhecido o vício quanto ao consentimento em submeter controvérsias à arbitragem, é facultado ao árbitro reconhecer sua jurisdição, com fundamento no princípio da competência-competência.

Por sua vez, em relação ao item "c", a extensão pela apuração de fraude ou de abuso de direito deve ser devidamente diferenciada da desconsideração da personalidade jurídica, sobre a qual parte relevante da doutrina firmou posição no sentido de que não seria cabível em sede de arbitragem. Isso porque "a jurisdição arbitral não pode ir além do negócio jurídico que motivou a sua implantação nem pode envolver senão as partes que a convencionaram."[260]. Para Faria

"[...] a desconsideração da personalidade jurídica leva para a arbitragem questões não abrangidas pela cláusula compromissória, quais sejam, a existência de fraude ou abuso da personalidade jurídica, a justificar a extensão da responsabilidade patrimonial. Portanto, entende-se que tais questões devem ser decididas no âmbito do poder judiciário, salvo quando haja, na cláusula compromissória, a expressa possibilidade de o árbitro decidir tais questões, aplicando-se, assim, seu objeto e, via de consequência, a competência arbitral."[261]

Por outro lado, nos casos de vinculação de não-signatário em virtude de fraude ou de abuso de direito, por se tratar de verdadeira ocultação do real titular da operação econômica disposta no instrumento contratual que prevê a realização de arbitragem, presume-se inequívoco o seu consentimento, ainda que exercido por interpostas pessoas (físicas ou jurídicas), de modo que o árbitro estaria autorizado a verificar se, mediante expedientes fraudulentos ou abusivos, o terceiro está buscando evitar sua atração para um litígio do qual deveria fazer parte, evadindo-se de eventual responsabilização.

Em tais oportunidades, o árbitro, também por força do princípio da competência-competência, deverá decidir acerca da extensão, afinal, "o pleito de extensão da convenção de arbitragem deve ser dirigido ao órgão arbitral."[262], conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Caso Serpal[263], evitando que os juízes togados possam analisar matéria de competência da jurisdição arbitral, ainda que na fase de cumprimento de sentença.

---

[260] DIDIER JR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In Arbitragem: Estudos sobre a Lei 13.129 de 26-5-2015. Org. Francisco José Cahali, Thiago Rodovalho; Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

[261] FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem: riscos de intervenção obrigatória por terceiros não signatários. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Org.). Riscos no direito privado e na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 795-812.

[262] YARSHELL, Flávio Luiz. Sentença arbitral e desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento de sentença. In: SIMONS, Adrian; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RAGONE, Alvaro Pérez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. Ed. Tirant, São Paulo, 2020, pp. 600-604.

Nesse particular, a desconsideração para fins de alcance do patrimônio de sócios somente deverá ser admitida em cumprimento de sentença após o procedimento arbitral quando houver a necessária instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, cujo rito se encontra previsto nos artigos 133 a 137, do Código de Processo Civil, garantindo aos demandados o acesso ao contraditório e à ampla defesa.

Nota-se que, no final das contas, as hipóteses de extensão da convenção de arbitragem a não-signatários retomam a indagação acerca da existência de consentimento implícito, nos termos do item "b" supra. Não por outro motivo, Vieira afirma que as teorias que justificam a referida extensão "estão lastreadas, de forma genérica, na ideia do consentimento implícito que se pode extrair da conduta do terceiro"[264]. Entretanto, ao contrário do que tal afirmação possa sugerir, o estudo das referidas teorias se mostra bastante útil, pois, auxilia na compreensão das formas pelas quais tal consentimento poderá ser exercido na prática, à luz das mais diversas obrigações assumidas pelos terceiros.

2.3. Principais teorias utilizadas

Ao se deparar com o problema dos não-signatários, a doutrina e a jurisprudência formataram algumas teorias para justificar a extensão da convenção de arbitragem a estes terceiros. Adiante, serão expostas as principais delas, aquelas com maior relevo e aceitação, as quais devem funcionar meramente como diretrizes para a aferição do consentimento e do interesse jurídico do terceiro no caso concreto, devendo ser utilizadas conforme as circunstâncias se apresentem.

2.3.1. Teoria dos Grupos Societários

A Teoria dos Grupos Societários ficou associada ao célebre Caso Dow Chemical x Isover (ICC Case n. 4131), no qual a Câmara de Comércio Internacional e o Poder Judiciário francês decidiram que algumas empresas do Grupo Dow Chemical não-signatárias da convenção de arbitragem poderiam fazer parte do procedimento em virtude de seu papel na execução e na conclusão do contrato, assinado por apenas uma das subsidiárias do grupo. A partir de então, ganhou expressão a referida teoria, segundo a qual uma sociedade do mesmo grupo, mesmo que não tenha assinado a convenção de arbitragem, pode fazer parte do processo caso tenha tido influência na conclusão, execução ou resolução do contrato[265].

---

[263] ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 58, pp. 577-605.

[264] VIEIRA, Christian Garcia. Ainda sobre a desconsideração da personalidade jurídica em procedimentos arbitrais. In. Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre jurisdições arbitral e estatal. Coord. Gilberto Giusti, Eliana Baraldi, Eduardo Vieira de Almeida, Gustavo Favero Vaughn. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, p. p. 1075 – 1098. Veja, no mesmo sentido: BREKOULAKIS, Stavros. Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories. Journal of International Dispute Settlement, 2017. p. 3.

[265] WALD, Arnoldo. A Teoria dos Grupos de Sociedades e a Competência do Juízo Arbitral. In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, jan-mar/1996.

[266] TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. Revista dos Tribunais, Vol. 903, 2011, pp. 20-21.

[267] CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 21, jul./set. 2003.

Apesar de sua ampla aceitação, é preciso esclarecer que a simples existência de um grupo de sociedades não é suficiente para se justificar a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários. Necessário, portanto, compreender que, por mais que a existência do grupo de sociedades possa fornecer, no máximo, indícios de eventual consentimento, a sua aferição concreta e inequívoca permanece indispensável[266]. Nesse sentido, Caprasse afirma que

"A autonomia das personalidades jurídicas das sociedades faz com que somente as sociedades que consentiram possam ser vinculadas. A existência de um grupo não implica, portanto, a vinculação de todas as entidades que o compõem, quando uma dentre elas assume um compromisso (A). Faz-se necessário estabelecer o consentimento de cada uma, o que é possível, mesmo com relação a uma sociedade que não participou formalmente do contrato que compreende a cláusula compromissória (B). Tendo em vista a autonomia das personalidades jurídicas e a possibilidade de estabelecer o consentimento de uma pessoa que não o deu formalmente, teremos que demonstrar que a existência de um grupo não interfere na necessidade do estabelecimento do acordo das partes (C)."[267]

Inclusive, Karim Youssef salienta que passou ao largo da percepção de boa parte da doutrina o peso e a preponderância da teoria da aparência no Caso Dow Chemical. Isso porque a sentença constatou que a Isover acreditava estar lidando com o grupo econômico enquanto unidade, sem ter feito qualquer diferenciação entre signatários ou não-signatários[268]. Não obstante os grupos societários atuarem de maneira coordenada e unitária, a mera identificação da sua existência não pode se traduzir em automática extensão da convenção de arbitragem a uma sociedade não-signatária. Nota-se no caso em questão que, em virtude da presumida autonomia das sociedades empresárias, foi preciso identificar elementos outros além da existência de um grupo de sociedades, como o consentimento inequívoco, a existência dessa percepção de unidade (teoria da aparência) e a participação na "performance" do contrato[269], para que a extensão fosse possível.

2.3.2. Teoria dos contratos coligados ou conexos

A Teoria dos contratos coligados ou conexos pressupõe a existência de múltiplos contratos interligados e, de alguma maneira, correlacionados, nos quais se estabelecem distintas relações jurídicas entre múltiplas partes e nem todos preveem a solução de litígios por arbitragem. Como disserta Faria, tal circunstância demanda a análise da função de cada contrato para justificar

---

[268]"One aspect of the award has passed unnoticed. Specifically, the théorie de l'apparence is not only implicit in the rationale of the award (the reference to the existence of a single economic group that acts as such a vis-à-vis third parties) but also explicit in its language. YOUSSEF, Karim. The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies. Multiparty Arbitration (eds. Bernard Hanotiau e Eric Schwartz). Dossiers, ICC Institute of World Business Law. Paris, 2010, p. 80.

[269] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96. Ed. Atlas, São Paulo, 3ª ed. rev. atual.; 2009, pp. 82-83.

[270] FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem: riscos de intervenção obrigatória por terceiros não signatários. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Org.). Riscos no direito privado e na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 795-812.

[271] MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 63.

[272] S.A. Kis France v. Société Générale, Paris, Court D'appel [CA], Out. 31, 1989.

"a) a possibilidade de ampliação objetiva da jurisdição do árbitro para abarcar litígios decorrentes de contratos coligados celebrados entre as mesmas partes; b) a possibilidade de ampliação subjetiva do contrato para abarcar outras partes que são signatárias somente de um ou mais contratos que não possuem cláusula compromissória, no entanto, são coligados com contratos com cláusula compromissória."[270]

Com efeito, pode-se dizer que a teoria dos contratos coligados "abarca as inúmeras hipóteses de contratos que, conquanto sejam diretamente relacionados, não se encontram expressamente vinculados à mesma convenção arbitral.". [271]

Por exemplo, no caso S.A. Kis France v. Société Générale,[272] a despeito da existência de grupos de sociedades subordinadas em ambos os lados, pesou para a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários o fato de que as obrigações contratuais assumidas pelas partes em litígio se encontravam "inexoravelmente ligadas"[273] àquelas assumidas por terceiros em contrato que não previa a resolução das controvérsias por procedimento arbitral.

Assim, sob a égide desta teoria, por força da aplicação do princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, ganha relevo o sujeito que, muito embora não seja qualificado como parte no sentido formal do negócio jurídico, "constitui figura jurídica integrante do regulamento de interesses estabelecido por meio dos contratos conexos."[274].

Para além do consentimento inequívoco, a sua utilização como justificativa em hipóteses de extensão a não-signatários não prescinde da identificação e da qualificação adequada de tais figuras.

---

[268]"One aspect of the award has passed unnoticed. Specifically, the théorie de l'apparence is not only implicit in the rationale of the award (the reference to the existence of a single economic group that acts as such a vis-à-vis third parties) but also explicit in its language. YOUSSEF, Karim. The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies. Multiparty Arbitration (eds. Bernard Hanotiau e Eric Schwartz). Dossiers, ICC Institute of World Business Law. Paris, 2010, p. 80.

[269] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96. Ed. Atlas, São Paulo, 3ª ed. rev. atual.; 2009, pp. 82-83.

[270] FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem: riscos de intervenção obrigatória por terceiros não signatários. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Org.). Riscos no direito privado e na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 795-812.

[271] MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 2013, p. 63.

[272] S.A. Kis France v. Société Générale, Paris, Court D'appel [CA], Out. 31, 1989.

Trata-se da teoria mais provável para justificar eventual extensão da convenção de arbitragem a terceiros não-signatários no contexto dos contratos de direitos de transmissão de partidas de futebol. Afinal, como já relatado acima, tais negociações envolvem diversos agentes e interesses interligados em complexas teias engendradas pela estrutura do mercado em questão, fazendo ser maior a probabilidade de existir, portanto, contratos conexos com divergências acerca da previsão da realização de arbitragem e dúvidas quanto ao seu alcance objetivo e subjetivo.

2.3.3. Teoria dos atos próprios (estoppel)

Outra teoria frequentemente utilizada pela doutrina e em decisões para justificar a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários consiste na aplicação do conceito anglo-saxão de estoppel, que seria correspondente, na tradição continental, da "teoria dos atos próprios enquanto aplicação da cláusula geral de boa-fé objetiva (CC, arts. 113, 187 e 422)."[275]. De acordo com Costa, tal teoria pode incidir, a depender da posição das partes, tanto para compelir um não-signatário a litigar em arbitragem contra um signatário, quanto para vincular um signatário a um não-signatário "que pretende valer-se da cláusula compromissória inter alios."[276]

Em relação à primeira hipótese, a aplicação da teoria visaria à repressão do comportamento contraditório de indivíduo que, muito embora goze dos benefícios de determinado contrato, como numa estipulação em favor de terceiros, rejeite a cláusula compromissória nele contida.

Quanto à segunda hipótese, trata-se da vedação ao comportamento contraditório do signatário que, por exemplo, opte por não incluir na arbitragem um não-signatário que manifestou interesse em aderir à cláusula compromissória, com vistas a obter alguma vantagem oportunista, como poder, eventualmente, litigar em duas oportunidades distintas contra a mesma parte (no judiciário e na arbitragem), aumentando suas chances de êxito.

No reconhecido Caso Thomson[277], por exemplo, estabeleceu-se que, muito embora a arbitragem seja consensual por essência, isto não implica em reconhecer que um terceiro não-signatário não possa ser vinculado mediante os princípios contratuais e a boa-fé. Inclusive, a teoria do estoppel é citada por James Hosking[278], ao tecer críticas à teoria dos grupos societários e rechaçar o peso que tal teoria desempenha no contexto dos Estados Unidos da América.

Vislumbra-se, assim, que tal teoria pode desempenhar papel relevante no contexto do mercado de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol, pois, em virtude dos altos

---

[273]HANOTIAU, Bernard. Complex Arbitration: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 113.
[274]KONDER, Carlos Nelson. Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 246.
[275]COSTA, Guilherme Recena. Partes e Terceiros na Arbitragem. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito Processual. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (2015), p. 126.
[276] Id. Ibid.

valores desta receita auferida pelos clubes e demais entidades esportivas, tais direitos possuem relevante repercussão econômica para diversos agentes envolvidos no mercado do futebol.

Isso porque, para além daqueles diretamente envolvidos com as negociações ou com a materialização das transmissões, vislumbra-se, ainda, os investidores dos clubes e entidades esportivas, que veem esta fonte de receita e todo seu potencial de exploração como uma espécie de garantia – inclusive, do ponto de vista jurídico-formal em alguns casos – do retorno de seus investimentos.

Isto é, pode haver agentes que, ao se beneficiarem do conteúdo econômico de tais contratos, em comportamento contraditório, recusem-se a participar de arbitragens, caso seja aferido seu consentimento implícito e seu interesse jurídico no litígio; ou, então, ao se mostrarem dispostos a participar, tenham seu pleito ignorado ou rechaçado pelos signatários.

2.4. Considerações necessárias

Os árbitros ou o tribunal arbitral possuem competência para decidir sobre a vinculação de terceiros não-signatários à convenção de arbitragem, devendo tal questão ser decidida em sentença parcial. Como ressalta Faria, "a inclusão do terceiro pode levar não só a uma ampliação subjetiva, mas também objetiva da demanda"[279], uma vez que ele poderá deduzir pleitos até então inexistentes, sobre os quais o painel arbitral competente decidirá, caso se julgue competente para tanto nos limites da convenção.

Diante disso, revela-se ainda mais crucial o momento da escolha do árbitro por cada uma das partes. Para tanto, é importante observar o momento em que o não-signatário é vinculado à arbitragem, a fim de que se verifique se a ele foi oportunizado o direito de indicar árbitros em paridade de condições com as demais partes, devendo ser dissolvido o tribunal caso tal direito não tenha sido assegurado, uma vez que qualquer sentença proferida seria nula, em razão do desrespeito a garantias constitucionais básicas das partes, como o devido processo legal.

A título exemplificativo, no célebre Caso Ducto, julgado pela Corte de Cassação de Paris e pela CCI, firmou-se o entendimento de que, diante da impossibilidade de consenso em um dos polos de uma arbitragem multiparte, os integrantes do painel deveriam ser indicados por rígido e isonômico procedimento, aplicável a todas as partes[280]. Ressalte-se que o entendimento formado neste caso fundamentou a alteração das regras de arbitragem da CCI, nos termos da decisão do poder judiciário francês.

---

279 FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem: riscos de intervenção obrigatória por terceiros não signatários. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Org.). Riscos no direito privado e na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 795-812.

280 Lemes, Selma Maria Ferreira. Arbitragem Multiparte. Notas sobre o caso Ducto. In Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, n. 29, 2011, p. 210-211

3. POSSÍVEIS CONFLITOS E SITUAÇÕES PRÁTICAS

Os direitos de transmissão de partidas de futebol podem ser negociados individualmente, por contratos assinados diretamente entre os clubes e os grupos de mídia responsáveis pela transmissão (transmissores), ou negociados coletivamente, por uma associação, sociedade ou bloco econômico que represente as equipes perante os referidos transmissores, assinando o contrato e realizando a distribuição entre elas mediante critérios pré-estabelecidos, com fatias partilhadas de forma isonômica, com base no desempenho esportivo e no alcance de mercado de cada agremiação.

Como foi demonstrado nos capítulos anteriores, a receita oriunda da negociação dos direitos de transmissão das partidas é de extrema relevância, e não apenas para os clubes, mas, também, para os investidores, cada vez mais inseridos na cadeia produtiva do futebol profissional. Neste contexto, ao proporem um novo marco regulatório para o clube-empresa no Brasil, Castro e Manssur alertaram que:

"[...] o amadorismo, em outros centros, cedeu posição a um sistema organizado e profissional, ora revestido de forma jurídica empresarial com finalidade lucrativa, ora mantendo-se fiel ao modelo associativo, mas, em qualquer caso, aderente à realidade (i) do fluxo informacional, negocial e de capitais, bem como (ii) das técnicas contemporâneas de governança societária."[281]

Nesta realidade de inserção nos fluxos informacionais, negociais e de capitais, os agentes econômicos do futebol profissional sofisticaram seus instrumentos de busca por novas receitas, tendo passado a se engajar, com cada vez mais frequência, em operações no mercado financeiro, conforme já havia sido observado pelo Parecer de Orientação n. 41/CVM. Nos termos do referido parecer, tais operações creditícias costumam ser realizadas para a antecipação de valores em favor dos clubes e se encontram lastreadas em recebíveis relacionados a "verbas de publicidade, receitas de transmissões em televisão e canais de streaming, premiações ou outras participações em resultado de eventual liga, aluguel de imóveis, naming rights, receita futura de bilheteria ou, até mesmo, negociação de jogadores."[282].

Dentre as fontes de receita mencionadas, cruciais para remunerar o investimento dos credores de tais operações no mercado financeiro, além, obviamente, das receitas de transmissões em televisão e canais de streaming, as verbas de publicidade, premiações e as denominadas "outras participações em resultado de eventual liga" também se relacionam diretamente com os contratos de negociação de direitos de transmissão. Isso porque, em relação às referidas verbas de publicidade, especificamente, parte considerável do seu valor de negociação pode ser influenciada pelas condições de exposição da marca durante as transmissões.

Dessa forma, a título exemplificativo, se determinado clube entrasse em litígio arbitral contra o vigente detentor dos direitos de transmissão de suas partidas, sob a alegação de diminuição

281 CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MANSSUR, José Francisco C. Futebol, Mercado e Estado – Projeto de Recuperação, Estabilização e Desenvolvimento Sustentável do Futebol Brasileiro: Estrutura, Governo e Financiamento. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2016, p. 16.

282 Brasil. Comissão de Valores Mobiliários (2023). Parecer de Orientação nº 41/CVM, 21.08.2023, p. 22.

drástica da frequência dessas partidas nas plataformas com maior exposição, tal controvérsia poderia interessar a determinado anunciante, não-signatário do contrato entre o clube e a referida emissora, mas que ostenta relação contratual interligada com alguma das partes. Afinal, referido parceiro comercial pode ter adquirido o direito de explorar algum espaço publicitário específico oferecido pela transmissora, por exemplo, que, a depender da interpretação que se dê ao litígio no âmbito da arbitragem, influencie diretamente a sua alocação inicial de risco; assim, uma vez demonstrado o seu consentimento, poder-se-ia cogitar de sua inclusão, mesmo não sendo signatário do contrato contendo a convenção de arbitragem, aplicando-se a teoria dos contratos coligados.

Por sua vez, as premiações das competições e as aludidas participações em resultados de eventual liga também dependem fundamentalmente do arranjo de distribuição de recursos desenhado num contrato de direitos de transmissão de partidas de futebol. Afinal de contas, os organizadores das competições, inclusive as ligas de clubes, costumam negociar tais direitos com os transmissores e, com os recursos obtidos, financiam os custos do torneio, incluindo premiações e outras despesas, enquanto buscam, paralelamente, gerar maiores receitas com os anunciantes e demais parceiros comerciais.

Em relação aos eventuais resultados de uma liga de clubes no Brasil, mencionados no Parecer n. 41/CVM como possíveis fontes de remuneração de investidores, é preciso realçar que os clubes nacionais, com vistas a assumirem a exploração comercial do Campeonato Brasileiro, organizaram-se em torno de dois blocos comerciais para a negociação de direitos de transmissão, a Liga de Futebol Brasileira (Libra) e a Liga Forte União (LFU). Em razão de divergências entre os integrantes dos blocos quanto aos valores de distribuição das receitas, não foi possível a sua união, sendo necessário ressaltar que a constituição dos referidos blocos é objeto de investigação atualmente pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE)[283].

Neste cenário, alguns dos clubes integrantes da LFU, apostando no advento da liga e em seu crescimento como produto, cederam a investidores externos percentuais relativos aos seus direitos de transmissão pelos próximos 50 (cinquenta) anos, tendo recebido esses valores numa espécie de antecipação de receitas futuras. Para além da conveniência de tal prática, tão comum no mercado do futebol brasileiro e que diz respeito à saúde financeira dos clubes no médio e no longo prazo, é preciso reconhecer que tais investidores, na qualidade de adquirentes de parte de um crédito futuro a ser recebido pelos clubes, poderiam, eventualmente, caso ficasse demonstrada a existência de seu consentimento e de interesse jurídico, pleitear sua participação, ou ser instado a fazê-lo, em arbitragens que discutam aspectos do contrato de negociação de direitos de transmissão dos quais eles não foram signatários, tanto pela teoria dos contratos coligados quanto pela teoria dos atos próprios.

Ressalte-se, ademais, que a antecipação de receitas futuras, prática tão comum no dia a dia dos clubes de futebol,

---

283 Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2025). Apac n. 08700.005311/2023-37 (Liga Forte União); Apac n. 08700.007461/2023-22 (Libra).

284 PORTELLA, André. Controle Externo nas Sociedades Anônimas do Futebol: hipóteses de ocorrência e principais consequências jurídicas. In: Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Org. Amanda Athayde, Rodrigo Monteiro de Castro e Elisa Boaventura. 1ª Ed., 2025, Amanuense, São Paulo, pp. 123-146.

usualmente se dá em relação a contratos que já foram assinados e sobre os quais ainda existam recebíveis a remunerar o cessionário. Também neste caso, na eventualidade de um procedimento arbitral que discuta disposições do referido contrato, capazes de reduzir drasticamente o crédito já cedido pelo clube anteriormente, o não-signatário poderia pleitear sua inclusão na arbitragem, sob os mesmos termos.

Já quanto às Sociedades Anônimas do Futebol (SAFs), por exemplo, convém ainda, mencionar hipótese de controle externo[284], na qual agentes alheios à comunhão societária da SAF, geralmente credores relevantes, exercem influência dominante sobre sua política financeira[285]. Assim, por meio desta ingerência, tais controladores externos podem interferir em negociações de direitos de transmissão realizadas pelo clube e, dessa forma, caso o contrato contenha previsão de arbitragem, poderão ser incluídos no procedimento arbitral, se demonstrados o seu consentimento e a relevância que esta influência dominante teve na relação jurídica controvertida, podendo ser utilizada a teoria dos grupos societários, numa espécie de equiparação do controlador externo à sociedade-mãe.

Noutro giro, não se perca de vista que, em transações deste porte, é comum que as partes sejam assessoradas por grandes agências de publicidade ou por poderosos escritórios de consultoria, que, além de prestarem serviços especializados, influem diretamente na gestão do contrato e até mesmo na distribuição de poderes dentro da relação contratual. Portanto, caso fique comprovada tamanha influência e a ocorrência de prejuízos a algum dos signatários, além, é claro, da anuência, ao menos implícita, acerca previsão de arbitragem, tais instituições também poderiam ser objeto da extensão, ainda que não tenham sido formalmente signatárias, aplicando-se a teoria dos atos próprios (estoppel).

Perceba-se que, neste emaranhado de relações jurídico-econômicas, pode-se estabelecer cenários de interdependência entre os mais diversos agentes econômicos, nos quais se mostra crucial, para fins de eventual extensão da convenção de arbitragem a não-signatários, apurar sob qual regime de obrigações e direitos, no seio destas relações entrelaçadas, cada parte se encontra. Dessa forma, será possível aferir tanto o interesse jurídico da intervenção quanto a existência ou não de consentimento.

4. CONCLUSÃO

Foi possível demonstrar neste trabalho que os direitos de transmissão de partidas de futebol ganharam relevância a partir de profundas transformações estruturais no sistema capitalista durante o Século XX. Tais transformações propiciaram às organizações esportivas e grupos de mídia explorarem tal ativo de novas formas, alterando a maneira como o espectador se relaciona com o esporte e como as receitas oriundas desses direitos impactam na saúde financeira dos agentes envolvidos no mercado.

---

285 CARVALHO, Ângelo Prata de. Controle Empresarial Externo – A Intervenção Sobre a Política Financeira como Critério de Responsabilidade do Controlador. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2020.

Diante do dinamismo do mercado em questão e de sua estrutura de múltiplos lados, capaz de propiciar a interação e o entrelaçamento de relações jurídico-econômicas de diversas partes, é provável que, em determinado momento, terceiros não-signatários desses contratos precisem intervir em demandas arbitrais. Nesse sentido, foi possível expor que a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários, ainda que a doutrina e a jurisprudência tenham desenvolvido teorias sofisticadas que se prestam a justificar tal fenômeno, não prescinde da demonstração inequívoca de consentimento e do interesse jurídico que fomenta a pretensão contra ou a favor do não-signatário.

Assim, retomando o problema de investigação proposto neste trabalho, indagou-se a respeito das teorias que poderiam justificar a extensão da convenção de arbitragem a não-signatários em demandas arbitrais envolvendo contratos de negociação de direitos de transmissão de partidas de futebol. Conforme foi possível depreender, em confirmação à hipótese de pesquisa adotada, tais teorias fornecem apenas diretrizes para que se apure o que, de fato, importa nestas situações: a manifestação de consentimento, ainda que implícito, e a existência de interesse jurídico do não-signatário na demanda.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A desconsideração da personalidade jurídica e sua aplicação na arbitragem: análise do Recurso Especial 1.698.730/SP. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 58, pp. 577-605.

Brasil. Comissão de Valores Mobiliários (2023). Parecer de Orientação nº 41/CVM, 21.08.2023.

Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (2025). Apac n. 08700.005511/2023-37 (Liga Forte União); Apac n. 08700.007461/2023-22 (Libra).

Brasil. Superior Tribunal de Justiça (2016). Recurso Especial n. 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, STJ, in DJe de 20.05.2016.

Brasil. Supremo Tribunal Federal (2001). Agravo Regimental na Sentença Estrangeira n. 5.206-7. Relator Min. Sepúlveda Pertence.

BREKOULAKIS, Stavros. Rethinking Consent in International Commercial Arbitration: A General Theory for Non-signatories. Journal of International Dispute Settlement, 2017.

BUDZINSKI, Oliver; GAENSSLE, Sophia; KUNZ-KALTENHÄUSER, Philipp. How Does Online Streaming Affect Antitrust Remedies to Centralized Marketing? The Case of European Football Broadcasting Rights (June 30, 2019). Ilmenau Economics Discussion Papers (2019), Vol. 25, No. 128, Disponível: https://ssrn.com/abstract=3417423.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

The Business Research Company (2025). Sports Global Market Report. Disponível em: https://www.thebusinessresearchcompany.com/report/sports-global-market-report.

CAPRASSE, Olivier. A arbitragem e os grupos de sociedades. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 21, jul./set. 2003.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo – Um comentário à Lei nº 9.307/96. Ed. Atlas, São Paulo, 3ª ed. rev. atual.; 2009.

CARVALHO, Ângelo Prata de. Controle Empresarial Externo – A Intervenção Sobre a Política Financeira como Critério de Responsabilidade do Controlador. Ed. Processo, Rio de Janeiro, 2020.

CASTRO, Rodrigo R. Monteiro de; MANSSUR, José Francisco C. Futebol, Mercado e Estado – Projeto de Recuperação, Estabilização e Desenvolvimento Sustentável do Futebol Brasileiro: Estrutura, Governo e Financiamento. Ed. Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2016.

COSTA, Guilherme Recena. Partes e Terceiros na Arbitragem. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito Processual. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo (2015).

Deloitte (2018). The future of TV na video landscape by 2030. Disponível: https://www2.deloitte.com/tr/en/pages/technology-media-and-telecommunications/articles/future-of-tv-video.html.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na Teoria Geral do Processo, Ed. Malheiros, São Paulo, 2013.

DIDIER JR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In Arbitragem: Estudos sobre a Lei 13.129 de 26-5-2015. Org. Francisco José Cahali; Thiago Rodovalho; Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

European Commission: Case COMP/C.2-37.398 (Uefa Champions League), 23.07.2003; Case COMP/C-2/37.214 (Bundesliga), 19.01.2005; Case COMP/38.173 (Premier League), 22.03.2006.

EVANS, David S.; e SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business. Working Paper. National Bureau of Economic Research. Cambridge, MA, 2013. Disponível: http://www.nber.org/papers/w18783.

EVANS, David. S.; e SCHMALENSEE, Richard. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. Harvard Business Review Press, English Edition, 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

EVENS, Tom; IOSIFIDIS, Petros; e SMITH, Paul. The Political Economy of Television Sports Rights, p. 31. Palgrave Macmillan (2013).

FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem. São Paulo, Quartier Latin, 2019.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Participação de terceiros na arbitragem: riscos de intervenção obrigatória por terceiros não signatários. In: NANNI, Giovanni Ettore; TERRA, Aline de Miranda Valverde; PIRES, Catarina Monteiro. (Org.). Riscos no direito privado e na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021, v. 1, p. 795-812.

FERNANDES, Victor Oliveira. Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2018. Disponível: https://repositorio.unb.br/handle/10482/32045.

FIFA (2023). Professional Football Landscape. Disponível: https://landscape.fifa.com/en/landscape.

FORGIONI, Paula A. A Evolução do Direito Comercial Brasileiro – Da mercancia ao mercado. Revista dos Tribunais, 5ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2021.

FRAZÃO, Ana. O mercado de transmissão de jogos de futebol pela TV aberta: a estrutura em plataforma e a composição dos interesses dos diversos lados do mercado, incluindo os torcedores. In: Jota, 08.05.2019. Disponível: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/o-mercado-de-transmissao-de-jogos-de-futebol-pela-tv-aberta-08052019.

FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo (coord.); GONTIJO, Bruno Miranda; e LIMA, Henrique Cunha Souza (orgs.). Direito, tecnologia e inovação, v. 1, Belo Horizonte, Ed. D'Plácido, 2018, pp. 635-669.

Galapagos Capital (2025). Relatório Convocados – A Indústria do Futebol Brasileiro Disponível em:https://lp.galapagoscapital.com/hubfs/Relatorio%20Convocados%20Galapagos%20Outfield%202025%3B.pdf?hsLang=en.

HANOTIAU, Bernard. Complex Arbitration: Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions. The Hague: Kluwer Law International, 2005, p. 113.

HANOTIAU, Bernard. Consent to Arbitration: Do we share a commom vision?. Arbitration International. Vol. 27. Issue 4. Downloaded from: http://arbitration.oxfordjournals.org/ by guest on December 6, 2016.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

HANOTIAU, Bernard. Multiple Parties and Multiple Contracts in International Arbitration. In: Multiple Party Action and International Arbitration. New York: Oxford University Press, 2009.

HOSKING, James. M. Non-signatories and international arbitration in the United States: the Quest for Consent. In: Arbtiration International, Vol. 20, n. 3, pp. 289-304.

KONDER, Carlos Nelson. Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRINGS. Emily. VOD Streaming – What it is and How it Works with OTT. 2023. Disponível: https://www.dacast.com/blog/vod-streaming/.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem Multiparte. Notas sobre o caso Ducto. In Revista Brasileira de Arbitragem. São Paulo, n. 29, 2011.

MASCARENHAS, Gilmar. Entradas e bandeiras: a conquista do Brasil pelo futebol. Ed. UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

MATTOS, Cesar. Broadcasting Football Rights in Brazil: The case of Globo and "Clube dos 13" in the antitrust perspective. Estudos Econômicos, São Paulo, vol. 42, n.2, p. 337-362, 2012.

MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – a prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro, Forense, 2013.

MRÁZ, Michael. Extension of an arbitration agreement to non-signatories: some reflection on swiss judicial practice. Annals FLB – Belgrade Law Review. Year LVII, 2009, n. 3, pp. 54-63.

ORTH, Mark-E. Sports & Competition Law: An overview of EU and national case law. E-Competitions Sports & Competition Law, nº 103749, 2021.

PARK, William W. Non-signatories and the New York Convention. Dispute Resolution International. Vol. 2, n. 1, May 2008, pp. 84-109

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. 1 – Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil. 26ª edição, Forense, Rio de Janeiro.

PORTELLA, André. Controle Externo nas Sociedades Anônimas do Futebol: hipóteses de ocorrência e principais consequências jurídicas. In: Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Org. Amanda Athayde, Rodrigo Monteiro de Castro e Elisa Boaventura. 1ª Ed., 2025, Amanuense, São Paulo, pp. 123-146.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

PRONI, Marcelo Weishaupt. Esporte-Espetáculo e Futebol-Empresa. Tese de doutorado. Faculdade de Educação Física. Universidade de Campinas (1998).

SANTOS, Antônio David Gomes dos. Os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de futebol. Ed. Appris, Curitiba, 2019.

SANTOS, Irlan Simões dos; FERREIRA, Jonathan; e PISANI, João Ricardo. Finanças, mídia e futebol: o modelo de multi-club ownership e inserção dos fundos de private equity. In: ALCEU (Rio de Janeiro, online), vol. 24, n. 52, pp. 199-217, jan/abr 2024.

SIMÕES, Irlan. Clube-Empresa – abordagens críticas globais às sociedades anônimas do futebol. Ed. Corner, Brasil, 2020.

Sports Business (2024). Global Media Report. Disponível: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2024/.

Sports Business (2025). Global Media Report. Disponível em: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2025/.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. Revista dos Tribunais, Vol. 903, 2011.

VIEIRA, Christian Garcia. Ainda sobre a desconsideração da personalidade jurídica em procedimentos arbitrais. In. Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre jurisdições arbitral e estatal. Coord. Gilberto Giusti, Eliana Baraldi, Eduardo Vieira de Almeida, Gustavo Favero Vaughn. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, pp. 1.075–1.098.

WALD, Arnoldo. A Teoria dos Grupos de Sociedades e a Competência do Juízo Arbitral. In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, jan-mar/1996.

WU, Tim. The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads. Vintage Books, New York, 2016.

PORTELLA, André. Controle Externo nas Sociedades Anônimas do Futebol: hipóteses de ocorrência e principais consequências jurídicas. In: Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Org. Amanda Athayde, Rodrigo Monteiro de Castro e Elisa Boaventura. 1ª Ed., 2025, Amanuense, São Paulo, pp. 123-146.

PRONI, Marcelo Weishaupt. Esporte-Espetáculo e Futebol-Empresa. Tese de doutorado. Faculdade de Educação Física. Universidade de Campinas (1998).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

SANTOS, Antônio David Gomes dos. Os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de futebol. Ed. Appris, Curitiba, 2019.

SANTOS, Irlan Simões dos; FERREIRA, Jonathan; e PISANI, João Ricardo. Finanças, mídia e futebol: o modelo de multi-club ownership e inserção dos fundos de private equity. In: ALCEU (Rio de Janeiro, online), vol. 24, n. 52, pp. 199-217, jan/abr 2024.

SIMÕES, Irlan. Clube-Empresa – abordagens críticas globais às sociedades anônimas do futebol. Ed. Corner, Brasil, 2020.

Sports Business (2024). Global Media Report. Disponível: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2024/.

Sports Business (2025). Global Media Report. Disponível em: https://www.sportbusiness.com/global-media-report-2025/.

TEPEDINO, Gustavo. Consensualismo na arbitragem e teoria do grupo de sociedades. Revista dos Tribunais, Vol. 903, 2011.

VIEIRA, Christian Garcia. Ainda sobre a desconsideração da personalidade jurídica em procedimentos arbitrais. In. Arbitragem e Poder Judiciário: estudos sobre a interação entre jurisdições arbitral e estatal. Coord. Gilberto Giusti, Eliana Baraldi, Eduardo Vieira de Almeida, Gustavo Favero Vaughn. Ribeirão Preto: Migalhas, 2023, pp. 1.075–1.098.

WALD, Arnoldo. A Teoria dos Grupos de Sociedades e a Competência do Juízo Arbitral. In: Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano XXXV, jan-mar/1996.

WU, Tim. The attention merchants: The epic scramble to get inside our heads. Vintage Books, New York, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. Sentença arbitral e desconsideração da personalidade jurídica na fase de cumprimento de sentença. In: SIMONS, Adrian; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; RAGONE, Alvaro Pérez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira. Ed. Tirant, São Paulo, 2020, pp. 600-604.

YOUSSEF, Karim. The limits of consent: the right or obligation to arbitrate of non-signatories in group of companies. Multiparty Arbitration (eds. Bernard Hanotiau e Eric Schwartz). Dossiers, ICC Institute of World Business Law. Paris, 2010.

ANTITRUSTE, ESPORTES, FUSÕES E AQUISIÇÕES[1]

Amanda Athayde[2]

Arthur Romano Arcuri[3]

Os esportes evoluíram ao longo dos séculos XX e XXI até se tornarem uma indústria global formidável. Impulsionado pela profissionalização dos atletas, ampla cobertura midiática e avanços em tecnologias de transmissão e marketing, o setor esportivo transcendeu os limites da competição física ou virtual, tornando-se parte integrante de ecossistemas econômicos altamente sofisticados. Hoje, os esportes geram bilhões por meio de contratos de patrocínio, direitos de transmissão, publicidade, venda de ingressos, licenciamento de marcas e transferências de atletas, ocupando um papel central tanto nas economias nacionais quanto transnacionais.

Essa evolução do setor esportivo para uma atividade econômica estruturada e regulada criou novas oportunidades de investimento, especialmente em fusões e aquisições (M&A) dentro da indústria esportiva. Fusões e Aquisições abrangem várias transações em que a propriedade de empresas ou suas unidades operacionais é transferida ou consolidada. No contexto do esporte, essas transações podem assumir múltiplas formas, incluindo a aquisição de times, ligas ou negócios relacionados, como direitos de mídia, operações de estádios, etc. As motivações por trás dessas aquisições são diversas, frequentemente voltadas para aumentar a vantagem competitiva da equipe, aumentar a participação de mercado, aproveitar sinergias, expandir o alcance geográfico e diversificar fontes de receita. Os investidores agora conseguem identificar e capitalizar oportunidades lucrativas que antes eram negligenciadas. Simultaneamente, os clubes estão reconhecendo cada vez mais a importância de parcerias estratégicas e investimentos para fortalecer sua competitividade e sustentabilidade financeira.

---

[1] Publicado originalmente na língua inglesa na revista Concurrences – Cross Border Perspectives on Antitrust and Sports – Review nº 1-2026

[2] Professora doutora adjunta na UnB de Direito Empresarial, Concorrência, Comércio Internacional e Compliance, consultora no Pinheiro Neto. Doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFMG e em administração de empresas com habilitação em comércio exterior pela UNA, ex-aluna da Université Paris I - Panthéon Sorbonne, autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, compliance, acordos de leniência, anticorrupção, defesa comercial e interesse público.

[3] Estudante de graduação na Universidade de Brasília (UnB). Presidente do Grupo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem na UnB (GEA/UnB). Pesquisador voluntário no Conselho Nacional para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) nas áreas de arbitragem internacional, direito societário e fusões e aquisições. Membro-ouvinte da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/DF. Integrante do Machado Meyer Advogados.

Esse cenário impulsionou um aumento na atividade de fusões e aquisições. Por exemplo, em 2024, a indústria esportiva teve um ano recorde para fusões e aquisições, com um notável aumento de 44% nos negócios em comparação a 2023, totalizando 410 transações, segundo um relatório da empresa de consultoria financeira Oaklins[4]. Transações notáveis incluem a aquisição de 20% do Olympique Lyonnais, um clube francês de futebol de primeira linha, por €100 milhões pela IDG Capital em 2016, com o objetivo de expandir a presença do clube na China. Outro exemplo é a venda da franquia da NBA Boston Celtics por um recorde de 6,1 bilhões de dólares para um grupo liderado pelo magnata do private equity Bill Chisholm em 2025. Além disso, de 2021 a 2025 no Brasil, mais de 120 times de futebol adotaram a nova estrutura corporativa de Sociedade Limitada de Futebol ("SAF", sigla em português), deixando de lado o modelo associativo.[5]

Vários fatores explicam essa atratividade e crescimento: primeiro, os esportes são tradicionalmente considerados investimentos não correlacionados. Mesmo durante recessões ou quedas de mercado, os clubes continuam gerando fluxo de caixa, e os torcedores continuam assistindo aos jogos. Além disso, a paixão em torno dos esportes cria infinitas possibilidades de exploração do valor da marca. Além da venda de ingressos e mercadorias, os times esportivos podem aumentar a receita por meio de acordos de transmissão e licenciamento, parcerias e setores emergentes como jogos[6] eletrônicos.

Como qualquer outro setor econômico, o mercado esportivo trouxe novas preocupações antitruste. Por um lado, o debate em torno das práticas anticompetitivas ganhou força nacional[7] e internacionalmente, com casos antitruste recentes surgindo nos mercados de futebol americano[9], patinação no gelo[10], futebol americano[11], artes marciais[12] e tênis[13], afetando tanto atletas profissionais quanto competidores estudantes[14]. Apesar de estarem em jurisdições distintas, essas disputas

---

[4] OAKLINS. A indústria esportiva desfruta de uma sequência de vitórias, já que private equity dobra seu investimento no setor. Março de 2025. Disponível em: https://www.oaklins.com/uploads/2025/03/Oaklins-Sports-Spot-On-Mar2025-email_web.pdf. Acesso em: 26.11.2025.

[5] IBESAF. Instituto Brasileiro de Estudos e Desenvolvimento da Sociedade Anônima do Futebol. Mapa das SAFs. Disponível em: https://observatoriosafutebol.org/2025/10/06/mapa-da-expansao-das-safs-no-futbol-brasileiro-2025/

[6] DECHESARE, Brian. Private Equity Esportivo: Porto Brilhante em um cenário conturbado de private equity ou em uma bolha emergente? Fusões e Inquisições, 2025. Disponível em: https://mergersandinquisitions.com/sports-private-equity/. Acesso em: 26.11.2025.

[7] ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Victor Oliveira. Concorrência e Esportes. Ed. Amanuense, 2024. ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Victor Oliveira (Org.). Competição e Esportes. Ed. Amanuense, 2025. ATHAYDE, Amanda; CASTRO, Rodrigo Monteiro; BOAVENTURA, Elisa. Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Ed. Amanuense. 2025.

[8] STREET, Andrew; THOMAS, Graeme; CHRISTODOULIDES, George. Mostrando o Cartão Vermelho à Anticompetitividade. Bryan Cave Leighton Paisner LLP, 2024; RIVAS, José; KING, Saskia; ALARCON, Paula Gonzales; LIANG, Quin. A Governança Futura do Esporte e da Competição. Pássaros & Pássaros, 2023; TUKES, Natalie; BROADBENT, Jonathan. Direito da Concorrência e Esportes – Uma Nova Era para a Regulamentação Esportiva? Hausfeld LLP, Volume 10, Edição 3, 2024; GAGLIO, Nicholas; STROSS, Zachary. Um ano de desafios antitruste dentro dos esportes organizados nos EUA. Global Competition Review, 2024; OCDE. Nota de Contexto da Mesa Redonda de Política de Concorrência da OCDE. 2023.

compartilham controvérsias comuns, como se há abuso da posição dominante por meio de (i) manipulação artificial de preços e restrições aos ganhos dos jogadores; (ii) impedir que jogadores criem e participem de torneios alternativos; (iii) impor investigações disciplinares aos jogadores; e (iv) impor cláusulas de arbitragem nos estatutos das entidades esportivas.

Por outro lado, o controle de fusões no setor esportivo parece ter recebido menos atenção, e várias questões interessantes podem surgir.

Definição de mercado relevante: O conceito de "mercado relevante" pode variar em cada jurisdição, abrangendo potencialmente desempenho esportivo, direitos de mídia e transmissão, aquisição e mercados de transferências de jogadores, patrocínio e publicidade, dias de jogo, estádio e merchandising, e mercados de engajamento dos torcedores/conteúdo digital.

Acordos transfronteiriços: Essa questão se torna especialmente interessante ao considerar que várias operações no mercado esportivo atual não se limitam a uma ou duas jurisdições. Pelo contrário, com o surgimento do fenômeno da propriedade multi-clubes, tornou-se cada vez mais comum ver uma empresa detendo grandes participações em clubes ao redor do mundo.

---

[9] No caso envolvendo FIFA, UEFA e a Super League na Europa, por exemplo, a Super League contestou legalmente a regra da UEFA que determina que times afiliados devem ter autorização prévia para participar de jogos não organizados por eles, mas disputados em seus territórios. Caso contrário, seriam banidos de suas competições (Copa do Mundo, Liga dos Campeões, Campeonato Europeu, etc.). Para mais detalhes: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62021CJ0333. Além disso, em outro caso contra a UEFA e a Federação Belga de Futebol, o Royal Antwerp questionou as "regras caseiras". Para mais detalhes: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62021CO6080.

[10] No caso envolvendo a União Internacional de Patinação (ISU), por exemplo, dois patinadores relataram a regra da ISU de que um patinador sofreria penalidades se participasse de qualquer competição sem autorização prévia da ISU. Para mais detalhes: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62021CJ0124

[11] No caso envolvendo o Sunday Ticket da National Football League (NFL), os clientes alegaram que a NFL e seus membros concordaram em não competir entre si e monopolizar o mercado para transmissões ao vivo em vídeo dos jogos da temporada regular da NFL. Para mais detalhes: https://nflsundayticketlawsuit.com/documents

[12] No caso envolvendo o Ultimate Fighting Championship (UFC), os lutadores questionaram dois pontos. (i) Poder de Monopólio – o UFC, como principal vendedor de lutas profissionais de MMA ao vivo ao vivo, tinha capacidade de – e de fato fez – impedir seus rivais de promover lutas profissionais de MMA ao vivo ou transmiti-las nos Estados Unidos, América do Norte e mundialmente. E (ii) Monopsony Power – o UFC impediria ilegalmente a concorrência ou potenciais concorrentes como principal comprador de serviços de lutadores profissionais de MMA de elite por meio de contratos de exclusividade, cláusula de "Direito à Luta" (que permite ao UFC o direito de oferecer uma luta por um ano), cláusula de não concorrência, retaliação contra atletas que trabalhassem com outras empresas. Para mais detalhes: https://www.ufcclassaction.com/key-developments

[13] ATHAYDE, Amanda. ARCURI, Arthur. Quando Djokovic enfrenta a competição: tênis e antitruste. Journal of the Antitrust Section da International Bar Association, vol. 21, nº 1, 2025. ISSN 1817 5708; ATHAYDE, Amanda; ARCURI, Arthur. Das quadras de tênis às quadras: Quando Djokovic observa o novo conflito entre arbitragem e competição. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/433047/quando-djokovic-assiste-ao-novo-conflito-da-arbitragem-e-concorrencia.

[14] Existem vários casos envolvendo NCAA (National Collegiate Student Athletes Associations), que basicamente derivam de reclamações de estudantes excluídos das universidades por violarem as regras das associações de estudantes-atletas ou órgãos estaduais. No caso Bewley, a restrição ao pagamento aos estudantes-atletas além das 'despesas reais e necessárias', ou seja, compensação por jogos profissionais em equipe, é questionada. No caso do Tennessee, a restrição para que os estudantes-atletas buscassem transferência negociarem direitos sobre 'nome, imagem e semelhança (NIL)' com universidades (Tennessee). No caso de Ohio, a proibição de estudantes-atletas jogarem durante todo o ano acadêmico após a segunda transferência entre universidades ('Regras de Elegibilidade para Transferência') é questionada (Ohio). Para mais detalhes: https://www.ncaa.org/news/2024/7/26/media-center-settlement-documents-filed-in-college-athletics-class-action-lawsuits.aspx

Um grupo pode possuir ações em clubes localizados em vários países, criando um cenário em que uma possível operação de M&A envolvendo esse grupo precisaria, ao menos em teoria, considerar o impacto em todas essas jurisdições. Tal transação pode estar sujeita a revisão por cada uma das autoridades de concorrência relevantes se os limites necessários forem atingidos.

Notificação obrigatória: Transações envolvendo a formação de novas estruturas corporativas para clubes de futebol (como estruturas clube-empresa, ligas ou veículos corporativos similares) exigem uma avaliação cuidadosa dos limites obrigatórios de notificação de fusões e critérios jurisdicionais definidos pelas autoridades de concorrência, incluindo se os ativos e contratos transferidos — direitos de transmissão, direitos de imagem, academias de base, portfólios de marcas e arranjos de estádios — constituem uma transação suficiente para desencadear uma concentração notificável.

Criação de ligas: A criação e consolidação de ligas e entidades semelhantes a ligas introduz preocupações horizontais e verticais que diferem dos mercados convencionais. A formação de novas ligas ou associações de ligas pode envolver a comercialização coletiva dos direitos de mídia, patrocínio centralizado e calendários de competição harmonizados, o que pode gerar eficiências, mas também arriscar a coordenação de resultados e o poder de compra sobre atletas, emissoras e patrocinadores. Aquisições ou integrações estruturais entre ligas ou organizadores de circuitos — ilustradas pelos desenvolvimentos do PGA-LIV Golf — levantam questões sobre a definição de mercado em produção de eventos ao vivo, direitos de mídia e mercados digitais e de dados adjacentes, e exigem uma avaliação rigorosa dos efeitos unilaterais, possível desuso de torneios concorrentes e o impacto na inovação nos formatos de competição.

Diretorias de propriedade cruzada e comum e interligadas: Restrições de propriedade cruzada e propriedade comum[15] embutidas em regulamentos setoriais ou códigos de governança são especialmente relevantes aqui: proibições de diretorias interligadas[16] e limitações à participação acionária cruzada por acionistas controladores visam mitigar riscos de coordenação e externalidades de propriedade comum que podem diminuir a rivalidade competitiva entre clubes ou entre níveis da cadeia de valor. Essas salvaguardas, no entanto, quando fornecidas por lei em cada país ou por cada decisão de autoridade de concorrência, devem ser operacionalizadas por meio de programas eficazes de conformidade e monitoradas quanto a contornos por meio de participações minoritárias, acordos de acionistas ou direitos de observador do conselho que confiram influência material.

---

[15] ATHAYDE, Amanda; FUJIMOTO, Mônica. Brasil: Propriedade comum por investidores institucionais e seu impacto na concorrência. Concorrências - Revue des droits de la concurrence, n. 1, 2018, p. 218–224. Disponível em: https://amandaathayde.com.br/wp-content/uploads/2025/10/Brazil-Common-ownership.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2025.

[16] MEDRADO, René; ATHAYDE, Amanda; CORDÃO, Catarina Lobo Bessa de Sá. Diretorias Interligadas no Brasil: Há preocupação com o direito antitruste à luz das discussões recentes nos EUA? (14 de junho de 2023). Disponível no SSRN: https://ssrn.com/abstract=4478409 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4478409. Acesso em: 14 de dezembro de 2025.

Integração vertical[17] e práticas unilaterais: Integrações verticais ao longo da cadeia de valor esportiva — abrangendo desenvolvimento de talentos, organização de eventos, agregação de direitos, plataformas de distribuição e serviços de apostas esportivas ou dados — levantam preocupações complexas sobre execuções hipotecárias e alavancagem.

Os vínculos de propriedade entre clubes, ligas, detentores de direitos e distribuidores de mídia podem permitir discriminação na alocação de direitos, acordos de exclusividade que consolidam a incumbência e vantagens de informação por meio de acesso privilegiado a dados de desempenho e audiência. Os recursos podem incluir separações estruturais, firewalls, compromissos de não discriminação e obrigações de transparência na licitação de direitos.

Em todos esses cenários, o foco analítico das autoridades de concorrência deve incluir a interação dinâmica entre equilíbrio competitivo e bem-estar do consumidor, reconhecendo que certas formas de cooperação são inerentes à produção de um produto esportivo, ao mesmo tempo em que preserva a rivalidade na comercialização, nos mercados de talentos e na distribuição da mídia.

Em suma, o controle de fusões no ecossistema esportivo exige uma estrutura analítica coerente e transfronteiriça que conecte limiares claros e previsíveis de notificação de fusões, resolução de conflitos jurisdicionais em estruturas de propriedade multiclube e definição rigorosa de mercado que abrange desempenho em campo, mídia e transmissão, patrocínio, comercialização em dias de jogo e a camada digital em rápida evolução.

Dentro desse quadro, as autoridades podem analisar a propriedade comum, participações cruzadas e diretorias interligadas quanto ao seu potencial de abafar rivalidades, enquanto avaliam a consolidação horizontal entre ligas e turnês não apenas pelos efeitos de preço e produção, mas também pelo impacto na inovação em formatos e no engajamento dos torcedores. Da mesma forma, é necessária vigilância contra execuções hipotecárias verticais em agregação e distribuição de direitos, onde o controle sobre conteúdo, dados e plataformas pode ser usado para excluir concorrentes.

Em última análise, o design do tratamento deve ser adequado ao propósito, sempre calibrando intervenções para preservar o equilíbrio competitivo, proteger o bem-estar do consumidor e sustentar a inovação em toda a cadeia de valor esportiva.

---

[17] ATHAYDE, Amanda. Lições do passado para construir o futuro das fusões verticais e conglomerais no Brasil, dentro. Fusões verticais e conglomerais sob a lente do antitruste / organização Adriana Hernandez Perez, Vivían Fraga. – São Paulo: Editora Singular. Disponível em: https://www.amazon.com.br/Fus%C3%B5es-verticais-conglomerais-lente-antitruste/dp/6583529404#detailBullets_feature_div. Acesso em: 14 de dezembro de 2025; Crie uma referência bibliográfica abnt pra esse texto
ATHAYDE, Amanda; FUJIMOTO, Mônica. Brasil: Propriedade comum por investidores institucionais e seu impacto na concorrência. Concorrências — Revue des droits de la concurrence, n. 1, 2018, p. 218–224; ATHAYDE, Amanda; BRAGA, Júlia. Fusões verticais e conglomerais pela perspectiva do mercado de trabalho. Migalhas, 16 de outubro de 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/395323/fusao-vertical-e-conglomeral-pela-perspectiva-do-mercado-de-trabalho. Acesso em: 14 de dezembro de 2025; ATHAYDE, Amanda. Fusões verticais e conglomerais: O que são e como isso pode impactar a atuação das empresas no Brasil? Migalhas, 22 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/392130/fusoes-verticais-e-conglomerais-o-que-sao-e-como-impacta-as-empresas. Acesso em: 14 de dezembro de 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. Lições do passado para construir o futuro das fusões verticais e conglomerais no Brasil. In: Fusões verticais e conglomerais sob a lente do antitruste / organização Adriana Hernandez Perez, Vivian Fraga. - São Paulo: Editora Singular.

ATHAYDE, Amanda. Fusões verticais e conglomerais: O que são e como isso pode impactar a atuação das empresas no Brasil? Migalhas, 22 de agosto de 2023. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/392130/fusoes-verticais-e-conglomerais-o-que-sao-e-como-impacta-as-empresas. Acesso em: 14 de dezembro de 2025.

ATHAYDE, Amanda; BRAGA, Julia. Fusões verticais e conglomerais pela perspectiva do mercado de trabalho. Migalhas, 16 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/395323/fusao-vertical-e-conglomeral-pela-perspectiva-do-mercado-de-trabalho>. Acesso em: 14 de dezembro de 2025.

ATHAYDE, Amanda; CASTRO, Rodrigo Monteiro; BOAVENTURA, Elisa. Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Ed. Amanuense. 2025.

ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Victor Oliveira. Concorrência e Esportes. Ed. Amanuense, 2024.

ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Victor Oliveira (Org.). Competição e Esportes. Ed. Amanuense, 2025.

ATHAYDE, Amanda; FUJIMOTO, Mônica. Brasil: Propriedade comum por investidores institucionais e seu impacto na concorrência. Concorrências - Revue des droits de la concurrence, n. 1, 2018, p. 218–224. Disponível em: https://amandaathayde.com.br/wp-content/uploads/2025/10/Brazil-Common-ownership.pdf. Acesso em: 14 de dezembro de 2025

ATHAYDE, Amanda; ARCURI, Arthur. When Djokovic Faces Competition: tennis and antitrust. Journal of the Antitrust Section da International Bar Association, vol. 21, nº 1, 2025. ISSN 1817 5708.

ATHAYDE, Amanda; ARCURI, Arthur. From the tennis courts to the Courts: When Djokovic watches the new conflict between arbitration and competition. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/433047/quando-djokovic-assiste-ao-novo-conflito-da-arbitragem-e-concorrencia.

DECHESARE, Brian. Sports Private Equity: Bright Spot in a Troubled PE Landscape or an Emerging Bubble? Mergers and Inquisitions, 2025. Disponível em: https://mergersandinquisitions.com/sports-private-equity/. Acesso em: 26.11.2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FARDIN, Victor. CBF apresenta modelo de fair play financeiro para 2026; Saiba detalhes. CNN Esportes, 2025. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/esportes/futebol/cbf-apresenta-modelo-de-fair-play-financeiro-para-2026-saiba-detalhes/. Acesso em: 26.11.2025.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. P. 311.

FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Ângelo Prata. As operações envolvendo SAFs e o controle de concentrações pelo CADE. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Thomson Reuters, 2025.

GAGLIO, Nicholas; STROSS, Zachary. A Year of Antitrust Challenges Within U.S. Organized Sports. Global Competition Review, 2024.

JUKES, Natalie; BROADBENT, Jonothan. Competition Law and Sports – A New Era for Sports Regulation? Hausfeld LLP, Volume 10, Issue 3, 2024.

MEDRADO, Renê; ATHAYDE, Amanda; CORDÃO, Catarina Lobo Bessa de Sá. Interlocking Directorates in Brazil: Is There an Antitrust Concern in Light of the Recent Discussions in the USA? (June 14, 2023). Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4478409 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4478409. Acesso em: 14 de dezembro de 2025

OAKLINS. Sports industry enjoys winning streak, as private equity doubles its investment in the sector. Março de 2025. Disponível em: https://www.oaklins.com/uploads/2025/03/Oaklins-Sports-Spot-On-Mar2025-email_web.pdf. Acesso em: 26.11.2025.

OECD. OECD Competition Policy Roundtable Background Note. 2023.

RIVAS, José; KING, Saskia; ALARCON, Paula Gonzales; LIANG, Quinn. The Future Governance of Sports & Competition. Bird & Bird, 2023.

STREET, Andrew; THOMAS, Graeme; CHRISTODOULIDES, George. Showing Anti-Competitiveness the Red Card. Bryan Cave Leighton Paisner LLP, 2024.

TWEDDELL, Matthew. Competition law in sports: it's time to talk about merger control. The Thicket, 2024. Disponível em: https://thethicket.blog/2024/05/28/competition-law-in-sports-its-time-to-talk-about-merger-control/. Acesso em: 26.11.2025.

ARBITRAGEM DESPORTIVA EDIREITO DA CONCORRÊNCIA[1]

Amanda Athayde[2]

Arthur Romano Arcuri[3]

RESUMO

O presente artigo investiga a interface entre arbitragem desportiva e o direito da concorrência, com foco nas cláusulas compromissórias obrigatórias presentes nos regulamentosesportivos. Na primeira parte, o artigo descreve a consolidação da arbitragem noesporte global, com destaque para o papel do Tribunal Arbitral do Esporte (CAS)e sua institucionalização como instância preferencial para resolução de disputas esportivas.

Na segunda parte, apresenta algumas recentes interseções entre esportes e direito concorrencial, por meio do exame de casos emblemáticos internacionais, como a Super Liga Europeia, ISU, NFL e UFC, evidenciando como práticas regulatórias podem configurar restrições à concorrência. Na terceira parte, apresenta-se, de modo teórico, como a imposição de cláusulas compromissórias obrigatórias por entidades esportivas tem sido questionada como um abuso de posição dominante, ao ser considerada um mecanismo de perpetuação de poder de mercado, comprometendo a autonomia contratual dos atletas.

Na quarta parte, apresenta-se o caso RFC Seraing e a discussão sobre o conceito de ordem pública europeia, a partir da decisão da Corte de Justiça da União Europeia (CJUE), que reconheceu a necessidade de revisão judicial de sentenças arbitrais em matéria concorrencial, mesmo quando proferidas pelo CAS.

---

[1]Publicado originalmente no livro Direito Empresarial, Esportes e Futebol. Org: Amanda Athayde, Rodrigo Monteiro e Elisa Boaventura. Editora Amauanense, 2026.

[2] Professora doutora adjunta na UnB de Direito Empresarial, Concorrência, Comércio Internacional e Compliance, consultora no Pinheiro Neto. Doutora em Direito Comercial pela USP, bacharel em Direito pela UFMG e em administração de empresas com habilitação em comércio exterior pela UNA, ex-aluna da Université Paris I - Panthéon Sorbonne, autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, compliance, acordos de leniência, anticorrupção, defesa comercial e interesse público.

[3] Estudante de graduação na Universidade de Brasília (UnB). Presidente do Grupo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem na UnB (GEA/UnB). Pesquisador voluntário no Conselho Nacional para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) nas áreas de arbitragem internacional, direito societário e fusões e aquisições. Membro-ouvinte da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/DF. Integrante do Machado Meyer Advogados.

Na quinta parte, apresenta-se o caso Djokovic nos EUA, bem como as alegações de que tais cláusulas blindam práticas anticompetitivas e impedem o acesso dos atletas à jurisdição estatal. Por fim, a sexta e última parte reflete sobre os limites da autonomia privada, os riscos de decisões conflitantes entre tribunais arbitrais, e a necessidade de revisão judicial e atuação das autoridades concorrenciais, como as autoridades concorrenciais podem vier a ser chamadas para garantir equilíbrio entre eficiência arbitral e proteção da livre concorrência. Em síntese, argumenta-se que a imposição de cláusulas arbitrais obrigatórias por entidades detentoras de posição dominante atrair novos argumentos por sua violação a normas de ordem pública, como as regras concorrenciais, exigindo atenção redobrada dos tribunais arbitrais e judiciais.

1. DAS QUADRAS E CAMPOS AOS TRIBUNAIS ARBITRAIS: A CONSOLIDAÇÃO DA ARBITRAGEM NO MERCADO ESPORTIVO GLOBAL

O aumento das demandas judiciais no mundo moderno, impulsionado pela globalização e pela complexidade das relações sociais, econômicas e tecnológicas, sobrecarrega os sistemas judiciais e torna atraente o uso de métodos adequados de resolução de conflitos, como negociação, conciliação, mediação e arbitragem. Enquanto os três primeiros são autocompositivos, baseados no diálogo e na busca de acordos pelas próprias partes, a arbitragem se diferencia por ser um método heterocompositivo em que terceiros imparciais, escolhidos voluntariamente pelas partes, decidem de forma definitiva e vinculante sobre litígios patrimoniais, conferindo maior celeridade e eficácia ao processo.

Apesar de ser uma alternativa robusta e eficaz ao sistema judiciário tradicional, a arbitragem permaneceu por muito tempo subutilizada e pouco valorizada. Presente desde a antiguidade, quando disputas eram comumente encaminhadas a terceiros imparciais, sua institucionalização efetiva ocorreu apenas no século XIX, com a criação da Corte Permanente de Arbitragem pela Convenção de Haia em 1899, seguida da consolidação no século XX por meio de entidades internacionais e da Convenção de Nova Iorque, em 1958.

No Brasil, embora prevista desde 1850 no Código Comercial, a arbitragem teve crescimento lento devido à falta de conscientização e ao tratamento legislativo inadequado nos códigos civis e processuais anteriores, que enfraqueceram seu caráter vinculante. A Lei nº 9.307/1996 modernizou e alinhou o sistema arbitral nacional às práticas internacionais, proporcionando uma transformação significativa. Nota-se hoje uma ampla utilização da arbitragem em diversas áreas, com cerca de 1.035 processos em andamento nas principais câmaras arbitrais brasileiras e movimentação estimada em quase 30 bilhões de reais[4].

O mercado esportivo não fugiu dessa tendência. O esporte, que antes era limitado a uma esfera lúdica e amadora, consolidou-se, no decorrer dos séculos XX e XXI, como uma verdadeira indústria global. Impulsionado pela profissionalização de atletas, pela massiva cobertura midiática e pelos avanços nas tecnologias de transmissão e marketing, o setor esportivo ultrapassou os limites da competição física e passou a integrar cadeias econômicas altamente sofisticadas. Hoje, o esporte movimenta bilhões em contratos de patrocínio, direitos de transmissão, publicidade, venda de ingressos, licenciamento de marcas e transferências de atletas, ocupando papel central em economias nacionais e transnacionais.

Essa transformação do esporte em atividade econômica estruturada e regulada implicou, inevitavelmente, no surgimento de litígios complexos e frequentes, envolvendo contratos comerciais, transferências internacionais, doping, direito de imagem, questões trabalhistas e disciplinares. Nesse cenário, por ser um método de resolução de conflitos que alia especialização, confidencialidade e agilidade, características especialmente valorizadas em um ambiente altamente profissionalizado e globalizado como o esportivo, a arbitragem passou a desempenhar um papel central nas disputas esportivas.

Assim, com o intuito de estabelecer uma instância especializada, neutra e independente para resolver as disputas cada vez mais complexas que surgiam no âmbito do esporte internacional, foi criado, em 1984, o Tribunal Arbitral do Esporte (Court of Arbitration for Sport – CAS), com sede em Lausanne, na Suíça[5].

Inicialmente vinculado ao Comitê Olímpico Internacional (COI), o CAS foi concebido como um mecanismo institucional capaz de oferecer decisões céleres, técnicas e imparciais para as disputas que emergiam no universo esportivo, especialmente no contexto dos Jogos Olímpicos. Contudo, visando garantir sua autonomia e reforçar sua credibilidade internacional, a estrutura do CAS foi profundamente reformulada em 1994, após o caso Gundel v. FEI, quando o Tribunal Federal Suíço reconheceu a necessidade de maior independência institucional da Corte em relação ao COI. A partir dessa reforma, o CAS passou a ser administrado pela International Council of Arbitration for Sport (ICAS), consolidando sua natureza independente e seu caráter de jurisdição especializada.

Desde então, as organizadoras de esportes têm estabelecido a arbitragem como método preferencial - e, muitas vezes, exclusivo - para a resolução de disputas surgidas no âmbito das competições esportivas.

---

[4] LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2022 /2023. Canal Arbitragem. São Paulo, 2024

[5] History of the CAS. Disponível em: https://www.tas-cas.org/en/general-information/history-of-the-cas.html

A inclusão de cláusulas compromissórias obrigatórias nos regulamentos e estatutos das entidades esportivas tornou-se prática amplamente difundida, condicionando a participação de atletas, clubes e agentes no sistema federativo à submissão à arbitragem, especialmente ao CAS.

A FIFA, por exemplo, determina que disputas com dimensão internacional envolvendo clubes, atletas e agentes devem ser resolvidas obrigatoriamente por arbitragem, com possibilidade de apelação ao CAS, nos termos do seu Regulations on the Status and Transfer of Players (RSTP). A UEFA, por sua vez, impõe em seus estatutos que todos os seus membros, direta ou indiretamente, reconhecem a jurisdição exclusiva do CAS para qualquer disputa derivada de suas atividades. No contexto olímpico, a Carta Olímpica estabelece, em seu artigo 61[6], que todo litígio relacionado aos Jogos Olímpicos deve ser submetido exclusivamente ao CAS. Por sua vez, em "instância ordinária", fora do âmbito do CAS, cabe mencionar outras três tribunais arbitrais específicos: (i) o Basketball Arbitral Tribunal (BAT), vinculado à FIBA, instituído com o intuito de solucionar disputas contratuais no basquete profissional, (ii) a UCI Arbitral Board, que atua na resolução de controvérsias internas do ciclismo, como transferências e regras de elegibilidade, e (iii) a American Arbitration Association (AAA), que, por meio de seu painel especializado em esportes, tem longa tradição na administração de disputas envolvendo ligas profissionais e atletas dos EUA, sendo referência em arbitragem desportiva no contexto norte-americano.

Assim como ocorreu com a arbitragem em termos gerais, sua consolidação no âmbito esportivo também mostrou-se tardia no Brasil. Enquanto a arbitragem desportiva já se encontrava amplamente institucionalizada em diversos países, o ordenamento jurídico brasileiro só passou a reconhecer expressamente essa possibilidade em 2011, com a promulgação da Lei nº 12.395. Essa norma alterou a Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé), inserindo o artigo 90-C[7], que autorizou o uso da arbitragem para a resolução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis no contexto esportivo, mas vedando a utilização da arbitragem para controvérsias relativas à disciplina e à competição desportiva, bem como condicionando sua adoção à existência de previsão em acordo ou convenção coletiva de trabalho[8].

Recentemente, o escopo desta possibilidade foi ampliado pelo advento da Lei 14.597/2023 (Lei Geral do Esporte), que, em seu art. 27[9], passou a admitir a arbitragem como meio de resolução de conflitos de natureza esportiva no que se refere à disciplina e à prática esportiva, bem como para questões patrimoniais, inclusive de trabalho e emprego. Com isso, diversas entidades esportivas brasileiras também passaram a eleger a jurisdição arbitral em seus regulamentos, como é o caso do Comitê Olímpico do Brasil (COB)[10] e das Confederações Brasileiras de Futebol (CBF)[11], Voleibol (CBV)[12], Ginástica (CBG)[13] e Ciclismo (CBC)[14].

---

[6] Qualquer litígio que surja por ocasião ou em conexão com os Jogos Olímpicos será submetido exclusivamente ao Tribunal Arbitral do Desporto, de acordo com o Código de Arbitragem Desportiva.

[7] Art. 90-C. As partes interessadas poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, vedada a apreciação de matéria referente à disciplina e à competição desportiva.

[8] CASTELLO, Luca de Oliveira Costa Reine; TRENROUSE, Pedro. Arbitragem e o esporte. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Revistas dos Tribunais, 2025.

[9] Art. 27, Parágrafo único. É admitida a arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, como meio para resolução de conflitos de natureza esportiva, no que se refere à disciplina e à prática esportiva, bem como para questões patrimoniais, inclusive de trabalho e emprego.

2. BREVES NOTAS SOBRE O ENCONTRO DOS ESPORTES COM O DIREITO CONCORRENCIAL

A interseção entre concorrência e esportes está em voga no Brasil[15], na Europa[16], nos Estados Unidos[17] e ao redor do mundo[18], com casos recentes envolvendo o mercado do futebol, da patinação de gelo, do futebol americano, de lutas/artes marciais, e do tênis.

No mercado do futebol, por exemplo, um dos casos mais emblemáticos sobre arbitragem e direito da concorrência envolveu a criação da chamada "Super Liga Europeia[19]. Um grupo de grandes clubes europeus propôs a criação de uma nova competição internacional, independente da estrutura da UEFA e da FIFA, com o objetivo de maximizar receitas e garantir maior autonomia organizacional. Em resposta, tanto a UEFA quanto a FIFA advertiram que os clubes participantes estariam sujeitos a sanções severas, incluindo: i) sua exclusão de competições organizadas pelas entidades, como a Champions League, a Eurocopa e até mesmo a Copa do Mundo; e ii) os atletas desses clubes também poderiam ser proibidos de representar suas seleções nacionais.

Diante dessas ameaças, os organizadores da Super Liga ajuizaram ação perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), alegando que as normas da FIFA e da UEFA violariam as disposições do direito concorrencial europeu, ao estabelecerem um monopólio institucional e econômico sobre a organização de competições internacionais.

---

[10] O Estatuto do Comitê Olímpico do Brasil (COB), por exemplo, institui em seu art. 59 o Tribunal Arbitral do Desporto (TAD) como instituto competente, em primeira instância, para dirimir conflitos entre entidades filiadas, dirigentes, atletas e treinadores, bem como entre estes e o COB, no âmbito das modalidades integradas aos programas dos Jogos Olímpicos, Pan-Americanos e Sul-Americanos.

[11] No futebol, o art. 123 do estatuto da CBF adota solução distinta: as arbitragens devem seguir regras do Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA). A CBF confere à arbitragem papel duplo: pode atuar como primeira instância quando não houver jurisdição da Justiça Desportiva ou da Câmara Nacional de Resolução de Disputas (CNRD), ou como instância recursal dos julgados do CNRD.

[12] O art. 69 do estatuto da Confederação Brasileira de Voleibol (CBV) dispõe expressamente que "caso as partes falhem em chegar a um consenso amigável, os conflitos ou litígios deverão ser submetidos, em caráter cogente, à Arbitragem", acentuando o caráter não voluntário do instituto; as decisões do TAD, conforme esses estatutos, são passíveis de recurso apenas ao CAS.

[13] O estatuto da Confederação Brasileira de Ginástica (CBG) elege o TAD como instituto competente para dirimir os conflitos em primeira instância. O art. 61 do referido estatuto destaca, ainda, que "as partes envolvidas com a modalidade em razão do estatuto renunciam expressamente ao direito de buscar a tutela do Poder Judiciário para dirimir os conflitos" – refletindo, também, o caráter aparentemente mandatório do dispositivo.

[14] A Confederação Brasileira de Ciclismo (CBC) insere, em seu art. 93-A, cláusula escalonada entre mediação e arbitragem perante o CBMA, estabelecendo mediação prévia e, não havendo acordo, arbitragem subsequente. A opção pelo CBMA não é casual: trata-se de uma das poucas câmaras nacionais com regulamento específico para arbitragem desportiva, logo uma das mais especializadas no tema.

[15] ATHAYDE, Amanda. FERNANDES, Victor Oliveira. Concorrência e Esportes. Ed. Amanuense, 2024.

[16] STREET, Andrew; THOMAS, Graeme; CHRISTODOULIDES, George. Showing Anti-Competitiveness of Red Card. Bryan Cave Leighton Paisner LLP, 2024; RIVAS, José; KING, Saskia; ALARCON, Paula Gonzales; LIANG, Quinn. The Future Governance of Sports & Competition. Bird & Bird, 2023; JUKES, Natalie; BROADBENT, Jonathan. Competition Law and Sports – A New Era for Sports Regulation? Hausfeld LLP, Volume 10, Issue 3, 2024.

[17] GAGLIO, Nicholas; STROSS, Zachary. A Year of Antitrust Challenges Within U.S. Organized Sports. Global Competition Review, 2024.

[18] OECD. OECD Competition Policy Roundtable Background Note. 2023.

Sustentaram, ainda, que a exigência de autorização prévia e a imposição de sanções constituíam abuso de posição dominante e restrição injustificável à liberdade econômica dos clubes, dos atletas e até dos patrocinadores envolvidos. A controvérsia chegou ao TJUE por meio de uma questão prejudicial e, em dezembro de 2023, a Corte decidiu que as regras da FIFA e da UEFA, na forma como estavam estruturadas, eram incompatíveis com o direito da concorrência da União Europeia, por restringirem indevidamente o acesso ao mercado e limitarem a inovação no setor desportivo[20].

Em outro caso relevante, o Royal Antwerp Football Club, da Bélgica, apresentou contestação formal contra a UEFA e a União Real Belga de Futebol (URBSFA) perante o TJUE[21], questionando a legalidade das chamadas home grown player rules. Tais regras, adotadas tanto em nível nacional quanto continental, determinam que os clubes devem inscrever em suas competições um número mínimo de jogadores "formados localmente" – ou seja, atletas que tenham sido treinados por um clube da mesma federação por um período determinado durante seus anos de formação. Embora tais normas tenham como justificativa promover o desenvolvimento de talentos locais, proteger os investimentos na formação de base e preservar a identidade cultural dos clubes e ligas, o Royal Antwerp argumentou que, na prática, essas exigências configuram uma restrição à livre circulação de trabalhadores e uma limitação à liberdade contratual dos clubes.

O cerne do argumento se concentrou no impacto econômico das home grown rules, que, segundo o clube, distorcem a concorrência no mercado europeu de trabalho ao restringirem artificialmente a composição dos elencos ao valorizarem de forma desproporcional os atletas que se enquadram nesse critério. O Royal Antwerp alegou ainda que a imposição de cotas vinculadas ao local de formação, e não ao mérito esportivo ou ao desempenho profissional, pode afetar negativamente a qualidade das competições e representar uma violação dos princípios fundamentais do direito europeu, notadamente os artigos 45[22] (livre circulação) e 101[23] (proibição de práticas anticoncorrenciais) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que protegem a livre circulação de trabalhadores e a livre concorrência[24].

Já no caso envolvendo a International Skating Union (ISU)[25], dois patinadores profissionais apresentaram denúncia à Comissão Europeia contestando a legalidade de uma regra da entidade que impunha sanções severas, incluindo suspensão ou banimento, aos atletas que participassem de competições de patinação artística ou de velocidade organizadas sem a autorização prévia da ISU. A norma, prevista no regulamento disciplinar da entidade, obrigava os patinadores a

---

[22] Artigo 45: 1. A livre circulação dos trabalhadores fica assegurada na União. 2. A livre circulação dos trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho.

[23] Artigo 101: 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contratantes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

submeterem-se exclusivamente ao circuito oficial reconhecido pela federação, vedando a participação em torneios independentes, mesmo que esses fossem organizados por promotores privados com condições técnicas e contratuais equivalentes ou superiores.

A Comissão Europeia, após investigação, concluiu que tal regra violava o supramencionado artigo 101 do TFUE, ao representar uma restrição injustificada à livre concorrência e uma forma de abuso de posição dominante. A ISU, ao mesmo tempo em que atuava como reguladora da modalidade, exercia também poder de veto sobre competições alternativas, controlando o mercado e restringindo a entrada de novos organizadores. A decisão foi confirmada parcialmente pelo Tribunal Geral da União Europeia e, posteriormente, o caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que proferiu decisão definitiva em dezembro de 2023[26].

No caso da National Football League (NFL)[27] e o pacote Sunday Ticket, consumidores ingressaram com ação judicial alegando que a NFL e seus clubes membros haviam firmado um acordo anticoncorrencial para não competir entre si na comercialização de direitos de transmissão, monopolizando o mercado de exibição de jogos da temporada regular por meio de contratos exclusivos com a DirecTV. Argumenta-se que, ao impedirem que os clubes vendessem diretamente os jogos aos consumidores ou utilizassem plataformas alternativas de distribuição, a NFL e suas afiliadas teriam restringido a oferta, inflacionado os preços e limitado a inovação, em violação às normas do Sherman Act.

De modo semelhante, na ação coletiva movida contra a Ultimate Fighting Championship (UFC)[28], um grupo de lutadores profissionais alegou que a organização adotava práticas sistemáticas de exclusão de concorrência. Isso porque a organizadora estaria impedindo que entidades rivais realizassem eventos de grande porte ou transmitissem competições, além de utilizar cláusulas contratuais altamente restritivas para dificultar a mobilidade dos lutadores e desincentivar o surgimento de alternativas no mercado de entretenimiento deportivo - como contratos de exclusividade, cláusulas de right to match, acordos de não concorrência e até retaliações econômicas.

Por fim, mais recentemente, foi o mercado do tênis profissional que reacendeu as discussões sobre a aplicação do direito concorrencial ao esporte. Conforme será melhor aprofundado adiante, em maio de 2025, doze jogadores e ex-jogadores de tênis, em conjunto com a Professional Tennis Players Association (PTPA) - entidade fundada por Novak Djokovic e Vasek Pospisil em 2019 - ajuizaram uma ação na Corte Distrital de Nova York contra as quatro principais entidades organizadoras do tênis mundial: ATP Tour, WTA Tour, International Tennis Federation (ITF) e International Tennis Integrity Agency (ITIA).

---

[24] PARRISH, Richard; ZIVIC, Luka. Royal Antwerp and home-grown players: re-shaping sports governance and EU sports law and policy. The International Sports Law Journal, 2024.

[25] Para maiores detalhes: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:62021CJ0124

[26] PASCHALIDIS, Paschalis. ISU v Commission: Arbitration as a Reinforcement of Infringements of EU Competition Law. Kluwer Competition Law Blog, 2024. Disponível em: https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/09/isu-v-commission-arbitration-as-a-reinforcement-of-infringements-of-eu-competition-law/

[27] Para maiores detalhes: https://www.nflsundayticketlawsuit.com/documents

[28] Para maiores detalhes: https://www.ufcclassaction.com/key-developments.

3. QUANDO A ARBITRAGEM ESPORTIVA ENCONTRA O DIREITO CONCORRENCIAL: POSSÍVEL CONFIGURAÇÃO DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

A institucionalização e disseminação da Arbitragem Desportiva vem sendo tema de calorosos debates quando o assunto é o seu encontro com o direito antitruste. O maior empecilho tem sido definir se as normas impostas por entidades esportivas nos regulamentos dos torneios – notadamente aquelas que obrigam a submissão exclusiva à arbitragem – configuram legítimo exercício do poder regulatório autônomo do sistema esportivo ou, ao contrário, funcionam como mecanismo para blindar condutas anticoncorrenciais vedadas pela legislação antitruste dos respectivos países.

Nota-se: a Lei de Defesa da Concorrência estabelece que há posição dominante quando uma empresa, ou um grupo de empresas, detém controle sobre parcela substancial do mercado relevante - seja como fornecedora, intermediária, adquirente ou financiadora de determinado produto, serviço ou tecnologia - de forma que possa, de maneira deliberada e unilateral, influenciar as condições desse mercado[29]. No Brasil, presume-se essa posição dominante quando a participação atinge 20% do mercado relevante – threshold este diferente a depender da jurisdição. Contudo, conforme o caso concreto, a legislação autoriza o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a ajustar esse percentual para setores específicos da economia, nos termos do art. 36, §2º, da Lei nº 12.529/2011[30].Registre-se que o art. 36, §3º apresenta uma lista meramente exemplificativa de possíveis condutas anticompetitivas, como leciona a professora Ana Frazão:

Com efeito, o mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração à ordem econômica, pois, ausentes os efeitos reais ou potenciais descritos no caput, não há que se cogitar ilícito antitruste, ainda que a conduta possa ser considerada ilícita do ponto de vista do direito privado. Por outro lado, práticas que não estejam expressamente previstas no § 3º do art. 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência.[31]

Da mesma forma, o TFEU também se limita a declarar, em seu art. 102º, ser *"incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal susceptível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste"*. Sendo assim, seja pela jurisdição europeia ou pela brasileira, a análise sobre abuso de posição dominante não pode se limitar à letra fria da lei, devendo ser analisada em conjunto com a jurisprudência e adaptada a cada caso concreto[32].

Cumpre ressaltar que essa análise se torna ainda mais sensível no mercado esportivo, dadas as especificidades desse mercado. Ao contrário do que ocorre em setores tradicionais, a dinâmica competitiva no esporte pressupõe um grau inevitável de cooperação entre os próprios concorrentes para que as competições aconteçam.

---

[29] Cartilha do CADE. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf

[30] Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

[31] FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

[32] JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo. Abusos de Posição Dominante, Coimbra: Edições Almedina, 2012

A definição conjunta de regras, a coordenação de calendários e a organização logística não apenas são legítimas, mas essenciais à viabilidade e à atratividade das disputas. Além disso, a demanda nesse setor tende a ser fortemente ligada a fatores emocionais, como identidade clubística e vínculos culturais, de modo que a simples existência de acordos ou mecanismos de coordenação não implica, por si só, infração à ordem econômica.

Em todos os casos mencionados anteriormente, os requerentes alegam que as organizações esportivas estariam praticando condutas anticompetitivas que supostamente estariam impedindo o surgimento de novas entidades e, consequentemente, de competições alternativas. Neste cenário, não restaria aos atletas outra opção que não a de vender os seus serviços a estas organizações, que teriam o controle total sobre salários, calendário e premiações, sem terem que se preocupar em melhorar o esporte e o nível das competições, entregando um produto de maior qualidade para os consumidores.

Em outras palavras: os atletas alegam que, para seguir com sua carreira profissional no esporte, estariam obrigados a aderir integralmente aos regulamentos impostos pelas entidades dominantes, incluindo à cláusula compromissória, que, na maioria das vezes, os obriga a submeter qualquer disputa emergente à arbitragem. Segundo os requerentes, essa ausência de alternativas reais transformaria a adesão expressa e formal em um consentimento presumido, e não efetivamente voluntário, o que fragilizaria a legitimidade da arbitragem como meio verdadeiramente paritário de resolução de conflitos no cenário desportivo. Haveria, assim, posição dominante das organizações esportivas nas suas respectivas modalidades esportivas e em suas respectivas jurisdições.

Como consequência, se a estrutura regulatória seria controlada por uma entidade que deteria, em tese, posição dominante no mercado relevante, a imposição de cláusulas compromissórias obrigatórias poderia configurar instrumento de perpetuação dessa posição dominante, bloqueando iniciativas concorrenciais e impedindo que agentes econômicos contestem, em juízo, práticas possivelmente abusivas?.

Essa questão foi inicialmente enfrentada no caso da ISU, mencionado acima. A controvérsia girou em torno da seguinte questão: apesar do regulamento da entidade de patinação no gelo prever que todas as disputas relacionadas às regras de autorização ou elegibilidade deveriam ser submetidas ao CAS, com a aplicação da legislação arbitral suíça, o Supremo Tribunal da Suíça já pacificou entendimento de que as regras de concorrência da União Europeia não são consideradas matérias de ordem pública no país. Assim, a análise sobre a conformidade da decisão com o direito da União Europeia ficaria comprometida, uma vez que o Tribunal Federal suíço não estaria obrigado a analisar a questão sob a ótica do TFUE, e muito menos haveria bases para a anulação da sentença posteriormente. Nesta oportunidade, a CJUE destacou que a arbitragem do CAS não goza de imunidade geral em relação às normas antitruste, devendo ser analisada à luz de sua conformidade com todos os requisitos de ordem pública, incluindo a efetividade das regras de concorrência da União Europeia, que possuem efeito direto[1]. Um novo caso, de meados de 2025, tem trazido essa questão com ainda maior profundidade, como se passa a detalhar.

4. O CASO RFC SERAING: ARBITRAGEM ESPORTIVA, DIREITO CONCORRENCIAL E O CONCEITO DE MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA NA UNIÃO EUROPEIA

O entendimento firmado no caso da ISU foi reforçado pela CJUE em agosto de 2025, ao julgar o caso envolvendo o Royal Football Club Seraing –, definindo um relevante precedente para essa interface entre Arbitragem Desportiva e Direito Antitruste. Em suma, o RFC Seraing é um clube da segunda divisão belga de futebol que firmou contratos com a Doyen Sports Investment Ltd (Doyen), empresa de investimentos sediada em Malta, cedendo uma parcela dos direitos econômicos de quatro jogadores da equipe. O Comitê Disciplinar da FIFA entendeu que os referidos contratos violariam os Artigos 18bis e 18ter[34] do seu Regulamento sobre o Estatuto e Transferência de Jogadores[35]: Como consequência, além de uma multa de CHF 150,000, o clube belga foi impedido de registrar jogadores por quatro temporadas.

O RFC Seraing levou a demanda ao Comitê de Apelação da FIFA, que manteve a multa, mas reduziu a suspensão de registro para três temporadas. Ainda irresignado, o clube apelou ao CAS, argumentando que os referidos artigos do RSTP seriam contrários aos Artigos 45, 56 e 63 do TFUE, os quais garantem a liberdade de circulação dos trabalhadores, a liberdade de prestar serviços e a livre circulação de capitais, respectivamente - além das regras de concorrência da UE e da Suíça. O Tribunal Arbitral, contudo, entendeu que o RFC Seraing não teria conseguido demonstrar que os artigos tinham qualquer efeito restritivo real ou potencial sobre a concorrência, confirmando assim a multa e ajustando a proibição.

Em seguida, o RFC Seraing recorreu ao Tribunal Federal Suíço para contestar a sentença do CAS, mas também teve sua ação rejeitada, sob o mesmo fundamento mencionado anteriormente: de que as regras de concorrência não fazem parte da ordem pública substancial segundo a jurisprudência suíça. Paralelamente, o clube também buscou a tutela dos Tribunais Belgas - os quais entenderam, tanto em primeira quanto em segunda instância, pela ausência de jurisdição para processar a demanda[36].

---

[33] MOTTA, Marcos; SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. O Caso C-124/21 P | International Skating Union v Commission: Possíveis Consequências para o Instituto da Arbitragem Esportiva Internacional. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Thomson Reuters, 2025.

[34] 18bis - Influência de terceiros sobre os clubes

1. Nenhum clube deverá celebrar um contrato que permita ao clube, contraparte ou a qualquer terceiro adquirir a capacidade de influenciar, em questões relacionadas a emprego e transferências, sua independência, suas políticas ou o desempenho de suas equipes.

(...)

18ter - Propriedade de terceiros sobre os direitos econômicos dos jogadores

1. Nenhum clube ou jogador deverá celebrar um acordo com um terceiro que permita a esse terceiro participar, total ou parcialmente, da compensação devida em relação à futura transferência de um jogador de um clube para outro, ou que lhe seja atribuído qualquer direito em relação a uma transferência futura ou à compensação da transferência.

[35] FIFA. Regulamento sobre o Estatuto e Transferência de Jogadores. Disponível em: https://digitalhub.fifa.com/m/6a0797ec77cbc02c/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-February-2024-edition.pdf

[36] WAUTERS, Jasper; KOMNINOS, Assimakis; HERTEL, Nikolas. White and Case. Court of Justice of the European Union delivers ruling in Royal Football Club Seraing (C-600/23). Disponível em: https://www.whitecase.com/insight-alert/court-justice-european-union-delivers-ruling-royal-football-club-seraing-c-60023

O caso chegou então ao Tribunal de Cassação da Bélgica, que, por sua vez, enviou à CJUE um pedido de esclarecimentos sobre a interpretação do Artigo 19 do Tratado da União Europeia (TUE), lido em conjunto com o Artigo 267 do TFUE e o Artigo 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

A controvérsia que se buscava esclarecer era se se tais disposições impediram a aplicação, a um laudo arbitral proferido pelo CAS e mantido pelo Supremo Tribunal Federal Suíço: i) de dispositivos nacionais que conferem aos laudos arbitrais finais a autoridade de coisa julgada nas relações entre as partes do litígio; e ii) de uma norma nacional que concede a tais laudos, como consequência dessa autoridade, valor probatório em relação a terceiros.

No dia 16 de janeiro de 2025, a Advocate General da CJUE, Tamara Ćapeta, emitiu o seu parecer[37], pelo qual sugeriu que a CJUE considerasse como incompatível com o direito da UE a aplicação das leis nacionais que conferem efeito de coisa julgada a sentenças arbitrais que não foram revisadas por um Estado-Membro. A fundamentação utilizada foi a de que livre-arbítrio das partes em submeter a sua disputa ao CAS não é expressa, visto que a cláusula compromissória prevista no estatuto da organização é de caráter mandatório, e os atletas que não concordarem com a jurisdição do Tribunal Arbitral são impedidos de competir. Ćapeta destacou ainda que o sistema da FIFA é autossuficiente em termos de homologação: se uma parte se recusa a homologar um laudo arbitral proferido pelo CAS por considerar que viola as leis da UE, a organização não precisa iniciar um procedimento de homologação perante uma corte nacional - isso porque a própria FIFA pode tomar medidas para homologar a sentença, através de penalidades ou do banimento de registro, como ocorreu no caso concreto.

Assim, a Advocate General defendeu que os remédios judiciais presentes na arbitragem comercial não seriam suficientes para garantir uma efetiva proteção e uniformidade da Lei da UE no contexto de um sistema de arbitragem autossuficiente e mandatória, como no caso da FIFA.

---

[33] MOTTA, Marcos; SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. O Caso C-124/21 P | International Skating Union v Commission: Possíveis Consequências para o Instituto da Arbitragem Esportiva Internacional. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Thomson Reuters, 2025.

[34] 18bis - Influência de terceiros sobre os clubes

1. Nenhum clube deverá celebrar um contrato que permita ao clube, contraparte ou a qualquer terceiro adquirir a capacidade de influenciar, em questões relacionadas a emprego e transferências, sua independência, suas políticas ou o desempenho de suas equipes.

(...)

18ter - Propriedade de terceiros sobre os direitos econômicos dos jogadores

1. Nenhum clube ou jogador deverá celebrar um acordo com um terceiro que permita a esse terceiro participar, total ou parcialmente, da compensação devida em relação à futura transferência de um jogador de um clube para outro, ou que lhe seja atribuído qualquer direito em relação a uma transferência futura ou à compensação da transferência.

[35] FIFA. Regulamento sobre o Estatuto e Transferência de Jogadores. Disponível em: https://digitalhub.fifa.com/m/6a0797ec77cbc02c/original/Regulations-on-the-Status-and-Transfer-of-Players-February-2024-edition.pdf

[36] WAUTERS, Jasper; KOMNINOS, Assimakis; HERTEL, Nikolas. White and Case. Court of Justice of the European Union delivers ruling in Royal Football Club Seraing (C-600/23). Disponível em: https://www.whitecase.com/insight-alert/court-justice-european-union-delivers-ruling-royal-football-club-seraing-c-60023

[37] Parecer da Advogada Geral Capeta, 16 de Janeiro de 2025, Royal Football Club Seraing SA v. FIFA, UEFA and URBSFA, Case C-600/23. ECLIA:UE:C:2025:24.

Por isso, recomendou que a CJUE garantisse aos indivíduos o direito de buscar uma revisão completa das regras da FIFA sob o direito da UE em qualquer processo judicial, seja como um desafio direto às regras da FIFA, na execução de uma sentença do CAS, ou incidentalmente em outros processos, como ações por danos. Quanto à segunda questão, a Advocate General da CJUE, Ćapeta, opinou que uma presunção refutável de valor probatório não impediria os tribunais nacionais de cumprirem suas obrigações sob o Artigo 19(1) do TUE, uma vez que continuariam capazes de garantir a aplicação plena do direito da UE, se necessário, por meio da apresentação de uma questão prejudicial à CJUE. Portanto, considerou que as leis nacionais que conferem valor probatório a sentenças arbitrais revisadas por Estados não-membros não são incompatíveis com o direito da UE[38].

Em sua decisão, de 1º de agosto de 2025, a CJUE teve uma abordagem mais restritiva. Apesar de o Tribunal ter reconhecido que i) a livre circulação de trabalhadores, de serviços e de movimentação de capitais é parte da política pública da UE; e que ii) é fundamental que os indivíduos envolvidos em disputas relacionadas à prática do esporte como uma atividade econômica dentro do território da UE possam obter revisão judicial sobre se essas disputas estão em conformidade ou não com a política pública da UE - a CJUE se manteve cautelosa ao traçar o escopo e as condições pelas quais essa revisão deve ser realizada. Mais especificamente, a Corte determinou que uma potencial revisão das sentenças do CAS pelos tribunais nacionais da UE deveria ser limitada apenas às questões de ordem pública da UE. Além disso, entendeu que, uma vez que a concessão de valor probatório à sentença arbitral foi uma das consequências que a legislação nacional atribui à autoridade de coisa julgada, com o objetivo de tornar a sentença arbitral passível de ser invocada contra terceiros, ela estaria intrinsecamente ligada à coisa julgada e, portanto, também é inadmissível.

Dessa forma, a Corte reconheceu a arbitragem desportiva como um mecanismo útil e legítimo de resolução de disputas no esporte internacional, mas manteve a cautela quanto à proteção da sua ordem pública e leis nacionais. Isso pode ser observado, inclusive, por meio dos trechos da decisão pelo qual a CJUE afirma que as cortes nacionais que forem intituladas a realizar tal revisão não podem simplesmente determinar se uma sentença é inconsistente com a política pública da UE, mas devem, também, ser capazes de delinear todas as conclusões legais apropriadas quando tal inconsistência for encontrada.

Quanto às cláusulas de arbitragem impostas pelas entidades esportivas, a CJUE reconheceu o seu caráter mandatório e unilateral, mas não considerou que isso necessariamente retire a legitimidade do CAS. Na verdade, estabeleceu 4 requisitos a serem garantidos pelas entidades para permitir com que os indivíduos integrantes da União Europeia possam obter essa revisão judicial das suas sentenças arbitrais em matéria de ordem pública:

1. Existência de recurso: A associação esportiva em questão deve instituir um mecanismo de arbitragem que esteja sujeito a um recurso legal direto dentro da UE ou deve existir a possibilidade de os indivíduos obterem, indiretamente, de qualquer tribunal de um Estado-Membro que seja competente para examinar tal sentença de qualquer forma, uma revisão judicial efetiva quanto à conformidade desta sentença com os princípios e disposições que fazem parte da política pública da UE;

---

[38] Aceris Law. Blowing the Whistle on CAS: The CJEU`s RFC Seraing v. FIFA Decision. Disponível em: https://www.acerislaw.com/blowing-the-whistle-on-cas-the-cjeus-rfc-seraing-v-fifa-decision

2. Capacidade de revisão: Os tribunais ou câmaras que forem chamados a realizar a revisão devem ser capazes de examinar a interpretação dos princípios ou disposições que fazem parte da política pública da UE, as consequências jurídicas anexadas a essa interpretação e a classificação jurídica dada à luz dessa interpretação dos fatos conforme estabelecido e avaliado pelo órgão arbitral;
3. Conclusões legais: Os tribunais ou câmaras devem ser capazes de tirar todas as conclusões jurídicas apropriadas (determinar danos, pôr fim à conduta que constitua a infração) quando tal inconsistência for constatada; e
4. Poder de concessão de liminares: Os tribunais ou câmaras devem ter o poder de conceder medidas liminares que garantam a plena eficácia da decisão a ser proferida sobre o mérito do caso, incluindo quando esse tribunal ou câmara faz um pedido de decisão prejudicial ao TJEU.

Logo após a decisão, o International Council of Arbitration for Sport (ICAS), órgão responsável pela administração e organização do CAS, publicou um pronunciamento oficial[39] pelo qual destacou que, em média, apenas 6% dos seus laudos sobem para o Tribunal Federal Suíço por ano - e que embora a grande maioria dos casos perante o tribunal arbitral digam respeito a questões contratuais e disciplinares não regidas pela legislação da UE, o CAS já aplica a legislação da UE quando necessário. O que muda a partir da decisão, portanto, é que o Tribunal Federal Suíço não terá mais um papel exclusivo na revisão das sentenças do CAS. **A partir de agora, portanto, quaisquer contestações às regras e decisões das associações esportivas que sejam consideradas um abuso de sua posição dominante ou uma restrição à concorrência poderão ser analisadas por motivos de ordem pública por todos os tribunais comuns na UE.**

5. O CASO DJOKOVIC: ARBITRAGEM ESPORTIVA E DIREITO CONCORRENCIAL

Esse cenário se torna particularmente relevante quando se observa que estes conflitos entre arbitragem desportiva e direito antitruste estão sendo trazidos novamente à tona também fora do âmbito da EU.

No caso envolvendo a PTPA, por exemplo, uma organização formada por diversos jogadores profissionais alegou que as principais entidades organizadoras do esporte teriam formado um cartel com o objetivo de manter o controle concentrado sobre a organização do circuito profissional, restringindo a competição e prejudicando atletas e outros participantes da indústria. Segundo a petição, esse suposto conluio teria como efeito prático afastar o tênis profissional das forças ordinárias do mercado, privando jogadores e demais agentes econômicos de uma competição justa e aberta.

A conduta anticompetitiva atribuída aos réus se manifestaria em três frentes principais: (i) por meio da fixação artificial de preços e da imposição de tetos remuneratórios e restrições contratuais que limitam os ganhos dos jogadores; (ii) pela obstrução da criação de torneios alternativos e da participação livre dos atletas em eventos independentes, o que reduz suas opções de atuação profissional; e (iii) pela utilização abusiva de mecanismos disciplinares e investigações de integridade, supostamente direcionados a dissuadir condutas consideradas dissidentes ou contestatórias[40].

---

[39] Declaração do ICAS sobre a Revisão das Sentenças do CAS pelos Tribunais Europeus em Matérias de Política Pública da UE. Disponível em: https://www.tascas.org/fileadmin/user_upload/ICAS_statement_CJEU_Seraing_ENG.pdf

Na petição inicial, a PTPA e os ex-jogadores sustentaram que as cláusulas arbitrais incluídas nos regulamentos de entidades de governança do tênis, como WTA e ITF seriam um mecanismo utilizado pelo suposto arranjo anticompetitivo para se blindar, já que retirariam dos atletas o direito de litigar perante os tribunais dos Estados Unidos ou de qualquer outro foro de sua escolha. Os autores alegam que as organizações conseguem impor essas cláusulas porque, ao estabelecerem que os jogadores só podem competir por prêmios caso renunciem à tutela jurisdicional e, ao mesmo tempo, impedirem a criação de novas organizações e torneios, criam um ambiente monopolista que não oferece alternativas aos atletas senão aderirem às cláusulas arbitrais - tornando-as, na prática, obrigatórias.

Como resposta, a WTA e a ITF apresentaram petições alegando que, com base em seus regulamentos, a Corte Distrital de Nova York não teria jurisdição para julgar o caso, e que a controvérsia deveria ser encaminhada à arbitragem. As organizações sustentaram que, de acordo com seus respectivos regulamentos, assinados pelos jogadores, qualquer disputa relacionada às suas atuações deveria ser resolvida por arbitragem ou em foro escolhido a critério exclusivo da própria organização. Questões concorrenciais, assim como qualquer outro tema, deveriam ser submetidas à arbitragem, e não ao Judiciário norte-americano. Um clássico conflito sobre a jurisdição arbitral ou judicial, mas dessa vez com contornos concorrenciais.

A WTA enfatizou que, ao se inscreverem ou participarem de qualquer competição promovida pela organização, os atletas consentem em se submeter a todas as disposições do WTA Rulebook[41]. O artigo XIX(B)(1) deste regulamento estabelece que qualquer disputa, exceto aquelas relacionadas à mudança de status como membro da Classe de Torneios, que não seja definitivamente resolvida pelas disposições aplicáveis, será submetida exclusivamente à American Arbitration Association ("AAA"), de acordo com os Procedimentos Expeditos das Regras de Arbitragem Comercial[42].

A organização argumenta que as atletas que ajuizaram a ação alegando violação de direitos concorrenciais na Corte de Nova York (Cirstea, Gracheva, Melichar, Rodionova, Sutjiadi e Zheng) participaram de diversos torneios da WTA durante o período relevante e, portanto, estariam vinculadas ao WTA Rulebook e às regras de arbitragem da AAA. Além disso, sustenta que essas atletas teriam ratificado esse consentimento individualmente ao assinarem o WTA Annual Player Form, condição obrigatória para a participação nos torneios.

A ITF, por sua vez, alega que, desde 2010, exige que seus atletas mantenham uma assinatura anual ativa do Número de Identificação Internacional de Jogador (IPIN) para participar do World Tennis Tour e competir por prêmios em dinheiro. Para obter essa assinatura anual no site da ITF, o jogador deve clicar em um botão concordando com o IPIN Agreement. Esse acordo começa com uma seção intitulada "Player Agreements", na qual o atleta declara estar "ciente e cumprir" os Regulamentos do WTT[43].

---

[40] ATHAYDE, Amanda; ARCURI, Arthur. Quando Djokovic encontra concorrência: tênis e antitruste. Migalhas, 27.03.2025. Available in: https://www.migalhas.com.br/depeso/427087/quando-djokovic-encontra-concorrencia-tenis-e-antitruste.

[41] Women 's Tennis Association 2025 Official Rules. Disponível em: https://www.wtatennis.com/wta-rules

[42] American Arbitration Association Rules 2021. Disponível em: https://www.adr.org/Rules

[43] 2025 World Tennis Tour. Disponível em: https://www.itftennis.com/en/about-us/governance/rules-and-regulations/?type=toRegulations. ur-regulations

Esses regulamentos contêm uma seção específica sobre Regulamentos Relacionados, que afirma que, "na medida em que não estiverem aqui contemplados, a Constituição da ITF Limited [...] se aplicará a todos os Torneios do ITF World Tennis Tour".

Assim, ao consentir com a aplicação tanto dos Regulamentos do WTT quanto da Constituição da ITF, os jogadores também estariam concordando em submeter qualquer disputa decorrente de sua relação com a ITF à arbitragem conforme o Código de Arbitragem Esportiva do Tribunal Arbitral do Esporte em Lausanne, Suíça ("CAS")[44]. Eis a transcrição exata de uma cláusula arbitral do CAS: *"Exceto quando as Regras e Regulamentos preverem a jurisdição de outro tribunal, as partes concordam em submeter qualquer disputa decorrente deste Acordo ou relacionada a ele ao Tribunal Arbitral do Esporte para arbitragem final e vinculante, de acordo com o Código de Arbitragem Esportiva do CAS [...]".*

Já a ITF afirma que os jogadores que ajuizaram a ação antitruste (Vasek Pospisil, Saisai Zheng, Aldila Sutjiadi, Sorana-Mihaela Cirstea, Tennys Sandgren, Noah Rubin e Varvara Gracheva) teriam concordado múltiplas vezes, desde 2010, em se submeter às regras de arbitragem do CAS, reforçando a posição da organização de que a controvérsia deve ser resolvida fora do sistema judicial convencional.

Apesar de o caso ainda estar pendente de julgamento, a PTPA expandiu o escopo da ação em 22 de setembro de 2025 para incluir os Grand Slams: Tennis Australia (TA), All England Lawn Tennis Club (AELTC), French Tennis Federation (FFT) e a United States Tennis Association. Com isso, o processo passou a ser transnacional, correndo concomitantemente nas cortes dos Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia. Em outras palavras: o risco de decisões conflitantes aumentou ainda mais, com o envolvimento de três jurisdições distintas[45].

6. APITO FINAL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS DA ARBITRAGEM DESPORTIVA NO CENÁRIO CONCORRENCIAL

A trajetória da arbitragem no âmbito esportivo revela um cenário de constante evolução. Inicialmente subestimada como alternativa ao sistema judicial tradicional, a arbitragem emergiu como uma ferramenta indispensável para a gestão de disputas em um ambiente esportivo que se tornou cada vez mais complexo e profissionalizado. Este fenômeno é particularmente evidente no contexto globalizado do esporte, onde questões envolvendo contratos, direitos de imagem e disputas disciplinares são rotineiramente resolvidas por tribunais arbitrais, que oferecem especialização e celeridade essenciais para o setor.

A consolidação da arbitragem no esporte, contudo, não se dá sem desafios pela ótica concorrencial. Diante desse cenário, algumas perguntas emergem: Quais são os limites da autonomia privada na escolha da arbitragem em se tratando de contratos esportivos? Haveria peculiaridades diante da existência de uma "ordem pública concorrencial"? A inclusão de cláusula compromissória em um regulamento de entidade reguladora do esporte, com aceitação obrigatória pelos atletas, pode ser considerada evidência de posição dominante? As autoridades concorrenciais deveriam ter poder para revisar ou anular sentenças arbitrais que envolvam temas concorrenciais com base na ordem pública?

---

[45] GALVIN, Case. From Tennis Court to Courtroom: The PTPA`s Global Antitrust Challenge to Tennis Governance. University of Miami, 2025. Disponível em: https://international-and-comparative-law-review.law.miami.edu/from-tennis-court-to-courtroom-the-ptpas-global-antitrust-challenge-to-tennis-governance/

Estas questões são centrais para o futuro da arbitragem no esporte. Os tribunais arbitrais, pelo princípio do kompetenz-kompetenz, detêm a autonomia para determinar a validade ou não da cláusula compromissória, o que coloca sobre eles uma responsabilidade significativa em equilibrar esses interesses. Ultrapassada esta questão, e entendendo-se pela validade da cláusula arbitral, deve-se proceder à análise da questão de ordem pública.

De acordo com o art. V(2)(b) da Convenção de Nova York (1958), o reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral podem ser recusados se a autoridade competente do país onde o reconhecimento é requerido verificar que a execução da sentença arbitral seria contrária à ordem pública daquele país. Isto significa que, no caso hipotético de uma sentença ser proferida pelo CAS sem observar a legislação concorrencial brasileira, a sentença poderia, em tese, deixar de ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)?

Mais ainda, o Brasil poderia optar por seguir a abordagem europeia e definir que, em se tratando de matéria de ordem pública, os laudos do CAS não formam título executivo extrajudicial de forma direta e imediata, devendo ser revisados pelos tribunais nacionais para análise de conformidade com a Lei 12.529/2011 e demais dispositivos antitruste? Além disso, esta revisão poderia/deveria ser feita pelas autoridades de concorrência (o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE)?

Finalmente, superadas as questões de ordem pública, seria necessário definir, ainda, se é viável a manutenção de uma sede arbitral única para tratar das matérias relativas ao esporte. Hoje, todas as discussões são centralizadas na Suíça, sede do CAS, como forma de tentar unificar a jurisprudência aplicando apenas a lei processual suíça. Ocorre que, como demonstrado, uma vez que esta jurisdição não está obrigada a observar normas concorrenciais de outros países, o reconhecimento das sentenças pode se tornar um problema. Ao mesmo passo, definir sedes diferentes poderia gerar decisões conflitantes e aumentar a insegurança jurídica no setor esportivo global.

Todos estes dilemas serão postos à cheque podem chegar aos tribunais brasileiros, tendo em vista que os estatutos de entidades esportivas nacionais já preveem mecanismos de arbitragem mandatória, como ocorre no exterior. Nesse sentido, todas estas controvérsias exigirão tanto um olhar técnico e extremamente atento do Judiciário Brasileiro e do CADE para as tendências internacionais, de modo a garantir uma pacífica convivência entre esportes, arbitragem e direito concorrencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACERIS LAW. Blowing the Whistle on CAS: The CJEU`s RFC Seraing v. FIFA Decision. Disponível em: https://www.acerislaw.com/blowing-the-whistle-on-cas-the-cjeus-rfc-seraing-v-fifa-decision

AGAFONOVA, Rusa. ISU and Superleague judgments: sports governance in the market driven era. The International Sports Law Journal, 2024.

ATHAYDE, Amanda; ARCURI, Arthur. Quando Djokovic encontra concorrência: tênis e antitruste. Migalhas, 27.03.2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/427087/quando-djokovic-encontra-concorrencia-tenis-e-antitruste.

ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Victor Oliveira. Concorrência e Esportes. Ed. Amanuense, 2024.

CASTELLO, Luca de Oliveira Costa Reine; TRENGROUSE, Pedro. Arbitragem e o esporte. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Revista dos Tribunais, 2025.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIO, Nicholas; STROSS, Zachary. A Year of Antitrust Challenges Within U.S. Organized Sports. Global Competition Review, 2024.

GALVIN, Case. From Tennis Court to Courtroom: The PTPA`s Global Antitrust Challenge to Tennis Governance. University of Miami, 2025. Disponível em: https://international-and-comparative-law-review.law.miami.edu/from-tennis-court-to-courtroom-the-ptpas-global-antitrust-challenge-to-tennis-governance/

JUNQUEIRO, Ricardo Bordalo. Abusos de Posição Dominante. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

JUKES, Natalie; BROADBENT, Jonothan. Competition Law and Sports - A New Era for Sports Regulation? Hausfeld LLP, Volume 10, Issue 3, 2024.

LEMES, Selma (Coord.). Arbitragem em Números: Pesquisa 2022/2023. Canal Arbitragem. São Paulo, 2024.

MOTTA, Marcos; SOUSA, Pedro Henrique Bandeira. O Caso C-124/21 P | International Skating Union v Commission: Possíveis Consequências para o Instituto da Arbitragem Esportiva Internacional. In: Direito do Futebol: Operações, Mercado, Contencioso e Arbitragem. Thomson Reuters, 2025.

OECD. OECD Competition Policy Roundtable Background Note. 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PASCHALIDIS, Paschalis. ISU v Commission: Arbitration as a Reinforcement of Infringements of EU Competition Law. Kluwer Competition Law Blog, 2024. Disponível em: https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2024/01/09/isu-v-commission-arbitration-as-a-reinforcement-of-infringements-of-eu-competition-law/.

PARRISH, Richard; ZIVIC, Luka. Royal Antwerp and home-grown players; re-shaping sports governance and EU sports law and policy. The International Sports Law Journal, 2024.

RIVAS, José; KING, Saskia; ALARCON, Paula Gonzales; LIANG, Quinn. The Future Governance of Sports & Competition. Bird & Bird, 2023.

STREET, Andrew; THOMAS, Graeme; CHRISTODOULIDES, George. Showing Anti-Competitiveness the Red Card. Bryan Cave Leighton Paisner LLP, 2024.

WALD, Arnoldo; LEMES, Selma. A Arbitragem como Justiça do Consentimento e a Vinculação de Terceiros. Grupos Societários e Econômicos e Grupos de Contratos. Análise da Lei Brasileira de Arbitragem. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma. 25 Anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

WAUTERS, Jasper; KOMNINOS, Assimakis; HERTEL, Nikolas. White and Case. Court of Justice of the European Union delivers ruling in Royal Football Club Seraing (C-600/23). Disponível em: https://www.whitecase.com/insight-alert/court-justice-european-union-delivers-ruling-royal-football-club-seraing-c-60023

PARTE 1

ARBITRAGEM PRIVADA

Terceiros e Extensão da Arbitragem

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM: HIPÓTESE DE EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA?

Helena Tavernard[1]

RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo trazer algumas reflexões acerca do instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica em procedimentos arbitrais nacionais, e, notadamente, de que maneira a matéria pode se relacionar, ou não, com a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários.

Palavras-chave: desconsideração da personalidade jurídica; arbitragem; convenção de arbitragem; consentimento; extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

INTRODUÇÃO

A arbitragem, como método alternativo de resolução de conflitos com ampla e progressiva utilização na esfera empresarial, suscita diversos questionamentos quanto aos seus elementos e, principalmente, quanto à possibilidade de aplicação de institutos de ordem material e processual do ordenamento jurídico pátrio no âmbito do procedimento arbitral.

Nesse contexto, o presente artigo tem como intuito verificar, sob o aspecto comparativo e correlacionado, se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, quando aplicado em arbitragens nacionais, constitui eventual hipótese de extensão dos efeitos da cláusula compromissória em relação a terceiro não signatário. Para tanto, optou-se por dividir o presente trabalho em 3 capítulos. No capítulo 1, serão apresentados breves apontamentos sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Direito Empresarial brasileiro. O Capítulo 2, por sua vez, trata da temática da arbitragem e do fundamental requisito do consentimento, fundando na autonomia da vontade das partes em optar pela via arbitral, escopo no qual se inclui a convenção de arbitragem e suas espécies.

Por fim, o capítulo 3 introduz a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula arbitral a terceiros não signatários e busca explicar, fundamentadamente, se a desconsideração da personalidade jurídica, quando aplicada em arbitragens nacionais, poderia vir a ser considerada como forma de extensão subjetiva da cláusula arbitral. Ao final, serão apresentadas as conclusões do presente ensaio.

---

[1]Advogada. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS).

1. APONTAMENTOS SOBRE A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO EMPRESARIAL BRASILEIRO

O presente capítulo tem como objetivo traçar breves apontamentos sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente em relação à sua origem, efeitos e objetivos. Para esse fim, foi realizada a divisão em dois subtópicos: no item 1.1., será introduzida a temática da autonomia patrimonial da empresa e a problemática atinente à possibilidade de utilização da personalidade jurídica de forma abusiva; já no item 1.2, será abordada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica sob a ótica do Direito Brasileiro, e o seu surgimento com fundamento na disregard doctrine.

1.1. Autonomia patrimonial da empresa e o abuso da personalidade jurídica

A autonomia patrimonial da empresa constitui um dos principais fundamentos do Direito Empresarial, uma vez que possibilita o pleno exercício da atividade empresarial tal como concebida, e se sobressai como uma das principais consequências da personificação de uma sociedade empresarial.

Como se sabe, a personalidade jurídica é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações[2]. Assim, atribui-se personalidade jurídica a determinadas espécies de sociedades empresariais quando cumpridos os requisitos legais pré-determinados, incluindo-se o arquivamento do ato de constituição no registro próprio, precedido, se for o caso, de autorização governamental.

Como decorrência direta da personalidade jurídica da sociedade, surge a autonomia patrimonial da empresa, na medida em que passa a contar com patrimônio próprio, diverso dos sócios, que responde por suas obrigações. Assim, a autonomia significa que as obrigações (créditos e débitos) da pessoa jurídica não se confundem com as obrigações (créditos e débitos) dos sócios, não havendo que se falar em compensação[[3]].

Sob outra ótica, a personalidade jurídica da sociedade empresarial garante aos sócios a autonomia patrimonial entre seus bens particulares e os bens da empresa, no que tange à responsabilidade por eventuais dívidas e obrigações contraídas, o que assegura a segregação dos riscos atinentes à atividade empresarial. Conforme enuncia Marlon Tomazette, como corolário da personalidade jurídica, a sociedade assegura aos sócios uma distinção entre seu patrimônio pessoal e o patrimônio empregado para o exercício da atividade[4].

---

[2] PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1, p. 141.
[3] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – Volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 262.
[4] TOMAZETTE, op. cit, p. 263.
[5] AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993, p. 169.

Dessa forma, a pessoa jurídica representa instrumento legítimo de destaque patrimonial, para a exploração de certos fins econômicos, de modo que o patrimônio titulado pela pessoa jurídica responda pelas obrigações desta, só se chamando os sócios à responsabilidade em hipóteses restritas[5].

No Código Civil brasileiro, a autonomia patrimonial é expressamente reconhecida pelo art. 49-A, que enuncia que a pessoa jurídica não se confunde com os seus sócios, associados, instituidores ou administradores.

Ademais, dispõe o parágrafo único do mencionado artigo 49-A, com a redação estabelecida pela Lei da Liberdade Econômica (Lei n.º 13.874/2019), que a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas é um instrumento lícito de alocação e segregação de riscos, estabelecido pela lei com a finalidade de estimular empreendimentos, para a geração de empregos, tributo, renda e inovação em benefício de todos.

Todavia, a personalidade jurídica não está sujeita a suportar atos que desvirtuem sua finalidade principal, como fraudes, abuso de direito e confusão patrimonial. Por essa razão, inicialmente, a jurisprudência e doutrina pátrias passaram a adotar a teoria da desconsideração como forma de coibir o uso indevido e o abuso da personalidade jurídica. Por abuso da personalidade jurídica, entende-se, assim, "a sua utilização de modo imoral, em desconformidade com os objetivos planejados pelo legislador[6]".

Por consequência, torna-se possível, em casos excepcionais e de forma subsidiária ao patrimônio da empresa, implementar a extensão dos efeitos das obrigações contraídas pela sociedade ao patrimônio particular dos sócios envolvidos. Em outras palavras, a desconsideração consiste em colocar de lado, episodicamente, a autonomia patrimonial da sociedade, possibilitando a responsabilização direta e ilimitada do sócio por obrigação que, em princípio, é da sociedade[7], caso demonstrado o evidente abuso da personalidade jurídica.

1.2. Desconsideração da personalidade jurídica ("disregard doctrine") no Direito Brasileiro

Nesse contexto, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu inicialmente em um episódio de fraude contra credores que ocorreu na Inglaterra em 1897, no reconhecido caso Salomon vs. Salomon & Co., que ocasionou o surgimento da teoria inicialmente aplicada em países do sistema Common Law, denominada disregard doctrine ou disregard of legal entity.

---

[6] GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2004, p. 77.
[7] FAZZIO JUNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2018, pp. 92.
[8] ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica: fundamentos teóricos e pressupostos legais para sua aplicação. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Coordenação: Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Milena Donato Oliva. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021., pp. 10.

Conforme enuncia Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, os fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica foram cunhados pela jurisprudência dos países onde nasceu a teoria (Inglaterra) e se desenvolveu (Estados Unidos). Em comum encontram-se (i) o abuso da estrutura formal da pessoa jurídica com o rompimento da radical separação entre a sociedade e os sócios (universitas distat a singulis) para frustrar o resultado almejado pelos sócios e (ii) sua utilização episódica, para ajustar à realidade uma diversidade puramente formal (aparente), mas não efetiva[8].

Dessa forma, o objetivo da disregard of legal entity não é anular o ato de constituição da pessoa jurídica ou decretar sua dissolução compulsória, mas tão somente tornar ineficaz a autonomia da pessoa jurídica em relação a seus integrantes e apenas quando essa mesma autonomia tenha servido de escopo para a fraude[9].

No Direito Brasileiro, a aplicação do instituto não se afasta dos fundamentos básicos da disregard doctrine. Inicialmente adotada pela doutrina e jurisprudência, e posteriormente positivada em regramentos normativos aplicáveis com a alcunha de desconsideração da personalidade jurídica[10], quando analisada sob a ótica do Direito Empresarial, pressupõe necessariamente o mencionado abuso de direito.

O artigo 50 do Código Civil[11] estabelece que, em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizada, pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

Desse modo, o abuso da personalidade jurídica necessariamente implica a caracterização do desvio de finalidade, na forma da utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza (§1º), ou de confusão patrimonial, entendida como a ausência de separação de fato entre os patrimônios (§2º) da pessoa jurídica e do(s) sócio(s) ou administrador(es).

---

[9] ALVES, op. cit, pp. 9.

[10] No ordenamento jurídico brasileiro, conforme o art. 50 do Código Civil, art. 133 e seguintes do Código de Processo Civil e do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), foi adotada a alcunha da desconsideração da personalidade jurídica na legislação aplicável, doutrina e jurisprudência.

[11] Na íntegra do artigo:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

À luz de referido regramento, observa-se que a desconsideração da personalidade jurídica é um fenômeno excepcional, de modo que, com o intuito de preservar a existência do princípio da autonomia patrimonial, para a aplicação da desconsideração é necessário que se configure o uso anormal da pessoa jurídica[12], o que pode decorrer de um mau uso desta personalidade por meio de fraude ou de confusão entre o patrimônio dos sócios/administradores e o da empresa.

Segundo leciona Fábio Ulhoa Coelho, a desconsideração é instrumento de coibição do mau uso da pessoa jurídica; pressupõe, portanto, o mau uso. O credor da sociedade que pretende a sua desconsideração deverá fazer prova da fraude perpetrada na manipulação da autonomia patrimonial, caso contrário suportará o dano da insolvência da devedora. Se a autonomia patrimonial não foi utilizada indevidamente, não há fundamento para a sua desconsideração[13].

Por sua vez, no que se refere aos aspectos processuais, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica é regulado em capítulo próprio do Código de Processo Civil (artigos 133 a 137), sendo aceita na doutrina como típica modalidade de intervenção de terceiros no processo.

Conforme o procedimento estabelecido, o incidente será instaurado perante o magistrado a pedido da parte interessada ou do Ministério Público, não podendo ser instaurado de ofício, e é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

Deste modo, o incidente será instaurado mediante requerimento ou por meio de petição inicial incidental, e, em qualquer dos casos, deve-se demonstrar notadamente o preenchimento dos requisitos necessários, qual seja, a existência de abuso de direito, na forma prevista pelo direito material (art. 50 do Código Civil).

---

§ 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por:
I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa;
II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e
III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial.
§ 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica.
§ 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica.
§ 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica.

[12] TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – Volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 291.

[13] COELHO, Fábio Ulhoa. Novo manual de direito comercial: direito de empresa. 31ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 144. Nesse sentido, enuncia ainda o autor que: "A desconsideração da pessoa jurídica não atinge a validade do ato constitutivo, mas importa em sua ineficácia episódica. Uma sociedade que tenha a autonomia patrimonial desconsiderada continua válida, assim como válidos são todos os demais atos que praticou. A separação patrimonial em relação aos seus sócios é que não produzirá nenhum efeito na decisão judicial referente àquele específico objeto da fraude. Essa é, inclusive, a grande vantagem da desconsideração em relação a outros mecanismos de coibição da fraude, tais como a anulação ou dissolução da sociedade. Por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo, a teoria da desconsideração preserva a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, dessa forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor, como o dos empregados, dos demais sócios, da comunidade etc" (COELHO, pp. 144).

Outrossim, o requerimento deve estar acompanhado de pelo menos alguma prova pré-constituída, devendo o requerente indicar, desde logo, as provas que pretende produzir.

Nota-se, assim, que a temática da desconsideração da personalidade jurídica foi extensamente regulamentada pelo ordenamento jurídico pátrio, na esfera do direito material e da norma processual civil, que prevê, por sua vez, uma série de regras específicas para a aplicação da desconsideração no âmbito de eventual litígio submetido à jurisdição estatal.

Tecidas essas considerações, para os fins do presente estudo, passa-se a introduzir alguns aspectos relevantes da arbitragem no direito brasileiro, bem como a questão atinente ao consentimento das partes e à vinculação ao instrumento da convenção de arbitragem.

2. ARBITRAGEM E CONSENTIMENTO

Em um segundo ponto, esse capítulo se propõe a analisar, sem a pretensão de esgotar a matéria, a temática da arbitragem e da autonomia da vontade das partes (item 2.1) e da convenção de arbitragem e consentimento (item 2.2), adentrando-se na questão atinente à vinculação das partes à convenção de arbitragem (item 2.2.1) e na excepcional desnecessidade de consentimento expresso à cláusula arbitral (item 2.2.2).

2.1. Arbitragem e a autonomia da vontade das partes

Para os fins do presente estudo, parte-se do pressuposto de que a arbitragem é forma de jurisdição. Como se sabe, as partes, com fundamento na autonomia da vontade, renunciam ao juízo estatal e optam por atribuir a um terceiro imparcial e independente o poder de controle e resolução da disputa em questão. Nesse contexto, o árbitro proferirá decisão final e vinculante, que deverá ser respeitada pelas partes envolvidas.

Nas palavras de Carlos Alberto Carmona, a arbitragem corresponde a mecanismo privado de solução de litígios, por meio do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão[14].

Como método de resolução de conflitos, a arbitragem combina todos os elementos necessários à caracterização da jurisdição: existe um terceiro (árbitro ou tribunal arbitral) que decidirá imparcialmente (art. 21, §2º, da Lei Federal nº 9.307/96[15]) uma controvérsia concreta de modo definitivo (art. 31 da Lei de Arbitragem[16]) por meio de um processo. Isso é o bastante para configurar a natureza jurisdicional da arbitragem[17].

Em se tratando de jurisdição, ademais, deve ser instaurado um processo arbitral, o que ocorrerá de acordo com o devido processo legal, respeitando-se o contraditório, a igualdade das partes, o livre convencimento e a imparcialidade do árbitro.

Para que seja validamente iniciado o procedimento arbitral, é necessário, previamente, que seja formalizada a vontade das partes na resolução da disputa pela via arbitral. Desse alicerce, extrai-se que a arbitragem tem por fundamento primordial a autonomia da vontade das partes, as quais são livres para decidir acerca de seu interesse na solução do litígio atinente a direitos patrimoniais disponíveis por meio de uma arbitragem[18], bem como de decidir as regras de direito que serão aplicáveis à resolução da controvérsia[19].

Sob essa ótica, a autonomia da vontade das partes se manifesta no fato de que as partes têm ampla liberdade para moldar o mecanismo de resolução de disputas, de acordo com as suas preferências e com os atributos do contrato[20].

De fato, uma das principais características da arbitragem diz respeito à liberdade das partes em definir se pretendem submeter o litígio à jurisdição arbitral. Como enuncia Pedro Antônio Batista Martins, o poder de a pessoa autodeterminar, nomeadamente no que toca ao acesso à justiça, propicia aos interessados, sem qualquer intervenção estatal, a solução eficaz de seus conflitos. Em outras palavras, a liberdade é elemento fundamental e inerente à arbitragem. Liberdade como primado do indivíduo e corolário da concretização da justiça[21].

Precisamente por conta dessa liberdade, para resguardar os direitos das partes e o devido processo legal pela via arbitral, torna-se fundamental que seja formalizada a manifestação consensual das partes, o que ocorre por meio do instrumento denominado convenção de arbitragem.

2.2. Convenção de arbitragem e consentimento

Dessa forma, a convenção de arbitragem, na forma prevista pela Lei de Arbitragem, é o instrumento que formaliza o intuito das partes na resolução da controvérsia pela via arbitral.

Sendo assim, corresponde a um acordo de vontade livremente celebrado pelos contratantes, que traz consigo características de obrigação contratual e concede jurisdição ao tribunal privado para resolver o mérito de certas disputas, removendo a jurisdição estatal e materializando o elemento jurisdicional em favor dos árbitros[22].

Nesse contexto, o acordo de vontades que demonstra o interesse consensual das partes na solução do litígio pela via arbitral, possui duas modalidades distintas, previstas pela norma legal: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral[23]. Para os fins do presente trabalho, importa realizar uma breve distinção das duas espécies de convenção de arbitragem.

---

[20] SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). Curso de Arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 66.

[21] MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMI Mundo Jurídico, 2018, p. 12.

[22] SPERANDIO, op cit., p. 64.

[23] Lei de Arbitragem, artigo 3º. As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

A cláusula compromissória, também denominada de cláusula arbitral, 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[24].

Nesse contexto, a cláusula compromissória é a espécie de convenção de arbitragem, inserida em contrato ou em documento separado que a ela se faça referência, por meio da qual as partes determinam que litígios que venham a surgir da relação contratual sejam julgados pelo juízo arbitral[25].

O compromisso arbitral, por sua vez, é a convenção de arbitragem por meio da qual as partes submetem um determinado litígio à arbitragem[26], ou seja, o acordo de vontades ocorre após o surgimento da disputa. Assim, corresponde a um negócio jurídico próprio e posterior, em que as partes acordam em submeter um litígio preexistente à resolução pela jurisdição arbitral.

Desse modo, a principal diferença entre as duas modalidades da convenção de arbitragem encontra seu fundamento em um principal aspecto: o momento da disputa em questão. A cláusula compromissória, ou cláusula arbitral, faz referência a litígios futuros, estando inserida em contrato ou a ele relacionado. O compromisso arbitral, por outro lado, corresponde ao acordo de vontades firmado após o litígio já ter sido instaurado, em que as partes, no exercício de sua autonomia da vontade, decidem renunciar ao juízo estatal e submeter o caso especificamente à via arbitral.

Ocorre que, em se tratando de uma disputa futura, nas situações referentes à cláusula compromissória, evidencia-se que, com o consentimento, as partes ficam vinculadas aos termos e à vontade demonstrada na convenção de arbitragem.

Isso porque, uma vez que se trata de uma opção das partes, a manifestação válida do consentimento é requisito fundamental para a arbitragem que, por sua vez, não pode atingir quem não expressou anuência expressa. Assim, tendo em vista que a arbitragem configura forma de renúncia à jurisdição estatal, parte-se do pressuposto de que não há como admiti-la contra a vontade das partes, sob pena de violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (Constituição Federal, art. 5º, XXXV[27]).

Dito de outro modo, o sistema jurídico pátrio não admite a possibilidade de uma arbitragem compulsória, sem a existência de consentimento ou até mesmo como forma de sanção[28].

---

[24]Lei de Arbitragem, artigo 4º: 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.
§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.
§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

[25] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 24.

[26] Lei de Arbitragem, artigo 9º: 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.
§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.
§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

[27] Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[28] FERNANDES, Júlio César. Arbitragem e desconsideração da personalidade jurídica. Tese de doutorado Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2022, p. 33.

Desse modo, com base no sistema da Lei de Arbitragem, a arbitragem nasce da livre manifestação de vontade, desenvolve-se no mais amplo campo de liberdade para as partes contratantes e fica comprometida a sua sobrevivência sempre que o consentimento das partes não for rigorosamente observado[29].

2.2.1. Vinculação das partes à convenção de arbitragem

Dito de outra forma, ainda que a hipótese encontre seus fundamentos na autonomia da vontade e na liberdade, uma vez expresso o consentimento, as partes ficam verdadeiramente vinculadas à manifestação de vontade expressa na convenção de arbitragem.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a convenção de arbitragem, na forma da cláusula arbitral, possui força vinculante e caráter obrigatório, e impõe ao juízo arbitral eleito pelas partes a competência para dirimir os litígios atinentes aos direitos patrimoniais disponíveis[30].

Além disso, reconheceu a Corte Superior que não é possível que, posteriormente, uma das partes altere ou se arrependa da celebração da convenção de arbitragem sem a anuência dos demais contratantes[31]. Nesse sentido, prevê ainda o art. 7º da Lei de Arbitragem que, na hipótese em que existente cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo, com o intuito de firmar o compromisso arbitral[32].

Assim, 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 de derrogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros[33].

Portanto, uma vez formalizado o consentimento, nota-se a evidente vinculação das partes à convenção de arbitragem e, mais especificamente, à vontade expressa de submeter o litígio ao juízo arbitral. Contudo, uma questão relevante para a doutrina diz respeito ao fato de que o consentimento com a arbitragem não necessariamente precisa ser formalizado por escrito pelas partes, senão vejamos.

2.2.2. (Excepcional) desnecessidade de consentimento expresso

Para que possa ser considerada válida, a convenção de arbitragem, como todo negócio jurídico, deve preencher os requisitos previstos no artigo 104 do Código Civil[34], quais sejam: agente capaz; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; forma prescrita ou não defesa em lei.

---

[29] MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 14 apud FERNANDES, op. cit. p. 33.

[30] "A cláusula arbitral, uma vez completada pelas partes, goza de força vinculante e caráter obrigatório, definindo ao juízo arbitral eleito a competência para dirimir os litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis, derrogando-se a jurisdição estatal" (STJ, REsp n. 1.465.353/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe de 22/8/2016).

[31] "A cláusula compromissória obriga as partes e não pode ser alterada ou desfeita por vontade de uma delas. Como afirmado aqui, essa cláusula afasta a jurisdição ordinária em benefício da justiça arbitral.

[32] Lei de Arbitragem, artigo 7º: Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

Quanto à forma, a Lei de Arbitragem estabelece que tanto a cláusula arbitral[35] quanto o compromisso arbitral[36] necessariamente devem ser estipulados por escrito. Nesse sentido, entende igualmente o Superior Tribunal de Justiça[37].

Todavia, a forma escrita, por si, não se confunde com a expressão do consentimento das partes. Segundo Pedro Batista Martins, a cláusula deve ser formulada por escrito, justamente para permitir ao interessado o exercício de seus direitos de impor a instituição da arbitragem ao recalcitrante ou de afastar o juízo comum, quando violada a cláusula compromissória. Serve o escrito, pois, para que a cláusula possa exprimir todos os seus efeitos de direito. Deve, preferencialmente, estar assinada pelas partes contratantes. Entretanto, será válida mesmo se não for aposta a assinatura dos interessados no contrato, bastando para isso que se instrumentalize, de alguma forma, a concordância dos envolvidos. A troca de correspondências nesse sentido caracteriza a manifestação da vontade[38].

Ademais, por mais que se afigure necessária a existência de cláusula compromissória comprovada por escrito, a manifestação de vontade das partes pode, excepcionalmente, se dar de forma tácita.

Conforme enuncia Marcela Kohlbach de Faria, a doutrina e a jurisprudência evoluíram para reconhecer que há outras formas de manifestação de consenso que não a aposição de assinatura pela parte, mas comportamentos da parte durante a elaboração ou execução do contrato que demonstram a sua vontade de se vincular ao acordo. É o que se costuma chamar de consentimento tácito ou implícito[39].

Ademais, a manifestação da vontade de submeter a disputa à arbitragem pode ocorrer ainda de forma tácita pelo silêncio (art. 111 do Código Civil[40]) em circunstâncias que os usos autorizem ou por comportamento concludente, à luz da boa-fé objetiva (arts. 112 e 113 do Código Civil[41]).

---

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtido sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

[33] CARMONA, op. cit. p. 79.

[34] Código Civil, artigo 104: A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

[35] Lei de Arbitragem, art. 4º, §1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

[36] Lei de Arbitragem, art. 9º 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.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

[37] "1. Sob o aspecto formal, a única exigência ditada pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória - em não se tratando de contrato de adesão -, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consintam." (STJ, REsp n. 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Data de Julgamento: 26/04/2016, Data de Publicação: DJE 20/05/2016).

[38] MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 78.

[39] KOHLBACH DE FARIA, Marcela. A desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem: limites da competência do árbitro. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 34, n. 2.

[40] Código Civil, art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.

Sobre a temática, a Corte Superior do Superior Tribunal de Justiça, em procedimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, já se pronunciou no sentido de que a participação no procedimento arbitral, bem como a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro, são circunstâncias que demonstram a aceitação tácita da parte à convenção de arbitragem[42]. Importa realçar, ainda, que referido entendimento foi proferido tendo em vista a prática internacional atinente à matéria e à análise de contratos empresariais da espécie.

Pois bem. Nesse contexto, é precisamente o mencionado consentimento implícito que, em certas situações, fundamenta a possibilidade da extensão dos efeitos da cláusula compromissória a eventuais terceiros não signatários da convenção de arbitragem, mas que a ela se relacionam. Partindo dessa premissa, importa adentrar na questão atinente à excepcional extensão dos efeitos da cláusula arbitral e de que maneira a temática se relaciona à desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da arbitragem.

3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ARBITRAGEM E A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA CLÁUSULA ARBITRAL

Ademais, em linha com as matérias tratadas nos capítulos prévios, o presente capítulo tem por objetivo abordar a possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários da convenção de arbitragem (item 3.1). Ao final, adentra-se, de modo fundamentado, na correlação entre as temáticas elucidadas ao longo do presente ensaio, de modo a verificar se a desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem configura espécie de extensão dos efeitos da cláusula arbitral (item 3.2).

3.1. Possibilidade de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários

Conforme realçado no tópico 2.2.2. supra, em situações atípicas, é possível que seja constatado o consentimento tácito ou implícito das partes à determinada convenção de arbitragem, notadamente a cláusula compromissória, precisamente porque se refere a litígios futuros.

---

[41] Código Civil, art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.
Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

[42] A esse respeito, confira-se trechos do acórdão: "A leitura da contestação revela que a argumentação desenvolvida está centrada na inexistência de concordância expressa sobre a cláusula compromissória. Mas, como demonstrado, houve inequívoca aceitação da convenção arbitral, e tanto equivale a participação da empresa requerida no processo, de acordo com carta que ela própria remeteu contendo suas razões de mérito para defender-se. Veja-se com atenção que a contestação procura desqualificar essa correspondência e sua defesa alegando que não nomeou árbitro, permanecendo 'em silêncio, exatamente porque não reconhecia sua submissão à jurisdição arbitral' (fl. 187) [...]. Pretende a requerida raciocinar no sentido de ter sido induzida a erro, de forma indireta e coercitivamente, a corresponder-se com o juízo arbitral, mas o fez apenas para repor a verdade fática sem ter a intenção de recorrer da decisão" (fl. 188). Com todo respeito, essa argumentação não pode merecer prestígio. E assim é, porque a parte interessada poderia, desde que tomou conhecimento, ter impugnado a instauração do Juízo arbitral, o que levaria a não ser este admitido, porquanto somente se produz os efeitos se as partes estão de acordo, como, de resto, é usual. Em conclusão, considerando a prática internacional em contratos da espécie, que deve ser sempre relevada, não vejo como desqualificar a existência da convenção arbitral. A participação da requerida no processo, com a apresentação de razões e a intenção de nomear novo árbitro indica manifestação induvidosa sobre a existência acordada da cláusula compromissória." Ementa parcial: "Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos. 1. Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória. 2. Descabe examinar o mérito da sentença estrangeira no presente requerimento, na esteira de precedentes do Supremo Tribunal Federal. 3. Homologação deferida" (STJ, SEC 856 GB 2005/0031430-2, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, Data de Julgamento: 18/05/2005, Data de Publicação: DJ 27/06/2005).

Nesse ínterim, a doutrina e a jurisprudência admitem a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários, em determinadas situações excepcionais em que o comportamento das partes, dentro das negociações, configura uma espécie de aceitação tácita da arbitragem como método de solução do litígio, de modo a estender-se os efeitos da convenção[43].

Assim, a cláusula compromissória pode estender seus limites subjetivos a partes não signatárias, contanto que a conduta destes dentro das negociações evidenciem uma concordância, ainda que implícita, com a resolução do litígio pela via arbitral[44].

No âmbito internacional, o primeiro leading case sobre a matéria da extensão da cláusula compromissória corresponde ao caso Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain (Caso CCI n. 4131), de 1982, ocasião em que foi tratada, pela primeira vez, o objeto da determinação dos limites subjetivos da convenção de arbitragem em relação a um grupo de sociedades. No Brasil, por sua vez, no julgamento do emblemático caso Trelleborg (Anel Empreendimentos Participações e Agropecuária Ltda. vs. Trelleborg do Brasil S.A.)[45], de 2006, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, confirmaram a tese da extensão dos efeitos da cláusula compromissória à empresa sueca controladora (Trelleborg Industri AB), que originalmente não havia sido signatária direta da convenção de arbitragem.

Ambos os casos correspondem a julgados paradigmas sobre a possibilidade da extensão dos efeitos da cláusula arbitral a não signatários, com fundamento na análise, caso a caso, do contexto fático apresentado e, principalmente, do comportamento e da efetiva participação do terceiro no negócio jurídico, especialmente nas negociações iniciais e estruturação da operação. Para estender os efeitos da cláusula, não basta, portanto, a simples existência de um grupo de sociedades, sendo necessária a manifestação tácita de consentimento do terceiro não expressamente signatário, notadamente por meio de participação ativa nas relações jurídicas em análise.

Nesse sentido, entende João Victor Carloni de Carvalho que o elemento a ser observado não é necessariamente o pertencimento a um grupo societário, de per si – o que afasta a teoria pura do group of companies –, mas sim a conduta dentro das negociações que evidenciem uma concordância, ainda que tácita, com a resolução do litígio pela via arbitral (implied consent)[46].

Partindo-se da premissa, assim, da possibilidade, admitida pela doutrina e jurisprudência pátria e internacional, de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários, passa-se ao estudo da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem.

3.2. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem pátria: extensão dos efeitos da cláusula compromissório a terceiro não signatário?

---

[43] CARVALHO, João Victor Carloni de Carvalho. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem: Uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro. Ano 15, volume 22, número 1: Janeiro a Abril de 2021, páginas 488/513.

[44] UNELLO, Igor Eugênio Torralbo; CROTTI, Ana Cláudia de Souza. A (in)aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao processo arbitral. Revista ANNEP de Direito Processual. Vol 5, No. 1, Art 188, 2024, p. 64.

[45] Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Apelação Cível n. 267.450.4/6-00, 7ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Constança Gonzaga, Diário de Justiça Eletrônico 8.6.2006.

[46] CARVALHO, op. cit, p. 502.

De início, importa destacar que a matéria da aplicação do instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem é tema sobre o qual a doutrina pátria não é uníssona. Isso, tendo em vista as características inatas da desconsideração da personalidade jurídica como modalidade de intervenção de terceiros e, notadamente, os próprios elementos da arbitragem, especialmente a necessidade de consentimento e a vinculação das partes à cláusula compromissória.

Conquanto o presente trabalho não possua o intuito de adentrar na temática da possibilidade, ou não, de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em arbitragens, importa realçar que o tema é controverso na doutrina pátria, uma vez que existem posicionamentos tanto a favor quanto em sentido contrário à sua aplicabilidade.

Há quem entenda pela sua plena aplicação, apoiando-se, sobretudo, na finalidade da desconsideração em coibir o mau uso da personalidade jurídica (seja por desvio de finalidade ou confusão patrimonial), que sustentam que não parece razoável permitir escusas à resolução do conflito pela via arbitral[47]. Por outro lado, há adeptos à corrente que entendem que não seria possível vincular o terceiro à arbitragem sem o seu consentimento, precisamente em razão da natureza sancionatória da desconsideração da personalidade jurídica.

Sem a pretensão de exaurir tão complexa matéria, a qual ainda apresenta diversas divergências no campo doutrinário, para os fins do presente trabalho, importa introduzir brevemente o entendimento expresso pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.698.730/SP[48].

O caso em referência, que envolvia as partes Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. ("Continental") vs Serpal Engenharia e Construção Ltda. ("Serpal"), corresponde ao primeiro caso de que se tem notícia no direito pátrio que trata da temática da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem, como forma de extensão dos efeitos da cláusula compromissória.

No caso, foi firmado contrato de prestação de serviços e obras de engenharia entre a tomadora Continental e a prestadora de serviços Serpal, cujo objeto consistia na expensão de uma fábrica de pneus no Município de Camaçari/BA. O contrato previa ainda uma cláusula compromissória que remetia as partes, em caso de eventuais litígios, a uma arbitragem administrada pelo Centro de Arbitragem da Câmara de Comércia Brasil-Canadá (CAMCCBC).

Diante do atraso nas obras e dificuldades financeiras da prestadora, a Continental, por entender que estaria configurado o inadimplemento contratual, rescindiu o contrato e instaurou procedimento arbitral em desfavor da Serpal visando à reparação dos prejuízos sofridos.

---

[47] CARVALHO, op. cit. Nesse sentido, enuncia Gabriel Bragança: "de fato, a natureza consensual da arbitragem implica na necessidade de comprovação cabal de consentimento de terceiro não signatário, seja de modo expresso ou tácito. No entanto, a constatação de fraude ou de simulação na formação do negócio jurídico leva à merecida inclusão ao procedimento arbitral, desde que os árbitros avaliem o conjunto da lei, do contrato e da vontade das partes. Isso porque, ao incorrer nas condutas descritas pelo artigo 148 do Código Civil, o não signatário agiu como se realmente fosse parte no acordo, pelo que cabível a extensão da cláusula arbitral" (BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans e. Desconsideração da personalidade jurídica e o consentimento à cláusula arbitral. Indaiatuba: Editora Foco, 2024, p. 127).

[48] STJ, REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018.

Assim, no caso foi apurado o desvio de finalidade mediante operações societárias entre a Serpal e um sujeito controlador de 04 (quatro) "empresas de prateleira" entre 2010 e 2013, alterando-se o controle desta companhia até a dilapidação de se patrimônio em off-shores estabelecidas no exterior em nome do controlador (Juan Queiroz) e de seus familiares, "blindando" as dívidas.

A Continental ingressou, então, com pedido cautelar de arresto de imóveis e declaração da desconsideração da personalidade jurídica da Serpal, o qual foi deferido pela primeira e segunda instância judicial. Os requeridos recorreram ao STJ, alegando ausência de prestação de caução e não propositura da ação principal, ausência de preenchimento de requisitos para a medida cautelar e inexistência de requisitos para a desconsideração[49].

No Superior Tribunal de Justiça, o voto vencedor, do próprio relator acompanhado pela maioria do colegiado, entendeu em favor da possibilidade de apreciação, pelo juízo arbitral, do pedido de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que o consentimento exigido para a arbitragem não poderia "ser utilizado para camuflar a real vontade da parte, por ela própria dissimulada deliberadamente". Assim, o abuso da personalidade jurídica e a má-fé da parte indicariam a existência de consentimento implícito do terceiro em relação à arbitragem.

Assim, no julgamento do caso em análise, foi fixada tese pela Corte Superior atinente ao consentimento de terceiro e à possibilidade de instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no campo da arbitragem[1].

Ainda que existam discordâncias na doutrina pátria quanto ao posicionamento adotado pela Corte Superior na matéria da extensão da cláusula compromissória e na competência do Tribunal Arbitral para apreciação da questão, em razão da autonomia da vontade e da vinculação aos efeitos da convenção, o que não se objetiva examinar em detalhe no presente ensaio, da análise dos termos e efeitos do julgado verifica-se que, na prática, foi admitida a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem em âmbito nacional.

Desse ponto, sob outra ótica, extrai-se o questionamento, foco do presente trabalho, de se a desconsideração da personalidade jurídica em arbitragens, nos casos de abuso, fraude ou confusão patrimonial, na forma prevista pelo art. 50 do Código Civil, constituiria verdadeira forma de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros.

---

[50] A esse respeito, confira-se trecho da ementa do acórdão em referência: "3. O substrato da arbitragem está na autonomia de vontade das partes que, de modo consciente e voluntário, renunciam à jurisdição estatal, elegendo um terceiro, o árbitro, para solver eventuais conflitos de interesses advindos da relação contratual subjacente. Esse consentimento à arbitragem, ao qual se busca proteger, pode apresentar-se não apenas de modo expresso, mas também na forma tácita, afigurando 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. 3.1 O consentimento tácito ao estabelecimento da arbitragem há de ser reconhecido, ainda, nas hipóteses em que um terceiro, utilizando-se de seu poder de controle para a realização de contrato, no qual há a estipulação de compromisso arbitral, e, em abuso da personalidade da pessoa jurídica interposta, determina tal ajuste, sem dele figurar formalmente, com o manifesto propósito de prejudicar o outro contratante, evidenciado, por exemplo, por atos de dissipação patrimonial em favor daquele. 3.2 Em tal circunstância, se prevalecer o entendimento de que o compromisso arbitral somente produz efeitos em relação às partes que formalmente o subscreveram, o processo arbitral servirá de escudo para evitar a responsabilização do terceiro que laborou em fraude, verdadeiro responsável pelas obrigações ajustadas e inadimplidas, notadamente se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica — remédio jurídico idôneo para contornar esse tipo de proceder fraudulento — não puder ser submetido ao juízo arbitral." (STJ, REsp 1698730/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 08/05/2018, DJe 21/05/2018).

Quanto à prova do abuso da personalidade jurídica, Renato Ferraz enuncia que, no caso específico de vinculação de não signatário via pedido desconstitutivo, a necessidade da prova tem respaldo na proximidade que, em geral, essa pretensão guarda com o mérito da disputa, mormente se levado em conta que, com a utilização disfuncional da personalidade jurídica, deve-se reputar que o sujeito contra quem se requer a desconsideração é integrante da mesma relação jurídica de direito material, obrigando-se na qualidade de responsável primário[51].

Em paralelo, Marcela Kohlbach de Faria entende que a vinculação por fraude ou abuso de direito possui equivalente na teoria do alter ego, também chamada de piercing the corporate veil, a qual se debruça sobre as circunstâncias decorrentes de diversas relações jurídicas existentes entre as partes, bem como de uma relação jurídica direta e determinante que justifique a sua aplicação. Assim, o que se busca com a aplicação da dita teoria é a verificação de uma identidade tamanha entre as partes ou um controle absoluto de uma parte com relação à outra, que as suas identidades se confundem[52].

Em outras palavras, é realizada uma distinção entre a disregard doctrine, fundamento da desconsideração da personalidade jurídica, e a teoria do piercing the corporate veil, essa última aplicável à vinculação de terceiros à arbitragem por fraude ou abuso de direito.
Conforme realça a autora, a doutrina do alter ego/piercing the corporate veil vem sendo aplicada para a extensão da convenção de arbitragem por abuso de direito, fraude ou confusão, especialmente diante da verificação de confusão de personalidades a ponto de se verificar uma verdadeira parte oculta que, apesar de não aparecer diretamente no litígio, é responsável por todas as tomadas de decisão que culminaram no seu surgimento[53].

Pois bem. Assumindo-se que a desconsideração da personalidade jurídica poderia ser aplicável à arbitragem, adota-se, para os fins aqui expostos, o posicionamento de que, ainda que a desconsideração da personalidade jurídica possa vincular terceiros à arbitragem, a hipótese não configura espécie de extensão dos efeitos da cláusula compromissório a terceiros não signatários. Isso porque, ao final, a própria finalidade e os efeitos decorrentes de cada um dos institutos jurídicos diferem entre si.

Conforme realça Leonardo de Campos Melo, enquanto a desconsideração da personalidade jurídica, via de regra, consiste em sanção a fraudes, perpetradas por meio de uso irregular da personalidade jurídica, a extensão da convenção arbitral a parte não signatária se funda na devida identificação de sua vontade, manifestada por meio de seu comportamento, de se vincular a determinado contrato e à cláusula compromissória subjacente[54].

A etiologia de ambos os institutos também revela a marcante diferença que os distingue, tendo em vista que, enquanto a desconsideração da personalidade jurídica decorre da lei ou do princípio geral que veda a prática de ato contrário ao direito, a extensão da convenção arbitral decorre da própria vontade das partes signatária e não signatária, manifestada por seu comportamento e identificada por elementos de prova apresentados na arbitragem[55].

---

[51] FERRAZ, Renato de Toledo Piza. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2024, p. 291.
[52] KOHLBACH DE FARIA, op. cit, p. 119.
[53] KOHLBACH DE FARIA, op. cit, p. 121.
[54] MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades na prática CCI (de acordo com o regulamento CCI – 2012). Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 36, p. 255-78, jan-mar 2013.
[55] Ibidem.

Segundo Alberto Jonathas Maia, a desconsideração da personalidade jurídica, quando suscitada no âmbito arbitral, não opera como forma de extensão, transmissão ou projeção reflexa dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros, mas sim como reconhecimento de que, para aquele efeito específico, o sujeito malversador da personalidade jurídica já integra a relação material e processual subjacente à arbitragem. A desconsideração da personalidade jurídica pode vincular um terceiro à cláusula arbitral, afetando sua esfera jurídica, mas não necessariamente seu patrimônio. No entanto, essa responsabilidade patrimonial (de natureza material) difere da condição de parte no processo arbitral (que é processual)[56].

Nesse sentido, enquanto os institutos de extensão da cláusula compromissória por teorias de consentimento implícito, estoppel ou group of companies operam com base em vínculos negociais, participação fática e manifestações tácitas de vontade, a desconsideração se fundamenta em uma sanção jurídica decorrente do uso desviante da forma societária[57].

À luz das considerações aqui expostas, entende-se que, ainda que possa ser entendido como aplicável o instituto da desconsideração da personalidade jurídica na esfera arbitral, conforme reconhecido pela Corte Superior, torna-se essencial ressaltar que, ao final, referido instituto não corresponde à uma espécie de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros, uma vez que os institutos jurídicos aqui mencionados possuem fundamentos, premissas, finalidades e efeitos distintos entre si, notadamente na esfera material e processual.

4. CONCLUSÃO

A desconsideração da personalidade jurídica, tema caro ao Direito Empresarial pátrio, encontra seus fundamentos na teoria, primeiramente estabelecida em jurisdições do sistema Common Law, da disregard doctrine ou disregard of legal entity. No Brasil, na forma do direito material previsto pelo artigo 50 do Código Civil, constitui forma de combate ao mau uso da personalidade jurídica da sociedade, quando caracterizado o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Assim, tem como efeito principal a responsabilidade dos sócios e/ou administradores pelas obrigações e dívidas contraídas pela pessoa jurídica, como forma de sanção, quando evidenciado o uso irregular da personalidade jurídica. Adicionalmente, na esfera processual, é considerada modalidade de intervenção de terceiros no processo pode ser instaurado como incidente, conforme procedimento específico previsto no Código de Processo Civil.

Na esfera de processos submetidos à jurisdição arbitral, a temática atinente ao consentimento e à vinculação das partes aos termos da convenção de arbitragem é especialmente relevante. A autonomia da vontade das partes, na qual se baseia a arbitragem, fundamenta a necessidade de expressão do consentimento das partes em submeter a disputa à via arbitral.

Não obstante, o consentimento das partes, ainda que necessário, poderá ser implícito, o que possibilita ainda, sob outra ótica, a excepcional extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros, quando diretamente envolvidos no negócio jurídico em questão ou quando expresso o consentimento de forma tácita, conforme reconhecido nos emblemáticos casos Dow Chemical vs. Isover Saint-Gobain e Trelleborg.

---

[56]MAIA, Alberto Jonathas. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem: aspectos processuais em âmbito interno e internacional. Revista de Processo, vol. 369/2025, p. 513 – 540, nov / 2025.
[57]Ibidem.

Na análise paralela dos institutos mencionados, é possível, de início, assumir a premissa de que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em sede arbitral, em casos de abuso da pessoa jurídica, constituiria espécie de extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiro não signatário, que passaria, então, a estar vinculado à arbitragem.

Contudo, após detido exame dos institutos, nota-se que, conquanto similares em relação ao aspecto à primeira vista, até mesmo em relação à nomenclatura, uma vez que a desconsideração da personalidade jurídica é modalidade de intervenção de terceiros no direito processual civil, na prática na esfera arbitral, ambos possuem parâmetros, finalidades e efeitos diversos.

Em verdade, a extensão dos efeitos da cláusula compromissória a terceiros não signatários justifica-se em critérios negociais, com base na efetiva participação ou influência do terceiro na negociação e prática dos aspectos atinentes ao contrato ou à cláusula arbitral, ou em uma expressão do consentimento tácito da vontade em arbitrar. Quanto aos efeitos, notadamente vincula o terceiro à arbitragem e ao procedimento, inclusive quanto aos termos da sentença proferida, uma vez que passa a ser considerado como parte.

Noutro vértice, a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que em âmbito arbitral, caracteriza, ao final, uma forma de sanção dos atos praticados em mau uso da personalidade jurídica da empresa, e tem como objetivo primordial a responsabilização patrimonial dos sócios envolvidos nas fraudes ou abusos.

Por fim, importa reiterar que o instituto jurídico baseado na teoria da disregard doctrine, ainda que possa, em parte, vincular parcialmente o terceiro à determinada arbitragem, não se confunde material ou processualmente com a hipótese de extensão dos efeitos da cláusula compromissória, tendo em vista o objetivo primário de cada uma das referidas modalidades no direito pátrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção. A desconsideração da personalidade jurídica: fundamentos teóricos e pressupostos legais para sua aplicação. In: Problemas de direito civil: homenagem aos 30 anos de cátedra do professor Gustavo Tepedino por seus orientandos e ex-orientandos. Coordenação Anderson Schreiber, Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Milena Donato Oliva. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1993.

BRAGANÇA, Gabriel José de Orleans e. Desconsideração da personalidade jurídica e o consentimento à cláusula arbitral. Indaiatuba: Editora Foco, 2024.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CARVALHO, João Victor Carloni de. Desconsideração da Personalidade Jurídica e Arbitragem: Uma análise acerca da extensão da cláusula compromissória a partes não signatárias. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, Rio de Janeiro. Ano 15, volume 22, número 1: Janeiro a Abril de 2021, páginas 488-513.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Novo manual de direito comercial: direito de empresa. 31ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ARAGÃO, Leandro. A desconsideração da personalidade jurídica no processo arbitral. In: ANDREASSA JUNIOR, Gilberto; AMARAL, Letícia Mary Fernandes do (coord.). Novos rumos do direito. Curitiba: Juruá, 2013, p. 81-97.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Manual de Direito Comercial. 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FERNANDES, Júlio César. Arbitragem e desconsideração da personalidade jurídica. Tese de doutorado. Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo, SP, 2022.

FERRAZ, Renato de Toledo Pisa. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2024.

GONÇALVES, Oksandro. Desconsideração da personalidade jurídica. Curitiba: Juruá, 2004.

KOHLBACH DE FARIA, Marcela. A desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem: limites da competência do árbitro. Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte, v. 34, n. 2, p. 111-127, abr./jun. 2025.

MAIA, Alberto Jonathas. Desconsideração da personalidade jurídica na arbitragem: aspectos processuais em âmbito interno e internacional. Revista de Processo, vol. 369/2025, p. 513-540, nov / 2025.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem no direito societário. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2018.

MARTINS, Pedro A. Batista. Apontamentos sobre a Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELO, Leonardo de Campos. Extensão da cláusula compromissória e grupos de sociedades – A prática arbitral CCI e sua compatibilidade com o direito brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, v. 1.

SPERANDIO, Felipe Vollbrecht. Convenção de arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord). Curso de Arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial: Teoria Geral e Direito Societário – Volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

UNELLO, Igor Eugênio Torralbo; CROTTI, Ana Cláudia de Souza. A (in)aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica ao processo arbitral. Revista ANNEP de Direito Processual. Vol 5, No. 1, Art 188, 2024, pp. 57-72.

A ARBITRABILIDADE DE MATÉRIAS DE CORRUPÇÃO E O PAPEL DO TRIBUNAL ARBITRAL

Arthur Romano Arcuri[1]

Lucas Araújo de Castro[2]

Otávio Gomes Blank[3]

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar as consequências da corrupção no processo arbitral. O problema da pesquisa reside no fato de que, por ser matéria que abala os alicerces do estado democrático de direito, muito se discute a possibilidade de submeter casos envolvendo corrupção a um método de resolução de conflitos privado e externo ao poder judiciário. Inicialmente, são introduzidos alguns conceitos básicos da arbitragem, dando ênfase à lei arbitral brasileira.

Em seguida, é apresentada a mudança histórica de entendimento sobre a arbitrabilidade da corrupção. Por fim, é feita uma análise dos deveres e poderes investigativos do tribunal arbitral. Como resultados, constatou-se a tendência do reconhecimento não apenas a competência dos tribunais arbitrais, como o seu dever de analisar casos envolvendo alegações de corrupção. Entretanto, apesar dessa visão praticamente consensual, ainda perpetuam problemas como a execução da sentença arbitral e o padrão probatório a ser utilizado.

Palavras-chave: Corrupção; Arbitragem; Arbitrabilidade; Convenções; Ordem Pública.

---

[1] Estudante de graduação na Universidade de Brasília (UnB). Presidente do Grupo de Estudos em Direito Empresarial e Arbitragem na UnB (GEA/UnB). Pesquisador voluntário no Conselho Nacional para o Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) nas áreas de arbitragem internacional, direito societário e fusões e aquisições. Membro-ouvinte da Comissão Especial de Arbitragem da OAB/DF. Integrante do Machado Meyer Advogados.

[2] Advogado Pinheiro Neto Advogados.

[3] Advogado Pinheiro Neto Advogados.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem constitui mecanismo heterocompositivo de resolução de litígios no qual as partes, voluntariamente, afastam a jurisdição estatal e delegam a um árbitro ou a um tribunal arbitral a competência para decidir a controvérsia de forma vinculante. A opção pela via arbitral tem sido crescentemente adotada no contexto das relações comerciais complexas, motivada sobretudo pela especialização técnica dos árbitros e pela celeridade do procedimento em comparação com a morosidade característica do Poder Judiciário.

No entanto, a extensão dessa escolha encontra limites objetivos: nem toda matéria pode ser submetida à arbitragem, e a definição dessas fronteiras – especialmente quando estão em jogo questões sensíveis à ordem pública, como a corrupção – permanece como uma das questões mais controvertidas da jurisprudência arbitral internacional.

O presente artigo busca investigar a arbitrabilidade da corrupção, considerando-a uma questão recorrente na jurisprudência arbitral. Embora a arbitragem seja um mecanismo privado de resolução de conflitos, externo ao poder judiciário, surgem questionamentos sobre sua competência em fornecer soluções justas e adequadas para conflitos envolvendo corrupção.

Por meio de uma análise histórica, verifica-se uma tendência atual de aceitação da arbitrabilidade de disputas que envolvem alegações de corrupção, bem como a anulação de contratos nos quais a corrupção é comprovada. Reconhece-se não apenas a competência dos tribunais arbitrais para julgar questões relacionadas à corrupção, limitando-se às consequências cíveis, mas também o dever dos árbitros de investigar de ofício as alegações de corrupção.

Embora a questão da arbitrabilidade da corrupção seja amplamente aceita atualmente, ainda persistem aspectos controversos relacionados aos poderes investigativos dos tribunais arbitrais e aos padrões probatórios a serem adotados. Este artigo abordará os desafios práticos e as perspectivas envolvendo essas questões, com o objetivo de contribuir para o aprimoramento do entendimento e da aplicação da arbitragem em casos de corrupção.

2. ARBITRAGEM E ARBITRABILIDADE

A arbitragem, enquanto mecanismo heterocompositivo de resolução de conflitos, funda-se na autonomia da vontade das partes. São elas que, por meio de convenção de arbitragem, optam por afastar a jurisdição estatal e atribuir a um tribunal arbitral a competência para decidir determinada controvérsia de forma vinculante.

É precisamente nesse ponto que se insere o conceito de arbitrabilidade, entendida como o conjunto de condições que determinam se uma dada controvérsia pode, ou não, ser validamente decidida por árbitros. A análise da arbitrabilidade pressupõe, portanto, não apenas a constatação de que a arbitragem é um meio legítimo de resolução de disputas, mas a identificação das fronteiras objetivas e subjetivas de sua incidência.

A arbitrabilidade é tradicionalmente dividida em duas dimensões: (i) A arbitrabilidade subjetiva diz respeito à capacidade das partes de submeterem determinada disputa à arbitragem, relacionando-se à sua aptidão para contratar e dispor de direitos; (ii) A arbitrabilidade objetiva, por sua vez, refere-se à natureza da matéria controvertida: à possibilidade de que o objeto do litígio seja validamente decidido por árbitros, independentemente de quem sejam as partes. No contexto deste artigo, o foco recai sobre a arbitrabilidade objetiva, pois as controvérsias envolvendo corrupção não suscitam, em regra, dúvidas quanto à capacidade das partes de contratar, mas sim quanto à natureza da própria matéria disputada.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitrabilidade objetiva é usualmente associada à disponibilidade dos direitos em disputa. Nos termos da Lei nº 9.307/96, a Lei de Arbitragem brasileira, apenas direitos patrimoniais disponíveis podem ser submetidos à arbitragem. Essa formulação, embora aparentemente simples, revela- se insuficiente diante da complexidade das relações econômicas contemporâneas, especialmente quando estão em jogo interesses que, embora patrimoniais, tangenciam valores de ordem pública.

A noção de disponibilidade, nesse sentido, não pode ser compreendida de forma estritamente formal. Ainda que determinado direito possua natureza patrimonial, sua submissão à arbitragem pode ser questionada quando a controvérsia envolver aspectos que ultrapassam a esfera privada das partes e impactam interesses coletivos ou institucionais. É precisamente nessa zona de interseção que emergem as principais controvérsias acerca da arbitrabilidade.

A doutrina e a jurisprudência arbitral internacional têm progressivamente ampliado o espectro de matérias consideradas arbitráveis, acompanhando a evolução do comércio internacional e a crescente complexidade das transações econômicas. Disputas envolvendo direito societário, concorrencial e até mesmo determinados aspectos regulatórios passaram a ser admitidas na esfera arbitral, desde que observados certos limites. Ainda assim, permanece a necessidade de identificar situações em que a arbitragem não se mostra adequada ou legítima.

Entre os critérios utilizados para delimitar a arbitrabilidade objetiva, destacam-se: (i) a natureza disponível do direito; (ii) a inexistência de reserva de jurisdição estatal, que exclui da arbitragem matérias cuja apreciação foi constitucionalmente ou legalmente atribuída ao Poder Judiciário, como certas questões de direito de família ou de direito penal; e (iii) a compatibilidade da matéria com a função adjudicatória dos árbitros, critério que questiona se determinado litígio pressupõe poderes coercitivos, investigativos ou sancionatórios que os árbitros, por sua natureza, não detêm. Esses critérios não operam de forma estanque, frequentemente se sobrepondo e exigindo uma análise casuística, especialmente em hipóteses que envolvem alegações de ilicitude grave.

É justamente nesse ponto que a problemática da corrupção se apresenta como um caso-limite da arbitrabilidade objetiva. De um lado, as disputas decorrentes de contratos afetados por corrupção frequentemente possuem natureza patrimonial, o que, em princípio, as tornaria arbitráveis. De outro, a corrupção representa uma violação direta a valores fundamentais da ordem pública, colocando em dúvida a adequação da arbitragem para lidar com tais questões. Ao desafiar os limites tradicionais da arbitragem, ela exige uma reavaliação dos critérios utilizados para definir o que pode ser arbitrável, funcionando como um verdadeiro ponto de inflexão na teoria e na prática arbitral.

Essa tensão entre autonomia privada e interesse público revela que a discussão sobre arbitrabilidade, longe de ser meramente técnica, envolve escolhas normativas relevantes acerca do papel da arbitragem no sistema jurídico. Para compreender como esse debate se desenvolveu e qual é o estado atual do entendimento sobre a arbitrabilidade da corrupção, é necessário percorrer a evolução histórica da jurisprudência arbitral, o que se fará no capítulo seguinte.

3. ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO

Em discurso proferido na Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, ocorrida em 31 de outubro de 2003, o então Secretário-Geral das Nações Unidas definiu corrupção como sendo "uma praga insidiosa que possui um amplo escopo de efeitos corrosivos na sociedade"[1].

Por ser um fenômeno com efeitos e alcance tão vastos, surge o seguinte questionamento: poderiam as questões envolvendo corrupção serem submetidas à arbitragem? A resposta para essa pergunta variou muito ao longo do tempo, e continua sendo tema de debates e controvérsias não apenas nos tribunais arbitrais, mas entre diversos estudantes e profissionais do direito.

Em primeiro lugar, cabe destacar que a corrupção não é uma prática recente. Pelo contrário, as primeiras evidências deste fenômeno datam do início da civilização humana. No contexto do Brasil, por exemplo, é possível observar registros destas ilegalidades ao longo de toda a história: desde a colonização portuguesa, com casos de funcionários públicos que praticavam comércio ilegal de produtos brasileiros, passando pela independência e a ditadura, até chegar em escândalos recentes como o Mensalão e a Lava Jato.

Esse fenômeno não se restringiu a apenas um país: no cenário internacional, casos como o da Operação Mãos Limpas[1], na Itália, o do ex-presidente ucraniano Viktor Yanukovych[2], e o da Federação Internacional de Futebol (FIFA)[3] demonstram o longo alcance desta prática.

Atualmente, a corrupção é tida como um conceito extremamente amplo, abrangendo inúmeras condutas e atos ilícitos. Seus efeitos são sentidos em âmbito internacional, ultrapassando as fronteiras físicas dos países, e seus impactos são tidos como ameaçadores ao Estado Democrático de Direito.

Tendo isso em vista, é possível inferir o porquê de a arbitrabilidade desta matéria ser tão controversa: é uma questão que atinge diretamente os paradigmas de uma sociedade. Assim, por ser um método de resolução de conflitos privado e externo ao poder judiciário, questiona-se a competência da arbitragem em oferecer soluções justas e adequadas para esse tipo de conflito.

Para entender esse questionamento, faz-se necessário dar um passo atrás e analisar toda a mudança no paradigma jurisprudencial e doutrinário do assunto no decorrer das últimas décadas. Um dos casos mais antigos e marcantes em que se discute a arbitrabilidade da corrupção é o de n.º 1110 da Câmara de Comércio Internacional (CCI), julgado em 1963[5]. Neste caso, foram constatados indícios concretos de que o contrato firmado entre as partes foi obtido por meio de suborno, fraude e pagamento de propina. Nesse sentido, o árbitro sueco Gunnar Lagergren optou por negar sua jurisdição, proferindo uma emblemática sentença:

> Após ponderar toda a evidência, eu estou convencido de que um caso como esse, envolvendo tão grosseiras violações da boa moral e da ordem pública internacional, não pode ser aprovado em qualquer corte, seja na Argentina, na França ou, por essa questão, em qualquer outro país civilizado ou em qualquer tribunal arbitral. Assim, a jurisdição deve ser negada no presente caso [...] Partes que se aliam em um empreendimento desta natureza devem compreender que comprometeram qualquer direito de requerer assistência do aparato judicial (cortes nacionais ou tribunais arbitrais) para resolver suas disputas.[6] (grifo nosso)

Tal visão estabelecida por Lagergren, de que a corrupção é uma matéria não arbitrável, prevaleceu durante muitos anos na maior parte do mundo. Foi apenas por volta da década de 90, a partir de casos como o National Power Corp v. Westinghouse[1] que esse entendimento passou a se transformar.

---

[1] Tradução livre. Versão original: "Corruption is an insidious plague that has a wide range of corrosive effects on societies." Disponível em: https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/background/secretary-general-speech.html. Acesso em: 28/04/2023

[2] Operazione Mani Pulite (1992): investigação judicial controversa que deflagrou um extenso esquema de corrupção na Itália, resultando em uma série de prisões de políticos, empresários e funcionários públicos.

[3] Durante seu mandato, foi responsável pelo desvio de milhões de dólares em apropriação indébita e contratos irregulares com diversas empresas.

[4] Com mais de 81 casos investigados, a FIFA é acusada de redes de cúmplices, lavagem de dinheiro e suborno em todos os continentes, atingindo um montante de até 150 milhões de dólares.

[5] ICC Award No. 1110 of 1963, by Judge Gunnar Lagergren.

[6] Tradução livre. Versão original: "After weighing all the evidence I am convinced that a case such as this, involving such gross violations of good morals and international public policy, can have no confidence in any court either in the Argentine or in France or for that matter in any other civilized country nor in any arbitral tribunal. Consequently, jurisdiction must be declined in this case [...] Parties who ally themselves in an enterprise of this nature must realize that they have forfeited any right to ask for assistance of the machinery of justice (national courts or arbitral tribunals) in settling their disputes."

No caso em questão, foi decidido que um tribunal arbitral teria jurisdição para julgar casos envolvendo suspeitas de suborno ou outras formas de corrupção apontadas pelas partes. Para chegar a esta conclusão, o tribunal se fez valer de dois princípios centrais da arbitragem: o princípio da kompetenz-kompetenz, ou competência-competência, e o princípio da separabilidade, ou autonomia da cláusula compromissória.

A kompetenz-kompetenz se refere à capacidade do tribunal arbitral de decidir sobre a sua própria jurisdição. A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional prevê, em seu artigo 16(1) que: "O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem"[8].
Por garantir que os árbitros julguem a sua própria competência sem a intervenção de tribunais estatais, esse princípio protege a autonomia e a integridade do processo arbitral, sendo amplamente reconhecido nos sistemas jurídicos nacionais, e, principalmente, no direito internacional.

O princípio da separabilidade, por outro lado, prevê que a cláusula compromissória é um acordo separado e independente do contrato principal. Esse princípio é considerado um dos pilares fundamentais da arbitragem, pois, ao estabelecer que a validade da cláusula arbitral não depende diretamente da validade do contrato principal, garante mais flexibilidade e eficácia ao processo como um todo.

Tendo isso em vista, é possível que em um caso no qual haja alegações de que o acordo tenha sido obtido mediante corrupção, a cláusula compromissória se mantenha válida. Como afirma Gary Born: "Sob a presunção da separabilidade, as alegações de que o contrato das partes foi obtido de forma fraudulenta não afetam a validade de uma cláusula de arbitragem incluída neste contrato"[9].

Sendo assim, ambos os princípios mencionados forneceram as bases necessárias para que a corrupção se tornasse uma matéria plenamente arbitrável. Passa-se a entender que os tribunais arbitrais não só possuem a competência para decidir sobre a sua própria jurisdição, mas que têm o dever de julgar os casos no qual existem alegações de que o acordo foi obtido por meio de corrupção, desde que ela não afete a cláusula arbitral.

Ao longo dos últimos anos, essa quebra de paradigma tem sido confirmada tanto por meio da jurisprudência quanto da doutrina – se tornando uma visão praticamente consensual entre os profissionais e acadêmicos do direito. Segundo Beale e Speller no livro Arbitration and Bribery: Open Questions:

É indiscutível que alegações de corrupção são arbitráveis. Nesse sentido, árbitros têm a jurisdição para ouvir alegações de suborno e corrupção levantadas por uma parte em procedimentos de arbitragem internacional perante a eles.[10]

---

[7] Judgment of 2 September 1993, National Power Corp v. Westinghouse, DFT 119 II 380.
[8] UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Article 16. Competence of an arbitral tribunal to rule on its jurisdiction (1). The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement.
[9] Tradução livre. Versão original: "Under the separability presumption, claims that the parties underlying contract was fraudulently induced do not affect the validity of an arbitration clause included in the contract". (BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Third Edition (2021), Kluwer International.
[10] Tradução livre. Versão original: "It is undisputed that corruption allegations are arbitrable. Accordingly, arbitrators have jurisdiction to hear allegations of bribery and corruption raised by a party to an international arbitral proceeding before them". (SPELLER, Duncan; BEALE, Kenneth. Arbitration and Bribery: Open Questions (jan. 2012) apud ULCUC, op. cit., pp.109).

A consolidação desse entendimento pode ser demonstrada, ainda, através de diversos julgados recentes, como, por exemplo, o de n.º 13515 da CCI[11], de 2006. Nesse caso, o Requerente possuía com o Requerido um contrato de agência e distribuição. O Requerente iniciou arbitragem alegando não ter recebido nenhuma das comissões a que tinha direito pelo contrato, enquanto a parte oposta teria recebido todo o pagamento devido pelos consumidores. O Requerido contestou todas as acusações, e alegou que o contrato era nulo, uma vez que havia sido obtido via corrupção – exigindo a devolução dos valores que havia pago. Após avaliar todas as evidências, o tribunal concluiu haver indícios suficientes para se comprovar a corrupção no caso. Logo, decretou o contrato nulo por ilicitude.

Dessa forma, é possível destacar uma clara tendência nos tribunais arbitrais: aceitar a arbitrabilidade de disputas envolvendo alegações de corrupção, e considerar nulos por ilicitude os contratos em que a corrupção é provada.

Os professores Fouchard, Gaillard e Goldman, no clássico livro International Commercial Arbitration, atribuem esse fenômeno a uma tentativa de proteger os interesses do governo e das companhias que sofrem de influências indevidas, e, ao mesmo tempo, garantir um certo grau de moralidade aos procedimentos de comércio internacional[12]. Entretanto, mesmo com a predominância absoluta da visão favorável à arbitralidade da corrupção atualmente, ainda existem controvérsias e pormenores que necessitam de discussão.

Tendo isso em vista, cabe analisar a visão contramajoritária: argumenta-se que, em casos onde existem indícios de suborno, propina ou qualquer outro tipo de corrupção, o tribunal arbitral não deve possuir a competência para julgar, independente da vontade das partes, uma vez que essa é uma questão que fere diretamente a ordem pública nacional e internacional.

A base dessa argumentação é fornecida pelo artigo V(2)(b) da Convenção de Nova York, da qual o Brasil é signatário desde 1958:

O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também podem ser recusados se a autoridade competente no país em que o reconhecimento e a execução são buscados constar que: O reconhecimento e a execução da sentença seriam contrários à ordem pública desse país.[13] *(grifo nosso)*

Todo tribunal arbitral tem o dever de proferir uma sentença exequível. Aqueles que argumentam pela não arbitralidade sustentam que não é razoável os tribunais julgarem casos envolvendo matéria de corrupção, sendo que a sentença proferida pode ser considerada contrária à ordem pública de um país e, assim, não ser aplicada ou sequer reconhecida – como será melhor discorrido no próximo tópico.

O fato é que, como já havia sido notado por Burrough J. no caso Richardson v. Mellish[14] há praticamente 200 anos atrás: "a ordem pública é como um cavalo selvagem. Uma vez que você o monta, você nunca sabe para onde ele irá te carregar". É um princípio extremamente fluido, abrangendo uma vasta variedade de atos.

---

[12] FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. The Hague, 1999.

[13] New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Article V(2) Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that: (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of the country.

É condicionado ao tempo, religião, moralidade, economia e política, podendo variar de país a país – e essa maleabilidade faz com que partes perdedoras invoquem com frequência esse conceito, como mecanismo para reabrir os méritos de um caso já decidido pelos árbitros ou frustrar um acordo arbitral.

Levando isso em consideração, os tribunais já vêm adotando a visão de que o argumento da ordem pública não é suficiente para negar a arbitralidade de contratos envolvendo corrupção. Isso pode ser observado em casos como o da *Vantage Deep Water Co. v. Petrobras Am. Inc.*[15] no qual as partes haviam celebrado um acordo para a prestação de serviços de perfuração e, e com a rescisão, após a Vantage ter iniciado processo arbitral, a Petrobras requereu a nulidade da sentença - por alegar que o contrato teria sido obtido por meio de suborno.

O tribunal entendeu que uma parte envolvida em fraude não poderia tentar usar dessa fraude como defesa para evitar suas obrigações sob uma cláusula compromissória. Assim, apesar da argumentação da Petrobras, a execução do contrato não seria contrária à ordem pública.

O racional por trás deste entendimento é de que a corrupção é uma "via de mão dupla". O pagamento de propina não é um ato unilateral e implica sempre em pelo menos dois culpados. Não é plausível acatar a argumentação de "violação à ordem pública" de uma parte que tenta se beneficiar da frustração de um acordo, quando ela própria também foi agente no ato ilícito.

Mais ainda, observa-se que, na maioria dos casos, são os Estados ou entidades governamentais que alegam a corrupção como uma defesa da sua má conduta posterior. Ser condescendente com tal conduta pode incentivar atos de corrupção na obtenção dos contratos – uma vez que a parte estaria se "vacinando" contra possíveis litígios futuros.

A partir da análise dessa quebra histórica de paradigma, é possível inferir que a resposta à pergunta proposta no início deste tópico é de que não apenas as questões envolvendo corrupção podem sim ser submetidas à arbitragem, como é um dever dos árbitros julgar esses casos na atualidade. Essa visão tem se tornado cada vez mais consensual nos tribunais arbitrais e universidades ao redor do mundo, e demonstra o entendimento de que a arbitragem oferece as bases doutrinárias e jurisprudenciais necessárias para que os árbitros lidem com esses assuntos – analisando as evidências e decidindo sobre a responsabilidade civil dos contratos.

Portanto, apesar de a corrupção possuir caráter fortemente moral, a argumentação da ordem pública também vem perdendo força – uma vez que, se todas as partes perdedoras invocassem esse confuso conceito para frustrar uma cláusula arbitral, não haveria sequer arbitragem.

4. O DEVER DE INVESTIGAR

Como foi visto, a tendência atual é de que os tribunais arbitrais admitam competência para julgar questões envolvendo alegações de corrupção. No entanto, se houver evidências de corrupção durante o processo arbitral, mesmo que nenhuma das partes tenha levantado essa questão, o tribunal ainda tem o dever de investigar[16].

---

[14] Richardson v. Mellish (1824) 2 Bing. 229 at 252, per Burrough J.
[15] Vantage Deepwater Company et al. v. Petrobras Americas, Inc. et al, Civ. Action No. 4:18-CV-02246
[16] WIRTH, Markus. Production of Documents and Fraud in International Arbitration. Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies. ICC publication vol. 698. International Chamber of Commerce. 2009. p. 181.

Primeiramente, deve-se ter em mente que nesse cenário há o risco de que a sentença proferida pelo tribunal não seja exequível. Isso porque grande parte das leis arbitrais contêm provisões que possibilitam a não execução de sentenças arbitrais nos casos de ultra petita, que correspondem aos casos onde o tribunal decide uma matéria que não estava presente no pedido das partes[17].

Apesar disso, a tendência atual é de incentivar os árbitros a investigar fatos relacionados à corrupção em face do dever que o tribunal possui de proferir uma sentença exequível[18]. Nesse sentido, proferir uma sentença que dê efeito a um contrato negociado por corrupção pode constituir base para sua anulação, pois contraria a ordem pública internacional.

Devido à relevância prática das questões envolvendo corrupção, o tribunal arbitral não ultrapassa seus poderes ao investigá-las sem ser levantadas pelas partes. O professor Gary Born defende, nesse aspecto, que o tribunal arbitral não excede sua autoridade somente por se basear em argumentos ou autoridades não suscitadas pelas partes em suas alegações. Questões acerca do escopo das submissões das partes são decididas na maioria dos sistemas jurídicos a favor de abranger as questões decididas pelos árbitros[19].

Há, portanto, uma estreita relação entre ordem pública quanto à matéria submetida à arbitragem e o consequente reconhecimento da sentença arbitral estrangeira. Nesse sentido, a Convenção de Nova York, que regula o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais, prevê em seu artigo 5º que uma sentença contrária à ordem pública não é exequível. Do mesmo modo, a Lei de Arbitragem dispõe que a homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que a decisão ofende a ordem pública nacional.

Na França, por exemplo, as cortes regularmente anulam sentenças com base no argumento da ordem pública internacional[20]. Ao revisar sentenças nessa base, as cortes francesas não apenas revisam as evidências já produzidas perante o tribunal arbitral, mas também conduzem uma nova examinação dos fatos para averiguar a existência de corrupção. Desse modo, tribunais situados na França são incentivados a lidar com fatos ligados à corrupção por iniciativa própria (sua sponte), com o fim de evitar a subsequente anulação da sentença.

Como os árbitros comerciais internacionais têm assumido funções judiciais tradicionalmente reservadas a tribunais estatais, eles devem investigar ativamente casos de suborno e corrupção em disputas comerciais internacionais, a fim de cumprir sua função pública e garantir a integridade do processo arbitral[21]. Isso porque, como as sentenças arbitrais só podem ser aplicadas com o apoio do sistema judiciário estatal, os árbitros também desempenham uma função na justiça local.

Além disso, a reputação da arbitragem comercial internacional depende da rede de tratados internacionais, e a corrupção pode minar sua legitimidade. Portanto, os árbitros também devem se preocupar com o interesse público em combater a corrupção nas relações comerciais internacionais.

---

[18] HWANG, Michael; LIM, Kevin. Corruption in Arbitration - Law and Reality. Asian International Arbitration Journal; Kluwer Law International. 2012. p. 82.
Art. 42 ICC rules, Article 32 of the London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules
[19] BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer International. 2009. p. 2608
[20] Paris Court of Appeal, Belokon v Kyrgyzstan, 21 February 2017, No 15/01650; Paris Court of Appeal, Alstom v Araj, 10 April 2018, No16/1182; Paris Court of Appeal, Libyan State v Sorelec, 17 November 2020, No 18-02568.

A ideia não é que o tribunal arbitral inicie um processo penal, mas sim que assuma uma postura ativa na produção de provas essenciais para solucionar a disputa[22]. Isso garante que a sentença arbitral leve em consideração todos os fatos necessários para resolver o litígio corretamente, desde que o tribunal considere que há indícios suficientes para justificar tal investigação.

Esses indícios são chamados de "red flags" (bandeiras vermelhas), que constituem evidências circunstanciais que devem ser identificadas pelos árbitros a fim de que seja iniciada uma investigação sua sponte do tribunal para verificar a existência de corrupção. Nesse sentido, esclarece o Toolkit for Arbitrators elaborado pela Universidade de Basel em parceria com o Competence Centre for Arbitration and Crime:

Red flags ainda não configuram por elas mesmas uma prova de corrupção. Contudo, são indicativos de corrupção que devem alertar os árbitros de que um exame mais aprofundado deve ser aplicado quanto aos fatos do caso. Red flags são parte de evidências circunstanciais, que podem então dar origem à prova de corrupção. Os tribunais podem fazer uma constatação firme da existência de corrupção baseada nas evidências circunstanciais à sua disposição.[23]

Portanto, tendo sido constatada a existência de *red flags*, como a remuneração excessiva de uma das partes, histórico de práticas de corrupção e a recusa de divulgar informações, o tribunal arbitral tem o dever de iniciar uma investigação *sua sponte* para apurar os fatos de forma mais profunda.

5. OS PODERES INVESTIGATIVOS

Uma das áreas mais difíceis no contexto de corrupção em processos arbitrais diz respeito às ações concretas disponíveis para os tribunais quando se trata de investigações. É importante lembrar que os tribunais normalmente são compostos por um ou três árbitros que geralmente não têm as capacidades investigativas para desvendar os esquemas de corrupção complexos encontrados em transações comerciais transnacionais[24].

É questionado se é razoável ou mesmo realista esperar que tribunais compostos por um ou três árbitros, conduzindo processos arbitrais a milhares de quilômetros de distância do local onde os atos de corrupção ocorreram, sejam capazes de investigar corrupção em casos internacionais complexos.

Em grande parte das leis de arbitragem existem provisões que permitem os árbitros a conduzirem os procedimentos da forma que lhes for mais conveniente, desde que respeitados os princípios do contraditório e do tratamento igual entre as partes[25].

Nos termos do artigo 22 da Lei de Arbitragem, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias ao esclarecimento dos fatos.

---

[21] MIDDLEDITCH, Hattie. The Use of Inherent Powers by the Arbitrators to Protect the Public at Large. European International Arbitration Review, 2018. p. 104.
IGBOKWE, Emmanuel. Dealing with Bribery and Corruption in International Commercial Arbitration: To Probe or Not to Probe. International Arbitration Law Library, Volume 65. 2022. pp. 198.
[22] VIDAL, Marina Coelho Reverendo. A arbitragem internacional como instrumento no combate à corrupção. São Paulo: Almedina, 2021. p. 140.
[23] COMPETENCE CENTRE FOR ARBITRATION AND CRIME; BASEL INSTITUTE ON GOVERNANCE. Corruption and Money Laundering in International Arbitration: A Toolkit for Arbitrators. 2019. pp. 13.

de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. Portanto, os árbitros possuem um certo grau de poder investigativo, ainda que limitado.

Destaca-se que esse poder investigativo dos tribunais arbitrais, diferentemente das cortes criminais, não detém um caráter de coercitividade e se restringe às partes do processo. Entretanto, caso uma das partes se negue a prover os documentos solicitados, o tribunal pode interpretar tal atitude, caso não haja justificativas plausíveis, como prova de que aqueles documentos não são favoráveis àquela parte, técnica denominada de inferência negativa[26].

Outro instrumento à disposição dos tribunais é a possibilidade de requisitar assistência às cortes locais, que possuem maior poder investigativo. Por exemplo, a Lei de Arbitragem prevê, em seu artigo 22, §2º, que se a testemunha convocada pelo tribunal se ausentar sem justa causa, poderá o árbitro requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, desde que comprovada a existência da convenção de arbitragem.

O tribunal também tem poderes para apontar peritos contábeis e financeiros para auxiliá-los na interpretação das transações envolvidas no caso concreto[27]. No entanto, tal instrumento pode se tornar custoso e prolongar demasiadamente o procedimento arbitral. Ademais, o apontamento do perito pode encontrar resistência da parte que será prejudicada pela comprovação da ocorrência de corrupção.

Assim, por mais que o tribunal arbitral não possua os poderes coercitivos característicos das cortes locais, ainda sim os árbitros possuem ferramentas para conduzirem uma investigação sua sponte das alegações de corrupção.

6. O PADRÃO PROBATÓRIO

Dada a peculiaridade e a dificuldade de comprovação do crime de corrupção, a definição de um padrão probatório é de extrema relevância no contexto das arbitragens internacionais. A tendência é que os tribunais adotem um elevado padrão probatório, apesar da realidade conflitante de que esse padrão pode não ser o mais adequado para abordar os casos de corrupção.

É amplamente reconhecido que, na maioria dos casos onde a corrupção se torna, em última instância, uma questão de prova, aplicar um elevado padrão probatório frequentemente ocasiona em um resultado insatisfatório[28]. Ambas partes e os árbitros acabam por não se preocupar com suspeitas de corrupção, porquanto reconhecem a dificuldade de provar tal tipo de crime.

Diante das dificuldades decorrentes da imposição de um elevado padrão probatório, os tribunais vêm adotando o parâmetro da balança de probabilidades (balance of probabilities) ou, em outras palavras, mais provável do que não. Por exemplo, no caso Union Fenosa Gas v. Egypt (2014)[29], o tribunal arbitral adotou o padrão da balança de probabilidades e decidiu que não era necessária a apresentação de evidência direta, bastando evidência circunstancial para provar corrupção.

---

[24] IGBOKWE, Emmanuel. Dealing with Bribery and Corruption in International Commercial Arbitration: To Probe or Not to Probe. International Arbitration Law Library, Volume 65. 2022. pp. 251.
[25] Art. 17 PCA Rules 2012, Art. 21 §2º da Lei de Arbitragem.
[26] SHARPE, Jeremy K. Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence. 22(4) Arbitration International, 2006. p. 550.
[27] Article 25(4) ICC Rules 2017.

A adoção desse padrão probatório decorre do fato de que o tribunal arbitral está apenas lidando com as consequências civis da corrupção. Assim, seria irrazoável adotar o padrão utilizado pelas cortes criminais, qual seja, a de prova direta e incontestável, uma vez que o tribunal não impõe sanções criminais. Ademais, dada a dificuldade de se provar a corrupção, um padrão probatório de cortes criminais seria praticamente impossível de se alcançar em um procedimento arbitral.

7. CONCLUSÃO

A arbitragem é um procedimento heterocompositivo no qual as partes, de forma voluntária e espontânea, optam por renunciar à jurisdição estatal, confiando em uma entidade privada (um árbitro ou um painel de árbitros) para tomar uma decisão vinculativa.

Uma das principais razões pelas quais as partes optam por incluir uma cláusula arbitral é devido à sua celeridade e eficácia, especialmente quando comparados à morosidade frequentemente encontrada no sistema judicial.

Contudo, nem todas matérias são passíveis de serem arbitradas, dentro da perspectiva da arbitrabilidade objetiva. Nesse sentido, a arbitrabilidade da corrupção é um debate recorrente nos tribunais arbitrais por se tratar de uma questão que afeta a ordem pública nacional dos países.

Assim, por ser um método de resolução de conflitos privado e externo ao poder judiciário, questiona-se a competência da arbitragem em oferecer soluções justas e adequadas para esse tipo de conflito.

Por meio de uma análise histórica, constatou-se que a tendência atual de aceitar a arbitrabilidade de disputas envolvendo alegações de corrupção, e considerar nulos por ilicitude os contratos em que a corrupção é provada.

Não só é entendido que o tribunal arbitral tem a competência de julgar matérias relacionadas à corrupção, restringindo-se às consequências cíveis, mas também constata-se o dever que os árbitros possuem de investigar sua sponte as alegações de corrupção.

Por mais que a questão acerca da arbitrabilidade da corrupção seja praticamente pacífica atualmente, ainda restam aspectos práticos controversos como em relação aos poderes investigativos do tribunal arbitral e qual padrão probatório deve ser adotado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Third Edition (2021), Kluwer International.

FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel; GOLDMAN, Berthold. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. Kluwer Law International. The Hague. 1999.

---

[28] PARTASIDES, Constantine. Proving Corruption in International Arbitration. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 1, 2010. p. 56.
[29] Union Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

LANG SILVA, Raphael. "Corrupção e Arbitragem": A jurisdição do tribunal arbitral em disputas envolvendo corrupção. Trabalho de conclusão de curso, Programa de Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2017.

PEREIRA, Diogo. Can You Enforce an Agreement Involving Bribery? From World Duty Free v. Kenya to Vantage Deep Water Co. v. Petrobras Am., Inc. Kluwer Arbitration Blog, 2019. Disponível em: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/07/07/can-you-enforce-an-agreement-involving-bribery-from-world-duty-free-v-kenya-to-vantage-deep-water-co-v-petrobras-am-inc/. Acesso em: 09/05/2023.

SOUZA E STRAUBE, Frederico Gustavo de. A Corrupção na Arbitragem Internacional. Dissertação de mestrado, Programa de Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018.

SPELLER, Duncan; BEALE, Kenneth. Arbitration and Bribery: Open Questions (jan. 2012) apud ULUC, op. cit., pp.109.

WIRTH, Markus. Production of Documents and Fraud in International Arbitration. Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies. ICC publication vol. 698. International Chamber of Commerce. 2009. p. 181.

HWANG, Michael; LIM, Kevin. Corruption in Arbitration - Law and Reality. Asian International Arbitration Journal; Kluwer Law International. 2012. p 82.

BORN, Gary. International Commercial Arbitration. Kluwer International. 2009. p. 2608

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo. São Paulo: Atlas, 2000. p. 31.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. Manual de Arbitragem para Advogados, p. 48-63. Disponível em: <http://oabam.org.br/downloads/manual-arbitragem.pdf>. Acesso em:08 mai. 2023.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso básico de direito arbitral: teoria e prática. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2015.

[28] PARTASIDES, Constantine. Proving Corruption in International Arbitration. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, Volume 25, Issue 1, 2010. p. 56.
[29] Union Fenosa Gas, S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/14/4.

PARTE 2

ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arbitrabilidade Objetiva e Convenções em Concessões/Serviços Públicos

A ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS DECORRENTES DE CONTRATOS DE CONCESSÃO: CASO ÁGUAS DE ITU.

Elaine Perez[1]

RESUMO

A arbitragem tem se consolidado como mecanismo legítimo de resolução de conflitos em contratos administrativos, especialmente nas concessões de serviços públicos. Este artigo analisa a arbitrabilidade objetiva das sanções patrimoniais decorrentes da inexecução de contratos de concessão, com foco no caso Águas de Itu.

A partir de revisão bibliográfica, análise legislativa e estudo de caso, investiga- se se sanções como multas e indenizações podem ser submetidas à arbitragem, à luz da legislação brasileira e da jurisprudência. Conclui-se que, desde que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e estejam previstas contratualmente, tais sanções são arbitráveis, sem que isso implique violação das prerrogativas da Administração Pública.

Palavras-chave: Arbitragem; Contratos de concessão; Arbitrabilidade objetiva; Sanções patrimoniais; Administração Pública; Águas de Itu.

1. INTRODUÇÃO

A crescente complexidade dos contratos administrativos, especialmente os de concessão de serviços públicos, tem impulsionado a busca por mecanismos mais eficientes de resolução de conflitos. Nesse contexto, a arbitragem emerge como alternativa ao Judiciário, oferecendo celeridade, especialização técnica e segurança jurídica.

Contudo, sua aplicação em contratos públicos ainda suscita debates, especialmente quanto à arbitrabilidade objetiva, isto é, a possibilidade de submeter determinadas matérias à arbitragem, considerando os limites impostos pelo interesse público e pela indisponibilidade de certos direitos.

---

[1] Sócia do Huck, Otranto e Camargo Advogados. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-Graduada em Direito Empresarial pelo IBMEC e em Direito Tributário pela PUC/SP. Advogada atuante em Direito Tributário, Empresarial, Administrativo, Contencioso Cível e Tribunais Superiores.

Entre os pontos mais controversos está a possibilidade de resolver por arbitragem questões relacionadas à inexecução do contrato de concessão e à aplicação de sanções administrativas. Embora o uso da arbitragem possua amparo legal desde o acréscimo do artigo 23-A à Lei de Concessões[2] e sua adoção pela Administração tenha se consagrado com a entrada em vigor do artigo 1º, §1º, da Lei de Arbitragem[3], persistem dúvidas sobre o alcance dessa autorização, sobretudo quando envolvem prerrogativas típicas do poder concedente.

Assim, este artigo tem como objetivo analisar a arbitrabilidade objetiva das sanções administrativas patrimoniais decorrentes da inexecução de contratos de concessão, com foco no caso Águas de Itu, um precedente relevante que ilustra os desafios e possibilidades da arbitragem para dirimir controvérsias envolvendo o poder público.

O tema gera acalorados debates, de um lado, em razão da combinação de argumentos abstratos referentes, por exemplo, à supremacia e indisponibilidade do interesse público, e, de outro, em razão da categoria semanticamente imprecisa dos "conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis", termo introduzido pela Lei nº 13.129/2015 à Lei de Arbitragem para delimitar as controvérsias passíveis de serem dirimidas por arbitragem.

A partir de revisão bibliográfica, análise legislativa e estudo de caso concreto, busca-se responder à seguinte pergunta de pesquisa: é possível submeter à arbitragem as controvérsias relativas à inexecução de contratos de concessão e às sanções administrativas aplicadas, à luz da legislação brasileira e do precedente do caso Águas de Itu?

O estudo se concentra em contratos de concessão de serviços públicos, sem abordar outras modalidades contratuais, e está restrito às sanções patrimoniais, excluindo-se sanções de natureza não patrimonial, como advertências ou suspensões. A estrutura do artigo está dividida em quatro partes: a primeira trata da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos; a segunda discute a natureza das sanções patrimoniais e sua compatibilidade com a arbitragem; a terceira analisa o caso Águas de Itu; e a última apresenta as conclusões e sugestões para aprimoramento da prática arbitral em contratos públicos.

---

[2] "Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.".

[3] "Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar- se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.".

2. ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM DISPUTAS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Desde a promulgação daLei 13.129/2015, a autorização extraída do §1º do artigo 1º da Lei de Arbitragem sedimentou a possibilidade de adoção da via arbitral para resolução de litígios envolvendo o Poder Público. Mas, se do ponto de vista subjetivo, a legislação afirma expressamente que a "administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem", os contornos da arbitrabilidade objetiva são genericamente traçados a partir de uma categoria semanticamente imprecisa: a dos "conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de arbitrabilidade objetiva é extraído do caput do artigo 1º da Lei de Arbitragem, limitando-se ao que se denominou "direitos patrimoniais disponíveis"[4] que, para Carmona, são "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 do bem sobre que controvertem"[5].

A arbitrabilidade objetiva diz respeito, assim, à aptidão de determinadas matérias para serem resolvidas fora do âmbito do Judiciário, por meio da arbitragem, levando-se em conta sua natureza jurídica patrimonial e a disponibilidade dos direitos em disputa. A cumulação de tais condicionantes (patrimonialidade e disponibilidade) limita, pois, a possibilidade de consentimento das partes para submeter suas disputas à arbitragem.

A legislação brasileira vem contribuindo para a segurança jurídica. Como exemplo, temos a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) que prevê, no artigo 151, que a arbitragem pode ser utilizada para dirimir conflitos relativos à execução contratual, desde que envolvam "direitos patrimoniais disponíveis" e que essa possibilidade esteja prevista no edital ou no contrato. O parágrafo único do mesmo artigo exemplifica tais direitos, mencionando o reequilíbrio econômico-financeiro, o inadimplemento de obrigações contratuais e o cálculo de indenizações[6] [7].

Contudo, a legislação não esgota todas as matérias afetas à arbitrabilidade objetiva, como as discussões a respeito das sanções administrativas em contratos de concessão.

---

[4] Segundo art. 1º, caput, da Lei n.º 9.307/96, "As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.".

[5] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996, 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2023, p. 41.

Deste modo, ainda que superadas as discussões sobre a aptidão das pessoas de direito público à arbitragem (arbitrabilidade subjetiva), a polêmica está atualmente atrelada à matéria objeto do litígio (arbitrabilidade objetiva).

Nos capítulos seguintes, será abordada a arbitrabilidade objetiva como um balizador, que autoriza a arbitragem em temas patrimoniais, mas exclui matérias que envolvam decisões discricionárias da Administração Pública ou que escapem ao campo da disponibilidade jurídica. Essa distinção é essencial para a análise do caso Águas de Itu, no qual se discutiu, em sede de Tribunal Arbitral e perante o Poder Judiciário, a viabilidade de submeter à arbitragem sanções administrativas decorrentes da inexecução de contrato de concessão.

A imprecisão semântica do termo "Direitos Patrimoniais Disponíveis" e seus reflexos na arbitrabilidade

A expressão "direitos patrimoniais disponíveis", presente no artigo 1° da Lei de Arbitragem, constitui o ponto de partida para delimitar a arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro. Mas afinal, o que se entende por "patrimonialidade" e "disponibilidade" em matéria de contratos administrativos? Essa indagação tem gerado insegurança jurídica e interpretações divergentes, especialmente em temas sensíveis como a respeito de sanções contratuais.

---

[6] "Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações."
(grifou-se).

[7] Outras leis que preveem de modo expresso as matérias afetas à arbitrabilidade objetiva, como por exemplo:

A Lei 13.448, de 5 de junho de 2017, estabelece diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei n° 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, prevendo em seu artigo 31 o seguinte: "As controvérsias surgidas em decorrência dos contratos nos setores de que trata esta Lei após decisão definitiva da autoridade competente, no que se refere aos direitos patrimoniais disponíveis, podem ser submetidas a arbitragem ou a outros mecanismos alternativos de solução de controvérsias. [...] § 4° Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes.". (g.n)

O Decreto Federal 10.025, de 20 de setembro de 2019, que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, estabelece em seu artigo 2° que: "Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo." (grifou-se).

Embora permeada de exemplos que confirmam a arbitrabilidade de disputas no contexto de contratos administrativos, a legislação oferece enumerações exemplificativas, pois diversas disputas, embora não previstas em lei, podem ser apreciadas por juízos arbitrais, desde que os direitos sejam patrimoniais e disponíveis. Doutrina e jurisprudência têm importante papel na definição desses conceitos e de potenciais fronteiras à arbitragem.

Quanto ao conceito de "patrimonialidade", Eduardo Talamini explica que "se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas de conteúdo econômico"[8]. Disso decorreria que, mesmo controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica, poderiam, caso tenham repercussões patrimoniais e desde que disponíveis, ser objeto de arbitragem. De acordo com esse entendimento, ainda que a patrimonialidade não se manifeste de forma explícita na própria obrigação, em razão da ausência de uma valoração pecuniária atribuída pelos interessados, a ordem jurídica a reconhece de modo implícito.

No que se refere à "disponibilidade", muitos autores já evocaram o princípio da indisponibilidade do interesse público para alegar que a Administração Pública não seria detentora de direitos disponíveis. Nesse sentido é Bandeira de Mello[9], para quem

> A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá- los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*. [...] Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.

Não foi, contudo, essa linha restritiva de entendimento que prevaleceu, na medida em que a doutrina contemporânea tem reconhecido que a impossibilidade de renúncia a direitos administrativos não impede que litígios envolvendo tais direitos sejam resolvidos por arbitragem, por meio de acordos ou do cumprimento espontâneo das obrigações contratuais.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou nesse sentido, em julgado paradigmático segundo o qual "A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica" (STJ, Primeira Seção, CC 139.519/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes, DJe 10.11.2017).

---

[8] TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015(LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, Ed. RT, v. 264, ano 42, 2017. p. 99.

[9] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

Eros Grau[10] igualmente distingue a disposição de direitos patrimoniais e a disposição do interesse público. Para o autor, é possível dispor daqueles sem comprometer este último, pois a realização do interesse público pode se dar justamente por meio da disposição de direitos patrimoniais. Mesmo porque, como bem registrado por Alexandre Santos de Aragão[11], se o termo "disponível" for interpretado no sentido que costumeiramente recebe no Direito Civil, como sinônimo de direito renunciável, chegar-se-ia à indevida conclusão de que todos os direitos da Administração Pública seriam "inarbitráveis".

Portanto, tanto a jurisprudência (judicial e arbitral), quanto a doutrina, tem se firmado no sentido de que o fato de ser vedado ao agente público renunciar a direitos titularizados pela Administração não impede que os litígios administrativos possam ser submetidos ao processo arbitral, objeto de acordos entre as partes ou prevenidos unilateralmente, por meio do cumprimento espontâneo de obrigações.

Ainda há muita discussão teórica acerca da inarbitrabilidade de determinadas matérias, como o decreto de caducidade do contrato de concessão e as penalidades/sanções dele decorrentes, amparada em classificações doutrinárias criadas no passado com o objetivo de definir o direito administrativo a partir de sua oposição ao direito privado, como um direito da autoridade e das prerrogativas estatais, sem atentar para a circunstância de que prerrogativas não se presumem na relação contratual. Neste rol estão atos de império, poder de polícia, indisponibilidade do interesse público sobre o privado, regime jurídico de direito público e sanções administrativas, dentre outras[12].

Essas classificações doutrinárias, com todo respeito, não dialogam com a disciplina da arbitragem no Brasil, cuja chave de análise é a patrimonialidade e a disponibilidade do direito em discussão como critério de arbitrabilidade objetiva. Tais argumentos foram desenvolvidos para regular relações entre o Estado e particulares fora do âmbito contratual, não servindo para bloquear a revisão arbitral de decisões que decorrem de contrato firmado entre as partes.

Por extrapolar o tema, o presente artigo não densifica a análise das referidas posições doutrinárias, adotando para este estudo a concepção segundo a qual o campo da arbitrabilidade na Administração Pública corresponde às matérias contratualizáveis. Nesse sentido é o posicionamento de Carlos Ari Sundfeld[13], que bem explica que "a Lei de Arbitragem afastou de seu âmbito de aplicação apenas os temas que não admitissem contratação pelas partes. Numa palavra, a lei limitou a aplicação do procedimento arbitral às questões referentes a direito (ou interesse) passível de contratação"

---

[10] GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, nº 32, 2002, p. 20.

[11] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no Direito Administrativo. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, pp. 26-27, jul./set. 2017.

Também é o que defendem Egon Bockmann e Elisa Cruz[14], segundo os quais os contratos administrativos, por serem estruturados pela própria Administração, pressupõem a disponibilidade dos direitos e obrigações deles decorrentes, salvo disposição legal em sentido contrário. Esse entendimento é reforçado pela lógica de que, ao estabelecer desde o edital as diretrizes contratuais, a Administração não pode, posteriormente, alegar a indisponibilidade da matéria como obstáculo à arbitragem, sob pena de adotar critério arbitrário e contraditório de "disponibilidade cronológica", como se o objeto fosse disponível no momento da contratação, mas se tornasse indisponível quando surgisse o conflito.

Dito isso, embora a arbitragem já esteja consolidada como um mecanismo de resolução de conflitos com a Administração Pública, ainda há discussão acerca de um suposto poder de autoridade que impediria o reconhecimento da arbitrabilidade objetiva. Nos tópicos seguintes, serão lançadas reflexões sobre a arbitrabilidade do decreto de caducidade e das sanções decorrentes de contratos administrativos.

3. A ARBITRABILIDADE DAS SANÇÕES CONTRATUAIS

À Administração Pública é dado exercer o poder de polícia,o poder disciplinar e ministrar sanções contratuais contra os particulares que com ela se relacionem negocialmente. Quanto às sanções patrimoniais decorrentes de contrato de concessão, há farta doutrina e jurisprudência que admite a arbitragem como meio de solução da disputa, por não reconhecer na imposição dessas sanções o exercício indisponível do poder de polícia.

Conforme definição do Código Tributário Nacional (art. 78), o poder de polícia pode ser compreendido como a "atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público". Fundamenta-se, assim, na soberania que a Administração Pública exerce sobre as atividades e propriedades privadas, em prol do bem-estar da coletividade.

Conceitualmente, portanto, o poder de polícia e as sanções administrativas só são aplicáveis em relação à esfera privada da sociedade, jamais em relação à esfera pública das atividades ou bens, ainda que contratualmente exercidas por particulares.

---

[12] Para aprofundar o tema, sugere-se a leitura do artigo de Elisa Schmidlin Cruz (https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3453) e do artigo de João Acciolly (https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/17.65/RBA2020 060).

[13] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, n. 248, p. 117-126, 2008, p. 120.

[14] MOREIRA, Egon Bockmann; Cruz, Elisa. Regulação e Arbitragem – Caso Petrobras vs. ANP: CC no 139.519-RJ-STJ. In 'Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgão de controle com agências reguladoras, autoridades de concorrência e livre iniciativa' – 3ª ed. (Org. Floriano de Azevedo Marques Neto; Egon Bockmann Moreira; e Sérgio Guerra), Belo Horizonte: Fórum, 2023.

Em relação aos contratos firmados com o particular, haverá fiscalização e possibilidade de sanções contratuais, como as decorrentes da decretação de caducidade da concessão, que só são cogitáveis porque o particular voluntariamente aderiu àquele contrato.

A extinção do contrato de concessão por caducidade decorre do descumprimento de obrigações legais ou contratuais pelo concessionário e se dá mediante decreto do chefe do Poder Executivo, formalizando a aplicação de tal penalidade. A própria Lei de Concessões contempla um elenco de hipóteses de decretação de caducidade[15], que incidem independentemente de haver previsão contratual expressa nesse sentido.

Por independer de consenso do particular, a doutrina e a jurisprudência têm diferenciado sanção administrativa contratual daquela irradiada do exercício do poder de polícia. Para fins exemplificativos, não se exige o consenso do particular para que o Estado possa fiscalizar uma construção irregular, ao passo que, sem o contrato, nem se cogita do sancionamento pelo descumprimento de uma obrigação dele constante.

Em defesa da arbitrabilidade das sanções contratuais, explica Elisa Schmidlin Cruz[16] que "a aferição da arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de concessão perpassa pela identificação de sua fonte normativa imediata: quando tais sanções têm fundamento direto no próprio contrato, a sua natureza jurídica não é ato de autoridade, mas sim contratual". Segundo a autora, quando a imposição de sanções patrimoniais decorre de exercício legítimo de prerrogativas contratuais, não se trata de manifestação do poder de polícia. No mesmo sentido, é o entendimento de Alexandre Santos Aragão[17] para quem:

> as reprimendas e os **poderes unilaterais outorgados pelo contrato** (ainda que previstos mediatamente em Lei) à Administração Pública não se confundem com o poder de polícia e, portanto, **não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral**. O seu **fundamento imediato** e definitivo não é a Lei, muito menos a soberania estatal, mas o **negócio jurídico estabelecido pelos contratantes**, do mesmo modo que seria (e o é) em relação a agentes particulares. (grifou-se).

---

[15] "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 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; 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.".

[16] CRUZ, Elisa Schmidlin. Arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão: um estudo de casos. Publicações da Escola Superior da AGU, Brasília, v. 16, n. 1, p. 131-162, mar. 2024.

[17] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem no Direito Administrativo. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017, pp. 36-41.

Nota-se que a doutrina especializada defende que mesmo quando a lei dá fundamento à competência sancionatória para assegurar a boa execução dos contratos administrativos, é no contrato que as infrações e sanções são tipificadas; e é apenas em razão dele que os efeitos sancionatórios são produzidos. Entende-se, sob esses fundamentos, que a arbitragem pode ser utilizada para dirimir conflitos sobre sanções patrimoniais no contexto dos contratos, por não serem irradiadas do exercício do poder de polícia.

O tema é polêmico, havendo intensa discussão jurídica sobre os limites da arbitrabilidade em relação às sanções administrativas, sua patrimonialidade e sua disponibilidade[18].

Esses contornos serão abordados no estudo do caso Águas de Itu, no qual o Município de Itu negou a natureza contratual da decretação de caducidade da concessão e invocou o poder de polícia para dizer que a caducidade seria um poder extroverso, alheio ao contrato e, portanto, indisponível. Neste caso, o Município de Itu buscou o Poder Judiciário na tentativa de anular a sentença parcial arbitral e o processoaguarda julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça, como se verá a seguir.[19]

4. ESTUDO DE CASO: ÁGUAS DE ITU[20]

O Procedimento Arbitral foi instaurado perante a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial (CAMARB) pela concessionária Águas de Itu para solucionar controvérsia decorrente do Contrato de Concessão nº 146/2007, celebrado em 23 de julho de 2007 com o Município de Itu, para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A disputa surgiu em razão de alegada inexecução do contrato por parte da concessionária, o que levou o poder concedente a decretar a caducidade do contrato e a aplicar sanções administrativas, tais como multas e indenização.

A ruptura contratual foi formalizada em 22 de junho de 2016, por meio do Decreto Municipal nº 2.571/2016, que declarou a caducidade da concessão e motivou o início da arbitragem. A seguir, será demonstrado que tanto no âmbito da arbitragem, quanto perante o Judiciário, houve intensa discussão a respeito da arbitrabilidade objetiva do decreto de caducidade da concessão e das sanções decorrentesdo contrato.

---

[18]Para aprofundar o tema, sugere-se a leitura de Paula Butti Cardoso em CARDOSO, Paula Butti. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. 2023. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/T.2.2023.tde-29022024-095118.

[19]Link de acesso ao andamento: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=10080525120218260286&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea.

[20] JUS MUNDI. Notícia. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-aguas-de-itu-gestao-empresarial-s-a-emrecuperacao-judicial-v-municipio-de-itu-acordao-do-tribunal-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-monday-2nd-october-2023. Acesso em: 08 dez. 2025.

4.1. Contexto do contrato e cláusula arbitral

O contrato de concessão previa a expressa utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos. Nesse sentido, a cláusulacompromissória:

16 SOLUÇÃO DE DIVERGÊNCIAS

16.3 Arbitragem

16.3.1. Caso qualquer das partes não aceite o parecer da comissão de peritos, poderá no prazo de 30 (trinta) dias úteis, contados a partir da data em que o referido parecer lhe tenha sido comunicado, solicitar que a questão objeto de divergência seja atribuída a um Tribunal Arbitral, de acordo com a lei 9.307/96 e desde que o assunto seja compatível e que não haja infração à Lei Complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal)

16.3.2. O tribunal é competente para emitir decisão sobre as questões que lhe forem submetidas, aplicando, interpretando ou integrando as normas que regem a contrato e a legislação pertinente.

16.3.3. As decisões do Tribunal, deverão ser proferidas num prazo não superior a 6 (seis) meses da data de sua constituição, cabendo as despesas ecustas do processo do arbitral suportadas pela parte que o solicitou.

A cláusula arbitral não delimitava o escopo da arbitragem, de modo que não incluía, por exemplo, assanções administrativas, como as decorrentes da decretação de caducidade do contrato de concessão. Diante da lacuna, a concessionária recorreu ao Poder Judiciário. Primeiro, para lavrar o compromisso arbitral, nos termos do artigo 7º da Lei nº 9.307/1996[21].

Depois, para tentar anular a sentença arbitral, através da propositura de ação anulatória. Em ambas as esferas - judicial e arbitral - o cerne da discussão esteve circunscrito justamente na arbitrabilidade objetiva do decreto de caducidade e das sanções contratuais aplicadas pelo Município.

4.2. A controvérsia e a arbitragem

O conflito remonta a 2015, quando o Município de Itu editou sucessivos decretos de intervenção nos serviços concedidos[22], culminando na alegação de descumprimento contratual por parte da concessionária Águas de Itu. Segundo o Município, Águas de Itu teria falhado na execução das obrigações contratuais, especialmente no tocante à qualidade dos serviços e à realização das obras previstas, o que justificaria a decretação de caducidade do contrato e a aplicação de sanções administrativas, como rescisão, multas e indenização.

---

[21] Sentença proferida no âmbito do processo de nº 1005577-98.2016.8.26.0286, em 19 de abril de 2017 (fls. 145/146):

"[...] Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a presente demanda para confirmar a liminar deferida às pg. 339/343 e, com fundamento no artigo 7º, da Lei n. 9.307/96, declarar válidos e aproveitar todos os atos praticados no Procedimento Arbitral nº 14/2016 instituído junto à CAMARB e fixar o seguinte compromisso arbitral: [...]". Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/esaj. Acesso em: 19 nov. 2025.

Acórdão do TJSP no âmbito da Apelação de nº 1005577-98.2016.8.26.0286, proferido em 26 de março de 2018 (Fls. 151/152):
"[...] Tendo o processo se desenvolvido nos exatos termos do art. 7º, da Lei nº 9.307/96, atendidos

Em contraposição, a concessionária impugnou as sanções e negou a alegada inexecução, defendendo que as penalidades patrimoniais aplicadas pelo Município em decorrência do contrato, por envolverem direitos patrimoniais disponíveis, deveriam ser submetidas à apreciação do tribunal arbitral, por força da cláusula compromissória.

No âmbito da arbitragem, Águas de Itu formulou pedidos voltados, em resumo, à: (i) rescisão do contrato por inadimplemento culposo do Município; (ii) declaração de inexistência de descumprimento contratual ou irregularidades atribuíveis à concessionária; (iii) reconhecimento da nulidade do decreto de caducidade; (iv) reintegração à condição de concessionária e retomada da prestação dos serviços, com o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro; ou, alternativamente, (v) condenação do Município ao pagamento de indenização integral, abrangendo os investimentos não amortizados e demais prejuízos patrimoniais decorrentes da extinção da concessão.

Argumentou que o pressuposto para a aplicação das sanções e o decreto de caducidade da concessão é a configuração de um descumprimento contratual, previsto no artigo 38 da Lei nº 8.987/95[23]. Por este motivo, sustentou que, observando o princípio da legalidade, não há espaço para invocação de critérios estranhos à disciplina contratual e, por se tratar de observância do contrato, está abrangida pela jurisdição arbitral.

Por sua vez, o Município alegou que o pedido de invalidade do decreto de caducidade, assim como os atos administrativos impondo sanções, não versam sobre direitos patrimoniais disponíveis e, por consequência, não poderiam ser analisados pelo Tribunal Arbitral, ressaltando que a caducidade da concessão se insere dentro do poder de polícia da Administração Pública, um poder extroverso, que seria alheio ao contrato. Em Reconvenção, requereu a condenação da Águas de Itu ao ressarcimento dos prejuízos supostamente causados pela má prestação dos serviços concedidos.

---

todos os requisitos previstos nos arts. 10 e 11 da lei, não tendo o Município impugnado o compromisso arbitral então fixado, a sentença é de ser mantida, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante ao exposto, nego provimento ao recurso. Elevo a verba honorária a 15% do valor atribuído à causa, nos termos do art. 85, §11 do CPC.". Disponível em https://esaj.tjsp.jus.br/esaj. Acesso em: 19 nov. 2025.

De acordo com a concessionária, após 8 (oito) anos de execução do Contrato, o Município impôs medida de intervenção na concessão por intermédio de três Decretos (i) Decreto nº 2336/2015 (11.06.2015), que previu o prazo máximo de 180 dias para a intervenção – período em que ficariam suspensos os mandatos dos administradores e diretores da concessionária; (ii) Decreto nº 2446/2015 (30.11.2015), que prorrogou, segundo a Requerente de forma ilegal, a intervenção por mais 150 dias; e (iii) Decreto nº 2537/2016 (27.04.2016), que prorrogou a intervenção por mais 60 dias. Estes dois últimos Decretos, que tinham por objeto a prorrogação da intervenção, foram objeto de mandados de segurança impetrados pela empresa.

O Tribunal Arbitral[24] reconheceu sua competência para analisar a disputa, e passou a examinar a existência de inadimplemento contratual, o possível desequilíbrio econômico-financeiro e a legalidade das sanções patrimoniais.

O caso suscitou amplo debate tanto no âmbito do procedimento arbitral, quanto perante o Poder Judiciário, sobre a racionalidade dos limites da arbitragem em contratos administrativos.

A seguir, faremos a análise jurídica da sentença arbitral e das decisões judiciais de primeira e segunda instâncias proferidas até o momento no âmbito da ação anulatória[25].

4.3. Análise Jurídica da Arbitrabilidade pela sentença parcial arbitral

Dentre outras questões que fogem do presente escopo, o Tribunal Arbitral apreciou a alegação formulada pelo ente público de "Ausência de jurisdição do Tribunal Arbitral para decidir acerca da validade das sanções e atos administrativos do Município de Itu" (cf. item 10.1 da sentença arbitral parcial). E sobre isso, concluiu 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 o impeçam. (parágrafo 94)
Em conclusão o Tribunal Arbitral rejeita a preliminar suscitada pelo Requerido e afirma sua jurisdição para apreciar e julgar todos os pedidos formulados pela Requerente [...]. (parágrafo 95) (g.n)

Para assim decidir, o Tribunal Arbitral se fundamentou no entendimento doutrinário de que são arbitráveis os direitos que são, por definição, contratualizáveis, incluindo as disputas envolvendo sanções decorrentes de contratos administrativos. Transcreva-se o parágrafo 83 do item 10.1 da sentença arbitral:

---

[23] "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. § 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 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.".

[24] O Tribunal Arbitral responsável pela elaboração da sentença arbitral foi composto por Carlos Suplicy De Figueiredo Forbes, Gustavo Fernandes de Andrade e Eduardo De Albuquerque Parente.

Tais raciocínios não se coadunam com a lei. Como registrado por Alexandre Santos de Aragão: "se a Administração Pública pode celebrar contratos e [deve] cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são 'disponíveis' para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são 'indisponíveis' para vedar que as controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem. (g.n)

Nesse sentido,apartir dos critérios de patrimonialidade e disponibilidade previstos no §1° do art.1°da Lei de Arbitragem, o Tribunal Arbitral enfrentou a tese jurídica suscitada peloMunicípio de ausência de jurisdição arbitral para decidir sobre a validade das sançõeseatos administrativos e afastou o argumento de que as sanções aplicadas no contextodocontrato de concessão seriam derivadas do poder de polícia:

"Também não se afirme, como alegado pelo Requerido, que as sanções aplicadas à Requerente não podem ser objeto de arbitragem, porque seriam derivadas do Poder de Polícia." (parágrafo 86) (g.n) "Tal Poder, diferentemente das prerrogativas contratuais da Administração, está relacionado à soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas em seu território, sendo seu campo de aplicação as atividades e propriedades privadas." (parágrafo 87) (g.n)
"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." (parágrafo 91) (g.n)
"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." (parágrafo 92) (g.n)
"Nesse sentido, Eugênia Marolla disserta:
[...] Observa-se, contudo, que a limitação à arbitragem cinge-se à discussão da atuação da Administração, não abrangendo as decorrências patrimoniais do *ius imperii* na órbita jurídica dos contratados ou administrados, nem questões de fato que sejam pressupostos da atuação administrativa, ainda que valendo-se de prerrogativas. [...] Pode-se citar como exemplo os casos de rescisão unilateral do contrato por Caducidade. Nestes não se pode discutir o poder da Administração de rescindir o contrato quando verificada a ocorrência de uma das hipóteses legais de rescisão. A configuração dessas hipóteses, contudo, é questão de fato, que não depende dos poderes da Administração, podendo ser objeto de submissão ao juízo arbitral." (parágrafo 93) (g.n)

Com base no entendimento acima, o Tribunal Arbitral afastou as alegações de inarbitrabilidade objetiva e reconheceu sua jurisdição para julgar todos os pedidos formulados pela Águas de Itu, "inclusive os temas de Intervenção e Caducidade, seriam resolvidas por arbitragem, inexistindo vedação legal ou exceção contratual que o impeçam." (parágrafo 94 do item 10.1 da sentença arbitral).

4.4. Análise jurídica da arbitrabilidade pelo Poder Judiciário em sede de ação anulatória de sentença arbitral

Inconformado com o resultadoda arbitragem, o Município de Itu ajuizou ação judicial visando à anulação da sentença arbitral parcial, sustentando, em juízo, a inarbitrabilidade objetiva da matéria. Mas a sentença judicial de primeiro grau confirmou a competência do Tribunal Arbitral para a solução da disputa, reiterando que o conceito de direito disponível abarca direitos contratualizáveis e que a decretação da caducidade é matéria arbitrável justamente por decorrer de relação contratual:

---

[25] Ação anulatória n.° 1005577-98.2016.8.26.0286.

"[...] No caso em exame, discute-se interesse patrimonial da administração relacionado a contrato firmado entre as partes, não sendo o caso de se falar em impossibilidade de arbitragem por se tratar de direito indisponível. Além disso, ausente as hipóteses de anulação de sentenças arbitrais pelo Poder Judiciário previstas no artigo 32 da Lei nº 9.307/96, tendo em vista que a doutrina majoritária entende que o referido rol é taxativo e demanda interpretação restritiva.

Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, imiscuir-se na atividade arbitral, exceto em situações excepcionais, o que não se verifica na hipótese dos autos. A restrição se justifica justamente para garantir segurança jurídica àqueles que se submetem à arbitragem como forma de solução de litígio, tornando-a útil, eficaz e atraente.
Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE os pedidos, com fundamento no artigo 487, inciso I, do CPC [...].

Em Apelação, oTribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolheu parcialmente o recurso do Município, restringindo a competência arbitral à análise dos reflexos econômicosdecorrentes da aplicação das penalidades contratuais. A Corte de Justiça afastou,assim, a possibilidade de o Tribunal Arbitral deliberar sobre o mérito da rescisãounilateral do contrato, por entender se tratar de ato administrativo discricionário e irreversível:

Énítido, pois, que a decisão violou os limites estabelecidos para a arbitrabilidade objetiva na hipótese, nos termos dos arts. 1º, § 1º da Lei deArbitragem, e 151 da Lei 14.133/21.
Logo, a pretensão anulatória deve ser acolhida em parte, de modo a afastar a competência arbitral para dispor diretamente sobre o mérito da aplicação das penalidades no caso, a rescisão unilateral do contrato, ato irreversível, porquanto matéria circunscrita ao juízo de formação do ato administrativo mas apenas sobre seus reflexos econômicos. É esta, aliás, a tônica do pedido subsidiário contido na inicial (f. 28, nº 3).

Tal acórdão foiesclarecido quando do julgamento de embargos de declaração, ocasião emque o Tribunal de Justiça reiterou que a arbitragem não poderia versar sobre areversão da pena de caducidade, fazendo registrar que "A leitura conferida à normasob as balizas do art. 151 da Lei 14.133 é clara, no sentido de afastar a possibilidadede que seja discutida a aplicação de sanções para além de seus reflexos patrimoniais, notadamente quanto à cogitada reversão da pena de caducidade.".

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça paulista reconheceu a competência do Tribunal Arbitral para apreciar a legalidade da decretação de caducidade, mas afastou sua jurisdição quanto à eventual reintegração da concessionária ao serviço público, por entender tratar-se de matéria vinculada ao exercício da função administrativa. Entendeu, portanto, que somente as sanções aplicadas, previstas no contrato, configurariam direitos patrimoniais disponíveis. Por essa razão, sua legalidade e aderência às cláusulas contratuais foram consideradas arbitráveis e fora da esfera discricionária da Administração Pública.

Contra este acórdão, complementado por julgamento de embargos de declaração, o Município interpôs recurso especial que, tendo sido inadmitido, ensejou a interposição de Agravo, que aguarda julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça[26].

O precedente demonstra a tendência de expansão da arbitrabilidade nos contratos administrativos, desde que observados os limites legais e contratuais, assim como revela a relevância de cláusulas compromissórias bem estruturadas, que delimitem com precisão a arbitrabilidade objetiva nos contratos administrativos de concessão, a fim de garantir maior segurança jurídica nas relações contratuais com o Estado.

5. CONCLUSÃO

A utilização da arbitragem em contratos administrativos deixou de ser uma expectativa futura para consolidar-se como prática efetiva no cenário da infraestrutura nacional. Tal realidade, entretanto, demanda rigor conceitual e interpretação jurídica consistente, para garantir segurança jurídica em disputas no contexto dos contratos de concessão.

O caso Águas de Itu reflete, de forma paradigmática, as tensões inerentes entre o interesse público e a lógica contratual, bem como entre o poder sancionador estatal e a racionalidade econômica das soluções consensuais.

Ao longo da análise desenvolvida, demonstrou-se que a arbitrabilidade objetiva não deve ser compreendida como obstáculo absoluto, mas como mecanismo de filtragem indispensável. Sanções de natureza patrimonial, a exemplo de multas e indenizações, se enquadram no âmbito da arbitragem, desde que previstas contratualmente e relacionadas a direitos disponíveis. A resistência em admitir tal possibilidade implica sujeitar a Administração Pública à morosidade judicial e à insegurança decisória, justamente em contratos que exigem maior celeridade e especialização técnica.

O precedente examinado envolvendo a concessionaria Águas de Itu evidencia que a arbitragem pode constituir espaço legítimo para a apreciação da legalidade de sanções patrimoniais decorrentes de contratos de concessão, desde que respeitados os limites contratuais e os requisitos estabelecidos na Lei de Arbitragem e na Lei de Concessões.

Mais do que responder à problemática inicialmente proposta, este estudo busca fomentar reflexão crítica: se a lei prevê o uso da arbitragem para solucionar disputas envolvendo contratos de concessão, não há razão para que não sejam arbitráveis o decreto de caducidade da concessão e as sanções administrativas decorrentes do contrato. Para aumentar a segurança jurídica, é importante a elaboração de cláusulas compromissórias claras a respeito dos limites da arbitragem. Registre-se que, se a Administração Pública pode contratar o particular para executar serviço público essencial, não faz sentido que as disputas contratuais de cunho patrimonial e econômico não possam ser submetidas ao juízo arbitral, sobretudo como no caso Águas de Itu, em que havia cláusula arbitral expressa no contrato de concessão.

---

[26] O processo encontra-se em fase de Agravo em Recurso Especial nº 2717133 SP interposto pelo Município de Itu, aguardando distribuição e julgamento desde 9 de agosto de 2024, podendo ser acessado pelo link: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=10080525120218260286&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 11 dez 2025.

Assim, a arbitrabilidade objetiva deve ser compreendida não como barreira, mas como instrumento orientador. Quando corretamente delimitada, revela-se capaz de conduzir a um modelo de contratação pública mais eficiente e tecnicamente qualificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a administração pública. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 65, nº 17, pp. 7-42, abril. 2020. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/17.65/RBA2020060. Acesso em: 15 nov. 2025.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos Serviços Públicos. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 31 out. 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 09 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e a Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013; e revoga o parágrafo único do art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 maio 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm. Acesso em: 06 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Dispõe sobre Licitações e Contratos Administrativos; revoga a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e dispositivos da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º abr. 2021. Edição extra. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 11 dez. 2025.

Assim, a arbitrabilidade objetiva deve ser compreendida não como barreira, mas como instrumento orientador. Quando corretamente delimitada, revela-se capaz de conduzir a um modelo de contratação pública mais eficiente e tecnicamente qualificado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Redação dada pela Lei nº 11.196, de 2005, e alterações posteriores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 fev. 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 08 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 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: 11 dez. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conflito de Competência nº 139.519/RJ. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Seção. Julgado em 25/10/2017. DJe 10/11/2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroUnico&termo=00766354320153000000&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea. Acesso em: 11 dez. 2025.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo no 1005577-98.2016.8.26.0286. Relator: Des. Coimbra Schmidt. 7ª Câmara de Direito Público, julgado em 19 de abril de 2017. Disponível em: https://esaj.tjsp.jus.br. Acesso em: 13 nov. 2025.

CARDOSO, Paula Butti. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. 2023. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. doi:10.11606/T.2.2023.de-29022024-095118. Acesso em: 2025-12-11.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2023, p. 41.

CRUZ, Elisa Schmidlin. Arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão: um estudo de casos. Publicações da Escola Superior da AGU, Brasília, v. 16, n. 1, p. 131-162, mar. 2024.

GAMA, Lauro. O Direito Administrativo Consensual e a Arbitragem Com a Administração Pública: análise de um caso concreto. In: 25 Anos da Lei de Arbitragem: História, Legislação, Doutrina e Jurisprudência (org.) WALD, Arnold; e LEMES, Selma Ferreira. 587-604. Revista dos Tribunais, 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, pp. 14-20, 2002.

ITU (Município). Decreto nº 2.571, de 22 de junho de 2016. Prefeitura da Estância Turística de Itu, Itu, 22 jun. 2016. Registrado e publicado no Livro próprio.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

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

MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e Administração Pública: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTEIRO, Vera; ROCHA, Jolivê. Caducidade em concessão e arbitragem. In: JUSTEN, Monica Spezia; PEREIRA, Cesar; JUSTEN NETO, Marçal; JUSTEN, Lucas Spezia (coord.). Uma visão humanista do Direito: homenagem ao Professor Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2025. v. 3.

MOREIRA, Egon Bockmann; Cruz, Elisa; Regulação e Arbitragem – Caso Petrobras vs. ANP: CC no 139.519-RJ-STJ. In: MOREIRA, Egon Bockmann; NETO, Azevedo Marque; e GUERRA, Sérgio (org.). Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgãos de controle com agências reguladoras, autoridades de concorrência e livre iniciativa – 3ª ed. (Org. Floriano de Azevedo Marques Neto; Egon Bockmann Moreira; e Sérgio Guerra), Belo Horizonte: Fórum, 2023.

SCHMIDLIN CRUZ, E. Arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão: um estudo de caso. Publicações da Escola Superior da AGU, [S.l.], v. 16, n. 01, 2024. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3453. Acesso em: 14 nov. 2025.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo, n. 248, p. 117-126, 2008.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015(LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, Ed. RT, v. 264, ano 42, 2017

A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA EM CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE SANEAMENTO: UMA ANÁLISE DO CASO SABESP

Samuel Eugênio Melo Gontijo[1]

RESUMO

O artigo analisa a utilização da arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, com foco no setor de saneamento básico. Destaca a evolução legislativa que consolidou essa possibilidade, especialmente após as Leis nº 13.129/2015 e nº 14.026/2020, ressaltando a compatibilidade do instituto com princípios constitucionais e o interesse público. Enfatiza a relevância da arbitragem em contratos complexos e de longa duração, nos quais a celeridade e a especialização são essenciais.

O presente trabalho também busca examinar a cláusula compromissória do Contrato de Concessão nº 01/2024 da SABESP como exemplo de implementação do modelo que poderá ser utilizado em outras oportunidades semelhantes. O trabalho também aponta desafios e condições necessárias para sua efetividade, entendendo que a integração da arbitragem a uma política de gestão de conflitos e destacando seu papel estratégico para a segurança jurídica, a eficiência contratual e o cumprimento das metas de universalização do saneamento no Brasil.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Contratos de concessão; Saneamento; SABESP.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem como meio de resolução de conflitos que figurem como parte a Administração Pública, há anos, é tema de discussão entre juristas que se debruçam sobre o assunto. Delimitações de escopo dos litígios, limites da arbitrabilidade objetiva e subjetiva da Administração Pública e definição dos direitos disponíveis e indisponíveis são alguns dos temas que levantam debate e permeiam a discussão.

---

[1] Advogado e mestrando em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (UnB).

A Lei nº 13.129/2015 incluiu dois parágrafos ao art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), sendo que o §1º prevê que "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis". Se até 2015 havia qualquer controvérsia sobre a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública, a inclusão do referido parágrafo abriu caminho para que o instituto da arbitragem pudesse, definitivamente, se tornar uma realidade em que a Administração pudesse dirimir seus litígios por meio da via extrajudicial.

A ampliação do uso da arbitragem se insere em um contexto mais amplo de modernização do Direito Administrativo, no qual instrumentos alternativos de resolução de conflitos — como mediação, conciliação e comitês de resolução de disputas — são estimulados para reduzir a litigiosidade judicial. Essa lógica encontra respaldo no Código de Processo Civil de 2015, que vem, desde o início de sua vigência, incentivando o modelo multiportas e estimulando soluções extrajudiciais como parte integrante da política pública de acesso à justiça.

No caso brasileiro, a adoção da arbitragem pela Administração Pública está, desde o início de suas discussões, sujeita a requisitos que garantam a preservação do interesse público, de modo que somente estão sujeitos à solução pela via arbitral as controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, o procedimento arbitral deverá sempre estar sujeito à compatibilidade com os princípios constitucionais que regem a atividade administrativa, a saber, legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Nesse sentido, a distinção entre interesse público primário e secundário constitui elemento central para delimitar a arbitrabilidade objetiva das disputas.

A aplicação prática desse instituto tem se mostrado especialmente relevante em setores de infraestrutura regulada, nos quais contratos complexos e de longa duração demandam soluções técnicas para garantir sua execução de forma eficiente. O saneamento básico, pela sua natureza de serviço público essencial e pelo elevado volume de investimentos e multiplicidade de atores institucionais — União, Estados, Municípios, agências reguladoras e prestadores privados ou estatais —, é um campo fértil para o uso da arbitragem.

A reforma promovida pela Lei nº 14.026/2020 (Novo Marco Legal do Saneamento) incorporou expressamente essa possibilidade ao prever que conflitos entre titulares, reguladores e prestadores poderiam ser resolvidos por meio de arbitragem, de modo a fortalecer a governança setorial e reduzir o risco de paralisação de projetos estratégicos.

O caso da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP é paradigmático nesse contexto. A cláusula compromissória constante do Contrato de Concessão nº 01/2024 representa um modelo detalhado de implementação da arbitragem em concessões públicas, estabelecendo não apenas a lista de matérias arbitráveis e exclusões, mas também procedimentos detalhados e etapas prévias à tentativa de solução pela via arbitral, que, por sua vez, precede a via judicial. A previsão contratual articula-se com o regime regulatório estadual e com os princípios da transparência e da segurança jurídica, ao mesmo tempo em que delimita com precisão os limites da atuação arbitral diante de prerrogativas do poder concedente.

Ao analisar esse cenário, percebe-se que a arbitragem aplicada ao setor de saneamento não deve ser vista como um expediente isolado, mas como parte de um desenho institucional que integra direito administrativo contemporâneo. A partir do exame do marco legal, das peculiaridades regulatórias do setor e da redação da cláusula compromissória da SABESP, o presente estudo busca compreender não apenas a viabilidade, mas também as potencialidades e desafios desse mecanismo no contexto das concessões públicas de saneamento.

Nesse sentido, o presente artigo tomará como recorte principal a cláusula compromissória do Contrato de Concessão nº 01/2024 da SABESP, examinando-a sob a perspectiva do direito positivo (Lei nº 9.307/1996, alterações da Lei nº 13.129/2015, marco setorial e regulação estadual pertinente) e da lógica regulatória das concessões de saneamento. A análise é restrita ao desenho jurídico da cláusula, especialmente (i) o elenco de matérias arbitráveis e suas exclusões, (ii) o rito escalonado de prevenção e tratamento de disputas e (iii) a compatibilização entre publicidade, controle e especialização técnica. Busca-se, assim, indicar quais elementos do modelo contratual são potencialmente replicáveis e quais dependem de capacidades institucionais e refletem particularidades do caso SABESP.

2. HISTÓRICO DA ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO BRASIL

O processo gradual de consolidação e amadurecimento legislativo envolvendo as hipóteses de cabimento do uso de arbitragem para dirimir conflitos que tenham por parte a Administração Pública vem sendo crescente no Brasil pelos últimos anos. Nesse período, diversas normas em âmbito federal, estadual e municipal passaram a incorporar expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem em contextos de contratos administrativos, concessões públicas e parcerias público-privadas.

Tal amadurecimento legislativo reflete uma tendência de adaptação dos instrumentos jurídicos às exigências dos novos tempos e da busca pela eficiência na Administração Pública. O paradigma introduzido ao ordenamento brasileiro por meio do Código de Processo Civil de 2015 busca privilegiar ganhos de eficiência por meio do desenvolvimento de um sistema multiportas que promova meios de soluções de conflitos alternativos à jurisdição estatal, tais como o incentivo à autocomposição, aos comitês de resolução de disputas e, até mesmo, à jurisdição arbitral.[2]

A arbitragem, outrora vista com reservas no setor público, vem cada vez mais sendo percebida como ferramenta útil à resolução eficaz de controvérsias inclusive em setores estratégicos como infraestrutura, transportes, energia e demais serviços públicos. Essa evolução normativa veio acompanhada de um amadurecimento institucional, à medida que se reconheceu que a arbitragem, além de mais célere, é muitas vezes mais adequada para lidar com questões técnicas e complexas que exijam abordagem detida e especializada.[3]

A partir da alteração da Lei de Arbitragem pela Lei n.º 13.129/2015, ficou expressamente autorizado o uso da arbitragem pela Administração Pública, desde que as controvérsias envolvessem direitos patrimoniais disponíveis. Essa mudança conferiu maior segurança jurídica ao procedimento e eliminou dúvidas sobre a sua compatibilidade com o interesse público.[4] Dois requisitos se tornaram centrais: a arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a possibilidade de o Estado figurar como parte na arbitragem; e a arbitrabilidade objetiva, que exigiu que a controvérsia tratasse de direitos patrimoniais disponíveis.[5]

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/21) também representou um avanço relevante na introdução da arbitragem como modalidade possível para solução de conflitos, ao prever expressamente, em seus artigos 151 a 154, a possibilidade de utilização de meios alternativos tais como conciliação, mediação e, evidentemente, a própria arbitragem em contratações regidas por aquela norma. O parágrafo único, inclusive, elenca um rol exemplificativo ao prever que os meios alternativos de solução de conflitos serão passíveis de utilização apenas para controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, a saber, casos que envolvam desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento e cálculo de indenizações.[6]

O reconhecimento da arbitragem como meio válido de solução de conflitos administrativos reflete não apenas uma mudança normativa, mas também uma mudança de paradigma cultural, que busca conferir maior celeridade, especialização e eficiência à resolução de litígios que envolvem o Estado.

---

[2]VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. Publicidade na arbitragem com a administração pública: seis anos da Lei nº 13.129/2015 e consolidação do Instituto. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 70, p. 7-19, 2021.

[3]DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

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

A doutrina e a jurisprudência vêm cada vez mais reforçando essa possibilidade, inclusive em relação aos órgãos de controle e à forma de celebração das convenções de arbitragem. O entendimento que vem se consolidando após o advento da Lei nº 13.129/2015 é de que não há incompatibilidade entre o regime jurídico administrativo e o uso da arbitragem como forma de resolução de litígios.[7]

Em que pese o STJ[8] e o STF[9] já admitissem há décadas a possibilidade de utilização do instituto da arbitragem em casos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública, o Tribunal de Contas da União tendia a vislumbrar como impossível a aplicação da arbitragem sem legislação que antes a permitisse expressamente.[10] Diante disso, a edição da Lei nº 13.129/2015 foi essencial para assentar a possibilidade de utilização da arbitragem para dirimir conflitos que envolvessem direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública.[11]

Outro aspecto relevante é o fortalecimento da prática com base na regulação infralegal. Diversos decretos — como é o caso do Decreto nº 10.025/2019, bem como outros decretos estaduais e municipais — estabeleceram critérios claros sobre cláusulas arbitrais, câmaras indicadas e transparência dos procedimentos. Essas normas também refletem o esforço em alinhar a arbitragem à legalidade estrita que rege os atos administrativos, demonstrando que o uso desse mecanismo pode (e deve) respeitar os princípios da Administração Pública, como legalidade, publicidade e moralidade.[12]

Ainda, no âmbito estadual e municipal, tanto o Estado quanto o Município de São Paulo também avançaram na regulamentação da arbitragem envolvendo a Administração Pública. O Estado de São Paulo editou o Decreto nº 64.356/2019, que disciplina a utilização da arbitragem pela administração direta e autarquias estaduais, fixando diretrizes sobre a cláusula compromissória, escolha da câmara arbitral e publicidade dos procedimentos.

---

[5] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves; ROCHA, Matheus Lins. Lei de Arbitragem Comentada. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

[6] VASCONCELOS, ZOTTARELLI, op. cit., p. 10.

[7] MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto; CARDOSO, Paula Butti. Arbitragem e Administração Pública. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coord.). Lei de Arbitragem Comentada. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

[8] STJ, 3ª T, REsp nº 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011, DJe 28.02.2012; STJ, 2ª T, Resp nº 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio Noronha, j. 25.10.2005, DJ 14.09.06; STJ, 1ª S, MS-AgRg 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, j. 28.06.2006, DJ 14.08.06.

[9] STF, Pleno, AI 52.181, j. 14.11.1973, unânime; STF, RE 593.042, j. 14.03.2016, monocrática.

[10] TCU: Decisão 286/93, Decisão 763/94, Decisão 188/95, Decisão 394/95, Acórdão 584/03, Decisão 215/04, Acórdão 587/03, Acórdão 631/03, Acórdão 573/05, Acórdão 1.271/05, Acórdão 1.099/06.

Já o Município de São Paulo, por meio da Lei nº 17.324/2020, regulamentou o uso da arbitragem nos contratos administrativos do poder executivo municipal, reforçando o compromisso com a transparência, a legalidade e a eficiência na resolução de conflitos. Ambas as normas refletem um esforço coordenado de institucionalizar a arbitragem como prática regular no âmbito público, respeitando os princípios da administração e garantindo maior segurança jurídica nas relações contratuais.

Uma vez que se discutia o cabimento do uso da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública e que se discutisse sobre seus direitos patrimoniais disponíveis, debatia-se, paralelamente, sobre a delimitação do que seriam propriamente os direitos patrimoniais disponíveis. Embora a Lei nº 14.133/2021, conforme citado anteriormente, traga um rol exemplificativo do que podem ser considerados direitos disponíveis, a conceituação, por um bom tempo, foi nebulosa e incerta.

A discussão sobre disponibilidade desses direitos parte da dicotomia inserida entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direito estatal. Nesse sentido, é necessário que se faça uma distinção clara sobre ambos os institutos, uma vez que a utilização da arbitragem – ou de outros meios alternativos de resolução de conflitos – deve representar, por si só, uma forma de atendimento e respeito ao interesse público.[13]

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado é tradicionalmente considerado um dos pilares do Direito Administrativo. No entanto, parte da doutrina, trata o princípio como defasado frente à priorização dos direitos fundamentais constitucionalmente garantidos, que são, por essência, individuais. Isso tornaria incoerente a invocação da supremacia do interesse público como base do Direito Administrativo contemporâneo.[14]

Nesse sentido, a ideia de supremacia do interesse público carregaria traços autoritários incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, no qual o Estado deveria existir para servir aos cidadãos, e não o contrário. A sobreposição da supremacia do interesse público em face do interesse particular se demonstra, portanto, como um entendimento equivocado da relação entre o indivíduo e o Estado, tendo em vista que a ordem constitucional brasileira preza sumariamente pela dignidade da pessoa humana.[15]

---

[11]BISSOLI, Flaviana; SIMÃO, José Luiz de Almeida. Arbitragem nos contratos administrativos. Arbitragem: estudos sobre a Lei número 13.129/2015. Organizadores: Francisco José Cahali, Tiago Rodovalho, Alexandre Freire. São Paulo: Saraiva, 2016.

[12] MAROLLA, CARDOSO, op. cit., pp. 19-23.

Ainda no sentido de desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, Humberto Ávila leciona que há, sobretudo, um equívoco interpretativo na forma como se lida com o princípio, que deve ser um balizador da atuação administrativa, em vez de propriamente uma norma-princípio.[16] Em que pese seja possível que a supremacia do interesse público sirva para legitimar determinada ação estatal, há de se ponderar o efeito da sua aplicação sobre o particular de modo a se evitar desproporcionalidades.

Em contrapartida, outra parcela relevante da doutrina defende que negar a supremacia do interesse público equivale a negar o próprio papel do Estado. É evidente que se deve haver ponderação entre interesses públicos e particulares, no entanto o interesse público deve prevalecer quando legítimo e em conformidade com a lei. Nesse sentido, a supremacia do interesse público constitui fundamento essencial de Direito Público, uma vez que sua aplicação reside na base de todas as funções do Estado, não se limitando à função administrativa. Com isso, entende-se que a supremacia do interesse público não colocaria em risco qualquer direito fundamental, mas sim os protegeria.[17]

Tendo isso em mente, é necessário ressaltar que a Administração Pública não é propriamente titular do interesse público, mas sim meramente guardiã. Quando se fala que o interesse é "público", na verdade, refere-se aos destinatários e beneficiários da atividade administrativa, de modo que se torna impossível falar em disponibilidade do interesse público pela Administração. Se ela não é titular dos interesses que administra, não pode deles dispor.[18]

A supremacia do interesse público, embora questionada por parte da doutrina moderna, mantém sua relevância como princípio estruturante de Direito Administrativo, especialmente quando compreendida à luz da distinção entre interesse público primário e secundário. Enquanto o interesse primário refere-se aos direitos e necessidades da coletividade como um todo, o interesse secundário diz respeito aos direitos patrimoniais e particulares da própria Administração Pública enquanto pessoa jurídica.[19]

---

[13] TONIN, Mauricio Morais Direito patrimonial disponível da administração pública: tentativa de definição. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 59, p. 61-79, 2018.

[14] MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

[15] SARMENTO, Daniel. Interesses públicos v. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[16] ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Diante disso, Selma Lemes entende que é justamente a distinção entre interesse público primário e secundário que figura como critério adequado para que se decida sobre eventual disponibilidade do direito em litígio para avaliar se é passível ou não de submissão à solução pela via arbitral. Sendo o interesse público primário aquele que representa o interesse da coletividade, é evidente que somente os interesses públicos secundários, que dizem respeito somente à atuação da Administração enquanto pessoa jurídica, podem ser considerados disponíveis e, portanto, submetidos à arbitragem.[20]

Por exemplo, conflitos envolvendo equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão são considerados direitos disponíveis, pois não afetariam diretamente o interesse público primário. O próprio art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133, exemplifica tais litígios como sujeitos à arbitragem. Nesse mesmo sentido, o Decreto nº 64.356/2019, do estado de São Paulo, prevê em seu art. 1º, caput, que a arbitragem somente é cabível para conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Inclusive, o STJ, no Conflito de Competência nº 139.519/RJ, também reconheceu a possibilidade de arbitragem em contratos de concessão, desde que envolvam direitos disponíveis. Tais exemplos ilustram como a Administração Pública pode se valer de mecanismos alternativos de solução de conflitos sem ferir os princípios que regem sua atuação.

No entanto, há de se ter cautela ao se tratar sobre direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública. A disponibilidade de direitos patrimoniais não significa liberdade absoluta para o administrador para dispor dos bens públicos como bem entender. Pelo contrário, deve-se agir em conformidade com a lei e o interesse público, sob pena de responsabilização funcional, civil ou criminal. Atos de improbidade administrativa, como alienação de bens públicos abaixo do valor de mercado, são exemplos de condutas vedadas.[21]

No âmbito dos contratos administrativos, há hipóteses de direitos disponíveis e indisponíveis cujo foro de resolução de eventuais conflitos dependerá de análise da concretude do fato. A saber, cláusulas contratuais que representem prerrogativas legais da Administração, como o poder de rescindir contratos unilateralmente, não podem ser submetidas à arbitragem, pois são indisponíveis por natureza.

---

[17] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

[18] Ibid., p. 253.

[19] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76, de 28.11.2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

Tal limitação apenas reforça a ideia de que a Administração Pública, mesmo ao negociar direitos disponíveis, deve sempre observar os limites impostos pelo ordenamento jurídico e pelo interesse coletivo.[22]

Em síntese, embora o princípio da supremacia do interesse público seja, em alguma medida, controverso, ele ainda serve como balizador para a atuação administrativa. A distinção entre interesse público primário e secundário, assim como a conceituação de direitos patrimoniais disponíveis, permite à Administração utilizar mecanismos como a arbitragem com segurança jurídica. No entanto, isso não dispensa a observância da legalidade e do interesse coletivo, sob risco de violação dos princípios administrativos.

O setor de saneamento básico é historicamente vinculado à Administração Pública, de modo que suas concessões à iniciativa privada no Brasil ainda são controversas, especialmente considerando as delimitações do que configurariam direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis, bem como sua consequente sujeição à via arbitral para solução de conflitos. Conforme se analisará a seguir, o contrato de concessão pública da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP conta com cláusula compromissória que apresenta nível considerável de detalhamento, de modo que merece uma análise detida de sua redação.

3. O SETOR DE SANEAMENTO E AS PARTICULARIDADES QUE VIABILIZAM A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O setor de saneamento básico no Brasil historicamente enfrenta desafios estruturais e regulatórios que, por décadas, demandaram a elaboração e o desenvolvimento de instrumentos jurídicos e institucionais voltados à melhoria da governança e ao incremento da segurança jurídica. Dentre esses instrumentos, a arbitragem surge como um mecanismo promissor para a resolução de conflitos, sobretudo diante das particularidades normativas e operacionais do setor. A construção normativa da arbitragem em saneamento está diretamente relacionada ao desenvolvimento do modelo regulatório brasileiro, cujas características peculiares contribuem para viabilizar a adoção de métodos alternativos de solução de conflitos. Até a década de 1970, a prestação dos serviços de saneamento básico era eminentemente municipal, com baixa capacidade operacional, deficiência tecnológica e ausência de políticas públicas articuladas. A inexistência de tarifas individualizadas e a precariedade na universalização do serviço motivaram a centralização do setor com o lançamento, em 1971, do Plano Nacional de Saneamento Básico (PLANASA), que promoveu a criação das Companhias Estaduais de Saneamento Básico (CESBs).[23]

---

[20] LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
[21] TONIN, op. cit., pp 73-78.
[22] SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 1, p. 989-995, 2016.

Tais companhias passaram a desempenhar duplo papel: prestadoras de serviços e reguladoras, em função da centralização dos recursos no Banco Nacional da Habitação (BNH), responsável pela formulação e financiamento da política pública setorial.[24]

Essa centralização, no entanto, não foi acompanhada de um arcabouço regulatório sólido. Apesar dos avanços promovidos pelo PLANASA, sobretudo na ampliação do abastecimento hídrico à população, houve uma considerável estagnação do setor nas décadas seguintes, agravada pela indefinição jurídica quanto à titularidade dos serviços de saneamento.[25]

A Constituição Federal, em seu art. 21, XX,[26] atribuiu à União a competência de definir diretrizes gerais sobre o setor de saneamento, mas não especificou quem seria o titular do serviço, o que gerou conflitos entre entes federativos. Foi somente em 2013 que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que os municípios seriam titulares dos serviços, podendo exercê-los individualmente ou de forma compartilhada, no caso de regiões metropolitanas organizadas por lei complementar estadual.[27]

Visando preencher as lacunas normativas e fortalecer a segurança jurídica, foi editada a Lei 11.445/2007, que passou a estabelecer as diretrizes nacionais para o saneamento básico. A lei disciplinou princípios, organização tarifária, planos de metas, contratos de programa e a exigência de regulação independente. Ainda assim, deixou de resolver de forma definitiva as questões de titularidade e não previu mecanismos robustos de governança entre as unidades federativas. A descentralização da regulação, conferindo poderes regulatórios aos próprios entes titulares (municípios ou entes metropolitanos), acabou produzindo um cenário fragmentado, com distintos graus de maturidade institucional.[28]

---

[23] CARVALHO, Vinícios Marques de. O Direito do Saneamento Básico. Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento, Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

[24] KOWARSKI, Daniel Derenusson. Limites do Poder Normativo da Nova Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. In: GOMES, Fábio Luiz. (Org.). Saneamento Básico Aspectos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021, v. 1, pp. 59-82.

[25] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução jurídica do serviço de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. (Org.) Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

[26] Art. 21. Compete à União: XX - instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos;

[27] "[...] 4. Aglomerações urbanas e saneamento básico. [...] A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes [...]. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, 16 set. 2013.)

As deficiências do modelo regulatório se tornaram evidentes na auditoria feita pelo Tribunal de Contas da União, que apontou falhas graves na articulação entre os entes federativos, sobreposição de competências, e pulverização de esforços. O cenário de baixa governança se refletia também na ausência de regulação formal em mais de 2 mil municípios, conforme levantamento do Programa Interáguas, desenvolvido pelo Governo Federal. O mesmo estudo indicava a existência de 49 agências reguladoras locais para um universo de 3.119 municípios.[29]

Nesse contexto, foi proposta a criação de uma instância federal de supervisão regulatória — um Regulatory Oversight Body (ROB) — que, sem substituir os reguladores locais, pudesse coordenar tecnicamente o setor. Essa proposta se concretizou com a edição da Lei 14.026/2020, que atualizou o marco legal do saneamento e atribuiu à então Agência Nacional de Águas (ANA) o papel de regulador federal do setor, renomeando-a como Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.[30]

A partir da nova legislação, a ANA adquiriu competência para expedir normas de referência sobre todos os temas cruciais da regulação do saneamento: regulação tarifária, universalização, metas de eficiência, contabilidade regulatória, controle de perdas, indenização de investimentos, entre outros. Embora, em tese, essas normas tenham caráter orientativo, sua observância passou a ser requisito para o acesso a recursos federais. Trata-se da lógica do spending power, que, embora não suprima formalmente a autonomia dos entes federativos, condiciona-a de forma incisiva, uma vez que a maioria dos municípios brasileiros depende de financiamento federal para viabilizar investimentos na área.[31]

A obrigatoriedade prática das normas de referência da ANA gera tensões relevantes do ponto de vista federativo. Embora a Constituição atribua à União a competência para editar diretrizes gerais, o exercício desse poder de forma vinculativa, mediante ameaça de supressão de recursos, pode ser interpretado como forma de coação regulatória. O texto legal reforça essa tendência ao prever que a ANA disciplinará os procedimentos para comprovação da adoção das normas por parte dos entes reguladores locais e exigirá essa comprovação como condição para a liberação de financiamentos.

---

[28] BRASIL. Ministério das Cidades. Série "Apoio e acompanhamento da regulação do saneamento básico". Relatório III. Brasília: fev. 2016, p. 6.
[29] Ibid., p. 6.
[30] KOWARSKI, op. cit., pp. 59-82.
[31] BRASIL. Ministério das Cidades. Série "Apoio e acompanhamento da regulação do saneamento básico". Relatório I. Brasília, jul. 2015, p. 14-18.

Diante desse novo arranjo institucional, a possibilidade de surgimento de conflitos é considerável, especialmente em relação à tensão entre a regulação centralizada da ANA e a autonomia dos reguladores locais. Um regulador municipal poderia entender que determinada norma federal extrapola o caráter geral e atinge questões específicas que deveriam ser reguladas localmente. Diante disso, a solução de tais controvérsias torna-se uma questão sensível e relevante para a estabilidade do setor.

É nesse ponto que a arbitragem surge como uma alternativa viável e inovadora, prevista no art. 4º-A, §5º, da Lei 9.984/2000, com a redação conferida pela Lei 14.026/2020. A norma admite a utilização da arbitragem para dirimir conflitos entre titulares, agências reguladoras e prestadores de serviços públicos de saneamento. Trata-se de uma inovação relevante, na medida em que desloca para o plano extrajudicial a resolução de disputas que poderiam comprometer o funcionamento de um setor essencial, com efeitos diretos sobre a saúde pública, o meio ambiente e o desenvolvimento urbano.[32]

Ainda entre 2020 e 2021, diante das diversas controvérsias envolvendo a nova lei, foram ajuizadas ao menos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidades, que visavam a declaração de inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei nº 14.026/2020. Em exame conjunto das ADIs ajuizadas, o acórdão do STF confirmou a constitucionalidade da norma que reformou o marco legal do saneamento. Nos termos do voto do Min. Relator Luiz Fux, a atualização do marco e o "robustecimento" da instância federal para coordenação do sistema de saneamento são compatíveis com a Constituição, tendo sido rejeitadas alegações de esvaziamento inconstitucional da autonomia municipal e de vícios formais na outorga de competências à ANA.[33]

Duas implicações desse acórdão são imediatamente relevantes para o tema da arbitragem. A primeira é de caráter legitimador: ao declarar a constitucionalidade da lei que ampliou o poder normativo e de supervisão da ANA, o STF conferiu segurança jurídica ao arcabouço em que se inserem as soluções alternativas de resolução de disputas previstas na própria lei. A segunda é de natureza prática: o acórdão reconhece a necessidade de instrumentos que viabilizem a universalização e a governança do setor, admitindo mecanismos de transição e mitigação de conflitos.

---

[32]32 KOWARSKI, op. cit., pp. 59-82.

[33]33 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6492, nº 6536, nº 6583 e nº 6585, Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, 25 set. 2024.

Embora o texto legal utilize a expressão "ação arbitral" com certo grau de ambiguidade — sugerindo, possivelmente, algo distinto da arbitragem prevista na Lei 9.307/1996 —, o espírito da norma é claro ao privilegiar a solução de controvérsias alternativa à judicialização. Dada a tecnicidade das questões envolvidas, que muitas vezes dizem respeito a parâmetros de regulação, cálculos tarifários, indicadores de eficiência ou interpretação de normas setoriais, a arbitragem permite que especialistas qualificados atuem como árbitros, em substituição ao Judiciário, cuja expertise em matéria regulatória, por vezes, pode ser limitada.

A adoção da arbitragem nesse cenário atende a uma racionalidade econômica e institucional: evita a judicialização, possibilita maior previsibilidade aos agentes do setor, reduz os custos de transação e contribui para o fortalecimento da governança. Também se adequa ao modelo de regulação por incentivos e desempenho, típico dos setores de infraestrutura. Ao proporcionar soluções céleres e técnicas, o uso da arbitragem se alinha aos objetivos do novo marco legal, que busca atrair investimentos privados e garantir a universalização dos serviços até 2033.[34]

Previamente ao julgamento pelo STF das ações mencionadas acima, havia questões relevantes cuja superação definiria o sucesso da arbitragem no setor de saneamento. Seria necessário esclarecer, por exemplo, se a arbitragem prevista no art. 4º-A, §5º, seria de adesão obrigatória pelos entes envolvidos, ou se dependeria de convenção arbitral específica. Também era preciso definir se a ANA poderia participar como parte nos procedimentos ou apenas como terceira interessada. Além disso, subsistia o risco de judicialização posterior à arbitragem, especialmente se a condução do procedimento arbitral extrapolar os limites legais de sua atuação.[35]

Com isso, estabeleceram-se alguns limites e condicionantes decorrentes do marco legal e do próprio acórdão. Primeiro: a arbitragem privada prevista nos contratos continua sujeita à Lei de Arbitragem e às limitações relativas à indisponibilidade de determinadas matérias públicas, como explicado anteriormente, de modo que a cláusula compromissória deve ser desenhada de modo a delimitar o objeto suscetível de arbitragem sem colidir com prerrogativas do poder público. Segundo: a disponibilização de mediação ou arbitragem pela ANA é expressamente voluntária e depende da concordância das partes — perfil que o acórdão destaca como compatível com a proteção ao pacto federativo e ao princípio da autonomia municipal, afastando a tese de imposição unilateral da agência.

---

[34] BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico.

[35] FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública, in: GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2016. v. II. p. 131-162.

Terceiro: o próprio desenho do marco exige que sejam previstas garantias de transparência, publicidade das decisões e possibilidade de controle jurídico posterior adequado.[36]

Outro aspecto relevante diz respeito à posição da ANA em relação às disputas regulatórias. Como reguladora federal, a agência pode ser parte nos conflitos, mas também, conforme reconhecido pelo STF ao julgar as ADIs contra a Lei 14.026/2020, pode atuar legitimamente como instância mediadora ou facilitadora de soluções técnicas, desde que com a anuência voluntária das partes envolvidas. Ainda que a arbitragem busque evitar a judicialização, não se pode ignorar que a consolidação desse instrumento exige a construção de um ambiente institucional que favoreça sua adoção, inclusive com a elaboração de cláusulas padrão, protocolos de mediação e arbitragem e capacitação técnica dos entes envolvidos, agora respaldados por interpretação constitucional expressa.

A arbitragem no setor de saneamento, portanto, deve ser vista não como solução pontual ou excepcional, mas como instrumento integrado ao sistema regulatório e validado pela jurisprudência do STF. Sua adoção deve ser estimulada não apenas entre prestadores e titulares, mas também entre reguladores locais e a ANA, de modo a evitar que impasses sobre a aplicação de normas federais, cuja legitimidade foi reafirmada pelo STF, gerem paralisações contratuais ou disputas judiciais prolongadas. Trata-se, assim, de uma estratégia de governança que se alinha à lógica da eficiência, da previsibilidade e da cooperação federativa, agora com segurança jurídica reforçada.

Em conclusão, o setor de saneamento básico brasileiro apresenta particularidades regulatórias que favorecem e, em certa medida, impõem o uso de métodos alternativos de resolução de disputas. A complexidade federativa, a sobreposição de competências, a centralização normativa — reconhecida como constitucional pelo STF — e a assimetria institucional entre os entes tornam a arbitragem uma ferramenta estratégica para garantir a segurança jurídica e viabilizar os investimentos necessários à universalização do serviço.

4. A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO DE CONCESSÃO DA SABESP

A cláusula compromissória constante do Contrato de Concessão nº 01/2024 da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP insere-se em um contexto contratual e regulatório robusto, marcado pela combinação entre prerrogativas típicas do Poder Público, interesses econômicos relevantes e exigências de eficiência e previsibilidade para a prestação de um serviço público essencial.[37]

---

[36]BRASIL, 2024.

Embora a arbitragem seja um instrumento central de resolução de disputas contratuais previstas nesse título do contrato, o contrato não a prevê como única via: antes da sua instauração, o contrato estabelece etapas prévias de tentativa de solução consensual, que passam por notificações formais, tratativas diretas entre as partes e, em seguida, mediação institucional. Essas fases prévias cumprem a função de filtrar e eventualmente compor conflitos sem que seja necessário acionar o procedimento arbitral, reduzindo custos e evitando possíveis desgastes institucionais.

A cláusula compromissória, tal como redigida, vincula as partes contratantes – quais sejam, a SABESP, a Unidade Regional de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário 1 – Sudeste (URAE-1) e, na condição de interveniente e anuente, a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (ARSESP) – a um foro arbitral institucional, regido por critérios previamente definidos e em conformidade com a legislação aplicável, especialmente a Lei nº 9.307/1996, com as alterações da Lei nº 13.129/2015, e o Decreto Estadual nº 64.356/2019.

Para analisar detidamente a cláusula é necessário pontuar a definição do escopo da arbitragem no contrato. A cláusula compromissória estabelece que serão resolvidas por arbitragem as controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis relacionados à interpretação ou execução do contrato, desde que preenchidos os critérios legais e regulatórios aplicáveis. Trata-se de delimitação coerente com o que foi tratado no plano normativo anteriormente no artigo, mas aqui concretizada por meio de um rol exemplificativo de matérias arbitráveis, que visa evitar controvérsias quanto à arbitrabilidade objetiva de eventuais litígios.

Essa previsão atende a dois objetivos centrais: (i) garantir que disputas de natureza técnica ou econômica, que não envolvam prerrogativas irrenunciáveis do poder concedente, possam ser decididas com celeridade e especialização; e (ii) oferecer segurança jurídica às partes e a eventuais financiadores ou investidores, especialmente no contexto de desestatização da SABESP, quanto ao foro competente para solucionar questões complexas.

Uma das virtudes da cláusula compromissória do contrato é a sua objetividade ao listar as principais matérias passíveis de arbitragem.

---

[37]SÃO PAULO (Estado). Contrato de Concessão nº 01/2024, que tem por objeto a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário no âmbito da Unidade Regional de Serviços de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário 1 – Sudeste (URAE-1). São Paulo, 2024.

Entre elas, incluem-se: divergências sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; inadimplementos contratuais e respectivos cálculos de indenização; controvérsias tarifárias; definição e cumprimento de indicadores e metas; questões relativas a investimentos; execução de garantias; alocação de riscos; e indenizações pela reversão de bens vinculados ao término da concessão.

Essa listagem permite afastar boa parte das dúvidas sobre a arbitrabilidade de temas centrais e evita discussões preliminares prolongadas sobre a competência do tribunal arbitral. Também revela a preocupação do poder concedente e da concessionária em criar um ambiente de previsibilidade, no qual as partes saibam de antemão quais litígios seguirão para arbitragem e quais permanecerão no âmbito administrativo ou judicial.

Com a mesma clareza com que define as principais matérias arbitráveis, o contrato estabelece expressamente algumas exclusões. Não são submetidas à arbitragem: questões envolvendo direitos não transacionáveis; matérias que afetem a natureza e a titularidade pública dos serviços; exercício do poder de regulação e fiscalização pela ARSESP ou URAE-1; imposição de sanções administrativas (salvo quando se trate de verificar pressupostos fáticos ou calcular multas); decisões de encampação ou caducidade (ressalvada a análise sobre a ocorrência dos fatos que as motivaram); e medidas de intervenção na concessionária.

Essas exclusões preservam as prerrogativas indeclináveis do poder concedente e mantêm sob sua órbita matérias de natureza tipicamente pública, reforçando a compatibilidade da cláusula com o regime jurídico administrativo. Do ponto de vista prático, também evitam que o tribunal arbitral seja instado a decidir sobre atos discricionários da Administração, limitando ao máximo sua competência a questões eminentemente técnicas e mensuráveis.

Excetuando-se situações de urgência, riscos à segurança ou de perecimento de direito, o contrato impõe um procedimento a ser seguido antes que se recorra à arbitragem ou mesmo à via judicial. O roteiro procedimental começa com a notificação formal da parte insatisfeita, prossegue com tratativas negociais diretas – com prazos delimitados para resposta e para a condução das discussões – e avança para a mediação, caso não haja acordo. Esse escalonamento busca, de um lado, desestimular a heterocomposição imediata de qualquer divergência e, de outro, criar oportunidades formais e práticas para a autocomposição.

A mediação prevista no contrato deverá ser, preferencialmente, institucional e observará regulamentos previamente aceitos pelas partes, com previsão de escolha consensual do procedimento e da câmara.

Os acordos resultantes dessa etapa são formalizados por meio de aditivo ou apostilamento contratual, com publicação acompanhada de exposição de motivos, garantindo publicidade e controle.

A cláusula compromissória, por sua vez, especifica que a arbitragem será necessariamente institucional, conduzida por câmara previamente cadastrada pelo Estado de São Paulo, nos termos do art. 13 do Decreto nº 64.356/2019.[38] Na hipótese de não haver câmara cadastrada que atenda às necessidades, o contrato admite a escolha de instituição que comprove tempo mínimo de atuação (cinco anos), idoneidade, capacidade técnica e experiência em contratos de infraestrutura, além de estrutura física no município de São Paulo.

O requisito de vinculação a um cadastro estadual confere maior segurança quanto à idoneidade da instituição e à observância das regras de transparência e compatibilidade com os direitos indisponíveis da Administração Pública. Nesse sentido, destaca-se que a arbitragem será sempre de direito, vedado o julgamento por equidade, de modo a reforçar o alinhamento com a legalidade estrita que rege os contratos administrativos.

Outro aspecto relevante é a definição de limites para a atuação do tribunal arbitral. O contrato proíbe que, quando determinado o reequilíbrio econômico- financeiro do contrato, os árbitros determinem a adoção de mecanismos de recomposição econômica que contrariem escolha expressamente atribuída ao poder concedente ou à URAE-1 no Modelo Regulatório. Em outras palavras, ainda que reconheçam a ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro, os árbitros não podem impor medidas que, por exemplo, alterem tarifas ou modifiquem parâmetros regulatórios cuja definição é reservada ao ente regulador.

Esse dispositivo evita conflitos institucionais e assegura que o núcleo das decisões regulatórias permaneça com a autoridade pública competente, mesmo quando uma decisão arbitral reconheça a existência de um direito de indenização ou reequilíbrio. O contrato também admite a utilização de medidas cautelares ou de urgência perante o Poder Judiciário antes da constituição do tribunal arbitral ou, em casos específicos, durante o curso da arbitragem.

Além disso, o contrato inclui explicitamente a determinação de que o idioma oficial a ser usado em procedimentos arbitrais será o português, ainda que admita a possibilidade de procedimento bilíngue, que deverá ser justificadamente aprovada pelo tribunal arbitral.

Nessa hipótese, a SABESP arcará com os custos de tradução dos documentos e atos processuais.

---

[38]Artigo 13 - O cadastramento de câmaras arbitrais consiste na criação de uma lista referencial das entidades que cumprem requisitos mínimos para serem indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública direta e suas autarquias.

As custas e despesas do procedimento, por sua vez, seguirão o regramento do Código de Processo Civil, embora seja vedada a hipótese de ressarcimento dos honorários contratuais pela parte vencida à parte vencedora.

Embora a arbitragem tradicionalmente se caracterize pelo sigilo, é relevante notar também que o contrato estabelece que os acordos obtidos na mediação e todos os atos do procedimento arbitral devem ser formalizadas e publicadas, preservando- se hipóteses legais de segredo de justiça ou segredo industrial, criando-se assim um regramento que privilegia a publicidade das matérias de interesse público que, conforme demonstrado anteriormente, são indisponíveis por parte da Administração Pública, bem como protege o interesse privado de eventuais riscos relativos à publicização de interesses particulares legalmente protegidos.

Nesse sentido, a cláusula compromissória não impede que a ARSESP e a URAE-1 conduzam processos administrativos de regulação, fiscalização e aplicação de sanções, mesmo que sobre o mesmo objeto que venha a ser discutido em arbitragem. Em tais casos, a arbitragem poderá versar sobre aspectos fáticos ou econômicos decorrentes de atos administrativos, como o cálculo de multas ou a verificação de pressupostos para aplicação de penalidades.

Essa interface exige coordenação para que a arbitragem não se transforme em instância revisora de mérito de atos administrativos discricionários, mas possa, quando cabível, corrigir efeitos patrimoniais indevidos ou ilegais.

Ademais, um elemento pouco comum em cláusulas compromissórias de contratos administrativos é a obrigação de que a parte que iniciar a arbitragem identifique eventual financiador da demanda. Essa exigência aumenta a transparência, evita conflitos de interesse e permite ao poder concedente conhecer os agentes econômicos envolvidos na disputa. No contexto da desestatização da SABESP, tal dispositivo dialoga com a necessidade de atrair investidores, oferecendo previsibilidade quanto ao tratamento de disputas e à transparência no processo, ao mesmo tempo em que resguarda o poder concedente de surpresas processuais.

Outro aspecto sensível é a execução de decisões arbitrais que imponham obrigações pecuniárias a entes públicos. O contrato prevê que tais obrigações seguirão o regime constitucional dos precatórios ou de obrigações de pequeno valor, com exceção das decisões sobre reequilíbrio econômico-financeiro favoráveis à SABESP, que terão cumprimento nos termos definidos em outra seção do próprio contrato.

Essa solução equilibra a necessidade de respeitar as restrições orçamentárias e fiscais do setor público com a de garantir à concessionária uma via efetiva de execução de direitos reconhecidos, especialmente quando ligados à sustentabilidade econômico-financeira da concessão.

Por fim, o Convênio de Cooperação Técnica firmado entre a ARSESP e a URAE-1, que acompanha o contrato, confere à agência reguladora a competência exclusiva para regular e fiscalizar a concessão, inclusive no aspecto tarifário. Isso significa que qualquer decisão arbitral deverá ser compatível com o exercício dessa competência e que a ARSESP terá papel central na implementação prática dos efeitos de tais decisões.[39]

Essa articulação institucional é relevante para compreender que a arbitragem, embora autônoma quanto ao julgamento das matérias listadas, opera dentro de um ecossistema regulatório que exige alinhamento e comunicação entre instâncias decisórias.

Portanto, nota-se que cláusula compromissória do contrato da SABESP apresenta um grau de refinamento avançado em comparação a outras cláusulas previamente firmadas em contratos com a Administração Pública. A cláusula alinha- se à evolução das práticas nacionais para concessões de infraestrutura, especialmente no setor de saneamento. Sua virtude principal é o detalhamento, tanto das hipóteses arbitráveis quanto das exclusões, reduzindo a margem para litígios processuais sobre competência. Ao mesmo tempo, o rito prévio obrigatório contribui para evitar o acionamento prematuro da arbitragem e da própria via judicial.

Todavia, o modelo também impõe desafios. O cumprimento das etapas prévias pode ensejar morosidade à solução definitiva de litígios. Além disso, a necessidade de compatibilizar confidencialidade com publicidade demanda cautela para não expor informações estratégicas nem violar princípios constitucionais também se demonstra como um potencial desafio a ser enfrentado.

Apesar dessas ressalvas, a cláusula compromissória no contrato de concessão da SABESP representa um avanço na institucionalização da arbitragem não somente setor de saneamento, como também no contexto das concessões públicas como um todo, funcionando como um elemento de segurança jurídica tanto para o poder concedente e a agência reguladora quanto para a concessionária e seus investidores.

5. CONCLUSÃO

A análise desenvolvida ao longo deste estudo evidencia que a arbitragem, quando aplicada de forma planejada e delimitada, tem potencial de constituir um instrumento de alto valor estratégico para o setor de saneamento básico, conciliando a proteção do interesse público com a necessidade de eficiência na gestão contratual. A evolução legislativa brasileira, especialmente com a edição das Leis nº 13.129/2015 e nº 14.026/2020, consolidou um ambiente jurídico no qual a Administração Pública, mais especificamente no setor de saneamento, pode recorrer à arbitragem com segurança e previsibilidade, desde que observados os limites da arbitrabilidade objetiva e subjetiva.

No setor de saneamento, as peculiaridades institucionais — como a presença de múltiplos entes federativos, a coexistência de reguladores locais e de um regulador federal (ANA), a natureza essencial do serviço e o elevado volume de investimentos de longo prazo — tornam a arbitragem particularmente adequada. Ao deslocar para um foro especializado e técnico a solução de disputas sobre equilíbrio econômico- financeiro, metas contratuais e questões tarifárias, esse mecanismo contribui para reduzir a incerteza regulatória e reforçar a confiança de investidores e financiadores. O estudo da cláusula compromissória constante do Contrato de Concessão nº 01/2024 da SABESP ilustra como é possível desenhar um arranjo contratual que aproveita as vantagens da arbitragem e, simultaneamente, protege as prerrogativas do poder concedente. A previsão de etapas prévias obrigatórias de tentativa de solução consensual, a listagem expressa de matérias arbitráveis e não arbitráveis, o alinhamento com a legislação estadual e a exigência de transparência dos procedimentos formam um conjunto normativo coerente, que minimiza riscos de questionamento jurídico e institucional.

Ao mesmo tempo, é importante reconhecer que a adoção da arbitragem não elimina todos os desafios. A necessidade de compatibilizar publicidade e confidencialidade, a observância dos princípios constitucionais na condução do procedimento e o respeito aos limites da competência arbitral diante de atos administrativos discricionários exigem atenção constante. Ademais, a efetividade da arbitragem depende de um ecossistema institucional que inclua reguladores capacitados, cláusulas contratuais bem elaboradas e câmaras arbitrais com expertise em contratos públicos e infraestrutura.

---

[39] SÃO PAULO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo. Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2024. SEI nº 133.00002671/2024-58. São Paulo, 2024.

Outro ponto a considerar é que a arbitragem, para cumprir plenamente sua função no setor de saneamento, deve ser integrada a uma política mais ampla de prevenção e gestão de conflitos, que inclua mediação e negociação assistida como etapas prévias à instauração do procedimento arbitral. Desse modo contribui-se para a preservação das relações contratuais de longo prazo e redução de custos, mantendo- se a arbitragem como um meio alternativo para litígios de maior complexidade ou impacto econômico.

Assim, a experiência da SABESP, que será posta à prova, poderá servir como referência para outros contratos de concessão, especialmente em setores de infraestrutura que compartilhem demandas similares por previsibilidade, especialização e proteção do interesse público. Mais do que um instrumento processual, a arbitragem, nesse contexto, representa uma peça-chave na governança contratual, funcionando como um elo entre a segurança jurídica necessária ao investimento privado e a proteção dos direitos indisponíveis da coletividade.

O fortalecimento da arbitragem no setor de saneamento é um passo para a constante modernização da gestão pública e na busca pela universalização dos serviços de saneamento básico até 2033, conforme meta estabelecida pelo marco legal do saneamento. Desde que utilizada dentro dos parâmetros legais e regulatórios, a arbitragem oferece uma via técnica e eficiente para a resolução de conflitos, alinhando-se a princípios constitucionais e contribuindo para o desenvolvimento sustentável e inclusivo do setor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 31ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BISSOLI, Flaviana; SIMÃO, José Luiz de Almeida. Arbitragem nos contratos administrativos. Arbitragem: estudos sobre a Lei número 13.129/2015. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. Atualiza o marco legal do saneamento básico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842, Relator: Min. Luiz Fux, Relator para o Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, Diário de Justiça, 16 set. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6492, nº 6536, nº 6583 e nº 6585, Distrito Federal. Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, 25 set. 2024.

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

CARVALHO, Vinícios Marques de. O Direito do Saneamento Básico. Coleção Direito Econômico e Desenvolvimento, Volume 1. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves; ROCHA, Matheus Lins. Lei de Arbitragem Comentada. 1ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

FONSECA, Francisco José Defanti. Reserva de regulação da Administração Pública, in: GUERRA, Sérgio (org.). Teoria do Estado Regulador. Curitiba: Juruá, 2016. v. II. p. 131-162.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A evolução jurídica do serviço de saneamento básico. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCELLI, Rodrigo de Pinho. (Org.) Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no direito brasileiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

KOWARSKI, Daniel Derenusson. Limites do Poder Normativo da Nova Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico. In: GOMES, Fábio Luiz. (Org.). Saneamento Básico Aspectos Jurídicos. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2021, v. 1, pp. 59-82.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na administração pública. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto; CARDOSO, Paula Butti. Arbitragem e Administração Pública. In: WEBER, Ana Carolina; LEITE, Fabiana de Cerqueira (Coord.). Lei de Arbitragem Comentada. 1ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2023.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 18ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SÃO PAULO (Estado). Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo. Convênio de Cooperação Técnica nº 06/2024. São Paulo, 2024.

SÃO PAULO (Estado). Contrato de Concessão nº 01/2024. São Paulo, 2024.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos v. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC, v. 1, p. 989-995, 2016.

TONIN, Mauricio Morais. Direito patrimonial disponível da administração pública: tentativa de definição. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 59, p. 61-79, 2018.

VASCONCELOS, Ronaldo; ZOTTARELLI, Mateus Pires. Publicidade na arbitragem com a administração pública: seis anos da Lei nº 13.129/2015 e consolidação do Instituto. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 70, p. 7-19, 2021

DO RISCO CONTRATUAL À SOBERANIA ESTATAL: A ARBITRAGEM E O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL NA ERA PÓS-COVID – UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O BRASIL E O PERU

Daniela Oliveira Rodrigues[1]

1. INTRODUÇÃO

A pandemia de COVID-19 impôs a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de infraestrutura, mas o caminho para a resolução via arbitragem divergiu entre o Brasil e o Peru.

A proposta de análise comparada de casos jurídicos dos dois referidos países evidencia o contraste entre o uso da arbitragem comercial doméstica e o da arbitragem de investimento internacional como meio processual argumentativo para tratar dos impactos da crise sanitária.

Assim, o presente estudo de caso tem por objetivo propor uma análise de duas disputas críticas envolvendo contratos de concessão de infraestrutura na América Latina: o Aeroporto de Viracopos, no Brasil, resolvido parcialmente por sentença arbitral em sede comercial pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), em Brasília, e o caso Autopista del Norte, no Peru, concluído por sentença arbitral proferida pelo Centro Internacional para a Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIADI). A análise se concentra em destrinchar o impacto regulatório e financeiro dessas demandas à luz da álea extraordinária desencadeada pela pandemia de COVID-19.

Para alcançar tal objetivo, o artigo está estruturado em seções distintas: a primeira, "Arbitragem contratual doméstica vs. arbitragem internacional de investimentos: distinções conceituais", estabelece o arcabouço jurídico fundamental para a compreensão dos desfechos divergentes. Em seguida, as seções sobre os procedimentos arbitrais nas demandas 'Viracopos" e "Autopista vs. Peru" detalham os estudos de caso, sendo estes confrontados na "Análise comparativa dos argumentos pró-reequilíbrio". Por fim, são apresentadas as Conclusões que sintetizam a tensão crítica entre a soberania estatal e os mecanismos de proteção ao investimento, seguidas pelas Referências Bibliográficas.

[1] Advogada da União. Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília (PPGD - UnB). Graduada em Direito e Mestra em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP).

2. ARBITRAGEM CONTRATUAL DOMÉSTICA VS. ARBITRAGEM INTERNACIONAL DE INVESTIMENTOS: DISTINÇÕES CONCEITUAIS

A distinção fundamental entre os casos Viracopos e Peru Autopista resideno foro, na lei aplicável e no escopo de proteção jurídica. O presente tópico é posicionado no início da análise com a intenção de localizar o leitor, fornecendoo arcabouço jurídico fundamental necessário para a compreensão dos desfechos divergentes das demandas analisadas.

A distinção fundamental entre os casos Viracopos e Peru Autopista reside não apenas no foro, mas na natureza da lei aplicável e no escopo da proteção jurídica. Enquanto a arbitragem comercial visa solucionar controvérsias sobre direitos disponíveis entre entes privados ou entre estes e a Administração Pública, baseando- se na autonomia da vontade, a arbitragem de investimentos está calcada no consentimento expresso do Estado em tratados internacionais. Consequentemente, a fonte de poder do tribunal arbitral no caso peruano é um ato estatal de Direito Internacional Público – no caso, um tratado internacional bilateral com jurisdição sujeita ao Centro Internacional para a Resolução de Conflitos sobre Investimentos (CIADI), e não um mero ajuste privado contratual.

A doutrina especializada, incluindo Sornarajah[2], elenca cinco aspectos que separam estas duas modalidades de arbitragem: (i) a história de formação dos institutos; (ii) a fonte do poder do tribunal arbitral; (iii) as partes do procedimento; (iv) a matéria e o escopo da disputa adjudicada; e (v) as formas de execução das sentenças arbitrais proferidas contra os Estados.

Uma das distinções entre os institutos reside nas suas origens e na fonte de autoridade. A arbitragem comercial se desenvolve para solucionar controvérsias entre entes privados, relacionadas a direitos disponíveis das partes envolvidas. O princípio basilar da arbitragem comercial é a autonomia da vontade das partes. Para o Professor Carlos Alberto Carmona[3], a arbitragem e o processo judicial coexistem como formas de jurisdição, sendo a primeira uma jurisdição privada derivada da vontade das partes.

---

[2] SORNARAJAH, M. The international law of foreign investment. 4ª Ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2017

[3] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

Em contraste, a arbitragem de investimento possui um desenvolvimento histórico fundado na relação entre o investidor e o Estado e as limitações a que ele se sujeita, sendo norteada por princípios de Direito Internacional Público e os limites impostos pela soberania nacional. Nesse sentido, o Professor Guido Soares[4], esclarece que a arbitragem internacional é tradicionalmente definida pela nacionalidade das partes ou pelo objeto do litígio com conexão internacional.

Relativamente à fonte de poder do tribunal arbitral, a arbitragem comercial exige, em geral, uma convenção de arbitragem estabelecida contratualmente. Já a arbitragem de investimento está fundada no consentimento do Estado pela via de um tratado ou um acordo internacional.[5] Portanto, a fonte imediata dos poderes do tribunal arbitral é fundamentalmente um ato estatal, e não um ato privado, como acontece na arbitragem comercial. O envolvimento do Estado (ou de uma entidade estatal) como parte no litígio é uma das diferenças essenciais, conferindo contornos diferenciados ao procedimento devido aos princípios da soberania e da imunidade estatal.

O escopo e a matéria em discussão também diferenciam as duas formas de arbitragem. Na arbitragem comercial, as disputas geralmente envolvem transações de natureza comercial, como a compra e venda de bens ou serviços. Conforme ilustrado por Bishop, Crawford e Reisman, a venda de equipamento por uma empresa a um governo não seria um litígio de investimento, mas sim um litígio comercial comum[6].

A arbitragem de investimento, por sua vez, tem um escopo mais limitado. O seu objeto é uma disputa legal decorrente de um investimento, que pode ser definido como um aporte substancial de recursos feito em um projeto no exterior, por um período de tempo, sujeito a riscos e com expectativa de retorno, que contribua para o desenvolvimento do Estado receptor. A controvérsia tem por objeto, como praxe, uma o questionamento pelo investidor de uma norma ou contrato fundado em um tratado bilateral de investimentos ou um acordo de livre comércio e a matéria arbitrável tem como foco as consequências econômicas de um ato expropriatório ou restritivo ilegal por meio do pagamento de indenização ao investidor.

---

[4] SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Internacional. Texto I. São Paulo: [s.n.], 1976.

[5] COSTA, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010, p. 161.

[6] BISHOP, RAYMOND D., CRAWFORD, JAMES AND REISMAN, MICHAEL W. (eds.), Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, Commentary (The Hague: Kluwer Law International, 2005)

Por fim, a execução das sentenças arbitrais constitui um ponto sensível de divergência. Em contraste com a arbitragem comercial entre partes privadas, na arbitragem de investimento, o Estado pode invocar o princípio da imunidade estatal para se opor à execução forçada da sentença arbitral.

O professor Manuel Pereira Barrocas[7] resume esta distinção principal, afirmando que os grandes elementos de diferenciação são os princípios aplicáveis à arbitragem de investimento, que são decorrentes da marcante presença de interesse público sobre os litígios e dos princípios de direito público que devem informar o processo arbitral, em função da participação do Estado e da matéria arbitrável.

Esta presença do Estado, de um lado, e do investidor privado de outro, protegido por um tratado bilateral ou multilateral, é o que define a arbitragem de investimento.

3. OBJETIVO DO ESTUDO DE CASO E METODOLOGIA COMPARATIVA

Este estudo visa realizar uma análise comparativa exaustiva das bases argumentativas adotadas pelas concessionárias/investidores para pleitear em sede arbitral a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em razão dos eventos decorrentes da crise desencadeada pela COVID-19. O foco recai sobre dois casos emblemáticos que operaram sob regimes jurídicos distintos:

(i)A arbitragem comercial/administrativa brasileira envolvendo a concessionária Aeroportos Brasil-Viracopos (ABV) contra a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a União, regida pelo direito administrativo contratual brasileiro ("Viracopos"); e

(i)A arbitragem de investimento perante o ICSID, no caso Autopista del Norte S.A.C. v. Republic of Peru (ARB/18/17), regida por um tratado internacional de investimento ou acordo com cláusula arbitral internacional ("Peru Autopista").

A metodologia comparativa se concentra na perspectiva das partes requerentes, contrastando a eficácia e os fundamentos jurídicos - a matriz de risco doméstica em Viracopos versus os padrões de Tratamento Justo e Equitativo (FET) no Peru Autopista, considerando a articulação do Direito ao reequilíbrio ou à compensação.

4. O CASO VIRACOPOS

O Contexto Da Concessão E O Pleito Envolvendo As Consequências Da Covid-19

O caso Viracopos consiste em procedimento arbitral no qual estão sendo discutidos aspectos envolvendo o contrato de concessão firmado em 2012 pelo prazo de 30 (trinta) anos para gestão da infraestrutura do Aeroporto de Viracopos, localizado em Campinas, estado de São Paulo.

---

[7] BARROCAS, P. M. Manual de Arbitragem, 2ª edição, Almedina 2013.

O procedimento arbitral (n.º 26042/PFF/RLS) foi conduzido sob a égide da Câmara de Comércio Internacional (CCI) em Brasília, no Distrito Federal. As partes envolvidas são a Aeroportos Brasil-Viracopos S.A. (ABV), figurando como requerente, e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, como requerida. A União também atua no procedimento, tendo seu ingresso acolhido como interveniente anômala.

A demanda principal da requerente consistia em pedidos condenatórios alternativos voltados à revisão extraordinária do contrato de concessão, além de pedidos de anulação ou redução de multas contratuais. Os fundamentos para a revisão extraordinária incluíam cinco pleitos distintos: Pleito TECA-TECA, Pleito Perdimento de Bens, Pleito Não Desapropriações, Pleito TAV e Pleito Covid-19. O termo TECA é a sigla para Terminal de Cargas do Aeroporto de Viracopos.

O Pleito TECA-TECA constitui um pedido de revisão extraordinária do contrato de concessão motivado por alterações no regime tarifário relativo a cargas em trânsito de um terminal de cargas a um terminal de cargas de outro aeroporto. Embora este Pleito estivesse entre as controvérsias abarcadas pelo compromisso arbitral, as objeções jurisdicionais e as questões de mérito relacionadas ao Pleito TECA-TECA tiveram tratamento diferido a fim de que sejam tratadas em sentença arbitral futura.

O presente caso está concentrado, portanto, na análise de questões de mérito relativas ao Pleito Perdimento de Bens, ao Pleito TAV, e à interpretação da cláusula 3.2.15 do Contrato de Concessão.

Quanto ao valor da causa ou às pretensões financeiras, a requerente solicitou a condenação da ANAC ao pagamento de indenizações ou em obrigação de fazer para promover o reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão, sendo o valor a ser liquidado no curso da arbitragem. Especificamente em relação ao Pleito Perdimento de Bens, a Requerente pleiteou a revisão da contribuição fixa devida pela Concessionária até o valor de R$ 79.808.732,06 (setenta e nove milhões, oitocentos e oitomil e setecentos e trinta e dois reais e seis centavos). De acordo com a AGU, o valortotal da demanda arbitral é de dois bilhões e quinhentos mil reais[8].

Da Análise Da Matriz De Risco Pelo Tribunal Arbitral

A sentença arbitral tratou da matriz de risco contratual como o ponto central para decidir sobre a revisão extraordinária do contrato de concessão.

A matriz de risco contratual é o conjunto de disposições contratuais que define a alocação de responsabilidades e custos por eventos futuros que possam impactar o equilíbrio econômico-financeiro da Concessão.

No caso ora analisado, a estrutura contratual de risco (Capítulo V do Contrato de Concessão) estabelece o princípio da alocação de riscos por exclusividade: salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente (ANAC/União) na Cláusula 5.2, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados à concessão. Se os riscos não alocados expressamente ao Poder Concedente se materializarem (em especial, a não realização da demanda projetada pela Concessionária), a ABV não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico- financeiro.

Em relação ao Pleito de Perdimento de Bens, a discussão concentrou-se na recusa da RFB em efetuar o pagamento da Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento. A ABV tentou qualificar o fato como um dos riscos de responsabilidade do Poder Concedente, especificamente a criação de benefícios tarifários (Cláusula 5.2.5) ou a extinção de tarifas aeroportuárias (Cláusula 5.2.6).

Não obstante, o Tribunal Arbitral determinou que a pretensão não se enquadrava nos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente. A Corte considerou que o evento possuía maior semelhança com o risco de "inadimplência dos Usuários pelo pagamento das Tarifas" (Cláusula 5.4.12), risco este que é de responsabilidade exclusiva da concessionária, visto que a RFB atuou na qualidade de usuária dos serviços. Desse modo, a decisão foi proferida em favor da ANAC.

No que tange ao Pleito TAV (Trem de Alta Velocidade), a controvérsia versou sobre a não implementação do TAV e a consequente frustração da demanda esperada pela ABV. A ABV alegou que isso configuraria uma restrição operacional (Cláusula 5.2.3), logo, em risco do Poder Concedente.

O Tribunal Arbitral, todavia, decidiu que a não implementação do TAV não se enquadraria nos riscos expressamente alocados ao Poder Concedente na matriz contratual. O Tribunal qualificou o evento como a materialização do risco de "não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo" (Cláusula 5.4.3), um risco que é suportado exclusivamente pela concessionária.

---

[8] https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/saiba-como-a-agu-esta-atuando-em-defesa-da-anac-na-arbitragem-envolvendo-viracopos

Observou, ainda, que essa incerteza já era conhecida na época do leilão, sendo um risco a ser avaliado pela concessionária conforme previsão editalícia.

Por fim, a sentença parcial estabeleceu a interpretação e o alcance da cláusula 3.2.15 (Pleito Não Desapropriações), que trata da obrigação do Poder Concedente de desapropriar e disponibilizar áreas.

As decisões foram mistas: o Tribunal afastou o entendimento da ABV de que a disponibilização das áreas era exigível imediatamente após o início da vigência da concessão, mas também afastou o entendimento da ANAC de que a desapropriação estava condicionada à prova da necessidade específica de utilização por parte da ABV.

A obrigação do Poder Concedente foi fixada no sentido de concluir a desapropriação e disponibilização das áreas dentro de um prazo razoável.

A Sentença Arbitral Parcial E A Determinação Da Matriz De Risco Em Contrato De Concessão

A sentença arbitralparcial, proferida em 7 de fevereiro de 2023, teve como cerne a análise da alocação de riscos em pleitos de revisão extraordinária apresentados pela Concessionária ABV em face do Contrato de Concessão. O Tribunal Arbitral, ao proferir decisões unânimes, estabeleceu a matriz de risco contratual como o elemento fulcral para a resolução da controvérsia.

A matriz é definida como o conjunto de disposições que estipula a distribuição de responsabilidades e custos por eventos futuros que possam impactar o reequilíbrio econômico-financeiro. O arcabouço contratual (Capítulo V) adota o princípio da exclusividade na alocação de riscos: a Concessionária assume integralmente todos os riscos da concessão, com exceção daqueles taxativamente alocados ao Poder Concedente (ANAC/União) na Cláusula 5.2. na visão do Tribunal Arbitral, a materialização de riscos não expressamente assumidos pela União, notadamente a não concretização da demanda projetada, impede o direito da concessionária à recomposição do equilíbrio.

Decisões Fundamentais Sobre A Alocação De Risco

O Tribunal Arbitral resolveu as questões de alocação derisco em dois dos três pleitos examinados em favor do Poder Concedente, ratificando que o ônus recaía sobre a ABV.

No tocante ao Pleito Perdimento de Bens, a discussão versou sobre a recusa da Receita Federal do Brasil (RFB) em efetuar o pagamento da Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento. A ABV argumentou que o evento se enquadrava nos riscos alocados ao Poder Concedente, como a criação de benefícios tarifários ou a extinção de tarifas aeroportuárias (Cláusulas 5.2.5 e 5.2.6).

Contudo, o Tribunal concluiu que o fato não se subscrevia aos riscos expressamente assumidos pela União. A Corte equiparou o evento ao risco de "inadimplência dos Usuários pelo pagamento das Tarifas" (Cláusula 5.4.12), risco intrinsecamente ligado à operação e, portanto, de responsabilidade exclusiva da Concessionária, dado que a RFB atuou na qualidade de usuária dos serviços.

Em relação ao Pleito TAV (Trem de Alta Velocidade), a controvérsia residiu na não implementação do TAV e a subsequente frustração da demanda de passageiros esperada pela ABV. A Concessionária defendeu que tal omissão configurava uma restrição operacional (Cláusula 5.2.3), inserindo-se na esfera de responsabilidade do Poder Concedente. A decisão, desfavorável à ABV, estabeleceu que a não implementação do TAV não se enquadrava nos riscos expressamente alocados.

O evento foi qualificado como a materialização do risco de "não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo" (Cláusula 5.4.3), risco inerente ao negócio da Concessão e assumido exclusivamente pela ABV. Ademais, foi ressaltado que a incerteza quanto ao TAV já era um fator conhecido e avaliável pela Concessionária no momento do leilão.

A deliberação sobre o Pleito Não Desapropriações resultou em uma interpretação da Cláusula 3.2.15 do Contrato de Concessão, que trata da obrigação do Poder Concedente de desapropriar e disponibilizar áreas. A decisão alcançou um resultado misto. Por um lado, o Tribunal rechaçou o entendimento da ABV de que a disponibilização das áreas deveria ocorrer imediatamente após o início da vigência do Contrato. Por outro lado, afastou o argumento da ANAC de que a efetivação da desapropriação estaria condicionada à prévia demonstração, pela Concessionária, da necessidade específica de utilização. O Tribunal fixou o entendimento de que a obrigação do Poder Concedente se restringe a concluir o processo de desapropriação e disponibilização das áreas dentro de um prazo razoável, considerando as circunstâncias de início da vigência do Contrato.

Em suma, a sentença arbitral parcial resolveu a alocação de risco contratual de forma conclusiva a favor do Poder Concedente nos pleitos Perdimento de Bens e TAV, determinando que o risco fosse suportado pela ABV.

No Pleito Não Desapropriações, o Tribunal adotou uma interpretação de obrigação de prazo razoável,rejeitando as posturas extremas defendidas por ambas as partes. As questõesfinanceiras pendentes e a definição dos custos do procedimento arbitral forampostergadas para futura sentença arbitral.

Sobre As Questões A Serem Futuramente Enfrentadas: O Pleito Covid-19

De acordo com a sentença arbitral, questões financeiras pendentes, incluindo o julgamento final dos pedidos de indenização (respeitadas as decisões de alocação de risco), as multas e a definição dos custos do procedimento arbitral, foram destinadas para sentença arbitral futura.

Igualmente, por sua sensibilidade, o pleito relativo às medidas sanitárias de proteção adotadas pela União durante a vigência da COVID-19 foi reservado para análise futura pelo Tribunal Arbitral.

O Pleito Covid-19 foi apresentado à ANAC em 1º de setembro de 2020, buscando o reequilíbrio econômico-financeiro em razão dos severos impactos da pandemia sobre o trânsito de passageiros e as receitas do Aeroporto de Viracopos. Na visão da requerente, a queda abrupta de demanda teria configurado o desequilíbrio da equação econômica do contrato, legitimando, na visão da concessionária, o direito ao reequilíbrio. Especificamente, a requerente pleiteou:

(i)A condenação da ANAC ao pagamento das indenizações decorrentes dos eventos de desequilíbrio (Pleito Covid-19 incluso) a serem liquidadas no curso da arbitragem;

(ii)Alternativamente, a condenação da requerida em obrigação de fazer, consistente em promover o reequilíbrio econômico-financeiro da concessão, com o objetivo de readequar as obrigações assumidas pela concessionária.

O Tribunal Arbitral optou por diferir o exame do Pleito Covid-19 (e demais questões consideradas ainda não maduras) para a sentença arbitral futura.

A decisão de postergar a análise foi tomada por meio da Ordem Processual n.º 7, que deferiu parcialmente o pedido de bifurcação do procedimento, visando a uma resolução mais eficiente do caso e à delimitação da fase instrutória.

Na visão do Tribunal Arbitral, as questões relativas ao Pleito Covid-19 seriam prematuras e exigiriam o aprofundamento do contraditório e a coleta de elementos probatórios adicionais duranteafase instrutória. Seriam as seguintes questões:

(i)Se o pedido é arbitrável no que diz respeito aos impactos da pandemia verificados entre 2021 e 2042;

(ii)Se a pandemia teria causado o aumento na movimentação de cargas no Aeroporto de Viracopos e a desvalorização do real frente ao dólar;

(iii)Se é legítimo o procedimento adotado pela requerida de analisar anualmente os efeitos da pandemia de Covid-19.

Em suma,por se tratar de uma questão sensível para as partes, o Pleito Covid-19, que busca oreequilíbrio econômico-financeiro da Concessão, foi considerado prematuropeloTribunal Arbitral, exigindo o aprofundamento da instrução probatória.Essareserva visa garantir uma análise eficiente e robusta das questões complexasrelacionadas à pandemia, incluindo a extensão temporal dos seus impactos,seus efeitos indiretos (cargas e câmbio) e a metodologia de análise da ANAC.

5. O CASO AUTOPISTA VS. PERU

O caso Autopista del Norte S.A.C. v. Republic of Peru, registrado no CIADI em 2018 (ARB/18/17), envolveu uma concessão de rodovia no Peru e ganhou relevância ao incorporar pleitos relacionados às medidas emergenciais da COVID- 19.

A crise sanitária levou a ações legislativas drásticas. Em meados de abril de 2020, o Congresso Peruano aprovou a Lei nº 31018/2020, que suspendeu a cobrança de pedágios na rede rodoviária do país. Essa medida visava facilitar o transporte de bens essenciais e auxiliar no cumprimento das medidas de quarentena.

O caso levanta questões cruciais sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de longo prazo e se uma pandemia constitui um evento de força maior capaz de compelir o Estado a renegociar ou compensar contratualmente investidores estrangeiros com fundamento no Direito Internacional dos Investimentos.

O Impacto Da Arbitragem De Investimentos Nas Respostas Estatais A Crises Globais

A emergência global da pandemia de COVID-19 expôs de forma crítica a tensão entre a soberania regulatória do Estado e os mecanismos de proteção ao investimento estrangeiro, particularmente o Sistema de Solução de Controvérsias entre Investidores e Estados. Desde o início da crise sanitária, o CIADI foi objeto da instauração de procedimentos arbitrais em face do Estado para contestar as medidas governamentais implementadas para mitigar os impactos sociais, econômicos e de saúde pública envolvendo a pandemia, como restrições à exportação, subsídios ou proibições de encerramento de atividades econômicas consideradas essenciais.

De acordo com a UNCTAD, em 2020, foram iniciados pelo menos 68 (sessenta e oito) casos conhecidos de solução de controvérsias entre investidores e Estados baseados em tratados internacionais de investimento. Referido número de total de casos atingiu mais de 1.100 (mil e cem) no final de 2020[9]. No contexto deste grupo de contenciosos internacionais, um total de 124 países figurou como parte demandada. O Peru e a Croácia revelaram-se os Estados mais acionados. Além disso, Dinamarca, Noruega e Suíça marcaram a sua entrada neste sistema ao confrontarem as suas primeiras ações judiciais de arbitragem de investimento.

Este fato trouxe à tona o potencial efeito inibidor (em inglês, chilling effect) que ameaças ou proposituras de litígios internacionais podem exercer sobre a capacidade dos governos de atuar em momentos de crise, priorizando a saúde pública e o bem-estar social. Ademais, ilustra como os investidores mobilizam o arcabouço de tratados internacionais – como os TBIs (Tratados Bilaterais de Investimento) e ALCs (Acordos de Livre Comércio) – para desafiar políticas legítimas de saúde e emergência. A concentração inicial destas ameaças contra países da América Latina evidencia, ainda, uma vulnerabilidade particular das economias em desenvolvimento, cujas respostas a crises são frequentemente limitadas por recursos e pressionadas por obrigações contratuais internacionais.

---

[9] UNCTAD, Investor–State Dispute Settlement cases: facts and figures 2020. Setembro de 2021.

A Pressão do Sistema Investidor-Estado e o Regulatory Chill

Pouco tempo após a aprovação da Lei nº 31018/2020, o governo peruano foi questionado pelas concessionárias de estradas com pedágio de propriedade estrangeira quanto às medidas em caráter emergencial adotadas, bem como informado de que, havia a intenção de iniciar um procedimento arbitral investidor-Estado perante o CIADI para tratar do caso.

A crise gerada com a reação dos investidores à Lei nº 31018/2020 provocou aram uma resposta imediata do governo peruano: em junho de 2020 o Poder Executivo ajuizou uma ação contestando a constitucionalidade da referida com o objetivo de evitar eventuais contingências perante futuro procedimento arbitral no CIADI. Em agosto de 2020, o Tribunal Constitucional acolheu o pedido do executivo e declarou a suspensão dos pedágios inconstitucional, revertendo a medida.

Este caso demonstra que a ameaça de instauração de arbitragem foi utilizada para pressionar o governo a revogar a medida contestada, ilustrando o efeito regulatory chill (arrefecimento regulatório), que se caracteriza quando a simples ameaça de instauração de um procedimento arbitral pode atuar como um fator limitante à soberania governamental, fazendo com que o Estado reveja suas decisões de políticas públicas ainda que elas sejam direcionadas em prol do bem comum.

Argumentos Do Investidor Em Prol Da Compensação Contratual

O investidor Autopista del Norte baseou seus argumentos na proteção do investimento via Direito Internacional, e não na matriz de risco contratual per se:

(i)Violação do tratamento justo e equitativo: o argumento central residiu na caracterização de uma interferência estatal desproporcional por meio da suspensão de tarifas na operação comercial, violando a obrigação do Estado de fornecer um quadro regulatório estável e previsível. A suspensão da principal fonte de receita (pedágios) foi alegada como uma medida arbitrária e desproporcional ao objetivo de interesse público.

(ii)Expropriação indireta: a suspensão direta e compulsória da cobrança de pedágios foi alegada como uma privação substancial do valor do investimento sem a devida compensação, configurando potencialmente uma expropriação ilícita.

A natureza do pleito no ICSID se diferencia fundamentalmente do caso Viracopos: enquanto Viracopos debate o enquadramento da queda de receita dentro da matriz de risco, Peru Autopista debate a legalidade (sob o Direito Internacional) da açãoestatal de suspender a receita.

O Desfecho Processual

Em 1º de julho de2022,por meio de nota à imprensa, o governo peruano informou que foi notificadopelo CIADI da sentença arbitral parcialmente procedente que pôs fim ao julgamentodademanda.

Referida decisão parcial resultou em uma compensação limitada para a Autopista del Norte, no valor de aproximadamente US$ 8.6 milhões (oito milhões e seiscentos mil dólares),o que representou uma redução de cerca de 86% (oitenta e seis porcento) do valorpretendidooriginalmente pela empresa, que reclamava mais de US$ 150 milhões(cento e cinquenta milhões de dólares).

O Tribunal de Arbitragem,ao emitir uma sentença parcialmente procedente, reconheceu a existência de umaviolação ou dano passível de compensação sob o arcabouço internacional deproteção de investimentos (tratamento justo e equitativo e expropriação indireta), masmitigou o quantum devido. Essa mitigação é crucial, pois sugere que o Tribunal balanceou a proteção do investidor com o Poder de Polícia inerente ao Estado, reconhecendo a legitimidade do objetivo público (saúde e emergência sanitária) enquanto condenou a desproporcionalidade de certas ações estatais (ex: a suspensão de tarifas).

Em novembro de 2022 a concessionária Autopista del Norte S.A.C. ingressou novamente perante o CIADI com um pedido de anulação sentença arbitral, que está pendente de análise. A existência de uma sentença parcialmente procedente que resultou em compensação, mesmo que limitada, e a subsequente busca por anulação pelo investidor, destacam a complexidade e a natureza contenciosa do litígio internacional.

6. ANÁLISE COMPARATIVA DOS ARGUMENTOS PRÓ-REEQUILÍBRIO

A pandemia de COVID-19 impôs a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de infraestrutura, mas o caminho para a resolução via arbitragem divergiu entre o Brasil e o Peru. A análise comparada entre os casos Viracopos e Autopista del Norte evidencia que o contraste nos desfechos é determinado, primordialmente, pela modalidade arbitral empregada.

No entanto, é imperativo reconhecer que a comparação direta entre essas decisões possui limitações metodológicas severas, uma vez que as fontes do poder dos tribunais e o escopo das disputas são distintos.

No Brasil, o caso Aeroporto de Viracopos mostra que a disputa pelas perdas da COVID-19 vem sendo discutida via arbitragem comercial doméstica. Em razão da complexidade dos pleitos, o tribunal arbitral decidiu por expandir o conjunto probatório a fim de que a matriz de risco envolvida nesse caso seja seguramente delineada.

Já o caso Autopista v. Peru, no CIADI trouxe à tona a discussão acerca do uso de medidas governamentais em situações emergenciais relacionadas à COVID-19 como um risco de violação de Tratado Bilateral de Investimentos e, consequentemente, como um problema de reequilíbrio em um incidente internacional devido à credibilidade de precedentes arbitrais internacionais desfavoráveis ao Estado.

A comparação detalhada dos dois estudos de caso revela as implicações cruciais o do regime jurídico aplicável para a obtenção de reequilíbrio em face de crises sistêmicas. Portanto, a tentativa de traçar um entendimento comum sobre o reequilíbrio contratual pós-pandemia a partir desses dois cenários exige cautela. O "sucesso" parcial do investidor no Peru, comparado ao rigor da matriz de risco aplicada no Brasil, reflete a diferença entre o Direito Internacional Público e o Direito Administrativo pátrio e não uma tendência uniforme de solução jurídica para crises sistêmicas. Tentar equiparar uma jurisdição privada derivada da vontade das partes com um sistema de proteção ao investimento estrangeiro fundado em soberania estatal pode, em última análise, induzir a conclusões equivocadas sobre a previsibilidade do equilíbrio econômico-financeiro global.

Reequilíbrio Contratual: Diferentes Fontes E Escopo Jurídico

A principal distinção reside na origem do direito ao reequilíbrio.

Em Viracopos, o direito à recomposição é estritamente contratual e administrativo, exigindo que a concessionária prove que o evento (COVID-19) se enquadra precisamente na cláusula 5.2.8 (caso fortuito/força maior), que aloca o risco ao Poder Concedente. O debate é legalista e focado na tipificação do risco.

Em Peru Autopista, o argumento é tratadístico e internacional, fundamentado na proteção do investimento via tratamento justo equitativo e expropriação indireta. A discussão sobre a alocação do risco contratual decorrente da pandemia não é tangenciada, sendo suficiente para as partes demonstrar que o método utilizado pelo Estado (suspensão de pedágios) foi desproporcional ou arbitrário, frustrando as expectativas legítimas criadas pelo TBI.

Natureza Do Dano E O Critério De Prova

O dano em Viracopos resultou principalmente da queda de demanda (passagens/cargas) causada pelas restrições sanitárias gerais. O desafio da ABV é isolar a parcela do dano atribuível ao caso fortuito (risco do Poder Concedente) da parcela de álea econômica (risco do concessionário).

Por outro lado, no caso Peru Autopista, o dano resultou de um ato estatal direto e ativo (suspensão compulsória de pedágios). O nexo causal, nesse caso, pode ser construído de forma direta. O foco da prova se desloca para a ilicitude do ato para o direito internacional (desproporcionalidade), o que se mostrou parcialmente bem- sucedido, resultando em compensação, embora mitigada.

Segurança Jurídica Vs. Expectativa Legítima

A defesa do Estado em cada foro reflete diferentes preocupações:
No Brasil, a segurança jurídica da Matriz de Risco é o principal argumento de defesa. O risco é estático, negociado no momento do contrato. A defesa, neste caso, busca evitar que a flexibilização do contrato gere precedentes para pleitos futuros, enfraquecendo o modelo de concessões.

No CIADI, o investidor utiliza a legítima expectativa como arma contra a instabilidade regulatória em um contexto de crise. O risco é avaliado posteriormente em relação do ato estatal. Mesmo que o Estado atue em interesse público, a falha em compensar um ato desproporcional é vista como uma quebra de padrão internacional. A análise dos fundamentos argumentativos pró-reequilíbrio demonstra contrastes nítidos nas abordagens jurídicas. Em Viracopos, a base normativa é o contrato de concessão e o Direito Administrativo brasileiro, pela via da teoria da imprevisão, residindo o principal argumento do requerente na alocação implícita ao Poder Concedente do risco extraordinário, exigindo reequilíbrio. A natureza da medida estatal contestada reside no prejuízo financeiro resultante das restrições sanitárias gerais, que causaram a queda de demanda.

Da mesma forma, o caso Autopista *vs.* Peru apresenta base contratual. Porém, ao se submeter o procedimento arbitral à jurisdição do CIADI, são trazidas à mesa discussões tipicamente de tratados internacionais de investimento, como a violação ao tratamento justo e equitativo a proibição de expropriação indireta. o argumento principal do requerente é que o ato estatal foi arbitrário e desproporcional, violando expectativas legítimas e o padrão de proteção internacional. a natureza da medida estatal contestada foi um ato regulatório direto e específico, qual seja, a suspensão compulsória de pedágios.

7. CONCLUSÕES

A análise comparativa entre o caso do Aeroporto de Viracopos, no Brasil, e o caso Autopista del Norte vs. Peru, evidencia um contraste fundamental no manejo de disputas de reequilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de infraestrutura decorrentes da pandemia de COVID-19.

Enquanto o Brasil trilhou o caminho da arbitragem comercial doméstica/administrativa, focada na estrita matriz de risco contratual e no Direito Administrativo brasileiro, o Peru enfrentou a questão na arbitragem de investimento internacional perante o CIADI, onde o debate se concentrou em padrões internacionais como o tratamento justo e equitativo e a expropriação indireta. Essa diferença de foro e regime jurídico resultou em fontes e escopos de direito ao reequilíbrio marcadamente distintos.

No caso Viracopos, a decisão arbitral parcial reforçou a primazia do princípio da alocação de riscos por exclusividade, exigindo que a concessionária prove que o evento (COVID-19) se enquadra taxativamente nos riscos do Poder Concedente para ter direito à recomposição. O Tribunal Arbitral optou por postergar a análise do Pleito COVID-19 para uma sentença futura, considerando-o prematuro e dependente de aprofundamento probatório.

Em nítido contraste, no caso Peru Autopista, o investidor atacou diretamente a legalidade da ação estatal (suspensão compulsória de pedágios) sob a ótica do Direito Internacional, alcançando uma sentença parcialmente procedente que resultou em compensação. Isso ilustra como o dano no Brasil resultou de uma queda de demanda (álea extraordinária), enquanto no Peru, o dano decorreu de um ato estatal direto e ativo.

O caso peruano demonstrou o potencial do sistema investidor-Estado em gerar o arrefecimento regulatório. A ameaça de um processo arbitral perante o CIADI levou o governo peruano a reverter a medida de suspensão de pedágios, utilizando a legítima expectativa como arma em prol dos investidores contra a instabilidade regulatória em tempos de crise. Por outro lado, a defesa brasileira priorizou a segurança jurídica da matriz de risco contratual, visando evitar que uma flexibilização do contrato gerasse precedentes que pudessem enfraquecer o modelo de concessões públicas.

Em suma, a escolha do foro e do regime jurídico foi determinante para a forma de tratamento da álea extraordinária da pandemia. O caminho doméstico brasileiro sujeita o pleito a um crivo contratual, centrado na tipificação do risco. Já o caminho internacional peruano permitiu que a disputa fosse enquadrada sob uma perspectiva mais ampla de proteção do investimento contra ações estatais arbitrárias ou desproporcionais, independentemente da alocação de risco contratual. O desfecho divergente sublinha a tensão crítica entre a soberania regulatória dos Estados em momentos de crise e os mecanismos de proteção ao investimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL (ANAC). Tribunal Arbitral acata argumentos da ANAC em 1ª sentença sobre Viracopos. [Nome do Portal], Brasília, DF, 10 fev. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/anac/pt-br/noticias/2023/tribunal-arbitral-acata-argumentos-da-anac-em-primeira-sentenca-sobre-viracopos. Acesso em: 30 nov. 2025.

BARROCAS, P. M. Manual de Arbitragem, 2ª edição, Almedina 2013.

BISHOP, RAYMOND D., CRAWFORD, JAMES AND REISMAN, MICHAEL W. (eds.), Foreign Investment Disputes: Cases, Materials, Commentary (The Hague: Kluwer Law International, 2005).

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Plenário. Acórdão n. 431/2025. Relator: Ministro Bruno Dantas. Processo n. 009.470/2020-4. Data de julgamento: 26 fev. 2025. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A431%2520ANOACORDAO%253A2025%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0. Acesso em: 30 nov. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). AGU ressalta importância da defesa do contrato de concessão em arbitragem envolvendo aeroporto de Viracopos. Brasília: Gov.br, 2023. Disponível em: https://www.terra.com.br/noticias/brasil/politica/agu-pede-a-moraes-investigacao-de-investimentos-suspeitos-antes-do-tarifaco-de-trump,8678287292e87b21ab9cc22bf836cd6b5eku6z41.html. Acesso em: 30 nov. 2025.

BRASIL. Advocacia-Geral da União (AGU). Saiba como a AGU está atuando em defesa da Anac na arbitragem envolvendo Viracopos. Brasília, DF, 22 fev. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/saiba-como-a-agu-esta-atuando-em-defesa-da-anac-na-arbitragem-envolvendo-viracopos. Acesso em: 30 nov. 2025.

BRASIL. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Tribunal Arbitral acata argumentos da ANAC em primeira sentença sobre Viracopos. Brasília: Gov.br, 2023. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=zQefRhUgzuc. Acesso em: 30 nov. 2025.

BUSINESS AT OECD. Our Recommendations on the Evaluation of Peru's Accession to the OECD. [S.l.], 11 mar. 2025. PDF. Disponível em: https://www.businessatoecd.org/hubfs/Our%20Recommendations%20on%20the%20Evaluation%20of%20Perus%20Accession%20to%20the%20OECD.pdf?hsLang=en. Acesso em: 30 nov. 2025.

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

CENTRO INTERNACIONAL PARA A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE INVESTIMENTOS (CIADI). Autopista del Norte S.A.C. v. Republic of Peru: ICSID Case No. ARB/18/17. Caso registrado em: 18 maio 2018. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/18/17. Acesso em: 30 nov. 2025.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (CCI). Procedimento Arbitral n.º 26042/PFF/RLS. Sentença Arbitral Parcial no caso Aeroportos Brasil-Viracopos S.A. v. Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e União. Proferida em 7 de fevereiro de 2023. Disponível em https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/26042SentenaParcial1.pdf. Acesso em 30 nov. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COSTA, José Augusto Fontoura. Direito Internacional do investimento estrangeiro. Curitiba: Juruá, 2010.

GLOBAL ARBITRATION NEWS. Part II of a Trilogy: Investor claims in response to the State's protective measures during the Covid-19 pandemic. 30 mar. 2021. Disponível em: https://globalarbitrationnews.com/2021/03/30/part-ii-of-a-trilogy-investor-claims-in-response-to-the-states-protective-measures-during-the-covid-19-pandemic/. Acesso em: 30 nov. 2025.

ISDS AMÉRICA LATINA. ISDS and COVID-19. 15 jan. 2022. Disponível em: https://isds-americalatina.org/isds-and-covid-19/. Acesso em: 30 nov. 2025.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo: do interesse público ao princípio da eficiência. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA, Simone Zanotello de. Alocação de riscos e equilíbrio econômico-financeiro nas contratações públicas. 2020. 234 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/handle/handle/23353. Acesso em: 30 nov. 2025.

PERU. Comunicado de Prensa de la República del Perú sobre el Laudo Arbitral del CIADI: Autopista del Norte S.A.C. v. Republic of Peru (ICSID Case No. ARB/18/17). Disponível em: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw181424.pdf. Acesso em: 30 nov. 2025.

RAO, Weijia. Large Corporations and Investor-State Arbitration. Harvard International Law Journal, Cambridge, v. 65, n. 1, p. 133-184, winter 2023.

SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem Internacional. Texto I. São Paulo: [s.n.], 1976.

SORNARAJAH, M. The international law of foreign investment. 4ª Ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2017.

ARBITRAGEM E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO SETOR PORTUÁRIO BRASILEIRO: EVOLUÇÃO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Maria Augusta Rost
Mestre em Direito do Estado pela UnB
Sócia de Fenelon Barretto Rost Advogados

RESUMO

O presente artigo analisa a evolução dos mecanismos de resolução de disputas no setor portuário brasileiro, com ênfase na arbitragem e instrumentos correlatos. A partir da análise do ambiente regulatório das instalações portuárias públicas e privadas, o estudo examina o estado atual da implementação desses mecanismos, identifica os principais desafios relacionados à arbitrabilidade objetiva em contratos regulados e projeta as tendências futuras do setor.

A pesquisa demonstra que, embora tenha havido avanços significativos desde a reforma da Lei de Arbitragem em 2015, persistem questões fundamentais sobre os limites da atuação arbitral frente à regulação setorial, especialmente quando a regulação é transposta para a esfera contratual.

O artigo conclui que o debate central na arbitragem portuária contemporânea transcende aspectos procedimentais e concentra-se na arbitrabilidade objetiva e na sindicabilidade de matérias regulatórias pelos árbitros.

Palavras-chave: Arbitragem; Setor Portuário; Arbitrabilidade Objetiva; Regulação; ANTAQ; Resolução de Disputas.

1. INTRODUÇÃO

Os mecanismos de resolução de disputas no setor portuário brasileiro representam ferramentas estratégicas para garantir investimentos, segurança regulatória e eficiência em contratos que sustentam a operação dos portos nacionais[1]. A discussão sobre arbitragem, mediação e comitês de resolução de disputas (dispute boards) transcende o aspecto meramente técnico-jurídico, inserindo-se no contexto mais amplo da governança de infraestrutura e da atração de investimentos privados para o setor[2].

O setor portuário brasileiro, regulado pela Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), apresenta peculiaridades que o distinguem de outros setores de infraestrutura quanto

à adoção de mecanismos alternativos de resolução de controvérsias. Enquanto setores como o rodoviário já consolidaram o uso sistemático da arbitragem, o setor portuário ainda atravessa fase de amadurecimento dessas práticas[3].

Este artigo propõe-se a examinar três questões fundamentais: (i) compreender o ambiente regulado em que se inserem as contratações portuárias; (ii) identificar onde estamos hoje em relação aos mecanismos de resolução de disputas; e (iii) refletir sobre para onde vamos, isto é, quais debates veremos na prática das arbitragens portuárias e que já vêm sendo antecipados pela academia e jurisprudência.

A relevância do tema intensifica-se com a tramitação do Projeto de Lei nº 733/2025, que propõe uma reforma abrangente do sistema portuário brasileiro e estabelece a cláusula de resolução de disputas como elemento essencial dos contratos de concessão e arrendamento[4].

2. O Ambiente Regulatório Portuário: Dualidade Entre Público e Privado

O ambiente regulado das contratações portuárias no Brasil apresenta clara dualidade estrutural entre terminais públicos e privados, cuja regulação para fins de resolução de disputas difere substancialmente[5].

2.1. Terminais Públicos e Contratos de Arrendamento

Nos contratos de arrendamento portuário, observa-se evolução significativa no desenho das cláusulas de resolução de disputas. Embora ainda não comparável com setores mais amadurecidos, como o rodoviário, verifica-se avanço dos mecanismos não estatais com a inclusão da mediação e arbitragem, observada ampla regulamentação nessas cláusulas[6].

A reforma da Lei de Arbitragem promovida em 2015 pela Lei nº 13.129 constituiu marco fundamental para esse desenvolvimento. O art. 1º, §1º da Lei nº 9.307/96, com redação dada pela reforma, passou a estabelecer expressamente que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis"[7]. Essa alteração legislativa eliminou definitivamente as controvérsias sobre a legalidade do emprego da arbitragem em contratos administrativos.

O Decreto nº 10.025/2019 regulamentou a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário[8].

Este decreto estabeleceu parâmetros importantes quanto à forma de contratação de árbitros, escolha de câmaras arbitrais, custos da arbitragem e demais aspectos procedimentais.

2.2. Terminais Privados e Contratos de Adesão

No ambiente privado, os contratos de adesão para autorização de terminais de uso privado ainda não trazem cláusulas de resolução de disputas em seu modelo-padrão[9]. Isso não impede, contudo, a celebração de convenção futura em que as partes acordem submeter as disputas relativas àqueles contratos à arbitragem, mediação, dispute boards ou outros mecanismos de resolução de disputas.

2.3. Concessões Portuárias: O Caso Paradigmático do Porto de Vitória

Existe hoje uma terceira via quanto às instalações portuárias, representada pelo pioneiro contrato de concessão do Porto de Vitória, no Espírito Santo. A concessão da administração desse porto, arrematada pelo Fundo de Investimentos em Participações Shelf 119 (Quadra Capital) por R$ 106 milhões, apresenta avanço significativo no modelo de resolução de disputas[10].

O contrato de concessão do Porto de Vitória prevê, de forma possivelmente inédita no setor portuário brasileiro, a figura do Comitê de Resolução de Disputas (Dispute Review Board) sob responsabilidade da Câmara de Comércio Internacional (CCI)[11]. Segundo o contrato, o Comitê elabora propostas de solução não vinculantes em prazo de 30 dias, podendo as partes aceitar a proposta (reduzindo-a a termo como aditivo contratual) ou discordar e iniciar procedimento arbitral dentro de 60 dias[12].

Modelo semelhante foi observado na minuta do contrato de concessão do Canal de Paranaguá, demonstrando tendência de incorporação desses mecanismos em futuras concessões portuárias[13].

3. Panorama Atual dos Mecanismos de Resolução de Disputas no Setor Portuário

3.1. Consolidação da Arbitragem nos Contratos de Arrendamento

O cenário atual caracteriza-se pela consolidação das cláusulas de arbitragem e mediação nos contratos de arrendamento portuário. Contudo, a experiência prática ainda é limitada. Até o momento, observou-se apenas uma grande arbitragem no setor: o célebre caso Libra Terminais versus Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp)[14]

O caso Libra, iniciado em 2016 e decidido em janeiro de 2019 pelo Centro de Arbitragem e Mediação Brasil-Canadá (CAM-CCBC), pôs fim a disputa que durava mais de 20 anos[15]. O tribunal arbitral, por unanimidade, decidiu que não existia justa causa para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de arrendamento dos terminais 35 e 37 do Porto de Santos, condenando o Grupo Libra ao pagamento integral das tarifas portuárias com correção monetária, juros e multa por inadimplência[16]. A Codesp estima receber mais de R$ 2,7 bilhões referentes ao não pagamento das tarifas portuárias por mais de 20 anos[17].

Esse caso paradigmático debateu série de temas contratuais em única arbitragem, incluindo questões sobre reequilíbrio econômico-financeiro, área arrendada, profundidade do cais, remanejamento de linha ferroviária e alegações de concorrência desleal[18].

3.2. Comitês de Resolução de Disputas nas Concessões

A previsão de comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) em contratos de concessão portuária representa inovação relevante, ainda que para atuação eventual e não permanente[19]. Os *dispute boards*, também denominados no Brasil como Comitês de Prevenção e Resolução de Disputas, constituem mecanismo contratual no qual comitê de especialistas se pronuncia mediante recomendação ou decisão sobre controvérsias suscitadas pelas partes, contribuindo para a continuidade da execução contratual[20].

A incorporação expressa desses comitês pela Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) consolidou o instituto como ferramenta legítima da contratação pública, reconhecendo normativamente a importância de deslocar o conflito do plano exclusivamente reativo para lógica preventiva e gerencial[21]. O Tribunal de Contas da União, especialmente pelo voto do ministro Antônio Anastasia, recomendou a adoção de *dispute boards* permanentes e vinculantes em contratos de grande vulto como instrumento de preservação da governabilidade contratual[22].

A Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) avançou na regulamentação do *dispute board* por meio da Resolução nº 6.040/2024, aplicável a contratos de concessão de rodovias e ferrovias[23]. Essa regulamentação serve como referência para eventual normatização futura no setor portuário.

3.3. Arbitragem Regulatória Administrativa da ANTAQ

Não se pode deixar de mencionar o uso da chamada "arbitragem regulatória" ou "arbitragem administrativa", instituto peculiar conduzido pela própria ANTAQ[24].

A competência da ANTAQ para arbitrar conflitos entre agentes regulados está prevista no art. 20, inc. II, alínea 'b', da Lei nº 10.233/2001 e refletida no art. 2º, inc. II, alínea 'c', do Decreto nº 4.122/2002 e no art. 3º, incs. III e IV, do Decreto nº 8.033/2013[25].

A arbitragem regulatória consiste em processo administrativo baseado na Lei nº 9.784/1999, para solução de conflitos no setor regulado[26]. Em 2024, a ANTAQ aprovou Manual de Procedimentos para esse mecanismo, sistematizando as práticas da agência[27]. Os assuntos levados à ANTAQ são variados, incluindo controvérsias sobre movimentação mínima contratual (MMC), precificação de valores cobrados pela exploração de áreas, critérios de reajuste, interpretação de cláusulas contratuais e cumprimento de obrigações[28].

Com relação à duração, procedimentos mais simples podem durar menos de um ano, sendo o prazo médio de aproximadamente um ano e nove meses desde a propositura até a decisão final[29]. Contudo, a prática da ANTAQ revela que ainda não há completa maturidade no entendimento da agência sobre seus próprios limites como árbitro administrativo, gerando incerteza quanto ao alcance do mecanismo[30].

3.4. A Experiência da SecexConsenso no Setor Portuário

No contexto dos mecanismos consensuais, a atuação da SecexConsenso no setor portuário ainda é incipiente quando comparada a outros segmentos de infraestrutura, como aeroportos, energia e ferrovias[31]. De acordo com análise qualitativa publicada por Athayde e Viegas, entre 2022 e 2025 houve apenas duas solicitações de solução consensual envolvendo portos, ambas relacionadas à renegociação de dívidas em contratos portuários[61].

O primeiro procedimento tratou de pleito formulado pela Companhia Docas do Rio de Janeiro (PortosRio), voltado à negociação de débito devido à autoridade portuária[61]. O pedido, entretanto, não foi admitido pelo TCU porque a solicitação partiu do diretor-presidente da companhia, agente que não se enquadra entre as autoridades legitimadas pelas normas internas para provocar a SecexConsenso, tampouco houve manifestação do ministério setorial demonstrando interesse na via consensual, o que levou ao arquivamento do caso[61][32].

O segundo procedimento referiu-se à renegociação de dívida entre a Santos Port Authority (SPA) e uma arrendatária, decorrente de inadimplemento de taxas portuárias[61]. Após tentativas frustradas de composição em mediação, a solução consensual foi provocada por ministro do TCU, autoridade cuja legitimidade é expressamente reconhecida pelo regramento aplicável[61]. Ainda que o pedido tenha sido admitido tanto pela secretaria quanto pela presidência da Corte de Contas, o ministério setorial, ao ser instado a se manifestar, requereu a retirada do pleito, posição que foi acompanhada pela própria SPA, resultando também no arquivamento do processo[61].

Esses dois casos revelam dado relevante para a compreensão do papel da SecexConsenso no setor portuário: até o momento, não houve acordo homologado pelo TCU envolvendo contratos portuários, nem utilização da via consensual para rediscutir matriz de riscos, investimentos ou reequilíbrios econômico-financeiros mais complexos, diferentemente do que se tem observado em outros setores de infraestrutura[61].

A baixa recorrência de pedidos pode guardar relação com as particularidades do modelo regulatório-portuário brasileiro, historicamente marcado pela predominância de arrendamentos e autorizações, em detrimento de concessões de serviço público, o que impacta a forma como conflitos são estruturados e encaminhados ao controle externo[35][38].

Nesse cenário, a SecexConsenso aparece, por ora, como instrumento de utilização pontual para disputas no setor portuário, sem que ainda se tenha consolidado uso mais sofisticado desse foro para tratar de controvérsias regulatórias estruturantes [61][31]. A depender da evolução dos contratos e da própria reforma legislativa em curso, é possível que esse quadro se altere, aproximando a experiência portuária daquilo que já se verifica em aeroportos, energia e ferrovias[4][61].

4. Perspectivas Futuras: O Projeto de Lei nº 733/2025 e a Nova Lei de Portos

O Projeto de Lei nº 733/2025, que dispõe sobre o Sistema Portuário Brasileiro, representa potencial marco regulatório que impactará significativamente os mecanismos de resolução de disputas no setor[35].

O PL 733/2025 considera a cláusula de resolução de disputas como cláusula essencial dos contratos de: (i) concessão do porto organizado (art. 49); (ii) arrendamento de terminal (art. 51); (iii) contrato de transição (art. 63); e (iv) contrato de passagem (art. 71)[36]. O art. 139 também considera a arbitragem como meio para resolução de conflitos referentes a débitos de concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias[37].

Adicionalmente, o projeto cria a Câmara de Autorregulação e Resolução de Conflitos do Setor Portuário e Aquaviário, tema que certamente será objeto de intensos debates[38]. A proposta visa promover redução da burocracia, estímulo à livre iniciativa e aumento da competitividade do setor, com impacto direto na gestão portuária[39].

5. O Debate Contemporâneo: Arbitrabilidade Objetiva em Contratos Regulados

5.1. Amadurecimento dos Aspectos Procedimentais

Com relação à arbitragem e à evolução do instituto nos contratos regulados, pode-se afirmar que, fixada a viabilidade da participação da Administração Pública em arbitragens a partir da

alteração da Lei de Arbitragem em 2015, diversos temas procedimentais já se encontram amadurecidos[40].

O debate que se travava quanto à forma de contratação de árbitros, escolha de câmaras arbitrais, custos da arbitragem (regulamentados pelo Decreto nº 10.025/2019), cabimento de tutelas de urgência, uso de árbitro de emergência (reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça) e outros aspectos relacionados ao procedimento para instituir uma arbitragem já foram substancialmente superados[41].

5.2. O Debate Central: Arbitrabilidade Objetiva

O debate central na arbitragem contemporânea envolvendo contratos regulados é a **arbitrabilidade objetiva**: determinar o que pode, ou não, ser decidido em arbitragem[42].

Arbitrabilidade objetiva consiste em definir aquilo que pode ser submetido à arbitragem. O tema não é novo, tendo sido debatido desde a edição da Lei de Arbitragem mediante interpretação do §1º do art. 1º, que dispõe que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis"[43]. O fato é que o tema agora assume nova roupagem e complexidade.

5.3. Evolução Histórica do Conceito de Arbitrabilidade

A doutrina brasileira passou por três fases evolutivas na compreensão da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos:

Primeira fase: No passado, discutia-se a diferença entre **atos de império e atos de gestão**, conforme a clássica doutrina da professora Ada Pellegrini Grinover[44]. Segundo essa concepção, apenas os atos de gestão (em que a Administração atua em paridade com particulares) seriam arbitráveis, enquanto os atos de império (exercício de prerrogativas públicas) estariam excluídos.

Segunda fase: Posteriormente, evoluiu-se para entender que seriam arbitráveis todas as questões que poderiam ser decididas fora do Judiciário pela própria Administração[45]. Esse critério ampliou o espectro de matérias arbitráveis, reconhecendo que a Administração possui margem decisória em diversos aspectos contratuais.

Terceira fase (atual): Atualmente, entramos em nova fase: definir os **limites da atuação dos árbitros frente à regulação setorial**[46]. Essa fase caracteriza-se pela tensão entre autonomia privada contratual e prerrogativas regulatórias, especialmente quando a regulação é transposta para a esfera contratual.

5.4. Regulação por Ato Normativo Versus Regulação por Contrato

Seguindo a tradição da escola europeia de regulação, existem duas formas de regular, configurando dupla regulação: por ato normativo e por contrato[47].

Com relação aos atos normativos, o Brasil sofreu influência da doutrina Chevron, criada nos Estados Unidos, que é deferente à regulação[48]. Segundo essa doutrina, observados os requisitos de competência e forma, não devem juízes ou árbitros intervirem na decisão técnica de Agência Reguladora[49].

A doutrina Chevron estabeleceu teste de deferência judicial em duas etapas: (i) verificar se o Congresso manifestou-se claramente sobre a questão específica; (ii) em caso negativo, avaliar se a interpretação da agência é razoável[50]. Embora essa doutrina tenha sido superada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2024 no caso Loper Bright Enterprises v. Raimondo[51], no Brasil a orientação dessa doutrina ainda permanece prevalente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Portanto, quando a regulação vem por ato normativo, a questão está relativamente resolvida: há norte claro de deferência às decisões técnicas da agência reguladora dentro de sua esfera de competência.

O problema surge quando a regulação vem por contrato. No Brasil, verifica-se excesso de regulação na via contratual, ou seja, transposição da regulação da norma para o contrato[52]. Isso cria cenário de contratos altamente complexos que resultam em intermináveis discussões sobre o que é, e o que não é, arbitrável.

5.5. O Problema da Sindicabilidade

Esse cenário de complexidade das contratações foi impulsionado, muitas vezes, pelos próprios investidores que buscavam maior segurança jurídica nas contratações com o poder público. Contudo, agora se veem envoltos por disputas regulatórias cujos limites são difusos[53].

A regulação posta no contrato deveria, em tese, ser patrimonial e disponível. Mas essa não é a realidade. O excesso de regulação pode incluir política pública, matéria tradicionalmente considerada insuscetível de submissão à arbitragem[54].

O problema central, portanto, é de ***sindicabilidade:*** o que pode ou não pode ser decidido por um juiz ou por um árbitro quando a matéria envolve aspectos regulatórios com potenciais implicações de política pública?[55]

Para auferir a arbitrabilidade objetiva, deve-se realizar ponderação concreta, levando em conta a natureza do interesse envolvido, os princípios constitucionais aplicáveis e o regime jurídico do contrato[56]. Essa análise caso a caso torna o tema especialmente desafiador para árbitros que deverão enfrentar questões limítrofes entre regulação técnica e política pública.

5.6. Casos Paradigmáticos e Expectativas Futuras

Os árbitros da nova arbitragem do Aeroporto de Viracopos terão de enfrentar essas questões, e espera-se que esse debate se reproduza nas próximas arbitragens de setores regulados, incluindo o setor portuário[57].

A definição de conceito de arbitrabilidade objetiva em contratos de concessão de serviços públicos vem sendo paulatinamente construída em densificação que aprimora o ambiente de negócios público-privados, conferindo maior segurança jurídica na solução de conflitos[58]. A jurisprudência arbitral tem reconhecido como arbitráveis, em geral: (i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou transferência do contrato de concessão; e (iii) inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes[59].

Contudo, permanecem controversos temas que envolvem: (i) alteração unilateral do contrato pela Administração quando fundada em razões de interesse público; (ii) aplicação de sanções administrativas; (iii) questões que extrapolam a esfera contratual e adentram o campo da regulação geral setorial; e (iv) matérias que envolvem discricionariedade técnica da agência reguladora em aspectos não contratualizados[60].

6. Considerações Finais

A evolução dos mecanismos de resolução de disputas no setor portuário brasileiro reflete movimento mais amplo de modernização da governança de infraestrutura e de reconhecimento da necessidade de instrumentos céleres e especializados para solução de controvérsias complexas.

Desde a reforma da Lei de Arbitragem em 2015, houve avanços significativos: (i) consolidação das cláusulas arbitrais nos contratos de arrendamento; (ii) introdução pioneira de *dispute boards* em concessões portuárias; (iii) estruturação da arbitragem regulatória administrativa pela ANTAQ; e (iv) surgimento de mecanismos consensuais como a SecexConsenso do TCU.

O caso Libra versus Codesp demonstrou a viabilidade prática da arbitragem no setor, solucionando disputa de mais de 20 anos envolvendo bilhões de reais. O Projeto de Lei nº 733/2025 promete consolidar normativamente a obrigatoriedade de cláusulas de resolução de disputas em contratos portuários, potencialmente acelerando a adoção desses mecanismos.

Contudo, o principal desafio contemporâneo transcende aspectos procedimentais e concentra-se na definição dos limites da arbitrabilidade objetiva em contratos regulados. A tensão entre regulação por ato normativo e regulação por contrato, agravada pela complexidade excessiva dos contratos de concessão e arrendamento, gera incertezas sobre o alcance da competência arbitral.

O debate sobre sindicabilidade — determinar o que pode ser decidido por árbitros quando envolve aspectos regulatórios e potenciais implicações de política pública — será central nas arbitragens portuárias futuras. A construção jurisprudencial desses limites, caso a caso, aprimorará o ambiente regulatório e contribuirá para maior segurança jurídica, atraindo investimentos para o setor.

A comunidade jurídica, as agências reguladoras, os investidores privados e o Poder Público devem engajar-se em diálogo construtivo para estabelecer parâmetros claros de arbitrabilidade que preservem tanto a celeridade e especialização da arbitragem quanto as competências regulatórias essenciais ao interesse público. Somente assim os mecanismos alternativos de resolução de disputas cumprirão plenamente seu papel estratégico no desenvolvimento sustentável da infraestrutura portuária brasileira.

REFERÊNCIAS

[1] CARVALHO, T. S. C. *Comitê de resolução e prevenção de conflitos (dispute board): oportunidades, riscos e perspectivas para a sua adoção em contratos administrativos de infraestrutura no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

[2] INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Arbitragem no Setor Portuário: Uma Conexão Promissora*. Disponível em: https://arbtrato.com.br/blog/uncategorized/a-fusao-da-arbitragem-com-o-setor-portuario/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[3] CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Setor portuário já começa a aplicar lei de arbitragem para resolver conflitos*. Disponível em: https://www.camaracbmac.com.br/setor-portuario-ja-comeca-aplicar-lei-de-arbitragem-para-resolver-conflitos/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[4] BRASIL. Projeto de Lei nº 733, de 2025. Dispõe sobre o Sistema Portuário Brasileiro, regula a exploração dos portos, as atividades de operação portuária, o trabalho portuário e dá outras providências. Câmara dos Deputados, Brasília, 2025.

[5] AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. *Manual de Mediação e Arbitragem da ANTAQ*. Brasília: ANTAQ, 2024.

[6] MOLITZAS, R. *PL 733/2025: Modernização da lei dos portos para ampliar investimentos e eficiência*. Instituto Brasil Livre, 12 out. 2025. Disponível em: https://ibl.org.br/artigo-pl-733-2025-modernizacao-da-lei-dos-portos-para-ampliar-investimentos-e-eficiencia/. Acesso em: 24 fev. 2026.

REFERÊNCIAS

[7] BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Alterada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Diário Oficial da União, Brasília, 27 maio 2015.

[8] BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. Diário Oficial da União, Brasília, 23 set. 2019.

[9] NAVARRO PRADO ADVOGADOS. *Arbitragem regulatória e concessões portuárias: onde estamos e o que pode ser aprimorado*. 14 jun. 2022. Disponível em: https://www.navarroprado.com.br/post/arbitragem-regulatória-e-concessões-portuárias-onde-estamos-e-o-que-pode-ser. Acesso em: 24 fev. 2026.

[10] CANAL ARBITRAGEM. *A primeira concessão portuária do país conta com Arbitragem e Dispute Board*. 6 abr. 2022. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/materias/a-primeira-concessao-portuaria-do-pais-conta-com-arbitragem-e-dispute-board/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[11] CANAL ARBITRAGEM, 2022, *op. cit*.

[12] CANAL ARBITRAGEM, 2022, *op. cit*.

[13] PALESTRA OAB-SC. *Arbitragem no Setor Portuário*. Santa Catarina, 2025. [Documento interno].

[14] COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Codesp vence disputa bilionária em arbitragem contra o grupo Libra*. OGMO Itajaí, 8 jan. 2019. Disponível em: https://ogmoitajai.com.br/portal/noticias/exibirNoticia.asp?noticia=2489. Acesso em: 24 fev. 2026.

[15] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. *AGU evita prejuízo de R$ 6,4 bilhões ao erário em contrato do Porto de Santos*. 7 jan. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-evita-prejuizo-de-r-6-4-bilhoes-ao-erario-em-contrato-do-porto-de-santos. Acesso em: 24 fev. 2026.

[16] MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES. *Tribunal Arbitral decide a favor da Codesp e da União contra o Grupo Libra*. 29 jun. 2023. Disponível em: https://www.gov.br/transportes/pt-br/assuntos/noticias/curtas-transportes/2019/01/arbitragem-decide-a-favor-da-codesp-contra-o-grupo-libra. Acesso em: 24 fev. 2026.

REFERÊNCIAS

[17] G1 SANTOS. Grupo Libra é condenado a pagar mais de R$ 2 bilhões ao Porto de Santos. 7 jan. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/porto-mar/noticia/2019/01/08/grupo-libra-e-condenado-a-pagar-mais-de-r-2-bilhoes-no-porto-de-santos.ghtml. Acesso em: 24 fev. 2026.

[18] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2019, op. cit.

[19] POLETTO ADVOGADOS. Dispute Boards: nova abordagem de Resolução de conflitos contratuais no Brasil. 10 jun. 2024. Disponível em: https://poletto.adv.br/dispute-boards-nova-abordagem-de-resolucao-de-conflitos-contratuais-no-brasil. Acesso em: 24 fev. 2026.

[20] CARVALHO, 2022, op. cit.

[21] MIGALHAS. A nova governança dos conflitos nos contratos de infraestrutura. 12 fev. 2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/449867/a-nova-governanca-dos-conflitos-nos-contratos-de-infraestrutura. Acesso em: 24 fev. 2026.

[22] MIGALHAS, 2026, op. cit.

[23] AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. ANTT avança na regulamentação do Dispute Board para concessões. 4 abr. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ultimas-noticias/antt-avanca-na-regulamentacao-do-comite-de-prevencao-e-solucao-de-disputas-dispute-board. Acesso em: 24 fev. 2026.

[24] AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2024, op. cit.

[25] NAVARRO PRADO ADVOGADOS, 2022, op. cit.

[26] AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS. Norma de resolução de conflitos. Gov.br, 22 dez. 2024. Disponível em: https://www.gov.br/antaq/pt-br/assuntos/resolucao-de-conflitos-regulatorios/NORMA. Acesso em: 24 fev. 2026.

[27] AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, 2024, op. cit.

[28] NAVARRO PRADO ADVOGADOS, 2022, op. cit.

[29] NAVARRO PRADO ADVOGADOS, 2022, op. cit.

[30] NAVARRO PRADO ADVOGADOS, 2022, *op. cit.*

REFERÊNCIAS

[31] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Você conhece a nova sistemática de soluções consensuais do TCU? Portal TCU, 8 ago. 2025. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/voce-conhece-a-nova-sistematica-de-solucoes-consensuais-do-tcu.htm. Acesso em: 24 fev. 2026.

[32] MIGALHAS. SecexConsenso, TCU e fases da negociação IN TCU 91/22 vs IN TCU 101/25. 5 jan. 2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/447341/secexconsenso-tcu-e-fases-da-negociacao-in-tcu-91-22-vs-in-tcu-101-25. Acesso em: 24 fev. 2026.

[33] JOTA. Novo vai ao STF contra mediação na Secex-Consenso no TCU. 31 jul. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/stf/do-supremo/novo-vai-ao-stf-contra-mediacao-na-secex-consenso-no-tcu-31072024. Acesso em: 24 fev. 2026.

[34] MIGALHAS, 5 jan. 2026, op. cit.

[35] BRASIL, 2025, op. cit.

[36] BRASIL, 2025, op. cit.

[37] BRASIL, 2025, op. cit.

[38] DATA POLICY. PL 733/2025: Parte 1 – A Nova Lei dos Portos e seu Histórico. 18 set. 2025. Disponível em: https://noticias.datapolicy.co/pl-733-2025-parte-1-a-nova-lei-dos-portos-e-seu-historico/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[39] INSTITUTO BRASIL LIVRE, 2025, op. cit.

[40] ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP. Arbitragem e Administração. 1 mar. 2017. Disponível em: https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/155/edicao-2/arbitragem-e-administracao. Acesso em: 24 fev. 2026.

[41] BRASIL, 2019, op. cit.

[42] COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Arbitrabilidade objetiva em contratos de concessão. 31 dez. 2016. Disponível em: https://cbar.org.br/site/arbitrabilidade-objetiva-em-contratos-de-concessao/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[43] BRASIL, 2015, op. cit.

[44] GRINOVER, A. P. Arbitragem e prestação de serviços públicos. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 233, p. 377-385, 2003.

REFERÊNCIAS

[45] ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP, 2017, *op. cit.*

[46] PALESTRA OAB-SC, 2025, *op. cit.*

[47] COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2016, *op. cit.*

[48] PIRES, C. M. M. *De Chevron a Loper Bright: a nova perspectiva sobre a deferência nos Estados Unidos e seu impacto no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2025.

[49] POLÍTICAS PÚBLICAS DIREITO USP. *Elas no Jota: superação da doutrina Chevron reverbera no Brasil*. 9 out. 2023. Disponível em: https://politicaspublicas.direito.usp.br/elas-no-jota-superacao-da-doutrina-chevron-reverbera-no-brasil/. Acesso em: 24 fev. 2026.

[50] PIRES, 2025, *op. cit.*

[51] PIRES, 2025, *op. cit.*

[52] PALESTRA OAB-SC, 2025, *op. cit.*

[53] PALESTRA OAB-SC, 2025, *op. cit.*

[54] MIGALHAS. *Arbitragem e limites em contratos da Administração Pública*. 31 jul. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/435786/arbitragem-e-limites-em-contratos-da-administracao-publica. Acesso em: 24 fev. 2026.

[55] PALESTRA OAB-SC, 2025, *op. cit.*

[56] MIGALHAS, 31 jul. 2025, *op. cit.*

[57] PALESTRA OAB-SC, 2025, *op. cit.*

[58] COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2016, *op. cit.*

[59] COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM, 2016, *op. cit.*

[60] MIGALHAS, 31 jul. 2025, *op. cit.*

[61] ATHAYDE, A.; VIEGAS, T. SecexConsenso no setor de portos: Análise qualitativa dos casos. Migalhas, 7 fev. 2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/449655/secexconsenso-no-setor-de-portos-analise-qualitativa-dos-casos. Acesso em: 24 fev. 2026.

ANÁLISE DA HETERODOXIA DAS SOLUÇÕES ADOTADAS NOS PROCESSOS DE SOLICITAÇÃO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DO SETOR FERROVIÁRIO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Jefferson Austral[1]

RESUMO

Este artigo analisa a juridicidade das soluções adotadas nos processos de Solicitação de Solução Consensual (SSC) do setor ferroviário no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU). O objetivo principal é verificar se os acordos firmados respeitam o ordenamento jurídico vigente ou se configuram inovações heterodoxas. A metodologia baseia-se na análise dos casos das concessões das Malhas Paulista, Sul e Sudeste, confrontando as decisões da comissão de solução consensual com o direito. Os resultados indicam que não há heterodoxia nos acordos firmados no setor ferroviário, mas, sim, que a SSC se tornou um painel de solução de controvérsias estratégicas do setor.

1 INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2022, o Tribunal de Contas da União (TCU) publicou a Instrução Normativa 91/2022, que criou a Solicitação de Solução Consensual (SSC) no âmbito do TCU. Nesse tipo de processo, o TCU assume a posição de mediador-controlador[2] de conflitos enfrentados por entidades da administração pública federal, propondo-se viabilizar um acordo, do qual a própria Corte de Contas será parte signatária.

O processo de SSC trata-se de meio alternativo de solução de conflitos, cuja principal característica é a de trazer soluções com segurança jurídica. Isso porque o fato de o TCU participar das discussões e chancelar a solução criada pelas partes gera estabilidade jurídica, pois mitigará o risco de que a Corte de Contas critique a solução no futuro, bem como impute responsabilidades aos agentes envolvidos. Isso faz com que o instrumento tenha especial valor, porque a literatura

---

[1] Advogado em Brasília. Bacharel em Direito pela Centro de Ensino de Brasília (CEUB).

[2] SOUZA, Andrea Barreto de; AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. *Solução consensual de controvérsias no Tribunal de Contas da União*: natureza jurídica e desafios do instrumento processual criado pela Instrução Normativa nº 91/2022. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 109-146, nov. 2024/abr. 2025. Disponível em: https://www.tcesc.tc.br/sites/default/files/2025-04/RTCESC_4_Artigo_Solucao_consensual_de_controversias.pdf

jurídica identificou um fenômeno chamado de “infantilização do gestor público” [3] nos últimos anos, que consiste no fato de agentes públicos deixarem de tomar decisões, temendo punições futuras por parte dos órgãos de controle, dentre eles, o próprio TCU. Nesse contexto, o processo de SSC se torna valioso, porque cria um ambiente seguro, com o prévio aval do controle externo, para tomada de decisões.

Além disso, o fato de o TCU participar da mesa de negociações estimula as partes a serem mais arrojadas e criativas para a solução dos conflitos. Afinal, as partes terão a análise e o crivo do órgão controlador concomitantemente à tomada de decisões, sem o receio de punições futuras, conforme já reconhecido pela jurisprudência do TCU:

> Voto:
> Avalio que a participação desta Corte no acordo, subscrevendo o "Termo de Autocomposição", é, na realidade, um ato homologatório. Levado o negócio jurídico ao exame da Corte de Contas - subscrito por jurisdicionados que têm sobre si o dever de prestar contas, nos termos do art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal -, delibera-se em um juízo de juridicidade amplo. Tanto se ratifica a legalidade do objeto da negociação, quanto da sua motivação, em termos de conveniência e oportunidade, direcionada ao atendimento do interesse público primário. Trata-se, em verdade, de um controle concomitante excepcionalíssimo, pari passu, com o ato controlado, necessário para conferir a estabilidade da emanação de vontades, em direito material. A participação do TCU nesses atos, assim, seria uma posição de "interveniente anuente", porque não participa propriamente da transação, pois a eficácia do acordo não depende exatamente da participação do Tribunal. Existe, porém, um interesse direto da Corte como controladora e, apesar de não participar da formação de vontades propriamente dita, delibera amplificando exponencialmente a segurança jurídica do negócio, catalisando o apaziguamento da relação entre as partes.
> Sem tal alicerce, é provável que não se chegasse a um consenso ou que o tempo necessário para vencer os litígios na burocracia típica estatal atrasasse em demasiado - ou impedisse - a ultimação dos interesses coletivos.[4]

---

[3] DANTAS, Bruno**.** *Consensualismo na administração pública e regulação: reflexões para um direito administrativo do século XXI.* Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 17.

[4] TCU. Acórdão n. 1797/2023 – Plenário, rel. Ministro Benjamin Zymler, j. 30/08/2023.

No entanto, a aparente liberdade criativa oriunda das mesas de negociações dos processos de SSC tem recebido críticas da literatura[5], que aponta que as SSC viabilizam soluções heterogêneas.

Nesse contexto, o presente artigo se propõe a avaliar os processos de SSC do setor ferroviário, com o objetivo de identificar se foram adotadas soluções consensuais heterodoxas.

A metodologia a ser aplicada será a seguinte: primeiramente, se analisará quais foram os conflitos submetidos à análise do TCU no setor ferroviário. Ato seguinte, se verificará quais foram as soluções adotadas pela comissão de solução consensual (CSC) para cada um dos casos. Em seguida, se verificará se as soluções adotadas estão aderentes à legislação, bem como à jurisprudência pátria, para se verificar se foram adotadas soluções heterodoxas ou não.

Para fins do presente trabalho, se considerará que uma solução é heterodoxa se ela não tiver amparo na lei, nos contratos de concessão, na jurisprudência do TCU ou da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), que é a agência reguladora do setor ferroviário no Brasil.

Para isso, o presente artigo será desenvolvido em 5 (cinco) seções. A primeira é a presente introdução; a segunda será uma apresentação sobre o histórico da criação dos processos de SSC; na terceira, se apresentará a estrutura processual das SSC; na quarta seção, serão analisados os casos do setor ferroviário que foram submetidos ao TCU e tiveram acordo firmado, bem como se avaliará se tais soluções foram heterodoxas (ou não); e, na quinta e última seção, se formulará uma breve conclusão sobre os achados deste trabalho.

2 O HISTÓRICO DE CRIAÇÃO DA SSC NO ÂMBITO DO TCU

O processo de SSC foi inspirado em um *case* de sucesso que envolveu uma solução consensual do contrato de concessão da BR-163/MT, que se encontrava estagnado em meio a discussões regulatórias e, inclusive, caminhava-se para a relicitação.

A concessão da BR-163/MT foi licitada em 2013, como um dos projetos da 3ª etapa de concessões de rodovias federais. O contrato de concessão teve início em 2014 e, em 2017, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) passou a realizar apontamentos de inexecução de investimentos contratuais.

Conforme registrado pelo TCU no Acórdão n. 2.139/2022 – Plenário, os referidos inadimplementos contratuais estavam envolvidos em grande litígio, visto que a Concessionária alegava que os inadimplementos tinham causas em crises econômicas estruturais, na mudança da política da obtenção de crédito junto a bancos públicos, no aumento dos preços de insumos asfálticos, em alterações nos custos de manutenção da rodovia em razão de impactos trazidos

---

[5] RIBEIRO, Maurício Portugal. *iNFRADebate: Neofilia e teoria jurídica de mãos dadas para prejudicar as concessões*. Agência iNFRA, 24 ago. 2023. Disponível em: https://agenciainfra.com/blog/infradebate-neofilia-e-teoria-juridica-de-maos-dadas-para-prejudicar-as-concessoes/

pela Lei dos Caminhoneiros e, por fim, em problemas financeiros enfrentados pela concessionária.

Em razão do inadimplemento contratual, a ANTT instaurou processo administrativo com o objetivo de declarar a caducidade do contrato de concessão. Paralelamente, foi iniciado o processo de relicitação da concessão, nos termos da Lei n. 13.448/2017.

Também estava em curso um procedimento arbitral envolvendo a concessionária e a ANTT, cujo objeto era discutir reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão de supostos prejuízos alegados pela concessionária. No bojo do processo arbitral, havia decisão cautelar que impedia que o Poder Público determinasse a redução das tarifas cobradas pela concessionária, bem como imputasse multas a ela.

Ou seja, o cenário do contrato de concessão da BR-163/MT era de complexos litígios e caminhava para a relicitação, que é solução custosa para a Administração Pública, seja pelos custos envolvidos na elaboração de um novo projeto, seja pela protelação da realização de investimentos, uma vez que enseja o rompimento de um contrato vigente.

Diante desse cenário, a concessionária e a ANTT firmaram um Termo de Ajustamento de Conduta, cujo objetivo seria a renegociação do contrato de concessão com vistas a torná-lo sustentável financeiramente, bem como realizar a transferência do controle acionário da concessionária à MT Participações e Projetos S.A, que é uma sociedade de economia mista do estado do Mato Grosso, a qual assumiria a responsabilidade pela concessão.

Essa solução foi submetida à prévia análise do TCU, sob o fundamento de que a solução endereçada pelas partes poderia ter impacto em processo de fiscalização da Corte de Contas sobre o contrato. Então, o TCU, em 28/9/2022, concordou com a solução promovida pelas partes pelo Acórdão n. 2.139/2022 – Plenário, o que culminou na efetiva assinatura do acordo firmado entre as partes. Em razão do acordo, foi viabilizada a realização de investimentos bilionários na rodovia e o salvamento de um ativo importante para o interesse público, mediante solução inédita e eficiente[6].

Inspirado no *case* de sucesso do contrato da BR-163/MT, cerca de 3 (três) meses após o julgamento do caso, o TCU publicou a Instrução Normativa n. 91/2022, de 22/12/2022, que criou o procedimento de solicitação de solução consensual[7] perante a Corte de Contas.

---

[6] BRASIL. **O Estado de S. Paulo**. *Solução da BR-163 em Mato Grosso vira case de sucesso*. O Estado de S. Paulo, 22 out. 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/economia/solucao-da-br-163-em-mato-grosso-vira-case-de-sucesso/?srsltid=AfmBOooDFyF7jYHSkiyg7XlRBQm8iDcNGJhss-FrTzm4xgoAu9aqeHdi.

[7] A ANTT registra expressamente que o caso da solução consensual do contrato de concessão da BR-163/MT inspirou a criação do processo de SSC perante o TCU em seu relatório de atividades do ano de 2023: "Ponto de destaque foi o TAC Plano de Ação firmado junto à Concessionária que administra a rodovia BR-163/MT, signatária do Contrato do Edital de Concessão nº 003/2023, em que houve troca do controle acionário e a reprogramação dos investimentos, bem como a repactuação de algumas obrigações e passivos contratuais, case de sucesso que inspirou o TCU a criar a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos – SecexConsenso" (BRASIL. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT. *Relatório Anual Circunstanciado de Atividades 2023*. Brasília: ANTT, 2024, p. 47. Disponível em: https://www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-

Essa solução, por sua vez, está baseada em reflexões teóricas[8] que, há muito, vêm sendo discutidas na literatura no sentido de abandonar ideias obsoletas como a supremacia absoluta do Poder Público e da indisponibilidade do interesse público para se adotar a resolução dialógica dos conflitos perante o Poder Público, como uma forma de atender uma demanda da sociedade por um direito mais ágil e próximo aos conflitos vivenciados.

Vale destacar que essa evolução do pensamento foi arrematada, no direito brasileiro, pelo art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)[9], que passou a prever a possibilidade de a Administração Pública firmar acordos para eliminar irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas. Esse dispositivo legal, inclusive, na análise de Gustavo Binenbojm[10], se trata de uma autorização genérica para que toda a Administração Pública firme acordos, colocando fim à antiga discussão sobre a eventual impossibilidade do Poder Público firmar acordos.

Portanto, nota-se que o processo de SSC foi inspirado em um caso de sucesso da experiência brasileira, e está escoimado em base jurídica sólida, qual seja, o art. 26, da LINDB, bem como em reflexões da literatura que indicam a necessidade de a Administração Pública adotar soluções mais ágeis para os conflitos que enfrenta.

3 ESTRUTURA PROCESSUAL DA SSC

O rito do processo de SSC previsto na Instrução Normativa n. 91/2022 foi estabelecido de forma semelhante aos processos ordinários que tramitam no TCU – que prevê um rito processual trifásico, que consiste em: (i) análise da área técnica do tribunal, (ii) análise do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU) e, por fim, (iii) a deliberação perante um dos colegiados do Tribunal, formado pelos Ministros da casa.

No detalhe, o processo de SSC pode ser dividido em 5 (cinco) fases.

A primeira fase diz respeito à submissão do conflito à apreciação do TCU e sua admissibilidade perante a Corte de Contas. Nesse ponto, vale destacar que apenas autoridades públicas podem provocar o Tribunal a dar início a um processo de SSC (*ver* art. 2, IN/TCU 91/2022).

---

informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2023/relatorio-anual-circunstanciado-de-atividades-2023.pdf)

8 DANTAS, Bruno**.** *Consensualismo na administração pública e regulação: reflexões para um direito administrativo do século XXI.* Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 53-54.

9 Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

10 BINENBOJM, Gustavo. A Consensualidade Administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais. Revista do TCU, Brasil, nº 152, p. 16-26, 2023. Disponível em: https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/106.

A segunda é a formação da Comissão de Solução Consensual (CSC), que será composta por representantes de todos os envolvidos no conflito. Importante notar que é neste momento que o agente privado efetivamente ingressa no processo, caso o conflito atinja a sua esfera de direitos (*ver* art. 7, §2º da IN/TCU n. 91/2022).

Formada a CSC, os membros se reunirão presencialmente – geralmente, uma vez por semana – em reuniões presididas pela SecexConsenso, com o objetivo de estressarem o conflito e viabilizar um acordo. O prazo da comissão é de 90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias (*ver* art. 7-A, IN/TCU n. 91/2022).

Caso haja acordo dentro do prazo estimulado, os integrantes elaborarão um documento denominado *Termo de Autocomposição*, que é o instrumento contratual que registra os acordos firmados entre as partes, e será o principal elemento de análise pelo TCU para que se possa definir se o Tribunal poderá subscrevê-lo ou não.

A terceira fase é a análise do caso por parte das áreas técnica e jurídica do TCU. Havendo acordo na CSC, o termo de autocomposição será objeto de análise por parte da unidade técnica especializada do tribunal e da própria SecexConsenso, que emitirão parecer – que, na prática do TCU é denominado de "pronunciamento da unidade técnica" – com sua concordância (ou não) com o acordo firmado pela CSC, bem como as razões técnicas que fundamentam a sua opinião técnica sobre o caso.

A quarta fase é a emissão de parecer pelo MPTCU. A análise do *Parquet* de Contas é o primeiro crivo realizado por um agente externo à CSC. Até então, os pareceres técnicos emitidos são elaborados pelos auditores da Corte de Contas que participaram das reuniões da comissão. Então, trata-se de um momento desafiador no processo aos integrantes da comissão, sobretudo, porque o MPTCU detém o exíguo prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável por igual período, para emissão de parecer. (*ver* art. 9, IN/TCU n. 91/2022).

A quinta, e última, fase é a submissão do caso ao Ministro Relator do caso, que analisará os atos processuais até então emitidos, elaborará voto e submeterá o caso ao Plenário do Tribunal. Assim como as demais fases do processo, há um prazo delimitado para que o relator submeta o processo ao Plenário, que é de 30 (trinta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias (*ver* art. 10, §1º, IN/TCU n. 91/2022). Ademais, caso haja pedido de vista sobre o processo ou pedido de adiamento de julgamento, os autos deverão ser reincluídos até a segunda sessão subsequente (*ver* art. 10, §3, IN/TCU n. 91/2022).

O Plenário do TCU, por sua vez, poderá: (i) aprovar integralmente a proposta de solução consensual; (ii) aprovar a proposta, desde que cumpridas eventuais sugestões pelo Plenário; ou (iii) recusá-la.

A decisão do Plenário sobre a matéria ensejará um acórdão, que é irrecorrível. A irrecorribilidade da decisão faz sentido, haja vista a natureza consensual do processo. Não haveria sentido na recorribilidade da decisão do Tribunal acerca da admissão ou não da proposta do acordo, pois só há acordo consensual, se todas as partes concordarem com a solução proposta.

Se fosse possível a interposição de recursos, haveria, na verdade, um processo administrativo ordinário do Tribunal, que não é objetivo do processo de SSC.

Realizada a apresentação sobre a sistemática dos processos de SSC, passa-se à análise da existência de heterodoxia das soluções definidas pelo TCU no âmbito dos processos do setor ferroviário.

4 OS PROCESSOS DE SSC DO SETOR FERROVIÁRIO

Até a data da elaboração deste artigo, o TCU analisou 5 (cinco) casos de SSC envolvendo conflitos em contratos de concessão do setor ferroviário:

(i) Concessão da Malha Paulista (TC 000.853/2023-2), firmado com a Rumo Malha Paulista S.A;
(ii) Concessão da Malha Sul (TC 000.855/2023-5), firmado com a Rumo Malha Sul S.A;
(iii) Concessão da Malha Sudeste (TC 018.646/2024-7), firmado com a MRS Logística S.A;
(iv) Concessão da Malha Oeste (TC 000.329/2025-8), firmado com a Rumo Malha Oeste S.A; e
(v) Concessão da Estrada de Ferro Vitória-Minas (EFVM) e Estrada de Ferro Carajás (EFC) (TC 000.709/2025-5), cujos contratos são firmados com a Vale.

Dentre esses casos, apenas os processos envolvendo os contratos das malhas paulista, sul e sudeste foram ultimados com acordos, de forma que o presente trabalho tomará como base apenas esses processos.

Esclarece-se que o processo relativo à SSC sobre os contratos de concessão da EFC e EFVM foi arquivado sem acordo porque a CSC não chegou a um consenso. Já o processo da Malha Oeste foi arquivado sem acordo porque não foi admitido[11].

4.1 Processo da Malha Paulista

[11] O processo de Solicitação de Solução Consensual (SSC) relativo à Malha Sudeste foi instaurado por iniciativa da ANTT, com o objetivo de buscar uma solução consensual que permitisse dar encaminhamento ao Contrato de Concessão da Malha Oeste S.A., o qual apresentava histórico de descumprimento de metas contratuais e já se encontrava em processo de relicitação. Pretendia-se, nesse contexto, avaliar a proposta da Concessionária de promover a prorrogação antecipada do contrato, proceder à devolução de trechos ferroviários considerados inoperáveis, bem como equacionar litígios de natureza regulatória.
Ao examinar a matéria, o Tribunal de Contas da União concluiu pela inviabilidade da solução consensual, ao fundamento de que a prorrogação do contrato da Malha Oeste se mostrava juridicamente incompatível com os descumprimentos contratuais verificados, configurando, ademais, potencial burla ao dever constitucional de licitar.

O processo de SSC do contrato da Malha Paulista (TC 000.853/2023-2) teve como objeto a discussão sobre a (im)possibilidade de se alterar o caderno de obrigações do contrato de concessão da Malha Paulista, o qual foi firmado após a sua prorrogação antecipada.

O contrato de concessão da Malha Paulista foi firmado em 1998 pelo prazo de 30 (trinta) anos. Esse contrato, assim como outros contratos de concessão ferroviária, foi firmado na década de 90, e estava voltado precipuamente à operação ferroviária. Nesse sentido, com o advento da Lei 13.448/2017, que passou a prever a possibilidade jurídica da prorrogação antecipada dos contratos de concessão ferroviária (*ver* art. 6, da Lei 13.448/2017)[12], o Poder Concedente e a Concessionária da Malha Paulista firmaram um aditivo contratual em 2020 para prorrogar antecipadamente o contrato de concessão, o qual mudou estruturalmente a avença, passando a prever, inclusive, uma lista de investimentos obrigatórios, denominado de caderno de obrigações.

No entanto, poucos anos após a prorrogação antecipada, verificou-se a necessidade de se alterar o caderno de obrigações, de forma a torná-lo mais eficiente ao próprio interesse público.

Ao avaliar a matéria, a CSC entendeu pela possibilidade jurídica de se alterar o caderno de obrigações, mediante o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em favor do Poder Concedente. Os principais fundamentos adotados para se deliberar pela possibilidade de alteração do caderno de obrigações foram: (i) a mutabilidade dos contratos administrativos, (ii) a aplicação do princípio da eficiência e (iii) a entrega dos melhores resultados na prestação dos serviços pela concessionária.

Após o envio do caso para deliberação dos ministros do TCU, o Ministério dos Transportes e a Concessionária apresentaram uma proposta de adição ao Termo de Autocomposição para que a Concessionária pagasse à União Federal o montante de R$ 670 milhões a título de "adicional de vantajosidade", que seria um montante, de natureza negocial, para aumentar a vantajosidade do acordo ao Poder Público e como forma de compensação pela assimetria de informações entre as partes, tendo em vista que a concessionária possui acesso a informações a respeito do contrato de concessão que o Poder Público não possui.

Então, pelo Acórdão n. 2.472/2023 – Plenário, o TCU aprovou a proposta de acordo firmada pela CSC, e autorizou a alteração do caderno de obrigações, mediante o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e o pagamento do denominado adicional de vantajosidade.

Considerando a solução tratada para o caso da Malha Paulista, é possível concluir que o TCU não agiu de forma heterodoxa, agindo de acordo com o Direito. Isso porque os contratos de concessão são negócios jurídicos complexos, de longa duração, incompletos e demandam flexibilidade para que se possa ter a prestação de um serviço público adequado durante toda a vigência do contrato de concessão.

---

[12] A prorrogação antecipada basicamente possibilita ao Poder Concedente prorrogar o prazo de concessão ferroviária antes mesmo do seu termo regular, mediante a elaboração de um novo instrumento contratual (*mais moderno*), com a previsão de antecipação de investimentos.

Nesse sentido, Floriano Marques defende que os contratos de concessão, por natureza, detêm a característica de mutabilidade que lhe é própria, e os diferencia de contratos administrativos ordinários:

> Temos, então, que, mais do que ter caráter contratual, a concessão constitui um veículo negocial de emparceiramento entre os interesses privados e públicos, tendo por objeto a delegação de um cometimento atribuído ao Estado-administração, mas cuja exploração seja de interesse dos particulares.
> (...).
> Todas essas características, nota-se, estão presentes nos contratos de concessão. E a teoria dos contratos relacionais nos é útil por permitir demarcar esse caráter contratual específico, o que, conforme aqui defendo, é próprio das concessões-delegação. São elas contratos, mas não na acepção dos contratos administrativos típicos (bilaterais comutativos e sinalagmáticos), que poderíamos, trazendo para a teoria, denominar "contratos descontínuos de direito público" (ou ainda "contratos spot"). A diferença é precisamente marcada por Ronaldo Porto Macedo Junior, que, tratando dos "contratos de longa duração", os contrasta com os contratos descontínuos. Para o que aqui trato, dentre as diferenças apontadas pelo autor, convém destacar: (i) a mutabilidade constante dos seus elementos centrais (preço, qualidade, condições de prestação); (ii) o objeto cambiante, o que indica imprevisão quanto ao futuro e forte impacto de contingências; (iii) as cláusulas que estipulam termos não rígidos de relações de troca (ou permuta), mas processos para a cooperação permanente entre as partes; e (iv) o fato de que nos contratos ditos relacionais as relações jurídicas não se atêm a duas partes contrapostas, mas envolvem múltiplos agentes, constituindo "verdadeiras redes de agentes e participantes". Essas diferenças se apresentam nítidas na concessão. [13]

De igual forma, Egon Bockmann defende que a ausência da flexibilidade em contratos de concessão os condena à má prestação do serviço público:

> É certo que o concedente apenas encontrará colaboradores sérios e competentes desde que esteja ciente da necessidade de remuneração adequada. (...). A rentabilidade oriunda de contrato de longo prazo

[13] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 223

> reclama a definição prévia dos riscos e o respeito à equação econômico-financeira, ambos cominados com flexibilidade contratual – esta compreensiva das peculiaridades da avença e da necessidade de sua persistência no tempo.
> (...)
> Desde sua constituição, o contrato de concessão viverá a constante tensão entre o dever de respeito aos termos negociais versus os riscos e incertezas fáticas. Concedente e/ou concessionário rígidos e fechados, incapazes de se adaptar a novas realidades, certamente gerarão a péssima prestação do serviço, com onerosidade para todos os envolvidos (sobretudo os usuários). (...)
> Assim, e se é bem verdade que o *pacta sunt servanda* se presta a dar estabilidade à relação contratual (...), ela não é óbice à adaptação consensual que, dentro da legalidade, traga efetivas vantagens ao contrato, aos serviços prestados e aos usuários.
> A imutabilidade absoluta das relações contratuais, baseada na vontade dos sujeitos contratantes, é própria da construção dogmática do Liberalismo oitocentista - isto não mais existe neste século XXI (assim se espera). As circunstâncias do contrato e sua respectiva base objetiva permitem a manutenção da estabilidade do projeto concessionário ao longo dos anos, adaptando-o às exigências do mundo dos fatos.[14]

E isso é verdade, pois as concessionárias de serviços públicos detêm a obrigação de prestar um serviço adequado, nos termos do art. 6º, da Lei n. 8.987/1995, compreendido como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade das tarifas. Caso os contratos de concessão não fossem flexíveis, seria impossível que as concessionárias conseguissem manter a atualidade de um contrato de concessão ferroviária, após, por exemplo, o transcurso de quase 30 (trinta) anos. Ao cabo, não seria possível se absorver toda a evolução tecnológica, tornando o serviço público obsoleto.

Afora isso, o art. 9º, §4º, da Lei n. 8.987/95 prevê a possibilidade de alterações unilaterais dos contratos de concessão. Confira-se:

> Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

---

[14] MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias e autorizações. Belo Horizonte, 2022, p. 35-36.

> [...]
> § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Em igual sentido, o 2º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Malha Paulista (que foi o instrumento contratual firmado após a prorrogação antecipada) prevê expressamente a possibilidade de a ANTT determinar, inclusive unilateralmente, a realização de investimentos adicionais, mediante reequilíbrio econômico-financeiro:

> 8 Investimentos Adicionais
> 8.1 A ANTT poderá determinar, de forma unilateral, a realização de Investimentos Adicionais, cujas condições e limitações serão estabelecidas em ato específico.
> 8.2 A Concessionária não poderá se opor à realização dos Investimentos Adicionais, sendo-lhe assegurado o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

De forma semelhante, a Cláusula 19.7.1 (iii) do Contrato de Concessão define que poderá ser realizado o acréscimo ou a supressão de obrigações contratuais como forma de reequilíbrio econômico-financeiro:

> 19.7 Meios para o Reequilíbrio
> 19.7.1 Ao final do procedimento indicado na subcláusula 19.6.1, caso o reequilíbrio tenha sido julgado cabível, a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, um ou mais meios para o reequilíbrio que julgar adequados, dentre os seguintes:
> (i) revisão do Valor de Outorga;
> (ii) pagamento direto entre Concessionária e União; e
> (iii) acréscimo ou supressão de obrigações contratuais.

O contrato de concessão também define que haverá o acréscimo à outorga quando houver o atraso, a alteração de prazos ou a supressão de investimentos com prazo determinado, nos termos da Cláusula 1.1.1 (ii):

> 1.1 Definições

> 1.1.1 Para os fins do presente Termo Aditivo, as seguintes definições aplicam-se às respectivas expressões, sem prejuízo de outras aqui estabelecidas:
> (...)
> (ii) Acréscimo à Outorga: valor que será incrementado ao Valor de Outorga, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, em função do atraso, alteração dos prazos, ou supressão dos Investimentos com Prazo Determinado;

Todas essas fontes de direito demonstram a possibilidade de alteração do caderno de obrigações, o que nos leva à conclusão de que a atuação do TCU no caso da SSC da Malha Paulista foi condizente com o direito, não havendo que se falar em soluções heterodoxas[15].

O mesmo se diz para o pagamento do adicional de vantajosidade, que é uma solução que encontra respaldo na experiência regulatória da ANTT. Cita-se, nesse sentido, o 3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Malha Centro-Oeste[16] (firmado com a Concessionária FCA – Ferrovia Centro Atlântica S.A em 29/08/2013), que, ao dispor sobre a devolução de trechos ferroviários integrantes do contrato de concessão, bem como sobre a indenização devida à União Federal, fixou um valor a título de adicional de vantajosidade:

> PARÁGRAFO SEGUNDO - O pagamento da indenização a que se refere o caput pressupõe o acréscimo do valor indenizatório em 15% (quinze por cento) a título de vantagem para o setor público.

Portanto, conclui-se não haver heterodoxia no acordo firmado no âmbito da SSC sobre o contrato de concessão da Malha Paulista.

4.2 Processo da Malha Sul

---

[15] Sobre o tema, destaca-se que Maurício Portugal Ribeiro, Felipe Sane e Eduardo Jordão defendem que a renegociação de contratos de concessão – entendida como "a atividade de alteração formal das regras contratuais. Ela pode ser uma renegociação pontual, ou uma renegociação estrutural, que mude regras tão importantes como preço, distribuição de riscos e regras sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos" – só poderia ocorrer em situações excepcionais, disponível apenas se não for viável resolver o problema com o mero cumprimento das regras e cujo resultado traga benefícios mensuráveis a sociedade. (*ver* PORTUGAL, Maurício; SANDE, Felipe; JORDÃO, Eduardo. Renegociações contratuais sem risco moral ou sistêmico: quais casos admitir no programa de renegociação na SECEX-Consenso do TCU? 2024. Disponível em: https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2024/10/Portugal-Sande-e-Jordao.pdf)
No entanto, entende-se que esse racional não serviria para macular o acordo do caso da SSC Malha, que pautou a discussão sobre a alteração do caderno de obrigações com base justamente nas regras contratuais.

[16] Disponível em: https://www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/ferrovias/concessoes-ferroviarias/ferrovia-centro-atlantica-s-a/contrato-de-concessao-e-aditivos/termo-aditivo-no-03-ao-contrato-de-concessao.pdf/view

O processo de SSC do contrato da Malha Sul (TC 000.855/2023-5) teve como objeto a discussão sobre a inadequação da metodologia de cálculo da indenização devida à União Federal em razão da devolução de trechos ferroviários integrantes de contratos de concessão ferroviária.

No caso concreto, discutiu-se um trecho da concessão que estava há cerca de 10 (dez) anos sem operação, em razão de sua inviabilidade operacional, e, portanto, a concessionária tinha a intenção de realizar a sua devolução, nos termos do art. 15 da Lei 14.273/2021, mediante pagamento de indenização à União Federal. Todavia, defendeu que o regulamento vigente que define a metodologia de cálculo da indenização – a Instrução Normativa/DNIT n. 31/2020 – prevê parâmetros inadequados. Portanto, seria necessário se acordar uma metodologia mais adequada.

Como solução, a CSC manteve a vigência do aludido normativo, mas realizou ajustes técnicos em alguns dos parâmetros para torná-lo mais adequado tecnicamente para a quantificação da indenização devida à União Federal, o que foi referendado pelo TCU pelo Acórdão n. 2514/2023 – Plenário.

De forma pragmática, é possível concluir que a solução trouxe impactos positivos para o setor ferroviário, pois definiu parâmetros para o endereçamento de um trecho ferroviário que estava há anos inutilizado. Além disso, a discussão sobre a inadequação da metodologia de cálculo da indenização para devolução de trechos ferroviários pode extrapolar o caso concreto, uma vez que pode servir de parâmetro para o pleito de devolução de outros trechos ferroviários, e, assim, dar vazão a outras demandas com o mesmo tema.

Sob o ponto de vista jurídico, não há heterodoxia, pois o caso limitou-se a discutir e definir, para o caso concreto, a metodologia do cálculo da indenização devida à União Federal para devolução de trecho ferroviário inoperante. E, considerando que a eventual indenização devida à União Federal se trata de direito patrimonial, é um direito disponível e transacionável.

Com efeito, não se desconhece que muito já se discutiu sobre a viabilidade jurídica da Administração Pública poder firmar acordos, sob a ideia de que os direitos públicos seriam indisponíveis. No entanto, também há muito se conclui que acordos pela Administração Pública são lícitos e legítimos, afinal, são muitas vezes a melhor forma para se atingir o interesse público. Por isso, não há ilegalidade em acordos firmados pelo Poder Público, conforme inclusive já reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal ainda em 2002:

> Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da

> matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.[17]

Ademais, afora todo o histórico normativo que passou a regular e, portanto, viabilizar a celebração de acordos pela Administração Pública, Guerra e Palma são contundentes ao defender que o art. 26 da LINDB passou a ser um reconhecimento formal e geral que a Administração Pública pode transacionar:

> O grande mérito do compromisso previsto no art. 26 da LINDB é superar a dúvida jurídica sobre o permissivo genérico para a Administração Pública transacionar. De modo claro e contundente, a autoridade administrativa poderá firmar compromisso, ou seja, celebrar acordos. [18]

Diante disso, conclui-se não haver heterodoxia no acordo firmado no âmbito da SSC sobre o contrato de concessão da Malha Sul.

4.3 Processo da Malha Sudeste

O processo de SSC do contrato de concessão da Malha Sudeste se prestou a tratar sobre três conflitos: (i) a (in)correção da metodologia de indenização dos ativos não amortizados durante o prazo original do contrato, que foi indenizado à vista, a partir da dedução da outorga paga pela Concessionária para a prorrogação antecipada do contrato de concessão; (ii) a otimização do caderno de obrigações da Concessionária; e (iii) a destinação dos recursos a serem pagos pela Concessionária em razão do eventual acordo firmado entre as partes.

Com relação ao primeiro conflito, urge tecer algumas considerações para a completa compreensão do caso.

O contrato de concessão da malha sudeste foi firmado em 1996 pelo prazo de 30 (trinta) anos. Assim como já descrito acima, os contratos firmados nessa época eram voltados precipuamente à operação ferroviária. Não havia, no contrato, uma lista exaustiva de investimentos obrigatórios a serem realizados durante a vigência contratual, em que pese fossem realizados investimentos para a Concessionária.

Em 2022, o Poder Concedente e a Concessionária da Malha Sudeste firmaram um aditivo contratual em 2022 para prorrogar antecipadamente o contrato de concessão, o qual mudou estruturalmente o contrato de concessão, prevendo, assim como os demais contratos prorrogados antecipadamente no setor ferroviário, um caderno de obrigações.

---

[17] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 253.885/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1ª Turma, julgado em 4 jun. 2002.

[18] GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

Na oportunidade, as partes calcularam qual seria o valor dos investimentos não amortizados pela Concessionária no momento da prorrogação antecipada e o deduziu do valor da outorga que deveria ser pago pela Concessionária ao Poder Público para efetivar a prorrogação antecipada.

Ocorre que, em 2024, o Poder Concedente passou a criticar essa metodologia, sob o argumento de que a Concessionária, em que pese fazer jus à indenização dos ativos não amortizados durante o prazo original da concessão (isso é, antes da prorrogação antecipada), não poderia ter utilizado esse valor para reduzir o valor da outorga paga para o Poder Concedente para firmar a prorrogação antecipada.

Na visão do Poder Concedente, esse valor deveria ser considerado no fluxo de caixa do empreendimento, de forma que fosse pago pelas tarifas cobradas pela Concessionária. Isso porque, considerando que o contrato de concessão não foi extinto, mas, sim, prorrogado antecipadamente, não haveria que se falar no pagamento de indenizações à concessionária.

Por outro lado, a Concessionária defendeu que a metodologia adotada foi juridicamente acertada. Primeiro, porque a prorrogação antecipada alterou substancialmente os termos do contrato, conformando-se uma nova relação contratual – o que justificaria o entendimento da extinção do contrato original. Segundo, porque o processo de prorrogação antecipada teria passado por diversos entes até a sua efetivação, incluindo o TCU, os quais aprovaram a referida metodologia. Assim, rever a metodologia naquele momento traria um cenário de grave insegurança jurídica.

O segundo conflito, assim como foi o objetivo do caso da SSC Malha Paulista, estava na (im)possibilidade e (in)viabilidade de se realizar a otimização do caderno de obrigações firmado quando da prorrogação antecipada, de forma a substituir, excluir e prorrogar investimentos previstos no contrato, mediante reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do Poder Concedente.

Por fim, o terceiro conflito dizia respeito à destinação dos recursos a serem pagos pela Concessionária no bojo do acordo firmado entre as partes. Com efeito, o Poder Concedente tinha o interesse de direcionar esses recursos para investimentos no próprio setor ferroviário, visto que o art. 66, da Lei 14.273/2021, define que os valores não tributários advindos de concessionárias de ferrovias devem ser destinados ao próprio setor ferroviário. No entanto, temiam que se tais recursos fossem direcionados ao Orçamento Geral da União esses recursos poderiam ser utilizados para outros setores, em razão de questões políticas, situação essa que, na prática, reduziria os recursos que seriam direcionados ao setor ferroviário. Por isso, o Poder Concedente pretendia que os recursos pagos pela Concessionária fossem destinados a outro projeto de concessão ferroviária (ainda a ser definido no futuro), por meio da aplicação do instituto do investimento cruzado, previsto no art. 25, §1º, da Lei 13.448/2017, o qual seria operacionalizado por meio de depósitos em uma conta bancária apartada, que seria de titularidade da própria

Concessionária, mas gerenciada pelo Poder Público, e lá ficariam até que o Poder Público deliberasse para qual projeto ferroviário aqueles recursos deveriam ser destinados.

Por outro lado, os membros do TCU não concordaram com a solução do Poder Concedente por dois grandes motivos. Primeiro porque não reputavam legal a solução dos recursos pagos pela Concessionária serem destinados a uma conta apartada, isso porque teriam natureza de recurso público e, por isso, deveriam ser destinados à conta única do Tesouro Nacional. Nesse sentido, apontaram ainda que a jurisprudência do TCU indicava a irregularidade de direcionamento de recursos públicos a contas apartadas da conta única do Tesouro Nacional, e, inclusive, havia um processo pendente de julgamento no TCU, que versa sobre matéria semelhante, qual seja: a regularidade das contas vinculadas no âmbito dos contratos de concessão (TC 008.723/2023-0).

O segundo motivo seria sobre a (in)viabilidade jurídica de uma obrigação de pagar ser considerada um investimento cruzado. Isso porque, o art. 25, §1º da Lei 13.448/2017 não seria claro o suficiente quanto ao tema e, até então, na jurisprudência do TCU, não teria deliberado sobre a viabilidade de se realizar investimento cruzado por meio de obrigação de pagar.

A CSC formada para o caso chegou a um acordo sobre os conflitos no qual se propôs: (i) afastar a discussão sobre a metodologia da indenização da base de ativos não amortizados durante o prazo original da concessão; (ii) alterar o caderno de obrigações, sob o fundamento de que é juridicamente possível alterar o caderno de obrigações de contratos de concessão ferroviária, seja pelo princípio da mutabilidade dos contratos de concessão, seja porque as alterações seriam benéficas ao interesse público; (iii) não deliberar sobre a destinação dos recursos no presente momento;

Em razão das alterações do caderno de obrigações, a CSC quantificou que a Concessionária deveria pagar ao Poder Concedente o valor aproximado de R$ 649 milhões, que foi quantificado de acordo com as metodologias previstas no contrato. Além disso, foi acordado que a Concessionária pagará um montante de R$ 1,9 bilhão ao Poder Público a título de “adicional de vantajosidade”, que, assim como ocorreu no caso da SSC da Malha Paulista, foi conceituado como uma verba negocial para reforçar a vantajosidade do acordo ao interesse público, haja vista a assimetria de informações entre a concessionária e o Poder Público acerca dos dados relativos ao contrato.

Ao analisar o caso, o Plenário do TCU acatou a proposta da CSC em sua integralidade. Durante a sessão do julgamento do caso, houve grande discussão sobre a viabilidade dos pagamentos serem destinados a contas distintas da conta única do Tesouro Nacional, e que, de fato, o TCU precisaria firmar entendimento sobre a matéria.

Paralelamente, também houve importante discussão sobre a viabilidade de um investimento cruzado poder ser realizado por meio de uma obrigação de pagar. Nesse quesito, o Ministro Bruno Dantas exarou voto no sentido de defender a viabilidade da obrigação de fazer poder ser considerada um investimento cruzado, citando que o TCU já teria autorizado solução

análoga no Acórdão 2.032/2011 – Plenário, quando analisou o Edital do Leilão do 5G. No entanto, entendeu que o processo de SSC não deveria ser o objetivo de discussão da matéria, tendo em vista sua natureza de processo de mediação:

> 10. Mais diretamente, este próprio Tribunal, ao analisar o estratégico Edital do Leilão do 5G aprovou um modelo análogo e de maior envergadura. Naquela ocasião, valores que constituiriam receita pública de outorga foram convertidos em compromissos de investimento para expandir a conectividade no país.
> 11. O item 9.3 do Acórdão 2032/2011-TCU-Plenário dirigiu recomendação ao Ministério das Comunicações e à Anatel para que incluíssem compromissos no edital que estabelecessem obrigação de conectar escolas, especialmente por meio da destinação de valores de outorga pela aquisição de lotes da faixa de 26 GHz.
> 12. Em decorrência, o edital previu que os compromissos seriam realizados por meio de aporte de recursos na Entidade Administradora da Conectividade de Escolas (EACE), constituída pelos vencedores dos referidos lotes. Os compromissos seriam definidos pelo Grupo de Acompanhamento do Custeio à Projetos de Conectividade de Escolas (GAPE), formado por representantes da Anatel, Ministério das Comunicações, Ministério da Educação e por um representante de cada uma das proponentes vencedoras da faixa de 26 GHz.
> 13. Assim, de fato, os vencedores não ficaram com o compromisso de fazer, mas com o compromisso de aportar recursos para execução futura dos projetos de conectividade nas escolas.
> 14. Em sede de monitoramento por meio do Acórdão 2082/2023-TCU-Plenário, esta Corte não se opôs à sistemática, e ainda determinou à Secretaria-Geral de Controle Externo deste TCU a criação de processo para avaliar a aplicação dos recursos oriundos do 5G, relacionados às escolas.
> 15. A rejeição do modelo ora em apreciação, após ter sido validado no setor de telecomunicações, seria incorrer em tratamento não isonômico e em contradição com um precedente estratégico desta Corte que privilegiou a eficiência e a finalidade sobre o formalismo orçamentário.
> 16. Ademais, a Solicitação de Solução Consensual não é o foro adequado para fixar uma tese geral sobre a compatibilidade ou incompatibilidade de todo investimento cruzado na modalidade “obrigação de pagar” com as normas de finanças públicas. Uma deliberação dessa magnitude, que

> poderia criar um entendimento vinculante para toda a Administração, deve ocorrer em um processo de controle externo, com contraditório amplo e a participação dos órgãos centrais de governo, de modo a sopesar todas as possíveis repercussões positivas e negativas do modelo.[19]

Sendo esse o caso e as nuances técnico-jurídicas envolvidas, é possível, desde já, verificar uma postura conservadora do TCU no sentido de evitar inovações jurídicas no âmbito dos processos de SSC.

No que se refere ao primeiro conflito – relativo à metodologia da indenização da base de ativos não amortizados no prazo inicial do contrato de concessão – verifica-se que o Tribunal agiu de maneira a prestigiar a segurança jurídica e a jurisprudência do TCU. Com efeito, o TCU manteve a coerência com sua jurisprudência pretérita, que ao analisar as propostas de prorrogação antecipada dos contratos da Malha Paulista, da própria Malha Sudeste e da EFC e EFVM entendeu pela possibilidade de deduzir da outorga a ser paga para a prorrogação antecipada do contrato o valor da base de ativos não amortizados durante o prazo original do contrato de concessão. Caso se adotasse uma postura diferente no caso da SSC da Malha Sudeste, o Tribunal promoveria uma alteração substancial no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo em vista que mudaria premissas econômico-financeiras relevantes da avença, as quais o próprio Tribunal havia concordado em sua análise prévia. Além disso, geraria um risco setorial, uma vez que o Poder Concedente poderia rever a modelagem econômico-financeira de todos os contratos de concessão ferroviária que foram prorrogados antecipadamente, utilizando-se o acórdão da SSC Malha Sudeste como fundamento.

Vale destacar, por fim, que ao deixar de rever a matéria da metodologia da indenização dos ativos não amortizados no prazo original da concessão, o Tribunal agiu em conformidade com a própria Instrução Normativa n. 91/2022, que, em seu art. 5, §1º, I[20], veda que sejam admitidos processos de SSC cujo objeto já tenha sido objeto de decisão de mérito da própria Corte de Contas[21]. Isso porque, ao considerar que o Tribunal já teria aprovado a metodologia de indenização da base de ativos não amortizados no contrato de concessão da Malha Sudeste quando aprovou a prorrogação antecipada do contrato, o Tribunal não poderia admitir uma SSC para rever a matéria.

---

[19] TCU. Acórdão n. 2186/2025 – Plenário, rel. Jorge Oliveira, j. 17/09/2025.

[20] Art. 5º Compete ao Presidente do TCU, após a análise prévia da SecexConsenso, decidir sobre a conveniência e a oportunidade da admissibilidade da solicitação de solução consensual nos termos desta IN, levando em consideração: (...)
§ 1º Não será admitida a solicitação quando:
I - houver decisão de mérito do TCU sobre o objeto da busca de solução consensual;

[21] Há razoável sentido nessa previsão da Instrução Normativa n. 91/2022, visto que, se a SecexConsenso pudesse admitir processos de solução consensual sobre matérias que já foram objetivo de decisão de mérito do TCU, a SSC poderia funcionar como uma espécie de caminho recursal, o que certamente não foi o objetivo do Tribunal quando da criação da Instrução Normativa n. 91/2022.

Já em relação ao segundo conflito – *sobre a possibilidade de se alterar o caderno de obrigações do contrato de concessão* – o Tribunal pautou-se na mutabilidade inerente dos contratos de concessão, que como contratos de longuíssimo prazo, demandam maleabilidade com o objetivo de se manterem atuais, eficientes e capazes de prestar o melhor serviço aos usuários. Sobre o tema, conforme já destacado no âmbito deste trabalho, a solução está em linha com a legislação e doutrina sobre o tema, bem como da própria jurisprudência do TCU, que julgou regular a alteração do caderno de obrigações de contratos de concessão ferroviária no caso da SSC da Malha Paulista.

Por fim, com relação ao terceiro conflito – *direcionamento dos recursos oriundos do acordo firmado na SSC* – verifica-se uma postura ainda mais conservadora por parte do TCU com relação à aderência ao ordenamento jurídico. Com efeito, houve grande preocupação do Tribunal em relação à regra da unicidade de caixa, prevista no art. 164, §3º da Constituição Federal[22], e no art. 56, da Lei 4.320/1964[23], que estabelecem que todas as receitas públicas devem estar, via de regra, em uma única conta, sob pena da instituição de orçamentos paralelos, em prejuízo ao controle da gestão fiscal. Levou-se ainda em consideração que existe no Tribunal um processo específico (TC 008.723/2023-0), pelo qual a Corte de Contas deliberará sobre a legalidade do uso de contas vinculadas no âmbito de contratos de concessão, medida que demonstra o conservadorismo da decisão.

Importante destacar que nem mesmo os argumentos de ordem consequencialistas – como o risco de os recursos não serem destinados ao setor ferroviário – foram suficientes para afastar o conservadorismo do Tribunal, que optou por não deliberar sobre o tema na SSC da Malha Sudeste, medida essa que, mais uma vez, mostra o cuidado do Tribunal com a juridicidade do acordo.

5 CONCLUSÃO

O presente artigo teve por objetivo analisar criticamente os processos de Solicitação de Solução Consensual de Conflitos (SSC) no âmbito do Tribunal de Contas da União, com recorte específico nos contratos de concessão do setor ferroviário, a fim de verificar se tais instrumentos vêm sendo utilizados para a construção de soluções jurídicas heterodoxas, dissociadas do ordenamento jurídico vigente.

A análise dos casos revelou que não há um padrão uniforme nas soluções construídas no âmbito das SSC, sendo possível identificar comportamentos distintos do TCU conforme a natureza do conflito submetido à apreciação consensual.

---

[22] Art. 164 (...)
§ 3º As disponibilidades de caixa da União serão depositadas no banco central; as dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, em instituições financeiras oficiais, ressalvados os casos previstos em lei.

[23] Art. 56. O recolhimento de tôdas as receitas far-se-á em estrita observância ao princípio de unidade de tesouraria, vedada qualquer fragmentação para criação de caixas especiais.

Nos processos da Malha Paulista e da Malha Sudeste, o TCU adotou postura juridicamente ortodoxa, que é ancorada em fundamentos normativos expressos, cláusulas contratuais vigentes e jurisprudência consolidada da própria Corte. Em ambos os casos, a possibilidade de alteração do caderno de obrigações foi reconhecida como decorrência natural da mutabilidade dos contratos de concessão, característica própria de negócios jurídicos de longa duração e indispensável à preservação da atualidade e da eficiência do serviço público. Do mesmo modo, o pagamento do denominado "adicional de vantajosidade" mostrou-se compatível com experiências regulatórias anteriores e com a lógica negocial inerente aos contratos regulados, não configurando inovação jurídica destituída de respaldo normativo. Especificamente no caso da Malha Sudeste, embora houvesse espaço para inovações institucionais relevantes — notadamente quanto à destinação dos recursos financeiros e à operacionalização do investimento cruzado —, o Tribunal optou por uma postura de autocontenção, evitando deliberar sobre teses jurídicas de caráter geral no âmbito de um processo vocacionado à mediação de conflitos específicos. Tal postura reforça a percepção de que o TCU reconhece limites institucionais relevantes ao uso da SSC, preservando a coerência do sistema jurídico e evitando a instrumentalização do consensualismo como via de criação normativa paralela.

No caso da Malha Sul, ao negociar a metodologia de indenização para devolução de trechos ferroviários inoperantes, o TCU também seguiu entendimento coerente com o direito, que autoriza a transação de direitos patrimoniais disponíveis em favor da Administração Pública.

Diante desse panorama, concluiu-se que a SSC no TCU não é, no setor ferroviário, um instrumento de produção de soluções heterodoxas, mas, sim, um painel legítimo para solução de conflitos, cujos efeitos podem destravar demandas para além do setor dos casos concretos que são analisados pelo TCU.

O estudo também demonstra que o consensualismo no âmbito do controle externo pode ser um instrumento valioso de pacificação institucional e de incremento da eficiência administrativa, desde que não seja utilizado como atalho para a superação informal de normas vigentes ou para a substituição dos mecanismos democráticos e procedimentais próprios da produção normativa. Nesse sentido, o desafio que se impõe ao TCU não é abandonar a consensualidade, mas discipliná-la de modo a compatibilizá-la com os pilares do Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Contrato de concessão da Malha Paulista* (1998) e *2º Termo Aditivo* (prorrogação antecipada e caderno de obrigações). [s.l.]: ANTT, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *3º Termo Aditivo ao Contrato de Concessão da Malha Centro-Oeste* (FCA – Ferrovia Centro Atlântica S.A.). [s.l.]: ANTT, 29 ago. 2013.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES (ANTT). *Relatório Anual Circunstanciado de Atividades 2023*. Brasília: ANTT, 2024, p. 47. Disponível em: https://www.gov.br/antt/pt-br/acesso-a-informacao/transparencia-e-prestacao-de-contas/prestacao-de-contas-anuais/2023/relatorio-anual-circunstanciado-de-atividades-2023.pdf)

BINENBOJM, Gustavo. A Consensualidade Administrativa como técnica juridicamente adequada para a gestão eficiente de interesses sociais. Revista do TCU, Brasil, nº 152, p. 16-26, 2023.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BOCKMANN MOREIRA, Egon. *Contratos administrativos e equilíbrio econômico-financeiro*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, RJ, 9 set. 1942.

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 14 fev. 1995.

BRASIL. Lei nº 13.103, de 2 de março de 2015. *Dispõe sobre o exercício da profissão de motorista…* (Lei dos Caminhoneiros). Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 3 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. *Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria…* Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 14.273, de 23 de dezembro de 2021. *Institui o marco legal das ferrovias*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 253.885/MG. Relatora: Min. Ellen Gracie. 1ª Turma, julgado em 4 jun. 2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 91, de 22 de dezembro de 2022. *Dispõe sobre a Solicitação de Solução Consensual de Controvérsias no âmbito do TCU*. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 23 dez. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.032/2011 – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.139/2022 – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 1.797/2023 – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.472/2023 – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão nº 2.082/2023 – Plenário*. Brasília, DF: TCU, 2023.

BRASIL. **O Estado de S. Paulo**. *Solução da BR-163 em Mato Grosso vira case de sucesso*. O Estado de S. Paulo, 22 out. 2023. Disponível em: https://www.estadao.com.br/economia/solucao-da-br-163-em-mato-grosso-vira-case-de-sucesso/?srsltid=AfmBOooDFyF7jYHSkiyg7XlRBQm8iDcNGJhss-FrTzm4xgoAu9aqeHdi.

DANTAS, Bruno**.** *Consensualismo na administração pública e regulação: reflexões para um direito administrativo do século XXI.* Belo Horizonte: Fórum, 2023.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES (DNIT). Instrução Normativa nº 31, de 22 de outubro de 2020. *Dispõe sobre orientações e procedimentos para avaliação técnica de bens que compõem o patrimônio ferroviário do DNIT*. Brasília, DF: DNIT, 2020.

GUERRA, Sérgio; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Art. 26 da LINDB: novo regime jurídico de negociação com a Administração Pública**.** *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 135-169, nov. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das concessões de serviço público: concessões, parcerias e autorizações. Belo Horizonte, 2022.

SOUZA, Andrea Barreto de; AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. *Solução consensual de controvérsias no Tribunal de Contas da União*: natureza jurídica e desafios do instrumento processual criado pela Instrução Normativa nº 91/2022. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – RTCE/SC*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 109-146, nov. 2024/abr. 2025. Disponível em: https://www.tcesc.tc.br/sites/default/files/2025-04/RTCESC_4_Artigo_Solucao_consensual_de_controversias.pdf

PORTUGAL, Maurício; SANDE, Felipe; JORDÃO, Eduardo. Renegociações contratuais sem risco moral ou sistêmico: quais casos admitir no programa de renegociação na SECEX-Consenso do TCU? 2024. Disponível em: https://ronnycharles.com.br/wp-content/uploads/2024/10/Portugal-Sande-e-Jordao.pdf)

PARTE 2

ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arbitragem, Provas e Medidas de Urgência

O DESTINO DAS LIMINARES JUDICIAIS NAS ARBITRAGENS DE CONCESSÕES RODOVIÁRIAS DA ANTT

André Cúrcio[1]

RESUMO

O artigo examina o destino de tutelas de urgência concedidas pelo Poder Judiciário antes da constituição do tribunal arbitral em controvérsias oriundas de contratos de concessão rodoviária regulados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). À luz da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996, arts. 22-A e 22-B), investiga-se a ocorrência de medidas judiciais pré-arbitrais e o modo como os tribunais arbitrais posteriormente as mantiveram, modificaram ou revogaram.

A pesquisa mapeia dez arbitragens envolvendo concessões rodoviárias da ANTT. Os resultados apontam que, em sete dos dez casos, foram concedidas liminares judiciais pré-arbitrais e que, na maioria dessas hipóteses, os tribunais arbitrais mantiveram as medidas, total ou parcialmente, ou ampliaram seus efeitos. Conclui-se que há convergência relevante entre Judiciário e tribunais arbitrais na fase de tutela de urgência, explicada, em grande medida, por critérios comuns de avaliação (fumus boni iuris, periculum in mora e reversibilidade) e pela preocupação com a continuidade do serviço público.

Palavras-chave: *arbitragem; ANTT; concessões rodoviárias; tutelas cautelares e de urgência; liminares.*

1. INTRODUÇÃO

As arbitragens envolvendo concessões rodoviárias realizadas pela Agência Nacional de Transportes Terrestre ("ANTT") são alternativas à resolução de conflitos por meio do Poder Judiciário. Desde 2017, com a Lei nº 143.448/17, está evidente a possibilidade do uso das arbitragens em concessões rodoviárias. Antes disso, havia dúvidas quanto a essa possibilidade, mas o art. 31 da Lei nº 143.448/17 estabeleceu que controvérsias envolvendo direitos patrimoniais disponíveis em contratos de concessão podem ser submetidos a arbitragens.

---

[1]Advogado na área de Comércio Exterior e Aduaneiro no Barral Parente Pinheiro Advogados. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UNB) e com experiência em Direito Concorrencial e Compliance. Mestrando em Direito na Universidade de Brasília (UnB).

A criação dessa possibilidade de utilizar a arbitragem como uma forma de resolução de disputas envolvendo as concessões rodoviárias traz expectativas de que as resoluções sejam cada vez mais rápidas, eficientes e eficazes. Nesse sentido, uma característica que se sobressai nas arbitragens é a possibilidade de escolha de árbitros especialistas na matéria conflituosa, de forma a afastar a análise por um judiciário muitas vezes generalista ou dedicado a outras matérias mais recorrentes no seu dia a dia.

Entretanto, esse objetivo de afastar o poder judiciário das discussões das arbitragens não é completamente possível, tendo em vista a possibilidade de que medidas cautelares e urgentes sejam solicitadas perante o poder judiciário até que se instale a arbitragem, conforme está disposto na Lei nº 9.307/96 ("Lei de Arbitragem"), em seus arts. 22-A e 22-B. Tais dispositivos legais estabelecem que as partes podem recorrer ao judiciário para medidas cautelares ou de urgência, as quais serão posteriormente mantidas, modificadas ou revogadas pelos árbitros.

Cabe ressaltar que após o início da arbitragem, outras medidas cautelares ou de urgência que se façam necessárias devem ser pleiteadas aos próprios árbitros, ou seja, o poder judiciário sai completamente de cena.

Considerando, portanto, esse cenário de escolha da arbitragem com o objetivo de que a análise do tema seja realizada de forma profunda e por especialistas no tema, surge a pergunta que este artigo visa resolver: nos casos de arbitragem envolvendo a ANTT, houve casos em que foram aplicadas medidas judiciais liminarmente até que fosse instalada a arbitragem? Se sim, o tribunal arbitral concordou com o mérito das liminares judiciais?

Com essa pergunta tem-se por objetivo entender se os tribunais arbitrais têm divergido ou acompanhado as medidas cautelares ou de urgência concedidas pelo poder judiciário. Nesse sentido, entende que a decisão de manter, modificar ou revogar a decisão judicial é um indicativo para medir o grau de diferenciação entre a especialização dos árbitros e dos juízes.

Ou seja, partindo-se do pressuposto que nas arbitragens os árbitros tendem a ser especialistas no tema, se as decisões judiciais forem pouco modificadas poderemos concluir que os juízes estão em linha com aquilo que é decidido nas arbitragens, por outro lado, se as decisões forem revogadas ou modificadas profundamente, poderemos concluir que a especialização da arbitragem realmente é um diferencial.

Entendemos que essa comparação é possível tendo em vista um dos requisitos para a concessão das medidas cautelares ou de urgência: a probabilidade do direito. Isso porque nas arbitragens a análise das medidas se dará exatamente sobre o mérito da medida, qual seja a probabilidade do direito, de forma que poderemos visualizar as diferenças de interpretações entre o poder judiciário e os árbitros.

Então, a hipótese a ser testada é de que a maioria dos casos de arbitragens em concessões rodoviárias teve medidas judiciais liminares, contudo, a análise pelos tribunais arbitrais afastou em sua maioria a aplicação dessas liminares, tendo em vista que o tribunal teve um entendimento contrário ao do poder judiciário. Isso indica que a especialização decorrente da escolha dos árbitros é um atributo presente nas arbitragens de concessões rodoviárias da ANTT, tendo em vista que modificaram decisões de varas judiciais não especializadas em concessões rodoviárias.

Para tentar responder à pergunta e validar a hipótese, este artigo irá analisar as arbitragens de concessões rodoviárias envolvendo a ANTT. Como mencionado acima, as arbitragens são possíveis em tais contratos e, além disso, há obrigatoriedade de que as decisões em tais arbitragens sejam publicizadas, tendo em vista envolver entes públicos.

Assim, esta pesquisa irá analisar os 10 (dez) casos de arbitragens publicizados no site oficial da ANTT[1] para verificar se foram concedidas medidas judiciais liminares em tais casos e se tais medidas foram mantidas, modificadas ou revogadas pelos árbitros.

Para isso, o artigo está dividido da seguinte forma: (i) esta introdução; (ii) análise sobre medidas judiciais liminares em arbitragens; (iii) metodologia e resultados; (iv) análises e ponderações sobre os dados colhidos; e (v) conclusão.

2. MEDIDAS JUDICIAIS CAUTELARES OU DE URGÊNCIA EM ARBITRAGENS

Como mencionado na Introdução, a Lei de Arbitragem permite que medidas cautelares e de urgências sejam concedidas pelo poder judiciário até que a arbitragem seja instituída. Nesse sentido, Neves e Lopes[2] explicam que antes da criação dos arts.

22-A e 22-B da Lei de Arbitragem, as medidas cautelares envolvendo arbitragens eram regulamentadas pelo art. 22, §4º, que dizia:

---

[2]2 Disponível em: https://portal.antt.gov.br/arbitragem. Acesso em 10/12/2025

[1]NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas cautelares em arbitragem. IN:

Art. 22. [...] § 4.º Ressalvado o disposto no § 2.º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

Neves e Lopes explicam que esse dispositivo legal trouxe diversos debates doutrinários e jurisprudenciais em que se questionava se árbitros poderiam impor cautelares ou se deveriam solicitá-las ao poder judiciário. Os autores indicam que apesar das divergências, o entendimento dominante, bem como o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça ("STJ")[4] já permitiam aos árbitros a imposição de medidas acautelatórias, bem como entendiam que o poder judiciário teria a competência para conceder medidas liminares até a instauração da arbitragem.

Isso deixa claro que apesar da mudança da Lei de Arbitragem pela Lei nº 13.129/2015, o entendimento majoritário já era no mesmo sentido estabelecido pelas alterações feitas na lei.

As mudanças na Lei de Arbitragem foram temporalmente próximas à criação do Novo Código de Processo Civil. Tendo isso em mente, Fichtner e Monteiro[5] compreendem que não há como "negar que existe uma interação entre o sistema arbitral e o sistema processual da sede da arbitragem",[6] de forma que a interação seria "mais perceptível seja no trato das medidas urgentes na arbitragem.".[7]

Tais autores então traçam comparações entre as medidas liminares judiciais e as medidas liminares nas arbitragens, de forma que ressaltaremos alguns dos pontos por eles levantados. O primeiro desses pontos é o entendimento de que na arbitragem as tutelas provisórias também têm que observar o fumus boni iuris e o periculum in mora, pois são requisitos baseados no direito processual brasileiro, não apenas no Código de Processo Civil. Nesse sentido, entendemos que essa ponderação serve não apenas aos casos em que o próprio tribunal arbitral estabelece uma medida cautelar ou de urgência, mas também nos casos em que o tribunal precisa analisar se irá manter, revogar ou modificar a medida concedida pelo poder judiciário. Isso porque, ao final, a análise a ser realizada sobre uma medida judicial é muito semelhante (se não for igual) à uma análise para a concessão de uma medida nova.

CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz - 1ª Edição 2017. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. E-book. p.441. ISBN 9788597013276.
[4]REsp 1325847/AP
[5]FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. IN: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz - 1ª Edição 2017. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. E-book. p.462. ISBN 9788597013276.
[6]Idem, p. 464
[7]Idem, p. 464

Um segundo ponto apresentado pelos autores e que é interessante para as nossas discussões é o entendimento deles de que a análise de medidas liminares deve levar em conta a irreversibilidade da medida como um requisito negativo.

Assim, como no ponto anterior, Fichtner e Monteiro entendem que esse requisito não decorre do Código de Processo Civil, "mas sim porque integra a própria natureza da tutela provisória, tal como entendida no Direito processual brasileiro".[8] Os autores ainda ressaltam que em casos de conflito de irreversibilidades fáticas, os árbitros devem realizar um exercício de ponderação e proporcionalidade em busca do menor impacto negativo da medida.

Um terceiro ponto levantado pelos autores é que na análise pelo tribunal arbitral das medidas judiciais concedidas antes da instauração das arbitragens, o juízo a ser feito pelos árbitros não depende de alterações no mundo fático, probatório ou jurídico. Ou seja, o que os autores querem transmitir é que a disposição legal de que os árbitros devem manter, modificar ou revogar as medidas liminares concedidas pelo poder judiciário ela deve ser cumprida independentemente da ocorrência de fatos novos, os árbitros têm o dever de analisar a medida concedida na justiça mesmo que analise os mesmos fatos e provas apresentados.

Nesse sentido, os autores ainda reforçam que o texto da Lei de Arbitragem estabelece que a tutela provisória concedida pelo poder judiciário somente permanece eficaz se o tribunal arbitral manifestamente expressar uma decisão nesse sentido. Como mencionado pelos autores, a mera instituição da arbitragem não garante a continuidade da eficácia da medida judicial.

Tendo esses pontos em mente, sigamos à explicação da metodologia utilizada nesta pesquisa, bem como para a análise dos casos em que houve medidas liminares concedidas pelo poder judiciário.

3. METODOLOGIA E RESULTADOS

Como indicado anteriormente, este artigo tem por objetivo analisar as arbitragens de concessões rodoviárias da ANTT que analisaram medidas cautelares ou de urgência concedidas pelo poder judiciário.

Logo, o acesso às decisões de tais arbitragens é fundamental. Para isso, nos valemos do site oficial da ANTT que conta com uma página dedicada para as arbitragens[9] que envolvem a agência. Conforme dados disponibilizados em tal página, a ANTT tem participação em 10 (dez) arbitragens envolvendo concessões rodoviárias, sendo que 2 (duas) já foram finalizadas e outras 8 (oito) estão em curso.

---

[8]Idem, p. 477
[9]Disponível em: https://portal.antt.gov.br/arbitragem. Acesso em 10/12/2025
[10]Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb/casos-em-andamento Acesso em 11/12/2025

A partir das informações disponibilizadas pela ANTT nesta página foi possível acessar as páginas relativas a cada uma das arbitragens. Cabe ressaltar que a Resolução nº 5.845/2019 da ANTT estabelece em seu art. 22 que as decisões arbitrais envolvendo a ANTT devem ser públicas e de livre acesso, devendo ser disponibilizadas no site da ANTT. De forma semelhante, também utilizamos dos documentos disponibilizados publicamente no site da Advocacia Geral da União ("AGU") que tratam das arbitragens em andamento.[10]

Com esses acessos facilitados pela Resolução nº 5.845/2019 e pelo site da AGU, analisamos as decisões já proferidas nas arbitragens e mapeamos em quais casos houve a concessão de medidas liminares pelo poder judiciário. O resultado encontrado foi o seguinte: 7 (sete) casos tiveram medidas liminares concedidas pelo poder judiciário, e 3 (três) casos sem medidas judiciais (um dos casos teve o uso de árbitro de emergência).

Na análise dessas medidas concedidas pelo poder judiciário, os tribunais arbitrais chegaram a diversas conclusões. Nesse sentido, dos 7 (sete) casos em que houve liminares, em 3 (três) houve manutenção total ou parcial da liminar, em 2 (duas) houve modificação da liminar com o objetivo de ampliá-la, em 1 (uma) houve revogação da liminar e em 1 (uma) não tivemos acesso às decisões da arbitragem.

Segue tabela que indica os resultados:

PARTES	PROCESSO ARBITRAL	STATUS	DECISÃO DO TRIBUNAL
MGO (atual ECO 050) x ANTT	23238/2017/GSS/PFF	EM CURSO	Sem liminar
GALVÃO x ANTT & UNIÃO	23433/2018/GSS/PFF	EM CURSO	Sem liminar
VIA 040 x ANTT	23932/2018/GSS/PFF	EM CURSO	Manutenção da liminar
CONCEBRA x ANTT	24595/2019/PFF	EM CURSO	Manutenção parcial da liminar
VIABAHIA x ANTT	64/2019/SEC7	EM CURSO	Revogação da liminar
MS-VIA x ANTT & UNIÃO	24957/2019/PFF	EM CURSO	Modificação (ampliação) da liminar
AUTOPISTA LITORAL x ANTT	26437/2021/PFF	EM CURSO	Sem liminar
CONCEBRA x ANTT	28225/2023/PFF	EM CURSO	Sem acesso aos autos
ROTA DO OESTE X ANTT	23960/2018/GSS/PFF	ARQUIVADA	Manutenção parcial da liminar
VIA 040 x ANTT	25572/2020/PFF	ARQUIVADA	Modificação (ampliação) da liminar

A seguir vamos analisar de forma breve cada um dos casos de arbitragens que tiveram medidas judiciais concedidas antes da instauração da arbitragem.

3.1. VIA 040 x ANTT - Caso 23932/2018/GSS/PFF

A Ordem Processual nº 3[11] dessa arbitragem relata que a disputa envolvendo a Via 040 e a ANTT envolveu uma decisão da ANTT de reduzir a Tarifa Básica do Pedágio em R$ 0,20. Após a decisão da ANTT, a Via 040 ingressou com ação cautelar solicitando (i) manutenção da condição tarifária; (ii) inaplicabilidade de penalidades contratuais; e (iii) não imposição de obrigações atreladas aos investimentos previstos no contrato de concessão. A medida liminar foi integralmente deferida pelo Juízo Federal.[12]

O documento ainda relata que a ANTT insistiu em implementar a redução das tarifas, de forma que a Via 040 protocolou outro pedido de tutela cautelar incidental solicitando: (i) manutenção da liminar judicial; (ii) imposição de multa diária por descumprimento; e (iii) condenação da ANTT por litigância de má-fé.

Iniciada a arbitragem, a ANTT solicitou a revogação da liminar, requerendo: (i) possibilidade de redução da base tarifária; (ii) possibilidade de fiscalização da execução do contrato e aplicação de penalidades contratuais e administrativas; e (iii) possibilidade de exigir as obrigações relacionadas a investimentos não realizados pela Via 040.

O tribunal arbitral decidiu por manter a medida cautelar, tendo em vista que a sua revogação levaria a maiores riscos ao interesse público por maior probabilidade de deterioração do serviço público e de cessação da prestação do serviço. O entendimento do tribunal arbitral é de que as premissas básicas da medida cautelar continuavam presentes e, por isso, deveria ser mantida.

Nesse sentido, os árbitros analisaram a possibilidade de reversibilidade da medida e entenderam que a redução das tarifas poderia implicar em piora ou paralisação da prestação dos serviços, enquanto a manutenção da medida levaria apenas ao enriquecimento da Via 040 pela manutenção da tarifa. O entendimento dos árbitros é que o enriquecimento da Via 040 seria passível de reversibilidade em decorrência de eventuais pedidos de perdas e danos, enquanto eventual paralisação dos serviços seria de difícil reparação e recairia sobre os usuários.

Acerca da suspensão pelo Juízo Federal da aplicabilidade de penalidades contratuais, sem prejuízo do poder de fiscalização, o tribunal arbitral entendeu que as penalidades não poderiam ser aplicadas. O tribunal arbitral indicou que por haver dúvida razoável a ser debatida acerca da interpretação do contrato e da sua execução, as penalidades unilaterais não poderiam ser aplicadas no momento.

---

[11]TRIBUNAL ARBITRAL (Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI). Ordem procedimental n. 3: Procedimento arbitral n. 23932/GSS/PFF (Concessionária BR-040 S.A. v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Brasília, DF, 7 jan. 2020.

[12]Ação Cautelar em Caráter Antecedente de nº 1014300-37.2018.4.01.3400

Por fim, quanto à não imposição de obrigações atreladas aos investimentos do contrato de concessão, o tribunal arbitral seguiu a mesma análise realizada para as determinações anteriores e considerou a reversibilidade e a necessidade de correta análise para que a modificação da situação fática possa ocorrer. Assim, o tribunal arbitral indicou que impor a realização de investimentos poderia gerar a paralisação das atividades da Concessionária, mas que isso não permitia que ela deixasse de prestar os serviços de forma eficiente.

3.2. CONCEBRA x ANTT - Caso 24595/2019/PFF

A medida cautelar impôs que a ANTT: (i) não poderia aplicar penalidades contratuais, incluindo caducidade; (ii) não poderia exigir investimentos; e (iii) não poderia promover a redução de tarifas. [13]

O tribunal arbitral analisou a medida na Ordem Processual nº 3.[14] O documento, ao relatar a decisão liminar, deixou evidente que a questão em disputa se refere à resolução de um desequilíbrio econômico-financeiro decorrente da crise econômica de 2014 e da restrição de linhas de crédito que eram oferecidas previamente à licitação, o que reduziu o tráfego nas rodovias.

A análise feita pelo tribunal arbitral seguiu os requisitos das medidas cautelares e analisou o *fumus boni iuris e o periculum in mora*. Quanto ao fumus boni iuris, o tribunal arbitral relatou que a medida judicial considerou a inobservância do princípio da confiança legítima (em decorrência da frustração do financiamento), que provocou o desequilíbrio, bem como considerou que a ANTT não apreciou propostas da CONCEBRA de revisão do contrato de concessão, o que resultou na quebra contratual. Além disso, o tribunal indicou que a ANTT não contestou o impacto da frustração do financiamento sobre o contrato, mas apenas a responsabilidade por tal onerosidade, à luz da matriz de risco do contrato.

O entendimento do tribunal arbitral foi de que a CONCEBRA apresentou elementos que seriam capazes de apontar a verossimilhança na alegação de que as obrigações da concessão se tornaram excessivamente onerosas, em decorrência do fim do financiamento. Nesse sentido, o tribunal ressaltou que na análise da medida judicial não cabe aprofundar no mérito sobre qual o tamanho do impacto da frustração do financiamento sobre o contrato.

O tribunal indicou que até que fosse realizada a análise aprofundada sobre o impacto da onerosidade sobre o contrato e a responsabilidade por tal onerosidade, dever-se-ia preservar a concessão e garantir o resultado útil da arbitragem. Com isso, concluiu que havia fumus boni iuris parcial, para manter a decisão liminar do poder judiciário.

Quanto ao *periculum in mora*, o tribunal entendeu que ele está presente, pois a decisão judicial foi capaz de impedir a instauração de processo administrativo para decretação da caducidade da concessão. Nesse sentido, o tribunal foi claro ao indicar que é necessário impedir a caducidade enquanto o litígio estiver em curso, para evitar danos à CONCEBRA e aos usuários.

---

[13]Medida cautelar antecedente nº 1014379-79.2019.4.01.3400

[14]CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Ordem processual n. 03: Procedimento Arbitral n. 24595/PFF (Concessionária das Rodovias Centrais do Brasil S.A. – CONCEBRA vs. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Brasília, DF, 17 jun. 2020. 60 p.

Além disso, o tribunal entendeu que deveria manter a liminar para impedir a obrigação de investimentos e eventuais penalidades ligadas a isso, tendo em vista o risco de agravamento da situação financeira da CONCEBRA, contudo, deixou expresso que outras sanções não relacionadas a investimentos ainda seriam possíveis.

Por último, o tribunal entendeu que a redução da tarifa não seria capaz de prejudicar a CONCEBRA de forma a comprometer a viabilidade da concessão. No entendimento do tribunal, a redução tarifária se restringe a uma questão patrimonial que não traz consequências irreversíveis, tendo em vista que a redução poderia ser considerada para fins de reequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

Ao final o tribunal arbitral optou por modificar a decisão liminar, da seguinte forma:

- Manter a determinação de que a ANTT não instaure processo de caducidade;
- Manter a determinação de que a ANTT não exija investimentos de ampliação de rodovias, bem como não imponha sanções ligadas a esses investimentos;
- Esclarecer que os demais investimentos do contrato de concessão não estão abrangidos por essa determinação; esclarecer que a ANTT pode aplicar sanções relacionadas a inadimplemento de outras obrigações contratuais; e
- Revogar o impedimento de que a ANTT proceda com a redução das tarifas objeto da concessão.

3.3. VIABAHIA x ANTT - Caso 64/2019/SEC7

O caso da arbitragem envolvendo a Via Bahia e a ANTT envolveu uma medida judicial concedida no âmbito da Ação Cautelar Pré-arbitral nº 1023220- 63.2019.4.01.34000. Assim como no caso anterior, a situação controvertida decorreu da incapacidade da Concessionária de realizar os investimentos acordados na concessão, em decorrência da crise de 2014 e da mudança na política de financiamento do Banco Nacional de Desenvolvimento ("BNDES") que inviabilizou o planejamento financeiro da concessionária.

De acordo com o relatado na Ordem Processual nº 5[15] desta arbitragem, a ANTT não analisou o pedido de revisão quinquenal que estava previsto no contrato de concessão. Considerando isso, o poder judiciário concedeu medida liminar para garantir o uso das mesmas bases econômico-financeiras (sem redução da tarifa), bem como garantir abstenção de aplicação de penalidades relacionadas a investimento (incluindo caducidade) e garantir a não imposição de obrigações de investimentos. Um ponto interessante é que o poder judiciário condicionou a medida até que o conflito fosse apreciado pela arbitragem e/ou que ocorresse a revisão contratual quinquenal.

O tribunal arbitral ao analisar a medida judicial que foi concedida pelo poder judiciário chegou à conclusão de que ela não deveria ser mantida. O tribunal entendeu que as provas apresentadas pela Via Bahia não permitiam concluir que ela teria sofrido consequências da crise econômica de 2014, i.e., não havia indício de queda de receita decorrente da menor quantidade de tráfego na rodovia e as negativas de crédito do BNDES indicavam que a não concessão de empréstimos era decorrente da não realização de obras.

---

[15]CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Ordem processual n. 5. Procedimento Arbitral n. 64/2019/SEC7 (VIABAHIA Concessionária de Rodovias S.A. v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT).

Ainda, o tribunal indicou que a redução do tráfego e o não financiamento não poderiam ser considerados na revisão quinquenal do contrato de concessão. Por fim, o tribunal entendeu que não houve demonstração ou forte indício de que a não realização da revisão quinquenal afetou a totalidade das obrigações de investimentos, bem como entendeu que a medida liminar geraria periculum in mora inverso.

3.4. MS-VIA x ANTT & UNIÃO - Caso 24957/2019/PFF

Na arbitragem envolvendo a MS-Via e a ANTT, o tribunal arbitral analisou a liminar concedida na Tutela Cautelar Antecedente nº 1039786-87.2019.4.01.3400. A Ordem Processual nº 4[16] desta arbitragem analisou e decidiu por manter a tutela cautelar concedida pelo poder judiciário.

Conforme relatado na Ordem Processual nº 4, a decisão cautelar concluiu que havia desequilíbrio contratual incontroverso e que houve inércia da ANTT na análise de pleito de reequilíbrio contratual, bem como a redução da Tarifa Básica de Pedágio ("TBP") realizada pela ANTT levaria a redução do faturamento da MS-Via. Por esses motivos, o poder judiciário concedeu a medida cautelar para suspender a Decisão da ANTT de redução da TBP até que o desequilíbrio contratual fosse apreciado em sede de arbitragem.

O tribunal arbitral indicou que além do fumus boni iuris e do periculum in mora ele também deveria analisar a irreversibilidade da medida cautelar. Considerando isso, o tribunal arbitral entendeu que havia relação entre a decisão da ANTT de reduzir a TBP e a situação de desequilíbrio contratual, de forma que a redução da TBP poderia trazer prejuízos aos serviços prestados a ponto de inviabilizar a prestação do serviço público. Ainda, o tribunal arbitral indicou que eventual enriquecimento indevido da concessionária decorrente da suspensão da redução do TBP poderia ser abatido em eventual reequilíbrio do contrato.

Um ponto interessante é que a MS-Via solicitou que a tutela cautelar não fosse apenas mantida, mas que também fosse ampliada para suspender a exigibilidade de penalidades impostas pela ANTT e impedir a aplicação de novas penalidades. Quanto a isso, o tribunal arbitral acatou apenas o pedido para suspender a exigibilidade das penalidades, tendo em vista a reversibilidade e a existência de seguro-garantia. Em relação a impedir a aplicação de novas penalidades, o tribunal arbitral entendeu que o poder de fiscalização é um direito indisponível e não ampliou o efeito da tutela nesse sentido.

3.5. CONCEBRA x ANTT - Caso 28225/2023/PFF

O caso foi objeto de medida liminar no âmbito da Ação Cautelar Pré-arbitral nº 1099117-58.2023.4.01.3400. Contudo, não identificamos decisões envolvendo esta arbitragem de forma pública no site da ANTT e da AGU, de forma que restou prejudicada a nossa análise para este caso em específico.

Brasília, DF, 1 jun. 2020. 37 p.

[1]TRIBUNAL ARBITRAL (Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI). Ordem procedimental n. 4: Procedimento Arbitral n. 24957/GSS/PFF (Concessionária de Rodovia Sul-Matogrossense S.A. – MSVIA v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; União Federal). Brasília, DF, 22 abr. 2021. 46 p.

3.6. ROTA DO OESTE X ANTT - Caso 23960/2018/GSS/PFF

No caso da disputa envolvendo a Rota do Oeste e a ANTT, foi concedida uma medida judicial liminar no âmbito do Agravo de Instrumento em Medida Cautelar Pré-Arbitral de n.º 1019784-14.2019.4.01.0000. Tal medida liminar determinou que a ANTT deixasse de cominar e exigir penalidades contratuais ou impor descontos tarifários à Rota do Oeste, de forma a manter as condições tarifárias vigentes.

Quanto a essa medida, em um primeiro momento o tribunal arbitral decidiu por extingui-la em face da União, que fez parte dos primeiros momentos da arbitragem, mas que posteriormente foi excluída de todo o procedimento. Com isso, a medida judicial passou a viger apenas em relação à Rota do Oeste e a ANTT. Essa exclusão da União do polo passivo da arbitragem e, consequentemente, da medida cautelar resultaram na modificação da Ata de Missão da arbitragem.[17]

Após isso, na Ordem Processual nº 6,[2] o tribunal arbitral passou a analisar se manteria, revogaria ou modificaria a medida liminar concedida pelo poder judiciário. A análise do tribunal acerca da medida liminar girou em torno da presença ou não do periculum in mora e do fumus boni iuris nos treze pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro feitos pela Rota do Oeste. A conclusão que o tribunal alcançou é de que 8 (oito) pleitos preenchiam os requisitos de fumus boni iuris e que haveria periculum in mora caso fosse revogada a tutela, tendo em vista a inviabilidade financeira em virtude da declaração de caducidade do contrato de concessão.

Portanto, o tribunal manteve parcialmente a medida liminar concedida pelo poder judiciário, de forma a impedir os descontos tarifários e aplicação de penalidades (incluindo caducidade) pela ANTT.

3.7. VIA 040 x ANTT - Caso 25572/2020/PFF

O último caso refere-se a outra arbitragem envolvendo a Via 040 e a ANTT, na qual houve a concessão de medida liminar pelo poder judiciário na Ação Cautelar Pré-arbitral nº 1052780-16.2020.4.01.3400. Nesse caso em particular, as informações disponibilizadas no site da ANTT e da AGU não trazem grandes informações sobre a medida judicial e sobre análise feita pelo tribunal arbitral acerca da medida liminar concedida pelo poder judiciário, se restringindo a apontar o dispositivo da decisão tomada na arbitragem.

Isso dificulta em parte a análise, mas não impede o entendimento da opção feita pelo tribunal arbitral acerca da manutenção, revogação ou modificação da medida judicial.

Tendo isso em mente, a Ata de Missão desta arbitragem tem algumas passagens em que faz referência à medida, de forma que podemos destacar que a medida liminar suspendeu a exigibilidade de multas aplicadas em processos administrativos conduzidos pela ANTT em face da Via 040, por supostos descumprimentos do contrato de concessão.

---

17 CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Corte Internacional de Arbitragem. Ordem processual n. 3: Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF (Rota do Oeste – Concessionária Rota do Oeste S.A. v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Brasília, DF, 13 jan. 2020. 3 p.

18 CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Corte Internacional de Arbitragem. Ordem processual n. 6: Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF (Rota do Oeste – Concessionária Rota do Oeste S.A. v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Brasília, DF, 11 maio 2020. 146 p.

Como mencionado acima, em decorrência da ausência da análise feita pelo tribunal arbitral, nos restringimos a analisar o dispositivo da decisão apresentado na Sentença Arbitral Final.[1] Conforme tal dispositivo, o tribunal arbitral decidiu confirmar a medida judicial, bem como estendê-la para outro processo administrativo correlato, ainda, impediu que a ANTT incluísse a Via 040 no CADIN e determinou que a Via 040 comprovasse o cumprimento de determinadas obrigações.

4. PONDERAÇÕES ACERCA DOS DADOS APRESENTADOS

Feitas as análises casuísticas acerca das arbitragens com medidas judiciais concedidas antes da instauração da arbitragem, cabe agora realizar algumas breves ponderações acerca dos dados e informações coletadas.

O primeiro ponto a se ressaltar é que há considerável semelhança entre os casos analisados. Em geral, eles versam sobre disputas em que as concessionárias estão contestando a redução de tarifas de seus pedágios pela ANTT, bem como solicitando o reequilíbrio econômico dos contratos e a paralisação de penalidades, em especial da penalidade de caducidade.

Em sua maioria, as concessionárias utilizaram-se de argumentos como a crise do COVID, a crise econômica de 2014 e a redução de acesso a financiamento do BNDES (decorrente da crise de 2014) para justificar eventuais atrasos em seus investimentos e as solicitações de reequilíbrios econômico-financeiros das concessões.

Tendo isso em mente, um ponto que ficou claro nas decisões dos tribunais arbitrais em relação às medidas judiciais é de que os árbitros priorizam a continuidade da prestação dos serviços, em detrimento de medidas que possam favorecer a ANTT. Nesse sentido, algo que ficou claro ao ler as decisões arbitrais é de que os árbitros ponderaram diversas vezes a reversibilidade entre o enriquecimento do concessionário e a continuidade da prestação dos serviços públicos aos usuários.

Nesses casos as arbitragens foram claras ao indicar que era preferível que se impedisse a redução das tarifas de pedágio e a aplicação de multas ou caducidade contra as concessionárias até que se chegasse a uma decisão final pela arbitragem, do que se permitisse que as concessionárias sofressem penalidades a ponto de impedir suas atividades e inviabilizar a prestação dos serviços. A fundamentação apresentada pelos árbitros para esse ponto é de que era necessário garantir a utilidade do procedimento arbitral.

Como indicado, os árbitros deixam claro que a escolha por não reduzir as tarifas e não aplicar sanções contra as concessionárias é preferível pois se tratam de questões patrimoniais que poderiam ser resolvidas de forma mais fácil do que o fim da prestação de serviço aos usuários. Nos termos dos árbitros, essas questões patrimoniais poderiam ser objeto de compensações posteriores no âmbito de discussões envolvendo o reequilíbrio dos contratos de concessão. Isso mais uma vez reforça a análise feita pelos árbitros acerca da reversibilidade das decisões liminares.

Esse tema da reversibilidade é outro ponto interessante, pois alguns juízes o mencionaram expressamente e outros não.

---

[1]CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI. Sentença arbitral final: Arbitragem CCI 25572/PFF/RLS (Concessionária BR-040 S.A. c/ Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT). Brasília, DF, 16 maio 2023.

Apesar da reversibilidade não ser um dos requisitos para concessão de tutelas cautelares ou de urgência, ela funciona como uma forma de ponderar se determinada decisão cautelar deve ser tomada. Nesses casos, ela busca impedir que a decisão cautelar ponha fim ao processo, ou seja, ela busca garantir o resultado útil da arbitragem.

Nesse ponto ainda, deve-se ressaltar algo que foi indicado no caso MS-VIA x ANTT & UNIÃO (Caso 24957/2019/PFF), em que os árbitros foram expressos em mencionar que as normas de processo civil não se aplicam à arbitragem, mas que a teoria geral do processo deve ser observada. Assim, o tribunal concluiu que apesar da reversibilidade não ser um requisito legal para a concessão de tutelas liminares, ela deveria ser observada na análise de manutenção, revogação ou modificação pelos árbitros.

Por fim, uma última ponderação diz respeito aos vários impedimentos de que a ANTT aplicasse a penalidade de caducidade das concessões enquanto durasse a arbitragem. A pena de caducidade "é medida extrema que importa no encerramento prematuro do contrato de concessão motivado necessariamente por descumprimentos contratuais graves por parte do concessionário".[20] Portanto, fica evidente que é medida que afeta diretamente a continuidade dos serviços prestados pela concessionária, o que mais uma vez, é contra o objetivo da medida liminar de manter o resultado útil do procedimento arbitral.

Isso cria uma situação interessante, pois ao mesmo tempo que a decisão liminar que impede a caducidade tem por objetivo garantir a continuidade do serviço aos usuários, Marçal Justen Filho ensina que "sua finalidade principal é assegurar a prestação de um serviço público adequado", mas ligado a uma incapacidade do concessionário de cumprir com essa finalidade, de forma que a caducidade também tem uma finalidade acessória de punir o concessionário.[21]

Ou seja, há uma dualidade, enquanto a pena de caducidade visa garantir a prestação do serviço ao retirar um concessionário incapaz de prestar o serviço, as medidas liminares concedidas buscavam impedir que o concessionário perdesse a concessão sob o pretexto de continuar a prestação do serviço. De qualquer forma, não nos cabe aqui determinar qual seria a decisão correta, mas apenas realizar essa ponderação entre o que foi utilizado para fundamentar as decisões arbitrais acerca das medidas liminares.

5. CONCLUSÃO

Feitas as análises às quais este artigo se propôs, devemos retornar à análise da pergunta de pesquisa e da hipótese levantada na Introdução. O artigo tem como objetivo responder se "nos casos de arbitragem envolvendo a ANTT, houve casos em que foram aplicadas medidas judiciais liminarmente até que fosse instalada a arbitragem? Se sim, o tribunal arbitral concordou com o mérito das liminares judiciais?".

Para responder a esta pergunta, a hipótese levantada foi: sim, a maioria dos casos de arbitragens em concessões rodoviárias teve medidas judiciais liminares, contudo, a análise pelos tribunais arbitrais afastou em sua maioria a aplicação dessas liminares, tendo em vista que o tribunal teve um entendimento contrário ao do poder judiciário.

---

[20] LIMA, Paola Aires Corrêa. Caducidade nos contratos de concessão: vedação de utilização do instituto como meio coercitivo de cobrança. JOTA, 14 jul. 2025.
[21] FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo - 16ª Edição 2025. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.487. ISBN 9788530996345. Acesso em: 15/12/2025.

Isso indica que a especialização decorrente da escolha dos árbitros é um atributo presente nas arbitragens de concessões rodoviárias da ANTT, tendo em vista que modificaram decisões de varas judiciais não especializadas em concessões rodoviárias.

Em análise aos dados e informações coletados durante a pesquisa das decisões arbitrais, ficou evidente que a hipótese levantada é apenas parcialmente correta. Sim, há medidas liminares proferidas pelo poder judiciário na maioria dos casos de arbitragens envolvendo as concessões rodoviárias da ANTT, sendo 7 (sete) casos com medidas judiciais num total de 10 (dez) arbitragens da ANTT. Contudo, diferente da hipótese levantada, nos dados analisados nós encontramos que a maior parte das medidas judiciais liminares foi mantida em vigor ou tiveram a expansão dos seus efeitos determinada pelos tribunais arbitrais, ao contrário do que havíamos projetado. Das medidas judiciais analisadas, apenas 1 (uma) foi totalmente revogada e outra teve apenas uma parte da liminar revogada, o que contraria a hipótese levantada de que a maioria das medidas seria revogada ou modificada pelo tribunal arbitral.

Isso indica que, de forma geral, o entendimento do poder judiciário é similar ao dos árbitros, pelo menos no que tange à análise de medidas liminares. Nesse ponto, deve-se ressaltar o caráter sumário das análises realizadas tanto pelos juízes quanto pelos árbitros, tendo em vista que se tratam de decisões liminares, ou seja, as análises não possuem uma profundidade na questão do mérito e exame das provas.

Considerando, portanto, que a hipótese levantada estava parcialmente correta, cabe a nós refletirmos sobre a parte incorreta. Assim, a similaridade entre as decisões liminares e as decisões arbitrais sobre tais medidas indicam que a especialização fortemente buscada nas arbitragens pode não se mostrar como um grande diferencial no que se refere às medidas cautelares ou de urgência.

A explicação que surge quanto a esse fenômeno é que, de fato, para fins de medidas liminares, não há grande diferenças em termo de especialização entre os juízes e árbitros. A análise feita não considerou quem eram os juízes e árbitros, mas o fato de existirem requisitos muito bem estabelecidos para a concessão das tutelas cautelares e de urgência, bem como a análise sumária que é realizada dos fatos e provas, pode explicar a similaridade na forma de decisão das liminares pelos juízes e árbitros.

Os requisitos estabelecidos seriam o fumus boni iuris, o periculum in mora e a reversibilidade da medida. Como trabalhado acima, tais requisitos são analisados pelo poder judiciário em decorrência do Código de Processo Civil, mas também devem ser considerados pelos árbitros em decorrência da estrutura processual do direito brasileiro, que os elenca como necessários paras as medidas liminares. Assim, por haver tais requisitos, é possível entender por que as análises de juízes e árbitros tendem a ser parecidas quanto às liminares.

Portanto, considerando o exposto neste artigo, podemos concluir que as medidas liminares judiciais são amplamente utilizadas até a instauração de arbitragens quando envolvem concessões da ANTT. E, a tendência é de que o tribunal arbitral mantenha ou amplie as medidas liminares concedidas pelo poder judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NEVES, Flávia Bittar; LOPES, Christian Sahb Batista. Medidas cautelares em arbitragem. IN: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz - 1ª Edição 2017. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. E-book. p.441. ISBN 9788597013276.

FICHTNER, José Antonio; MONTEIRO, André Luís. Tutela provisória na arbitragem e Novo Código de Processo Civil: tutela antecipada e cautelar, tutela de urgência e tutela da evidência, tutela antecedente e tutela incidental. IN: CARMONA, Carlos A.; LEMES, Selma F.; MARTINS, Pedro B. 20 Anos da Lei de Arbitragem - Homenagem a Petrônio R. Muniz - 1ª Edição 2017. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. E-book. p.462. ISBN 9788597013276.

TRIBUNAL ARBITRAL (Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI). Ordem procedimental n. 3: Procedimento arbitral n. 23932/GSS/PFF. Brasília, DF, 7 jan. 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Ordem processual n. 03: Procedimento Arbitral n. 24595/PFF. Brasília, DF, 17 jun. 2020.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Ordem processual n. 5. Procedimento Arbitral n. 64/2019/SEC7. Brasília, DF, 1 jun. 2020.

TRIBUNAL ARBITRAL (Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI). Ordem procedimental n. 4: Procedimento Arbitral n. 24957/GSS/PFF. Brasília, DF, 22 abr. 2021.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. Corte Internacional de Arbitragem. Ordem processual n. 6: Procedimento Arbitral CCI 23960/GSS/PFF. Brasília, DF, 11 maio 2020.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CCI. Sentença arbitral final: Arbitragem CCI 25572/PFF/RLS. Brasília, DF, 16 maio 2023.

LIMA, Paola Aires Corrêa. Caducidade nos contratos de concessão: vedação de utilização do instituto como meio coercitivo de cobrança. JOTA, 14 jul. 2025.

FILHO, Marçal J. Curso de Direito Administrativo - 16ª Edição 2025. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2025. E-book. p.487. ISBN 9788530996345.

PARTE 2

ARBITRAGEM COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Sentença Arbitral e Precatórios

O PREÇO DA CONDENAÇÃO: ARBITRAGEM, FAZENDA PÚBLICA E A INCIDÊNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIOS

Leandro Peixoto Medeiros[1]
Lucas Silveira Pordeus[2]

RESUMO

O presente artigo investiga se as sentenças arbitrais que impõem à Fazenda Pública obrigação de pagar quantia certa devem submeter-se ao regime constitucional de precatórios (art. 100 da Constituição Federal de 1988) ou se a existência de empenho vinculado ao contrato administrativo subjacente autorizaria o pagamento direto fora desse regime.

A pesquisa adota abordagem jurídico-dogmática e sistemática, amparada em legislação, doutrina especializada e jurisprudência dos tribunais superiores. Parte-se da premissa de que a arbitragem possui natureza jurisdicional e de que a sentença arbitral se equipara funcionalmente à sentença judicial quanto aos efeitos e à exequibilidade (art. 31 da Lei nº 9.307/1996; art. 515, VII, do Código de

Processo Civil de 2015). Demonstra-se que essa equiparação atrai, como contrapartida necessária, a incidência do mesmo regime constitucional de pagamento, sob pena de privilégio indevido e ruptura da isonomia entre credores. Sustenta-se, ainda, que o empenho contratual integra o ciclo administrativo da despesa pública e não se confunde com o cumprimento de condenação jurisdicional, sendo inadequado como via de pagamento direto.

Conclui-se que a observância do regime de precatórios assegura legalidade orçamentária, governança de riscos fiscais e previsibilidade administrativa, conferindo legitimidade à própria arbitragem com o Poder Público.

Palavras-chave: *arbitragem; Fazenda Pública; precatórios; execução contra o Poder Público; legalidade orçamentária.*

---

[1] Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará – UFC, Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Advogado da União, atualmente em exercício no Núcleo Especializado em Arbitragem da AGU.

[2] Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB, pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Mestre em Economia pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP e Doutorando em Economia pela Escola de Políticas Públicas, Governo e Empresas da Fundação Getúlio Vargas – FGV. É Procurador da Fazenda Nacional, atualmente em exercício na Coordenação-Geral de Assuntos Financeiros.

1. INTRODUÇÃO

O número de arbitragens envolvendo entes públicos tem crescido com o passar dos anos. Em tradicional pesquisa conduzida anualmente por Lemes (2025b), que compreendeu procedimentos arbitrais administrados pelas oito principais câmaras em atividade no país[3], percebeu-se alta de 45 % no número de novos casos com o Poder Público no biênio 2023-2024.

O conjunto global de "arbitragens entrantes" identificado no período atingiu valores na órbita dos R$ 76 bilhões, sendo que aproximadamente R$ 10 bilhões se referiram a casos com a Administração Pública. A título comparativo, na edição anterior da pesquisa, referente ao biênio 2022-2023, esse número alcançava a cifra de R$ 8 bilhões (LEMES, 2024, p. 11).

A pesquisa também identificou a existência, apenas no âmbito das instituições abrangidas, de 131 procedimentos arbitrais em andamento com a Administração Pública direta e indireta dos três níveis federativos, o que representou 11 % do total de arbitragens em andamento catalogadas. As arbitragens público-privadas em processamento nas câmaras pesquisadas atingiram o montante de R$ 101,5 bilhões em discussão, com o valor médio sob disputa em cada caso na faixa dos R$ 320 milhões (LEMES, 2025a, p. 12).

Os dados revelam que, para além de um acréscimo quantitativo de litígios, a participação do Poder Público na arbitragem traz a esse modelo de resolução de disputas relações jurídicas marcadas por discussões patrimoniais expressivas.

Nesse cenário, surge uma aparente tensão que é, ao mesmo tempo, dogmática e prática: a arbitragem promete especialização e celeridade decisória, mas, quando a condenação recai sobre a Fazenda Pública e assume forma pecuniária, a satisfação do crédito convive com condicionantes constitucionais e orçamentárias que não se apresentam no contencioso arbitral entre particulares.

---

[3] Centro de Arbitragem e Mediação AMCHAM, Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo – CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP), Câmara de Arbitragem do Mercado – B3(CAM-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).

É nesse ponto que reside o problema central deste estudo. As sentenças arbitrais que impõem obrigação de pagar quantia certa ao Poder Público devem submeter-se ao regime do art. 100 da Constituição Federal, em igualdade de condições com as sentenças judiciais, ou haveria espaço para vias alternativas de satisfação direta, invocando-se, por exemplo, instrumentos de execução orçamentária associados ao contrato subjacente?

Parte-se da hipótese de que a equiparação legal entre sentença arbitral e sentença judicial – quanto aos efeitos e quanto à exequibilidade – atrai, como contrapartida necessária, a incidência do mesmo regime constitucional de pagamento, sob pena de ruptura da isonomia entre credores e de erosão da impessoalidade e da legalidade orçamentária.

Sustenta-se, ainda, que a existência de empenho vinculado ao contrato administrativo não autoriza, por si só, a excepcionalização do regime de precatórios, pois o ciclo de execução da despesa pública não se confunde com o cumprimento de uma condenação jurisdicional, e não pode ser manejado como atalho para deslocar a despesa de rubricas próprias de precatórios.

A investigação adota abordagem jurídico-dogmática e sistemática. Examina-se, em especial, a distinção funcional entre o juízo arbitral (acertamento) e o aparato estatal de efetivação (cumprimento), bem como o condicionamento jurídico-financeiro para a realização de despesas públicas decorrentes de condenações. Como suporte, utiliza-se bibliografia especializada, legislação e jurisprudência pertinentes, na medida necessária para testar as hipóteses e sustentar a coerência do modelo proposto.

Para cumprir esse propósito, o artigo percorre o seguinte itinerário: na Seção 2, delimita-se a natureza jurisdicional da sentença arbitral e a arquitetura de cooperação com o Poder Judiciário para sua efetivação; em seguida, na Seção 3, expõem-se o panorama, os fundamentos e a cogência do regime constitucional dos precatórios, com destaque para sua função de igualdade entre credores e de legalidade orçamentária; na Seção 4, sustenta-se a aplicabilidade do art. 100 às condenações arbitrais pecuniárias impostas à Fazenda Pública, indicando-se o correspondente rito de cumprimento.

A Seção 5 enfrenta, em perspectiva financeira e orçamentária, a inadequação da invocação do empenho contratual como via de pagamento direto, ao passo que a Seção 6 discute a gestão do passivo e a previsibilidade fiscal associada ao contencioso estatal. Por fim, na Seção 7, apresentam-se as conclusões, com a consolidação das respostas às perguntas que se pretendeu enfrentar.

2. ARBITRAGEM: PODER PÚBLICO, NATUREZA JURISDICIONAL E MEIOS DE CUMPRIMENTO

A arbitragem, embora se estruture a partir de um acordo de vontades, não se esgota na dimensão contratual de sua origem. Uma vez instituído o tribunal arbitral, o conflito deixa o plano da mera composição privada e ingressa em um espaço decisório de natureza jurisdicional. Por meio dela, há substituição da vontade das partes por um pronunciamento heterônomo, proferido por terceiro imparcial, segundo procedimento previamente delineado, com observância do devido processo legal.

Nas palavras de Carmona (2023, p. 29-30),

a arbitragem – meio adequado de solução de controvérsias segundo o qual uma ou mais pessoas recebem poderes de uma convenção privada para decidir, com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam transigir.

A Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), após as modificações introduzidas pela Lei nº 13.129/2015, passou a admitir expressamente a utilização do procedimento arbitral por entes da Administração Pública direta e indireta, desde que a controvérsia trate de direitos patrimoniais disponíveis, impondo, ademais, que o procedimento seja necessariamente "de direito" e compatível com o princípio da publicidade (art. 1º, § 1º, c/c art. 2º, § 3º)[4].

Nas arbitragens com o Poder Público, o árbitro não atua como mediador de interesses nem como gestor do contrato administrativo: exerce função adjudicatória. O núcleo dessa caracterização está na premissa legal de que o árbitro é "juiz de fato e de direito", sendo a sentença arbitral imune a recurso e à homologação judicial (art. 18 da Lei nº 9.307/1996)[1]. A arbitragem, portanto, não é "justiça de segunda categoria"[2], nem mecanismo de aconselhamento técnico; é forma legítima de prestação jurisdicional, vocacionada a produzir decisão final sobre o mérito, com força vinculante para as partes e seus sucessores.

---

[4] Lei nº 9.307/1996: "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.(Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) [...] Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidade, a critério das partes. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)".

A afirmação da natureza jurisdicional também se confirma pelo regime de eficácia da sentença arbitral. A Lei nº 9.307/1996 equipara expressamente seus efeitos aos da sentença judicial. A decisão arbitral, assim, é apta a reconhecer, constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas, e, se condenatória, gera dever jurídico de cumprir a prestação tal como ocorreria no processo estatal. Nesse sentido, veja-se o teor do art. 31 da Lei de Arbitragem:

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

Em que pese não se desconheça a existência de corrente doutrinária que advoga a natureza contratualista do instituto, a compreensão majoritária, inclusive adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, é a que sustenta o caráter jurisdicional da arbitragem (FERREIRA; ROCHA; FERREIRA, 2026, p. 51)[5]. A ilustrar a posição consolidada do STJ, veja-se recente precedente da Segunda Seção cuja ementa abaixo se transcreve:

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO E JUÍZO ARBITRAL. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PRESTADO ENTRE AS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. AJUSTE. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL.

1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a atividade desenvolvida no âmbito da arbitragem tem natureza jurisdicional, de modo que se afigura possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. Compete ao juízo arbitral dirimir questões relacionadas ao contrato de prestação de serviços firmado entre as partes no qual foi ajustada cláusula compromissória.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no CC n. 212.007/SP, relatora Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 8/10/2025, DJEN de 14/10/2025)[8]

---

[5] Lei nº 9.307/1996: "Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou à homologação pelo Poder Judiciário".

[6] Segundo narra Grando (2018, p. 191), Gary Born, reconhecida autoridade em arbitragem internacional, em palestra proferida durante a 29ª edição do workshop anual do Institute for Transnational Arbitration (ITA), ao rememorar o histórico de críticas iniciais à arbitragem, dá conta justamente de que, nos idos do século XIX, havia quem a considerasse como "um tipo de justiça de segunda categoria", a exemplo do Ex-Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos, Joseph Story. Essa visão, contudo, a nosso sentir, ficou nitidamente no passado.

[7] Em levantamento doutrinário sobre o tema, Ferreira, Rocha e Ferreira (2025, p. 51-54) mencionam, como autores que se filiam à corrente jurisdicional da arbitragem, por exemplo, Ada Pellegrini Grinover, Pedro Batista Martins, Humberto Theodoro Júnior, Francisco José Cahali, Joel Dias Figueira Júnior, José Manoel de Arruda Alvim, Cândido Rangel Dinamarco, Peter Christian Sester e Carlos Alberto Carmona. Já na linha da natureza contratual do instituto, são citados Giuseppe Chiovenda, Teori Zavascki, Cassio Scarpinella Bueno e Alexandre Freitas Câmara.

Aliás, a sentença arbitral adquire a qualidade de coisa julgada material, tornando-se imutável e indiscutível entre as partes, sem necessidade, como visto, de homologação pelo Poder Judiciário. Essa característica, somada à impossibilidade de revisão do mérito da decisão arbitral pelos órgãos estatais[9], reforça o caráter jurisdicional do instituto (cf. CARMONA, 2023, p. 276-278). Não houvesse exercício de jurisdição, seria inconcebível que decisão proferida por particulares pudesse vincular as partes de forma definitiva, insuscetível de reexame judicial quanto ao acerto do julgamento.

De tudo isso decorre uma consequência metodológica importante para as reflexões aqui propostas: ao se deparar com o regime jurídico-administrativo, a arbitragem não cria um "direito de exceção" quanto às limitações do Estado-juiz nem quanto às limitações jurídico-financeiras do Estado-devedor. Ao contrário, opera dentro do sistema, substituindo o juízo estatal na fase cognitiva, mas não rearranjando o modo constitucionalmente imposto de satisfazer obrigações exigíveis contra o Poder Público.

O Código de Processo Civil de 2015 (art. 515, VII)[10], por sua vez, reforçou a equiparação funcional, pois manteve a previsão, já constante do CPC de 1973 (art. 475-N, IV)[11], que qualifica a sentença arbitral como título executivo judicial. A opção legislativa tem densidade dogmática, pois reconhece que a arbitragem desempenha atividade de acertamento jurisdicional, cujo produto final se integra ao sistema de tutela executiva estatal. Dito de outro modo, o ordenamento não exige que o credor "reconheça novamente" seu direito perante o juiz togado; exige apenas que, para transformar a decisão arbitral em satisfação concreta, se utilize o canal processual adequado.

Essa "ponte" é indispensável por uma razão estrutural: a execução, enquanto atividade de coerção e sub-rogação patrimonial, depende de poderes típicos do Estado. Em termos clássicos, o árbitro detém o judicium – o poder de julgar, de declarar o direito aplicável e de definir, no mérito, a extensão do dever jurídico –, mas não possui o imperium, isto é, a aptidão institucional para impor, por força própria, medidas executivas sobre pessoas e bens, com uso de mecanismos coercitivos[12]"

---

[12] Sobre o tema, destaca Martins (1999, p. 4): "Se o Estado ainda remanesce com a exclusividade de exercitar a coerção e a execução, através do Poder Judiciário, ao árbitro é assegurado os demais componentes da jurisdição, a notio – faculdade de conhecer da causa, vocatio – faculdade de fazer intervir em juízo todo [que] se faça útil ao conhecimento da verdade e, principalmente, o judicium – direito de judicar e de pronunciar a sentença, que é a síntese e o componente relevante da jurisdição".

[13] CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015): "Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: [...] III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem".

[14] Regras estabelecidas no Título II do Livro I da Parte Especial do CPC de 2015, dedicado ao cumprimento de sentença.

Assim, "a lei confere ao árbitro competência apenas para certificar direitos, para resolver juridicamente o conflito, mas não para efetivá-los na prática, se necessário for" (FUX, 2024, cap. III). Ainda que o tribunal arbitral possa conduzir a instrução, gerir o procedimento, proferir decisões interlocutórias e final, ele não dispõe do aparato estatal para realizar penhoras, expedir ordens de bloqueio, determinar constrições patrimoniais ou impor medidas de coerção típicas da execução forçada.

O CPC de 2015 organiza essa interface ao atribuir, em regra, ao juízo cível competente a prática dos atos de cumprimento quando se tratar de sentença arbitral (art. 516, III)[13], estabelecendo, por consequência, que o itinerário executivo seguirá a lógica geral do cumprimento de sentença[14]. A passagem da decisão arbitral para o aparato executivo estatal, portanto, não traduz uma relação de sobreposição ou rivalidade institucional, mas antes um arranjo de divisão de tarefas. Nos dizeres de Salama e Barbosa Jr. (2025, p. 6), "essa dinâmica não configura concorrência, mas sim cooperação funcional entre os sistemas".

Assim, a arbitragem encerra a fase de conhecimento; a fase satisfativa, quando necessária, tramita perante o Poder Judiciário, com as garantias, limitações e técnicas executivas previstas em lei. Trata-se, portanto, de separação funcional que preserva a autonomia do juízo arbitral no julgamento do mérito, sem pretender transformar árbitros em agentes de coerção estatal. É por isso que, na dicção do art. 29 da Lei nº 9.307/1996, "proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem".

Por outro lado, sempre que a efetivação material dessas determinações depender de atos dotados de coerção estatal, admite-se que o árbitro ou o tribunal arbitral expeça carta arbitral para que o órgão jurisdicional pratique ou determine, na área de sua competência territorial, ato solicitado pelo juízo arbitral (art. 22-C)[16] (CAHALI, 2022, cap. 10.2.2).

O CPC de 2015, de sua parte, incorpora expressamente a carta arbitral dentre os instrumentos de comunicação e cooperação (art. 69, § 1º)[17], deixando claro que o Judiciário pode ser acionado para efetivar providências requeridas pelo juízo arbitral,

---

[15] Lei nº 9.307/1996: "Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)".

[16] Lei nº 9.307/1996: "Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015)".

[17] CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015): "Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescindindo de forma específica e pode ser executado como: [...] § 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código. [...]".

inclusive aquelas que importem efetivação de tutela provisória (art. 237, IV)[18]. O desenho normativo revela uma lógica de complementariedade: (i) o árbitro decide; (ii) o Estado executa, quando a decisão, interlocutória ou final, exigir coerção para produzir efeitos concretos.

Essa compreensão – de integração da decisão arbitral ao aparato estatal de efetivação judicial, sem a criação de um "rito executivo arbitral" autônomo – foi reafirmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos (REsp nº 1.102.460, Tema nº 893), ao assentar que o cumprimento judicial de sentença arbitral condenatória ao pagamento de quantia segue, substancialmente, o mesmo regime aplicável às sentenças judiciais de idêntico conteúdo, inclusive – como no caso analisado naquela oportunidade – quanto à incidência da multa pelo não pagamento voluntário no prazo legal (à época, art. 475-J do CPC de 1973, hoje reproduzida, com ajustes, no art. 523, § 1º, do CPC de 2015).

Na ocasião, o STJ também destacou que a particularidade procedimental relevante reside apenas na forma de chamamento do executado – em regra, por citação na ação de liquidação/execução do título arbitral, e não por simples intimação típica dos processos sincréticos –, reforçando a lógica de cooperação segundo a qual o árbitro decide e o Estado, quando necessário, provê a coerção para a obtenção do resultado prático.

Essa configuração não se modifica quando a arbitragem se desenvolve com a Administração Pública. Não há, para aquele que litiga com o Poder Público, um "atalho coercitivo" interno ao procedimento arbitral: qualquer efetivação forçada, quando cabível, passará por controle judicial na etapa apropriada e sob os limites próprios da atuação estatal. O mesmo se aplica, com ainda mais intensidade, quando a tutela pretendida em face da Administração envolve desembolso de recursos públicos, pois a satisfação do crédito não é apenas um problema entre credor e devedor, mas também um fenômeno institucional que se conecta ao regime de legalidade orçamentária, planejamento e responsabilidade fiscal, temas que serão enfrentados mais adiante.

Se a sentença arbitral produz, por determinação legal, os mesmos efeitos da sentença judicial (art. 31 da Lei de Arbitragem), convém assinalar, desde já, que ela também se submete aos mesmos limites objetivos quando o devedor é a Fazenda Pública. Em particular, o tribunal arbitral pode reconhecer o crédito, declarar a responsabilidade estatal e condenar ao pagamento de quantia certa; porém, não lhe cabe – e nem seria compatível com a própria ideia de equiparação – redefinir o modo de satisfação do crédito em afronta ao regime constitucional que disciplina o pagamento de obrigações judiciais pela Administração.

A arbitragem, enquanto via jurisdicional de conhecimento, não transmuta o estatuto jurídico do devedor público, nem autoriza que a fase satisfativa seja conduzida por "meios próprios" que desconsiderem os freios constitucionais e orçamentários aplicáveis às condenações estatais.

---

[18] CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015): "Art. 237. Será expedida carta: [...] IV - arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação jurisdicional formulado por juízo arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória. [...]".

A premissa de que a arbitragem não pode produzir efeitos além daqueles que uma sentença judicial produziria em litígio equivalente envolvendo o Poder Público constitui base conceitual para as questões enfrentadas na sequência deste texto.

3. REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS: PANORAMA, FUNDAMENTOS E COERÊNCIA

A essa altura, impõe-se tecer algumas considerações sobre o regime constitucional que disciplina o pagamento de obrigações pecuniárias exigíveis contra a Fazenda Pública e decorrentes de "sentenças judiciais". No direito brasileiro, esse regime é dado, nuclearmente, pelo art. 100 da Constituição Federal, que estrutura um modelo próprio de quitação de débitos judiciais: (i) por meio de requisições (precatórios e, nas hipóteses constitucionalmente previstas, requisições de pequeno valor); (ii) em ordem cronológica; e (iii) à conta de dotações específicas, vedada a personalização de rubricas orçamentárias[19].

Na definição de Oliveira (2022, p. 917),

Precatório ou ofício precatório é a solicitação que o juiz da execução faz ao presidente do tribunal respectivo para que ele requisite a verba necessária ao pagamento de credor de pessoa jurídica de direito público em face de decisão judicial transitada em julgado.

A racionalidade constitucional do mecanismo não se reduz a uma técnica procedimental. Ela se conecta, de forma direta, a valores estruturantes do regime jurídico-administrativo e do Estado de Direito.

Ao exigir pagamento "exclusivamente na ordem cronológica"[20] e ao proibir "designação de casos ou de pessoas" nas dotações e nos créditos adicionais destinados a esse fim, a Constituição projeta sobre a satisfação de condenações judiciais os princípios da impessoalidade e da igualdade entre credores, já que créditos de mesma natureza devem receber tratamento isonômico, sem preferências ad hoc, sem favorecimentos informais e sem atalhos seletivos[21].

Também há evidente dimensão de moralidade administrativa, pois ao submeter o pagamento a um fluxo formalizado e verificável, com ordem e critérios previamente definidos, reduz-se o espaço institucional para escolhas oportunistas e para a corrosão da confiança pública na integridade do gasto estatal.

Além disso, o precatório desempenha função de compatibilização entre a autoridade das decisões jurisdicionais e a legalidade orçamentária.

---

[19] CF/1988: "Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009) [...]".

A Constituição torna obrigatória a inclusão, no orçamento do ente devedor, da verba necessária ao pagamento dos precatórios apresentados dentro do marco temporal constitucional (atualmente, 1º de fevereiro), com pagamento até o final do exercício seguinte, disciplina que, ao mesmo tempo, reconhece a exigibilidade do crédito e impõe seu enquadramento no planejamento fiscal (art. 100, § 5º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 136/2025)[22].

Essa dinâmica dialoga com as vedações gerais do art. 167, I e II, da Constituição, que interditam o início de programas não incluídos na lei orçamentária anual e a realização de despesas ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários ou adicionais[23]. Em termos de tutela penal, a relevância da legalidade orçamentária é reforçada pela tipificação da "ordenação de despesa não autorizada por lei" (art. 359-D do Código Penal, incluído pela Lei nº 10.028/2000), o que evidencia que a satisfação de obrigações pecuniárias estatais não é um terreno de livre conformação discricionária, já que a despesa pública deve encontrar lastro normativo e orçamentário[24].

O regime de precatórios também opera como instrumento de previsibilidade e estabilidade administrativa. Ao canalizar o pagamento de decisões judiciárias para um fluxo orçamentário específico, o sistema protege a Administração contra constrições imprevisíveis capazes de obstruir, de forma abrupta, o acesso a recursos indispensáveis à continuidade de serviços públicos essenciais e à preservação da ordem administrativa.

A lógica é institucional, ou seja, o cumprimento de decisões contra o Poder Público deve ocorrer com efetividade, mas dentro de uma arquitetura que permita ao Estado honrar obrigações judiciais sem desorganizar, por surpresa, a execução de políticas públicas financiadas por dotações vinculadas a finalidades legalmente fixadas.

A coerência do modelo se revela, ainda, pela centralidade da ordem cronológica e por suas consequências jurídicas. A Constituição não apenas prescreve a precedência temporal; ela prevê mecanismo de tutela contra o desrespeito à fila: cabe ao Presidente do Tribunal competente determinar o pagamento e, a requerimento do credor e em hipóteses específicas – como preterimento do direito de precedência ou não alocação orçamentária do valor necessário – autorizar o sequestro da quantia respectiva (art. 100, § 6º, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 62/2009)[25].

---

[23] CF/1988: "Art. 167. São vedados: I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual; II - a realização de despesas ou assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais [...]".

[24] Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940): "Ordenação de despesa não autorizada (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000) Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)".

[25] CF/1988: "Art. 100. [...] § 6º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do débito, o sequestro da quantia respectiva."

A possibilidade de sequestro, longe de ser detalhe procedimental, sinaliza que a ordem cronológica é um elemento estruturante do regime, não uma preferência administrativa flexível.

Com objetivo semelhante, o § 7º do art. 100 da CF/1988 estabelece que o Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça[26].

Aliás, também cabe registrar e reconhecer que o texto permanente da Constituição e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) estabelecem, de forma excepcional, preferências materiais e prioridades de pagamento, as quais, contudo, se sobrepõem à ordem cronológica geral apenas nos estritos termos constitucionalmente definidos.

O art. 100, §§ 1º e 2º, nas redações dadas pelas Emendas Constitucionais nº 136/2025 e nº 94/2016, distingue créditos de natureza alimentícia e confere preferências internas (inclusive por condições pessoais do credor, até certo limite)[27]. E, em disciplina específica do ADCT (art. 107-A, § 8º, incluído pela Emenda Constitucional nº 114/2021), os pagamentos em virtude de sentença judiciária sujeita ao art. 100 obedecem ordem que prioriza: (i) obrigações de pequeno valor; (ii) precatórios alimentares preferenciais (idosos, doentes graves e pessoas com deficiência, até determinado teto); (iii) demais alimentares até o mesmo limite; (iv) alimentares excedentes; e, por fim, (v) os demais precatórios[28].

O desenho normativo confirma um dado relevante: o sistema não é absoluto, mas suas exceções (e os critérios de preferência) tem origem constitucional. Fora das hipóteses previstas na própria Constituição, não se abre espaço para "vias alternativas" de satisfação direta que esvaziem a fila, sob pena de ruptura da isonomia e da impessoalidade na distribuição do ônus fiscal.

---

[26] CF/1988: "Art. 100. [...] § 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009)".

[27] CF/1988: "Art. 100 [...] § 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes da relação de trabalho ou previdenciária, independentemente da sua natureza tributária, inclusive os oriundos de repetição de indébito incidente sobre remuneração ou proventos de aposentadoria, bem como indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 136, de 2025) § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 94, de 2016)".

[28] ADCT: "Art. 107-A. [...] § 8º Os pagamentos em virtude de sentença judicial de que trata o art. 100 da Constituição Federal serão realizados na seguinte ordem: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) I - obrigações definidas em lei como de pequeno valor, previstas no § 3º do art. 100 da Constituição Federal; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) II - precatórios de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, [...]".

Na legislação processual, o regramento constitucional encontra correspondência na disciplina do cumprimento de sentença que impõe à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa. Os arts. 534 e 535 do CPC de 2015 organizam procedimento próprio, no qual, em síntese, o exequente apresenta demonstrativo discriminado e atualizado do crédito; a Fazenda é intimada para impugnar; e, não havendo impugnação ou sendo rejeitadas as arguições, o juízo determina a expedição do requisitório[29].

Não por acaso, o próprio CPC (art. 534, § 2º) afasta, de modo expresso, a incidência contra a Fazenda Pública da multa do art. 523, § 1º (penalidade aplicada em razão da ausência de pagamento voluntário no procedimento do cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de pagar quantia certa), o que evidencia que, diferentemente do devedor privado, o ente público não se insere em um modelo de "pagamento voluntário" sob ameaça de sanção processual imediata.

Isso porque, como visto, o adimplemento, quando derivado de condenação jurisdicional, pressupõe a instauração de procedimento próprio e a expedição do requisitório correspondente. Assim, não se permite à Fazenda Pública condenada cumprir de imediato o pagamento da dívida (MOREIRA et al., 2022, cap. 3.3.1).

Por fim, importa dizer, uma vez mais, que a Constituição estrutura, de forma expressa, a destinação orçamentária do pagamento de precatórios. Assim, dotações e créditos abertos para esse fim são consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda conduzir administrativamente a etapa de determinação do pagamento, segundo a ordem e as condições constitucionais (art. 100, § 6º).

Disso decorre uma consequência fundamental: o pagamento de condenações judiciais (e, por extensão lógica, de títulos jurisdicionais equiparados) não pode ser ordenado à conta de rubricas estranhas à programação específica de precatórios, sob pena de desfigurar o modelo constitucional de alocação impessoal, planejada e controlável das despesas decorrentes de sentenças.

---

tenham no mínimo 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, até o valor equivalente ao triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)III - demais precatórios de natureza alimentícia até o valor equivalente ao triplo do montante fixado em lei como obrigação de pequeno valor; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) IV - demais precatórios de natureza alimentícia além do valor previsto no inciso III deste parágrafo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) V - demais precatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021)".

[29] CPC de 2015 (Lei nº 13.105/2015): "Art. 534. No cumprimento de sentença que impuser à Fazenda Pública o dever de pagar quantia certa, o exequente apresentará demonstrativo discriminado e atualizado do crédito contendo: [...] § 2º A multa prevista no § 1º do art. 523 não se aplica à Fazenda Pública. Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir: [...] § 3º Não impugnada a execução ou rejeitadas as arguições da executada: I - expedir-se-á, por intermédio do presidente do tribunal competente, precatório em favor do exequente, observando-se o disposto na Constituição Federal; II - por ordem do juiz, dirigida à autoridade na pessoa de quem o ente público foi citado para o processo, o pagamento de obrigação de pequeno valor será realizado no prazo de 2 (dois) meses contado da entrega da requisição, mediante depósito na agência de banco oficial mais próxima da residência do exequente. [...]".

4. APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIOS ÀS SENTENÇAS ARBITRAIS CONDENATÓRIAS QUE IMPONHAM OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA CERTA

À luz das premissas já assentadas, o problema da execução de sentenças arbitrais condenatórias ao pagamento de quantia certa exige conclusão de coerência sistêmica: quando o devedor é o Poder Público, a decisão arbitral não abre um "corredor procedimental" próprio de satisfação do crédito, devendo submeter-se ao mesmo regime constitucional aplicável às sentenças judiciais de idêntico conteúdo.

A escolha pela arbitragem desloca a atividade cognitiva para um juízo não estatal, mas não autoriza reconfigurar o modo constitucionalmente imposto de realização das despesas públicas derivadas de condenações jurisdicionais.

Ponto de partida normativo para essa conclusão é a própria equiparação legal de efeitos. Como visto, o art. 31 da Lei nº 9.307/1996 estabelece que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença judicial e, sendo condenatória, constitui título executivo. A diretriz é reforçada, ainda, pelo Código de Processo Civil, que qualifica expressamente a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 515, VII).

O ordenamento jurídico, de fato, não submete o credor à necessidade de "reconhecimento judicial" do direito já declarado na arbitragem, mas exige que sua transformação em resultado prático – sobretudo quando demandar coerção – se dê pelo canal executivo estatal, com as garantias, limitações e condicionamentos próprios do regime público.

Dessa premissa decorre a consequência de que, se o sistema constitucional impõe à Fazenda Pública um modo específico de cumprir obrigações pecuniárias oriundas de decisões jurisdicionais, não faria sentido que a equiparação entre sentença arbitral e sentença judicial operasse apenas para favorecer a exequibilidade do título, mas não para submetê-lo às restrições constitucionais aplicáveis ao devedor público.

Em outros termos, a arbitragem, enquanto "jurisdição de conhecimento", integra-se ao sistema estatal de tutela executiva; não o contorna. Assim, o comando do art. 100 da Constituição – que organiza o pagamento "em virtude de sentença judiciária" mediante requisição, em ordem cronológica e à conta dos créditos respectivos – deve incidir, no plano funcional, sobre condenações arbitrais contra a Fazenda Pública, sob pena de conferir aos credores arbitrais um regime privilegiado em detrimento dos credores judiciais, subvertendo a isonomia e a impessoalidade que o próprio dispositivo visa assegurar.

Em sintonia com esse entendimento, Megna (2019, p. 288) defende que

a sentença arbitral condenatória de obrigação de pagar deverá ser cumprida por meio de precatório, sob pena de violação à regra da impessoalidade – por dar tratamento privilegiado aos credores de sentença arbitral em relação aos credores de sentença judicial, que estão em situação de igualdade – e à legalidade orçamentária – por afrontar a prévia programação legislativa das finanças públicas[30].

---

[30] Consolidando o entendimento doutrinário acerca do tema, Megna (2019, p. 288) cita que se alinham à defesa da aplicação do regime dos precatórios às sentenças arbitrais, por exemplo, os seguintes autores: Heitor Vitor Mendonça Sica, Leonardo Carneiro da Cunha, Eugênia Cristina Cleto Marolla, Marcus Vinicius Armani Alves e Maurício Morais Tonin.

Em verdade, em certa medida, o tema ultrapassa o domínio patrimonial das partes. O regime do art. 100 da CF/1988 não se presta a tutelar apenas a relação bilateral "credor-devedor", mas a ordenar o impacto institucional das condenações sobre as finanças públicas, submetendo-o à programação orçamentária, controle e critérios impessoais de distribuição do ônus fiscal.

Por isso, ainda que a controvérsia arbitrável em si seja patrimonial e disponível, na linha do que exige o art. 1º, caput e § 1º, da Lei de Arbitragem[31] e normativos assemelhados[32], o modo constitucional de pagamento das condenações pecuniárias do Estado é matéria de ordem pública – ligada à legalidade orçamentária, à moralidade e à igualdade entre credores – e, nessa medida, não pode ser objeto de renúncia, transação ou "contratualização" pela via arbitral. A competência do árbitro alcança o acertamento do direito material controvertido (existência do crédito, extensão, critérios de atualização, responsabilidade), mas não se estende à redefinição do procedimento constitucional de satisfação de obrigações judiciais da Fazenda Pública.

Essa contenção decorre, ainda, de um limite estrutural: o universo de poderes do juízo arbitral é necessariamente contido no universo de poderes do juiz estatal. O espaço de atuação da sentença arbitral pode coincidir, em boa medida, com o espectro de abrangência da sentença judicial, mas não lhe é dado produzir efeitos que, em litígio equivalente com a Administração, o próprio Poder Judiciário não poderia produzir (BONIZZI; MEGNA, 2018, p. 620-621).

Se o magistrado está vinculado ao art. 100 para a satisfação de condenações pecuniárias, também o está – por equiparação legal e por coerência sistêmica – a execução de condenação arbitral que imponha pagamento de quantia certa ao Poder Público. A arbitragem não converte em "disponível" o que a Constituição conformou como limite de ordem pública.

Nesse sentido, Junqueira (2021, item 4.1.) sustenta que "a sentença arbitral proferida contra a Administração Pública precisa seguir o regime de pagamento por precatório, em respeito ao art. 100 da Constituição Federal", uma vez que "as sentenças arbitrais não poderiam ter maior efetividade em relação aos comandos emitidos pelo Poder Judiciário, caso permitissem o adimplemento imediato da dívida".

No plano processual, a consequência prática é nítida: o cumprimento judicial de sentença arbitral condenatória contra a Fazenda Pública deve observar o rito dos arts. 534 e 535 do CPC (Capítulo V do Título II do Livro I da Parte Especial do Código).

Ou seja, após a intimação da Fazenda Pública, uma vez não sendo apresentada impugnação à execução ou mesmo sendo rejeitadas as arguições manifestadas, o juízo determinará a expedição do requisitório, por intermédio do Presidente do Tribunal competente, observando-se o disposto na Constituição Federal (art. 535, § 3º, I, do CPC de 2015). É nesse momento que se materializa, de modo institucional, a passagem do acertamento arbitral para a etapa satisfativa pública, com submissão ao regime constitucional do art. 100[33].

---

[31] Lei nº 9.307/1996: "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) [...]".

[32] Citam-se, no mesmo sentido da Lei de Arbitragem, por exemplo, o art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos); o art. 31, caput e § 4º, da Lei nº 13.448/2017 (Lei de Prorrogação e Relicitação de Contratos de Parceria nos Setores Rodoviário, Ferroviário e Aeroportuário da Administração Pública federal); e o art. 2º do Decreto nº 10.025/2019 (Decreto que regulamenta a arbitragem para dirimir litígios que envolvem a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário).

[33] Em que pese não seja o entendimento aqui adotado, registra-se que, para Oliveira e Estefam (2019, cap. 2, item 3.10), "é factível que a Administração cumpra espontaneamente o laudo arbitral desfavorável a si, mas desde que haja base orçamentária e sejam observados os demais limites legais". No mesmo sentido, cita-se Schinemann (2023, cap. 1.9).

A par disso, é significativo que atos normativos infralegais, ao disciplinarem a arbitragem com o Poder Público, tenham reproduzido expressamente essa solução. No Estado de São Paulo, o Decreto nº 64.356/2019 estabelece que sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária à Administração direta e suas autarquias serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais (art. 9º)[34].

Já no Estado do Rio de Janeiro, o Decreto nº 46.245/2018 prevê que, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade jurídica de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (art. 15)[35].

No plano federal, o Decreto nº 10.025/2019, ao regulamentar o emprego da arbitragem em setores específicos, dispõe que, na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias (inclusive custas e despesas do procedimento), o pagamento ocorrerá por expedição de precatório ou RPV, conforme o caso (art. 15, caput)[36].

O ato normativo infralegal da União, no § 2º do art. 15, ainda prevê uma ferramenta de consensualidade, já que, desde que haja acordo entre as partes, admite que o cumprimento da sentença arbitral se dê (i) por instrumentos contratuais que substituam a indenização pecuniária (incluídos mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro); (ii) por compensação de haveres e deveres de natureza não tributária (nos termos do art. 30 da Lei nº 13.448/2017)[37]; (iii) ou, ainda, por atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira[38].

Longe de instituírem "exceções" ao art. 100 da CF/1988, tais mecanismos não autorizam que a Fazenda Pública pague diretamente uma condenação pecuniária fora do regime de precatórios, limitando-se a permitir soluções negociadas que substituam a prestação pecuniária por prestação equivalente prevista no contrato (como recomposição do equilíbrio) ou promovam encontros de contas/arranjos admitidos pelo sistema, evitando – com anuência bilateral e base normativa – um desembolso imediato.

---

[34] Decreto nº 64.356/2019, do Estado de São Paulo: "Artigo 9º - As sentenças arbitrais que imponham obrigação pecuniária à Administração Pública direta e suas autarquias serão cumpridas conforme o regime de precatórios ou de obrigações de pequeno valor, nas mesmas condições impostas aos demais títulos executivos judiciais.".

[35] Decreto nº 46.245/2018, do Estado do Rio de Janeiro: "Art. 15 - Ressalvadas as exceções previstas em lei, em caso de sentença arbitral condenatória ou homologatória de acordo que imponha obrigação pecuniária contra o Estado ou qualquer entidade com personalidade de direito público, o pagamento será efetivado mediante a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o artigo 100 da Constituição da República. Parágrafo Único - Na hipótese de que trata o caput, a parte interessada solicitará à autoridade judiciária competente a adoção das providências necessárias à expedição do precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso, observadas, no que couber, as disposições do art. 534 e seguintes do Código de Processo Civil".

[36] Decreto nº 10.025/2019: "Art. 15. Na hipótese de sentença arbitral condenatória que imponha obrigação pecuniária à União ou às suas autarquias, inclusive relativa a custas e despesas com procedimento arbitral, o pagamento ocorrerá por meio da expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, conforme o caso".

[37] Lei nº 13.448/2017: "Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário. [...]".

[38] Decreto nº 10.025/2019: "Art. 15. [...] § 2º O disposto no caput não impede, desde que seja estabelecido acordo entre as partes, que o cumprimento da sentença arbitral ocorra por meio de: I - instrumentos previstos no contrato que substituam a indenização pecuniária, incluídos os mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; II - compensação de haveres e deveres de natureza não tributária, incluídas as multas, nos termos do disposto no art. 30 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017; ou III - atribuição do pagamento a terceiro, nas hipóteses admitidas na legislação brasileira".

Nessa lógica, a via precatorial permanece como regra para condenações pecuniárias exigíveis em face da Fazenda Pública, ao passo que as opções do § 2º do art. 15 do Decreto nº 10.025/2019 apenas materializam formas consensuais de endereçar a resolução do litígio, sem, propriamente, traduzir pagamento direto. Na verdade, a decisão arbitral homologatória de acordo das partes que dê aplicação a tais medidas evitará (ou substituirá) a formação de um título executivo contendo obrigação de pagar quantia certa, circunstância que – aí sim – atrairia o regime dos precatórios.

No mesmo sentido, referindo-se à utilização de mecanismos de reequilíbrio contratual alternativos à indenização pecuniária, na linha do que prevê o art. 15, § 2º, I, do Decreto nº 10.025/2019, argumentam Ferreira e Melamed (2022, p. 187-188):

Não parece haver, aqui, qualquer incompatibilidade com o regime constitucional para o pagamento de condenações pecuniárias impostas à Administração Pública, pois, nesse caso, não há adimplemento de prestação pecuniária pelo Estado, mas sim de prestações substitutivas capazes de neutralizar o desequilíbrio reconhecido em sentença que se enquadram como obrigações de fazer e, portanto, não estão sujeitas ao regime de precatórios. Não por menos, disposições semelhantes vêm sendo incorporadas por outros entes da federação.

A aplicação das ferramentas do § 2º do art. 15, para ser viável no caso concreto, há de se efetivar mediante adequado enquadramento na respectiva norma (legal, regulamentar ou contratual) autorizativa e não representar ofensa aos fundamentos que informam o regime de precatórios. Não podem, contudo, ser objeto de imposição pelos árbitros, dado que a consensualidade que as permeia advém da discricionariedade administrativa que, em certa medida, as integra (mérito administrativo). Nesse sentido, Sacramento, Cardoso e Nunes (2023, item 3), advertem

que tais alternativas, por se tratar de modelagens essencialmente negociais – e, pois, sujeitas à discricionariedade – quer presentes no próprio instrumento contratual original, quer objeto de outros negócios jurídicos relacionados – estão apenas ao talante das partes, dependendo de inequívoca manifestação de vontade da Administração Pública. Não é lícito, pois, ao Tribunal Arbitral, sem fundamento legal, regulamentar ou negocial, impô-las aos sujeitos da arbitragem. Inexistente determinação legislativa ou acordo em outro sentido, caberá a aplicação pura e simples da regra geral do dever de indenizar, culminando-se em sentença arbitral condenatória sujeita ao regime constitucional do art. 100, conforme inscrito no próprio caput do citado art. 15 do Decreto[39].

Diante desse quadro geral, pode-se afirmar que a submissão das condenações arbitrais pecuniárias impostas à Fazenda Pública ao regime do art. 100 da Constituição não constitui opção interpretativa "conveniente", mas consequência necessária da equiparação legal entre sentença arbitral e sentença judicial, combinada com a natureza cogente – e de ordem pública – da disciplina constitucional de pagamento das dívidas jurisdicionais do Estado.

As alternativas admitidas no plano infralegal, quando existentes, operam em chave consensual e substitutiva, sem autorizar, por si, o desembolso direto fora da sistemática de requisições.

Fixada, portanto, a regra de enquadramento do crédito arbitral no circuito do precatório/RPV, remanesce examinar a tentativa mais recente de relativização prática[1] dessa conclusão: a tese de que a existência de empenho contratual anterior, por supostamente traduzir disponibilidade orçamentária, permitiria o adimplemento imediato da condenação arbitral. É precisamente essa articulação entre execução da despesa pública e cumprimento de decisões jurisdicionais, bem como os limites jurídico-orçamentários da invocação do empenho como via de pagamento direto, que será enfrentada no tópico seguinte.

5. DINÂMICA FINANCEIRO-ORÇAMENTÁRIA E A INADEQUAÇÃO DO EMPENHO CONTRATUAL COMO VIA DE PAGAMENTO DIRETO

Em perspectiva teórica, poderia ser conjecturado que sentenças arbitrais condenatórias em desfavor da Fazenda Pública não necessitariam se submeter ao regime constitucional de precatórios, quando o objeto litigioso estivesse calcado em contratos administrativos previamente amparados por empenho[41]. O nexo de tal linha de raciocínio seria de que o empenho consistiria em mecanismo de execução orçamentária apto a viabilizar o pagamento direto da obrigação pecuniária. Um juízo adequado acerca de tal formulação deve ser precedido da análise do papel das despesas decorrentes de litígios judiciais/arbitrais na dinâmica financeiro-orçamentária do Poder Público.

O ciclo orçamentário brasileiro consubstancia-se em processo constitucionalmente estruturado, destinado a organizar de forma racional e previsível a utilização dos recursos públicos. Como informa Piscitelli (2022, p. 53):

O art. 165 da Constituição inaugura a seção relativa aos "Orçamentos" e estabelece uma disciplina ampla em relação a tal tema, com o objetivo de detalhar o papel de cada lei orçamentária no desenho da estrutura das finanças públicas. Ao lado desse detalhamento, também estabelece, no § 9º, a competência específica da lei complementar para tratar de temas afetos ao orçamento - trata-se, aqui, de um reforço à previsão do artigo 163, que apresenta, de forma mais geral, a competência da lei complementar em temas correlatos.

Nesse sentido, prevê a existência de três leis orçamentárias, todas de iniciativa do Poder Executivo: o Plano Plurianual (PPA), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). De um ponto de vista geral, é possível dizer que o PPA é a lei orçamentária mais abstrata de todas, já que trata dos grandes objetivos da Administração pelo prazo de quatro anos, enquanto a LOA é a mais concreta, pois tem a função de estabelecer, detalhadamente, as receitas e despesas públicas em um dado exercício.

A dinâmica orçamentária, portanto, desenvolve-se em fases sucessivas de planejamento, autorização, execução e controle, iniciando-se com o Plano Plurianual, que orienta a atuação governamental em horizonte de médio prazo; e prossegue com a Lei de Diretrizes Orçamentárias, que orienta a elaboração e execução da lei orçamentária, dispondo – entre outros temas – sobre metas fiscais, parâmetros de política fiscal e critérios específicos para o tratamento de passivos judiciais. A culminação ocorre na Lei Orçamentária Anual, em que todas as despesas e receitas do exercício são discriminadas (aquelas são autorizadas, estas são estimadas), incluindo dotações expressamente destinadas ao pagamento de precatórios, separadas de outras categorias de despesas, como aquelas relacionadas ao cumprimento de contratos administrativos.

O sistema orçamentário-financeiro distingue despesas administrativas usuais das despesas decorrentes de decisões judiciais e arbitrais condenatórias. As primeiras seguem o rito orçamentário normalmente, e são executadas mediante empenho,

---

[39] No mesmo sentido, cita-se o entendimento de Ferreira e Melamed (2022, p. 188-189), para quem "muitas das modalidades de recomposição do equilíbrio contratual implicam, além de proveito econômico ao concessionário, na alteração de parâmetros essenciais da prestação do serviço público concedido – como o valor da tarifa, a qualidade do serviço, o montante de investimentos na infraestrutura e a periodicidade de sua renovação, dentre outros –, que estão intimamente ligados à própria definição da política pública correlata. Logo, são providências inerentes ao mérito administrativo, cuja determinação incumbe apenas a agentes que exercem a função respectiva, não sendo alcançada pelo poder jurisdicional, seja arbitral ou estatal".

[40] Cf., v.g., Pio (2025).

[41] Nesse sentido, Scaff (2025) sustenta que, nos contratos administrativos, a existência de empenho válido – cuja liquidação poderia ser suprida por decisão judicial ou arbitral – afastaria a necessidade de submissão do pagamento ao regime de precatórios.

liquidação e pagamento, etapas estas disciplinadas nos arts. 58 a 70 da Lei nº 4.320/1964. O empenho corresponde à reserva de dotação para futura despesa contratual; a liquidação verifica o cumprimento das obrigações pactuadas; e o pagamento encerra a execução da despesa, importando na extinção da obrigação da Fazenda em face do particular. Deve-se registrar, porém, que o empenho não constitui direito adquirido ao recebimento, deve ser cancelado quando não há liquidação, preservando a integridade da programação orçamentária[42]. Nesse sentido:

Assim sendo, durante a fase de liquidação da despesa, há uma espécie de inspeção dos títulos e documentos que instruem todo o processo de sua realização, com o escopo de atestar se houve a observância dos recíprocos direitos e deveres que permeiam a relação contratual firmada entre Administração Pública e seus fornecedores ou prestadores de serviços, podendo estes serem qualificados como credores daquela, na qualidade de legítimos destinatários do valor apurado, apenas se adimplirem, na prática, suas obrigações (ASSONI FILHO, 2019, p. 224).

Importa ressaltar que a liquidação da despesa não se confunde com o reconhecimento jurisdicional do crédito, ainda que este decorra de contrato previamente empenhado. A liquidação permanece ato típico de execução orçamentária, reservado à Administração, não sendo passível de substituição pelo juiz ou pelo árbitro.

Essa compreensão é coerente com a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando, por exemplo, ao apreciar a ADI nº 1.098, assentou que os atos relacionados à ordem de pagamento e à execução financeira de precatórios inserem-se no campo administrativo, e não jurisdicional; em igual sentido, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que os atos do presidente do tribunal relativos ao processamento e pagamento de precatórios não possuem natureza jurisdicional (enunciado nº 311 de sua Súmula).

Se até na fase final do cumprimento de decisões judiciais o Judiciário reconhece a natureza administrativa dos atos de gestão e pagamento, com maior razão a liquidação – enquanto etapa de verificação material e contábil da regularidade da despesa – não pode ser apropriada pela jurisdição.

Por outro lado, quando sobrevém litígio e a controvérsia contratual é resolvida por sentença judicial ou arbitral condenatória, inaugura-se um regime jurídico específico: o do artigo 100 da Constituição. Quanto ao ponto, vale retomar algumas das premissas estabelecidas nos tópicos anteriores: (i) uma vez que a sentença arbitral possui natureza jurisdicional, é de se concluir pela sua submissão ao conceito veiculado na expressão "sentença judiciária"; (ii) o dispositivo impõe criação de dotações orçamentárias (e créditos adicionais, se necessários) específicos para o pagamento de despesas decorrentes de decisões judiciais; (iii) fixa-se uma ordem cronológica de pagamentos, e veda-se a designação de casos ou pessoas em tais dotações/créditos, em homenagem à isonomia e à impessoalidade.

Como visto até aqui, os diversos parágrafos do mencionado art. 100 da Constituição Federal, assim como outros dispositivos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, estabelecem parâmetros e procedimentos a serem observados ao longo do ciclo orçamentário-financeiro do pagamento das despesas oriundas de decisões judiciais. Essa disciplina é, a cada ano, complementada pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias que disciplinam a elaboração orçamentária do exercício em que tais despesas devem ser cumpridas.

---

[42] Nos termos do art. 38 da Lei nº 4.320/1964, "Reverte à dotação a importância de despesa anulada no exercício; quando a anulação ocorrer após o encerramento dêste considerar-se-á receita do ano em que se efetivar". Adicionalmente, no caso da União, o art. 28 do Decreto nº 93.872/1986 afirma que "A redução ou cancelamento no exercício financeiro, de compromisso que caracterizou o empenho, implicará sua anulação parcial ou total, revertendo a importância correspondente à respectiva dotação, pela qual ficará automaticamente desonerado o limite de saques da unidade gestora".

Exemplificativamente, no caso da LDO de 2025 (Lei nº 15.080/2024), que orientou a elaboração da Lei Orçamentária para o ano de 2025 em relação à União, os arts. 30 a 41 ocuparam-se de tais questões. Tal arcabouço normativo nos permite descrever, simplificadamente, o seguinte fluxo orçamentário-financeiro concernente ao pagamento de despesas judiciais da União no exercício de 2025:

- Formação do precatório: após o trânsito em julgado e na fase de execução/cumprimento de sentença, o juízo expede o precatório, que se submete ao regime do art. 100 da Constituição.
- Envio da relação anual pelo Judiciário aos órgãos federais e à Comissão Mista de Orçamento do Congresso Nacional (CMO) da relação dos precatórios apresentados até 2 de abril[43] (CF, art. 100, § 5º; LDO de 2025, art. 31).
- Programação orçamentária no PLOA/LOA e tramitação legislativa: o Executivo incorpora os valores na proposta e a Lei Orçamentária deve trazer dotações em programações específicas para precatórios, respeitando a disciplina constitucional aplicável (LDO de 2025, art. 32; CF, art. 165).
- Descentralização orçamentária: após aprovação da LOA, os créditos para precatórios são descentralizados aos órgãos setoriais do Judiciário e, em seguida, aos tribunais responsáveis pelos pagamentos (LDO de 2025, art. 34).
- Pagamento, monitoramento: o adimplemento dos precatórios observada a ordem constitucional de pagamento e os critérios de atualização monetária e encargos aplicáveis até o efetivo pagamento. O Poder Judiciário divulga mensalmente aos órgãos federais competentes a relação de precatórios autuados e pagos, assegurando transparência, controle e monitoramento fiscal do passivo judicial (LDO de 2025, arts. 35, 36 e 37).

O rito acima descrito possui caráter simplificado, como mencionado, por tratar apenas do regime geral de precatórios, não discriminando especificidades como o parcelamento de precatórios (art. 100, § 20, da CF/1988), regras de pagamento de precatórios decorrentes de demandas relativas à complementação da União aos Estados e aos Municípios por conta do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério – Fundef (art. 4º da Emenda Constitucional nº 114/2021), entre outras[44]. Abaixo, ilustra-se o fluxo orçamentário-financeiro de pagamento de precatórios de acordo com a dinâmica da LDO de 2025:

Quadro 1 - Fluxo orçamentário-financeiro simplificado do pagamento de precatórios conforme LDO de 2025.

Formação do precatório
Trânsito em julgado e expedição do precatório pelo juízo, nos termos do art. 100 da Constituição (CF/1988, art. 100)

Envio da relação anual
O Poder Judiciário encaminha aos órgãos federais e à Comissão Mista de Orçamento a relação dos precatórios apresentados até 2 de abril (hoje, como visto, 1º de fevereiro - CF/1988, art. 100, § 5º; LDO de 2025, art. 31)

[43] A Emenda Constitucional nº 136/2025 alterou o art. 100, § 5º, da Constituição Federal, antecipando tal marco temporal para 1º de fevereiro de cada ano. Tal modificação fora anteriormente mencionada na Seção 3, e é explorada em maiores detalhes na Seção 6.

[44] Para maiores detalhes acerca do pagamento de precatórios pela União no exercício de 2025, remete-se ao relatório elaborado pelo Ministério do Planejamento e Orçamento (BRASIL, 2024b).

Programação orçamentária (PLOA/LOA)
Os valores são incorporados ao PLOA e consignados na Lei Orçamentária em dotações específicas para precatórios (CF/1988, art. 165; LDO de 2025, art. 32)

Descentralização orçamentária
Com a publicação da Lei Orçamentária, os créditos para precatórios são descentralizados aos órgãos do Judiciário e aos tribunais competentes, que efetuarão o pagamento (LDO de 2025, art. 34)

Pagamento e monitoramento
Os precatórios são pagos com acompanhamento e divulgação mensal pelo Poder Judiciário aos órgãos federais (LDO de 2025, arts. 35, 36 e 37)

Fonte: elaboração própria

Essa sequência evidencia o papel da sistemática de precatórios no planejamento das atividades financeiras do Estado. O montante referente ao pagamento de dívidas oriundas de decisões judiciais precisa ser previamente apurado – de acordo com a disciplina veiculada na Constituição e na Lei de Diretrizes Orçamentárias aplicável – a fim de que o Projeto de Lei Orçamentária Anual – o qual, a teor do art. 35, § 2º, III, do ADCT, deve ser apresentado pelo Poder Executivo até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro (ou seja, 31 de agosto)[45] – contenha dotações orçamentárias suficientes e específicas para fazer frente a tais créditos.

Desse modo, contrariamente à conjectura suscitada no início do presente tópico, e na linha do que se disse até aqui, tal modalidade de despesa deve ser satisfeita exclusivamente por meio das dotações próprias de precatórios, a teor do próprio caput do artigo 100 da Constituição Federal. Não há espaço jurídico para utilizar o empenho originalmente vinculado ao contrato como fonte de pagamento da condenação, pois esse empenho deve ser objeto de cancelamento com a negativa de liquidação – o que, como visto, tem o condão de reverter a importância correspondente à respectiva dotação orçamentária. Mesmo que permanecesse registrado o empenho anteriormente realizado, ele não poderia financiar obrigação de natureza jurisdicional, cuja disciplina constitucional é autônoma e obrigatória, como demonstrado reiteradamente ao longo desta exposição.

O posicionamento aqui defendido encontra respaldo em decisões do Supremo Tribunal Federal, que têm afirmado a inexistência de exceção ao regime de precatórios para condenações decorrentes de contratos administrativos. No ARE nº 1.523.321, por exemplo, assentou-se que o art. 100 da Constituição não excepciona tais hipóteses, reformando-se decisão que havia afastado o precatório e determinado pagamento direto. Em igual sentido, nos ED no RE nº 1.405.869 e no ARE nº 1.492.716, o Tribunal afastou decisões que admitiam o pagamento direto, inclusive quando fundadas na existência de empenho, reafirmando o caráter obrigatório da sistemática constitucional do art. 100 da Constituição.

---

[45] ADCT: "Art. 35. [...] § 2º Até a entrada em vigor da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º, I e II, serão obedecidas as seguintes normas: [...] III - o projeto de lei orçamentária da União será encaminhado até quatro meses antes do encerramento do exercício financeiro e devolvido para sanção até o encerramento da sessão legislativa.".

Deve-se ter em mente que, admitir pagamento direto com base no empenho de despesa implicaria em subversão da programação anual aprovada pelo Poder Legislativo, ruptura da ordem cronológica entre credores, escolha casuística de beneficiários e violação à legalidade orçamentária[46]. Mais do que isso, significaria confundir canais jurídico-orçamentários distintos: o regime de precatórios opera como mecanismo de gestão do passivo jurisdicional, e possui lógica interna própria distinta daquela concernente às demais despesas administrativas.

A diferenciação não é apenas procedimental, mas estruturante para o equilíbrio das contas públicas e para a garantia de isonomia e impessoalidade entre credores, como visto. Com efeito, a ampliação da tese de que a existência de empenho afastaria o regime de precatórios para além de contratos administrativos permitiria que condenações judiciais em uma plêiade de discussões de naturezas distintas fossem satisfeitas à margem da ordem constitucional de pagamento, comprometendo o planejamento orçamentário, gerando privilégios indevidos.

Essa constatação conduz, naturalmente, ao exame de aspectos relacionados à relevância institucional do regime de precatórios como instrumento de planejamento fiscal. É nesse contexto que se insere o tópico seguinte.

6. GESTÃO DO PASSIVO DECORRENTE DE LITÍGIOS E PREVISIBILIDADE ORÇAMENTÁRIA

Muito se mencionou acerca da importância da sistemática de precatórios na gestão da atividade financeira do Estado. No desenvolvimento deste tópico, pretende-se ilustrar, com base em exemplos da prática institucional brasileira no âmbito dos três Poderes, que o regime de precatórios não se limita a disciplinar o modo de execução de decisões judiciais, mas integra de forma estrutural o processo de planejamento fiscal-orçamentário do Estado.

Nesse contexto, no âmbito do Poder Executivo, a inserção dos passivos judiciais no ciclo de planejamento fiscal-orçamentário revela-se de forma particularmente clara na estrutura institucional de governança dos riscos fiscais judiciais da União, tal como delineada a partir do Decreto nº 11.379/2023 e da Portaria Normativa AGU nº 68/2022. O Decreto nº 11.379/2023, que cria o Conselho de Acompanhamento e Monitoramento de Riscos Fiscais Judiciais, estabelece um modelo de governança fiscal voltado à identificação, avaliação e monitoramento de riscos decorrentes de demandas judiciais capazes de afetar a sustentabilidade das contas públicas, ao prever a articulação entre órgãos jurídicos, fazendários e de planejamento.

Nesse arranjo, a Portaria Normativa AGU nº 68/2022 atribui à Advocacia-Geral da União a responsabilidade técnica pela prestação de informações sobre ações judiciais que possam representar riscos fiscais, fixando critérios de materialidade (art. 2º)[47], parâmetros de classificação quanto à probabilidade de sucumbência da União nas demandas (art. 3º)[48] [49] e regras para a estimativa do impacto financeiro (arts. 6º e 7º)[50], bem como disciplinando o fluxo institucional de consolidação e reporte das informações (art. 8º)[51] [52].

---

[46]Em semelhante linha de pensamento, o Tribunal Arbitral constituído para o Procedimento nº 26772/PFF/RLS, administrado pela Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI), formado pelos juristas Selma Maria Ferreira Lemes, Irene Patrícia Nohara e Pedro A. Batista Martins, decidiu recentemente a favor da incidência do regime de precatórios em litígio que envolvia o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo, autarquia vinculada à Secretaria de Logística e Transportes daquele ente federativo. Na arbitragem, que discutia contratos de obras na Rodovia SP-088, confrontando-se com a tese do empenho como via substitutiva ao precatório, o painel arbitral entendeu que, "para além da previsibilidade e da segurança jurídica na adoção da via precatorial para fins dos pagamentos decorrentes de condenações das Fazendas Públicas, a disposição constitucional visa também a prestigiar os princípios da isonomia e da impessoalidade", razão pela qual o regime constitucional também incide no cumprimento de sentença arbitral, a qual é "equiparada às sentenças judiciais" (CCI, 2026, p. 196-198).

Portanto, a sistemática de precatórios se relaciona à governança de riscos fiscais ao transformar contingências acompanhadas de maneira prospectiva em obrigações financeiras certas e calendarizadas, permitindo que o impacto das decisões judiciais seja antecipado, organizado e absorvido de modo planejado pelo orçamento público[53].

A atividade legislativa também contém vários exemplos atuais que demonstram a aproximação da sistemática de precatórios do planejamento financeiro-orçamentário do Estado. É o caso da Lei Complementar nº 200/2023, que, ao instituir "regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico", em seu art. 13, excluiu os precatórios oriundos de demandas judiciais relativas ao Fundef do limite de despesas primárias a ser observado pelos Poderes da União[54].

---

[47] Portaria Normativa AGU nº 68/2022: "Art. 2º Para fins de classificação de risco, serão consideradas as ações judiciais cujo eventual impacto financeiro seja estimado em valor igual ou superior a R$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), e que se encontrem: [...]"

[48] Portaria Normativa AGU nº 68/2022: "Art. 3º A classificação das ações judiciais quanto à probabilidade de perda observará os seguintes critérios: I - risco provável, que abrange: a) ação de conhecimento, ação de controle concentrado de constitucionalidade ou recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida, com decisão do Supremo Tribunal Federal desfavorável à Fazenda Pública; b) ação de conhecimento ou recurso repetitivo com decisão do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho desfavorável à Fazenda Pública, que não tenha matéria passível de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal; c) ação de conhecimento contra a Fazenda Pública, cuja questão de direito tenha sido julgada desfavorável à Fazenda Pública nos termos das alíneas "a" e "b" deste inciso; e d) ações judiciais que se encontrem em fase de cumprimento de sentença, cuja questão de direito tenha sido julgada desfavorável à Fazenda Pública nos termos das alíneas "a" e "b" deste inciso. II - risco possível, que abrange: a) ação de conhecimento, ação de controle concentrado de constitucionalidade, desde a publicação da pauta, ou recurso extraordinário desde o reconhecimento da repercussão geral, até que seja proferida decisão por órgão do Supremo Tribunal Federal; b) recurso repetitivo desde a sua afetação por órgão do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho; e c) ação de conhecimento com decisão de órgão colegiado do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior do Trabalho, desfavorável à Fazenda Pública, que tenha matéria passível de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal; III - risco remoto, que abrange as ações judiciais que não se enquadrem nas classificações previstas nos incisos I e II deste artigo. [...]".

[49] Segundo a probabilidade de perda da demanda pela União, as ações judiciais objeto de monitoramento são classificadas em três distintos graus de risco: remoto, possível e provável. Dados oriundos da Secretaria do Tesouro Nacional dão conta de que, em fevereiro de 2022, havia um montante de 166 bilhões de reais associados a demandas de origem arbitral classificadas como risco possível, o que representava aproximadamente 11,94 % do total à época. Para maiores detalhes, remete-se ao painel "Riscos Fiscais com Demandas Judiciais", mantido pelo órgão fazendário (BRASIL, 2025b).

[50] Portaria Normativa AGU nº 68/2022: "Art. 6º A composição do impacto financeiro dos riscos será: I - nas condenações da Fazenda Pública para pagamento, o resultado da soma dos valores estimados: [...] II - nas condenações da Fazenda Pública que resultem em perda de arrecadação, o resultado da soma dos valores estimados de redução da arrecadação em virtude do cumprimento de decisão judicial, assim considerados o equivalente à estimativa de arrecadação de 1 (um) ano para o futuro e de 5 (cinco) anos de parcelas pretéritas; ou III - nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, as consequências jurídicas diretamente decorrentes do resultado do processo que impliquem a nulidade ou suspensão de normas arrecadatórias, a extensão de normas desonerativas ou que imponham despesas públicas de caráter continuado que possam ser quantificadas pelos órgãos públicos responsáveis pela implementação. [...] Art. 7º A estimativa de impacto financeiro da ação judicial será aferida com base nos elementos constantes no processo e nas informações e documentos apresentados pelos órgãos e entidades envolvidos no processo judicial. § 1º Os órgãos jurídicos previstos no parágrafo único do art. 1º poderão solicitar aos órgãos ou entidades da Administração Federal Direta, Autárquica ou Fundacional, envolvidos no caso, subsídios fáticos ou mesmo a elaboração da estimativa do impacto. [...]".

[51] Portaria Normativa AGU nº 68/2022: "Art. 8º Compete à Secretaria de Gestão Estratégica e Governança coordenar a elaboração das informações para compor o Anexo de Riscos Fiscais da Lei de Diretrizes Orçamentárias e o Balanço Geral da União, com a lista das ações judiciais ou conjunto de ações acompanhadas e dos seguintes elementos mínimos: I - número do processo judicial; II - descrição do processo ou tema; III - classificação do risco; IV - valor estimado de impacto financeiro, desde que informado; e V - os processos excluídos naquele exercício. § 1º A Secretaria de Gestão Estratégica e Governança demandará os órgãos jurídicos previstos no parágrafo único do art. 1º, para que informem trimestralmente os elementos constantes do caput, ou conforme demanda da Secretaria do Tesouro Nacional e das Reuniões de Avaliação da Estratégia do Comitê de Governança da Advocacia-Geral da União. § 2º Compete aos órgãos jurídicos previstos no parágrafo único do art. 1º, quando da atualização das informações, verificar itens incluídos e excluídos pelos demais órgãos, a fim de identificar eventuais sobreposições ou incongruências, devendo tais ocorrências serem encaminhadas à Secretaria de Gestão Estratégica e Governança, que adotará as providências administrativas para o alinhamento entre os órgãos e a realização dos ajustes".

Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 136/2025 incluiu o § 21 no art. 165 da Constituição, determinando que as despesas anuais da União com precatórios serão incorporadas gradualmente na apuração da meta de resultado primário estabelecida na lei de diretrizes orçamentárias, o que será feito "de forma cumulativa a cada exercício, em, no mínimo, 10 % do montante previsto dessas despesas". Ou seja, o Poder Constituinte Derivado Reformador criou regra de gestão fiscal que promove uma suavização temporal do peso de tais despesas para fins atingimento de metas de resultado primário.

A mesma Emenda Constitucional também alterou o § 5º do artigo 100, antecipando de 2 de abril para 1º de fevereiro o prazo que o Poder Judiciário observará para envio da relação de precatórios a serem satisfeitos no exercício orçamentário do ano seguinte. Esse marco temporal é de grande relevância para o planejamento fiscal-orçamentário, pois define o momento limite para a inclusão dos precatórios no orçamento do exercício seguinte, permitindo ao Poder Executivo antecipar, dimensionar e programar o impacto dessas obrigações judiciais na LOA. Ocorre que o próprio prazo de 2 de abril havia também sido produto de alteração do texto constitucional (que trazia a data de 1º julho como marco original) por meio da Emenda Constitucional nº 114/2021).

Essa primeira antecipação foi levada à apreciação do Poder Judiciário através da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 7.064. O Ministro Relator, Luiz Fux, sustentou a constitucionalidade da alteração em voto que bem expressa o reconhecimento do Judiciário de que o sistema de precatórios não se limita à execução de decisões judiciais, mas constitui instrumento de gestão fiscal que assegura previsibilidade orçamentária. Transcreve-se:

Das disposições do ADCT verifica-se que a LDO precisa ser enviada ao Congresso até o dia 15 de abril de cada exercício financeiro. Como exposto, a LDO conterá, dentre outras disposições, as diretrizes de política fiscal e respectivas metas, em consonância com trajetória sustentável da dívida pública.

Com efeito, de tudo o que já se discutiu nesta ADI, é forçoso reconhecer que as dívidas decorrentes do pagamento dos precatórios são uma parcela extremamente relevante do orçamento público. Consectariamente, é praticamente impossível ao gestor público descrever metas e trajetória sustentável da dívida pública sem levar em consideração o quanto terá de despender a título de pagamento em condenações judiciais.

Na sistemática anterior à mudança constitucional, o precatório deveria ser expedido até o dia 1º de julho de cada ano para figurar na lei orçamentária anual aprovada no mesmo exercício que seria executada no ano seguinte.

---

[52] O Anexo de Riscos Fiscais, previsto no art. 4º, § 3º, da Lei Complementar nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), constitui instrumento da Lei de Diretrizes Orçamentárias destinado a explicitar e avaliar os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas, indicando as providências a serem adotadas caso se concretizem. Já o Balanço Geral da União, elaborado nos termos do art. 101 da Lei nº 4.320/1964, consolida as demonstrações contábeis da União e incorpora informações sobre passivos e obrigações reconhecidas, inclusive aquelas de origem judicial. Registra-se que as demandas judiciais já transitadas em julgado contra a União, assim como aquelas ainda sem trânsito em julgado, mas classificadas como de risco de perda provável, são objeto de provisões para perdas judiciais no Balanço Geral da União.

[53] Quanto ao ponto, discorda-se de Faim Filho (2025, p. 278), que considera os precatórios não pagos como passivos enquadráveis na categoria de risco fiscal. A nosso ver, uma vez expedido o precatório, o risco se materializa como obrigação de pagar de impacto iminente (não imediato), não havendo mais que se falar em contingência. Nesse sentido, remete-se ao art. 4º, parágrafo único, II, da Portaria AGU nº 68/2022.

[54] Com base no Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF) da Secretaria do Tesouro Nacional (Brasil, 2025a), receitas primárias são as receitas orçamentárias apuradas pelo regime de caixa que aumentam as disponibilidades de caixa do ente sem contrapartida de aumento da Dívida Consolidada, excluídas as de natureza financeira e as provenientes de alienação de ativos, enquanto despesas primárias são as despesas orçamentárias, também apuradas pelo regime de caixa, que reduzem as disponibilidades de caixa sem redução equivalente do estoque da dívida consolidada, excluídas as despesas financeiras, em especial juros.

No entanto, quaisquer precatórios encaminhados no lapso entre o dia 16 de abril e 1º de julho poderiam constar da lei orçamentária sem que figurassem na lei de diretrizes orçamentárias já encaminhada ao Congresso. A situação desconsiderava uma das premissas pela qual o regime de precatórios é adotado: permitir ao gestor público previsibilidade dos dispêndios, de modo a equalizar a dívida pública.

A determinação para que os precatórios sejam enviados até o dia 02 de abril permite à Administração provisionar os valores que serão despendidos com o pagamento das condenações, tornando mais realista a perspectiva de equacionamento da dívida que constará da lei orçamentária.

É fato que a mudança promoveu um aumento no prazo do chamado "período de graça" para o pagamento da dívida. No entanto, há justificativas consubstanciadas nos princípios da gestão fiscal responsável que permitem reconhecer a proporcionalidade e a razoabilidade da alteração.

Em suma, tais exemplos evidenciam que o regime de precatórios é considerado, pelos três Poderes, um mecanismo de gestão financeiro-orçamentária, razão pela qual não pode ser afastado no cumprimento de sentenças condenatórias contra a Fazenda Pública. A necessidade de se prover mecanismos de planejamento fiscal para gestão dos passivos decorrentes de decisões judiciais ganha relevância adicional quando se considera a circunstância de que tais despesas não são resultado de escolhas realizadas pelos gestores (e que poderiam, portanto, ser precedidas de análise e planejamento prévios), mas decorrem da atuação de Poder independente, estando fora de sua órbita de controle.

Romper a lógica da sistemática de precatórios não apenas afrontaria o texto constitucional, mas também comprometeria a estabilidade fiscal, dificultaria o planejamento governamental, criaria distorções na alocação de recursos e enfraqueceria a confiança dos agentes econômicos na capacidade do Estado de gerir ordenadamente suas obrigações[55].

7. CONCLUSÕES

A arbitragem, embora fundada em convenção, projeta-se como exercício de jurisdição: uma vez instituído o tribunal arbitral, há acertamento heterônomo do litígio, e a sentença arbitral se equipara funcionalmente à sentença judicial, tanto quanto aos seus efeitos (art. 31 da Lei nº 9.307/1996) quanto à sua exequibilidade como título executivo judicial (art. 515, VII, do CPC de 2015).

Por isso, quando a condenação arbitral impõe à Fazenda Pública obrigação de pagar quantia certa, não se abre um "corredor procedimental" de satisfação do crédito. Afinal, a equiparação que legitima a força do título atrai, como contrapartida necessária, a submissão ao mesmo regime constitucional que disciplina as condenações judiciais, sob pena de privilégio indevido e quebra da isonomia entre credores do Estado.

Nesse contexto, a efetivação do comando condenatório pecuniário dirigido contra o Poder Público percorre o canal executivo estatal, observando-se o procedimento próprio de cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública previsto nos arts. 534 e 535 do CPC de 2015, com a expedição do requisitório e a incidência do regime do art. 100 da Constituição na etapa de satisfação.

---

[55] O impacto das decisões judiciais na despesa pública é questão quantitativamente sensível do ponto de vista fiscal. Mendes et al. (2025) estimam que o custo fiscal total das decisões judiciais está em torno de 2,5% do PIB em 2024, o que representaria 9% da despesa primária total.

Com isso, não há como acolher a tentativa, percebida recentemente na prática arbitral, de antecipar o adimplemento com base em empenhos contratuais preexistentes. O empenho integra o ciclo administrativo de execução da despesa e não se confunde com o cumprimento de condenação jurisdicional; sua eventual existência não desloca a despesa das rubricas próprias de precatórios, nem autoriza que juiz estatal ou árbitro privado substituam o gestor na liquidação – ato típico de administração financeira.

É sintomático, aliás, que a própria gestão e pagamento de precatórios, embora operada no âmbito do Judiciário, seja compreendida como atividade administrativa, o que reforça a impropriedade de se "jurisdicionalizar" etapas internas da execução orçamentária.

Nada disso impede, como visto, a adoção de soluções negociadas que conduzam a prestações alternativas à indenização pecuniária, desde que fundadas em base normativa adequada e na consensualidade das partes. O que se afasta é a pretensão de pagamento direto, imposto como execução de quantia fora do rito constitucional.

Em última análise, o respeito ao art. 100 da Constituição não é formalismo estéril, mas garantia de legalidade orçamentária, governança de riscos fiscais e previsibilidade administrativa. É precisamente por isso que confere segurança jurídica e legitimidade à própria arbitragem com o Poder Público, afastando a percepção de que ela poderia funcionar como burla ao sistema constitucional de responsabilidade financeira do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSONI FILHO, Sérgio. Da despesa. In: CONTI, José Mauricio (Coord.). Orçamentos públicos: a Lei nº 4.320/1964 comentada. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; MEGNA, Bruno Lopes. Da "arbitragem de direito" no âmbito da administração pública. In: SICA, Heitor Vitor Mendonça; YARSHELL, Flavio Luiz; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). Estudos de direito processual civil em homenagem ao professor José Rogério Cruz e Tucci. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 607-629. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Bruno-Lopes-Megna/publication/342898688_Arbitragem_de_direito_e_Administracao_Publica/links/5f0c778f4585155a552515ad/Arbitragem-de-direito-e-Administracao-Publica.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, [1988]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 12 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10025.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Decreto nº 11.379, de 6 de dezembro de 2023. Dispõe sobre a governança da política fiscal no âmbito do Poder Executivo federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2023a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11379.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, [2000]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Lei Complementar nº 200, de 30 de agosto de 2023. Institui regime fiscal sustentável para garantir a estabilidade macroeconômica do País e criar as condições adequadas ao crescimento socioeconômico, com fundamento no art. 6º da Emenda Constitucional nº 126, de 21 de dezembro de 2022, e no inciso VIII do caput e no parágrafo único do art. 163 da Constituição Federal; e altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Brasília, DF: Presidência da República, [2023b]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp200.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, [1964]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [1973]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm. Acesso em: 13 dez. 2025.

Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 13 dez. 2025.

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Lei nº 15.080, de 30 de dezembro de 2024. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2025 e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2024a]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2024/lei/L15080.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

Manual de Demonstrativos Fiscais – MDF. 15. ed. Brasília, DF: Ministério da Fazenda, [2025a]. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/manuais/_pdf/629/MDF%20%20MDF%2015%20edicao%20%20v6.pdf. Acesso em: 14 dez. 2025.

Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. Riscos fiscais com demandas judiciais e precatórios. Brasília, DF: Tesouro Transparente, [2025b]. Disponível em: https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/riscos-fiscais-com-demandas-judiciais-e-precatorios. Acesso em: 15 dez. 2025.

Portaria Normativa AGU nº 68, de 18 de novembro de 2022. Dispõe sobre critérios e procedimentos a serem adotados pela Advocacia-Geral da União na prestação de informações sobre ações judiciais que possam representar riscos fiscais à União, suas autarquias ou fundações públicas. Brasília, DF: Advocacia-Geral da União, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11379.htm. Acesso em: 12 dez. 2025.

Relatório Despesas com Sentenças Judiciais – Precatórios 2025. Brasília, DF: Ministério do Planejamento e Orçamento, [2024b]. Disponível em: https://www.gov.br/planejamento/pt-br/assuntos/noticias/2024/documentos/2024-05_24-informe_precatorios2025.pdf. Acesso em: 14 dez. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Agravo Interno no Conflito de Competência (AgInt no CC) n. 212.007/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 8 out. 2025, DJe 14 out. 2025c. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202500856342 & dt_publicacao=14/10/2025. Acesso em: 13 dez. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Superior Tribunal de Justiça. Segunda Seção. Conflito de Competência (CC) n. 111.230/DF. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 8 maio 2013, DJe 3 abr. 2014. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000587366&dt_publicacao=03/04/2014. Acesso em: 13 dez. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Recurso Especial (REsp) n. 1.102.460/RJ. Relator: Ministro Marco Buzzi. Julgado em 17 jun. 2015, DJe 23 set. 2015b. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200802558447&dt_publicacao=23/09/2015. Acesso em: 13 dez. 2025.

Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 311. Julgada em 24 ago. 2005, DJ 31 ago. 2005.

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1.098/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 11 set. 1996, DJ 25 out. 1996.

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 7.064/DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 1 dez. 2023, DJe 19 dez. 2023. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6330822. Acesso em: 15 dez. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário (RE ED) n. 1.405.869/RO. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 21 nov. 2023, DJe 23 nov. 2023d. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=772853921. Acesso em: 15 dez. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1.492.716/RO. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Decisão monocrática. Julgado em 15 mai. 2024, DJe 16 mai. 2024c. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15367029127&ext=.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 1.523.321/RJ. Relator: Ministro Luiz Fux. Decisão monocrática. Julgado em 13 nov. 2024, DJe 14 nov. 2024d. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15372086185&ext=.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem: mediação, conciliação e tribunal multiportas. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-arbitragem-mediacao-conciliacao-e-tribunal-multiportas/1620615748. Acesso em: 14 dez. 2025.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4 ed. Barueri: Atlas, 2023.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL [CCI]. Tribunal Arbitral constituído no Procedimento nº 26772/PFF/RLS. Sentença arbitral final. Requerentes: Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa e Consórcio Construcap-Copasa SP-088. Requerido: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP. Árbitros: Pedro A. Batista Martins (presidente), Selma Maria Ferreira Lemes e Irene Patrícia Nohara. São Paulo, 13 fev. 2026. 229 p. Disponível em: https://www.pge.sp.gov.br/Portal_PGE/Portal_Arbitragens/paginas/Arbitragem_get_file.asp?idr=2732. Acesso em: 22 fev. 2026.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. Precatórios e requisições de pequeno valor na dívida pública, p. 263-296. Direito da dívida pública no Brasil. São Paulo: Blucher, 2025.

FERREIRA, Iago Oliveira; MELAMED, Tatiana Sarmento Leite. Arbitragem e precatórios: um panorama sobre a efetivação dos pleitos pecuniários em face da administração pública. Publicações da Escola Superior da AGU, [S. l.], v. 14, n. 01, 2022. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/3228. Acesso em: 14 dez. 2025.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Fernandes Ananias Alves. Lei de Arbitragem Comentada. 5 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Judpodivm, 2025.

FUX, Rodrigo. Direito Processual Civil e Arbitragem Nacional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2024. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/direito-processual-civil-e-arbitragem-nacional-ed-2024/2899220009. Acesso em: 13 dez. 2025.

GRANDO, Michelle T. Desafios para a legitimidade da arbitragem internacional. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 15, n. 58, p. 191-197, 2018. Disponível em: https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/15.58/RBA2018024. Acesso em: 13 dez. 2025.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e administração pública. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme (Coord.). Curso de arbitragem. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Livro eletrônico. Cap. 16. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-de-arbitragem/1279980024. Acesso em: 15 dez. 2025.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2024. São Paulo: Canal Arbitragem, 2024. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2024/12/Arbitragem-em-Numeros-2024.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

Arbitragem em números: pesquisa 2025. São Paulo: Canal Arbitragem, 2025a. Disponível em: https://canalarbitragem.com.br/wp-content/uploads/2026/01/Pesquisa-2025-Canal-Arbitragem-.pdf. Acesso em: 22 fev. 2026.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Volume de arbitragens no país aumenta 18% de 2023 a 2024. [Entrevista cedida a] Marcela Villar. Valor Econômico, São Paulo, 15 dez. 2025b. Seção Legislação. Disponível em: https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2025/12/15/volume-de-arbitragens-no-pais-aumenta-18-percent-de-2023-a-2024.ghtml. Acesso em: 15 dez. 2025.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). A arbitragem na era da globalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Disponível em: https://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/arbitragem-atraves-dos-tempos-obstaculos-e-preconceitos-sua-implementacao-no-brasil-2.pdf. Acesso em: 14 dez. 2025.

MEGNA, Bruno Lopes. Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L3942. Acesso em: 15 dez. 2025.

MENDES, Marcos; COELHO, Cristiane; LISBOA, Marcos; BARBOSA, Leonardo. A despesa do Governo Federal decorrente de sentenças judiciais: precatórios são apenas uma parte de problema bem maior. Working paper. São Paulo: Insper, 2025.

MOREIRA, Egon Bockmann; GRUPENMACHER, Betina Treiger; KANAYAMA, Rodrigo Luís; AGOTTANI, Diogo Zelak. Precatórios: o seu novo regime jurídico. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/precatorios-o-seu-novo-regime-juridico-ed-2022/1672936132. Acesso em: 14 dez. 2025.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Curso prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/curso-pratico-de-arbitragem-e-administracao-publica/1279971108. Acesso em: 15 dez. 2025.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de direito financeiro. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.forumconhecimento.com.br/livro/L4464. Acesso em: 14 dez. 2025.

PIO, Nuno Roberto Coelho. Arbitragem e precatórios: uma discussão que ganhou corpo. Migalhas, Observatório da Arbitragem, 4 nov. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/coluna/observatorio-da-arbitragem/443599/arbitragem-e-precatorios-uma-discussao-que-ganhou-corpo. Acesso em: 15 dez. 2025

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PISCITELLI, Thatiane. Direito financeiro. 8. ed. Barueri, SP: Atlas, 2022.

RIO DE JANEIRO (Estado). Decreto nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018. Regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades. Rio de Janeiro: Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://biblioteca.pge.rj.gov.br/scripts/bnweb/bnmapi.exe?router=upload/49706. Acesso em: 15 dez. 2025.

SACRAMENTO, Júlia Thiebaut; CARDOSO, Paula Butti; NUNES, Tatiana Mesquita. Arbitragem e poder público na perspectiva constitucional: o cumprimento da sentença arbitral sob a ótica do princípio da eficiência. In: ABBOUD, Georges; MALUF, Fernando; VAUGHN, Gustavo (Coord.). Arbitragem e Constituição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. Livro eletrônico. Cap. 18. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/arbitragem-e-constituicao-ed-2023/2485139854. Acesso em: 14 dez. 2025.

SALAMA, Bruno Meyerhof; BARBOSA JR., Alberto L. A economia da arbitragem revisitada. [S. l.]: SSRN, 18 fev. 2025. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=5447697. Acesso em: 14 dez. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Decreto nº 64.356, de 31 de julho de 2019. Dispõe sobre o uso da arbitragem para resolução de conflitos em que a Administração Pública direta e suas autarquias sejam parte. São Paulo: Diário Oficial do Estado, 2019. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/decreto/2019/decreto-64356-31.07.2019.html. Acesso em: 14 dez. 2025.

SCAFF, Fernando Facury. Uma interpretação contemporânea para o art. 100 da Constituição Federal relativa à execução de contratos administrativos entre empenhos e precatórios. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 284, n. 1, p. 99–126, jan./abr. 2025.

SCHINEMANN, Caio César Bueno. Arbitragem e execução: divisão de competências, poderes do árbitro e limites subjetivos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023. Livro eletrônico. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/arbitragem-e-execucao-ed-2023/2085496370. Acesso em: 15 dez. 2025.

ENTRE A JURISDIÇÃO ESTATAL E A JURISDIÇÃO ARBITRAL: A TRAVESSIA DAS SENTENÇAS ARBITRAIS PELO REGIME CONSTITUCIONAL DOS PRECATÓRIOS

Rafaela Krauspenhar[1]

RESUMO

O presente artigo analisa a aplicabilidade do regime constitucional de precatórios às condenações pecuniárias impostas à Administração Pública em arbitragens. Partindo da premissa de que a arbitragem exerce função jurisdicional e de que suas sentenças possuem força normativa equiparada às sentenças judiciais, investiga-se se seria juridicamente admissível afastar o art. 100 da CF/1988 em razão da escolha da via arbitral.

O trabalho examina os fundamentos históricos e constitucionais do regime de precatórios, a evolução normativa da arbitragem com a Administração Pública como parte, as principais posições doutrinárias favoráveis e contrárias à incidência do instituto e, por fim, a forma como a questão vem sendo enfrentada em procedimentos arbitrais e decisões judiciais recentes.

Conclui-se que, apesar das críticas à morosidade do sistema de precatórios, não há respaldo constitucional para excepcionar sua aplicação às sentenças arbitrais, ressalvadas apenas as hipóteses expressamente previstas na CF/1988.

Palavras-chave: Arbitragem; Precatórios; Administração Pública; Sentença arbitral; Sentença judiciária.

1. INTRODUÇÃO

A ampliação do uso da arbitragem nos contratos celebrados com a Administração Pública tem ganhado cada vez mais relevância no contexto brasileiro[2]. Impulsionada pela busca de maior eficiência, especialização técnica e celeridade na solução de controvérsias, a arbitragem passou a ocupar espaço crescente na resolução de litígios envolvendo o Poder Público, sobretudo após a consolidação normativa promovida pela Lei nº 13.129/2015[3]. Esse avanço, contudo, não se deu sem tensões, especialmente quando a arbitragem resulta em condenações pecuniárias impostas à Fazenda Pública, colocando em evidência a compatibilidade entre a lógica arbitral e o regime constitucional de precatórios previsto no art. 100 da CF/1988.

---

[1] Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília e Advogada Sócia no Ana Frazão Advogados. Participante das Comissões Arbitragem e da Mulher Advogada da OAB do Distrito Federal (OAB-DF).

[2] ARBITRAGEM em contratos públicos estão em alta e impactam grandes projetos. JOTA, 26 mar. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-em-contratos-publicos-estao-em-alta-e-impactam-grandes-projetos. Acesso em: 1 dez. 2025.

Nesse contexto, surge a seguinte pergunta de pesquisa: é constitucionalmente admissível afastar o regime de precatórios nas hipóteses de condenação pecuniária da Administração Pública decorrente de sentença arbitral? A hipótese inicial adotada neste trabalho é a de que não é possível afastar o regime constitucional de precatórios em razão da via arbitral eleita, tendo em vista a equiparação normativa entre sentenças arbitrais e sentenças judiciais e a inexistência de exceções constitucionais que autorizem tratamento diferenciado às condenações proferidas em arbitragem.

Para enfrentar essa problemática, o artigo estrutura-se em três capítulos. O Capítulo 1 analisa os fundamentos constitucionais e históricos do regime de precatórios, bem como a evolução da arbitragem envolvendo a Administração Pública, demonstrando que a equiparação entre sentenças arbitrais e judiciais impõe a submissão de ambas ao mesmo regime de execução quando houver condenação pecuniária.

O Capítulo 2 apresenta e sistematiza as principais posições doutrinárias sobre a aplicabilidade dos precatórios à arbitragem, confrontando os argumentos contrários e favoráveis ao regime constitucional e desenvolvendo uma análise crítica dos fundamentos apresentados.

Por fim, o Capítulo 3 examina como a controvérsia vem sendo tratada na prática, a partir da análise de procedimentos arbitrais e decisões judiciais relevantes, tendo sido selecionados quatro casos – dois em trâmite na Câmara de Comércio Internacional (CCI) e dois no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

A partir dessa estrutura, busca-se oferecer uma análise integrada entre teoria, doutrina e prática, permitindo compreender os limites constitucionais da arbitragem com a participação da Administração Pública.

1. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DO REGIME DE PRECATÓRIOS E A EQUIPARAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS A SENTENÇAS JUDICIAIS

No intuito de contextualizar o tema, este capítulo tem por objetivo examinar os fundamentos teóricos e normativos indispensáveis à compreensão da controvérsia envolvendo a aplicação do regime de precatórios às condenações pecuniárias impostas à Administração Pública em arbitragens.

---

[3] MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: JÚDICE, Moreira, A. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. E-book. P. 81. ISBN 9786556270678. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270678/. Acesso em: 13 dez. 2025.

Para tanto, parte-se, inicialmente, de uma análise histórica e constitucional do instituto dos precatórios (1.1), passando, em seguida, à evolução da arbitragem nos contratos celebrados com o Poder Público (1.2). Por fim, a seção 1.3 dedica-se a analisar a convivência entre o regime constitucional dos precatórios e a arbitragem envolvendo a Administração Pública.

1.1. Breve relato sobre o regime de precatórios

O regime dos precatórios foi instituído no Brasil como uma forma de estipular uma ordem cronológica e impessoal às condenações do Poder Público, tendo em vista a impenhorabilidade de bens públicos e levando em conta os princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da impessoalidade[4]. Dessa forma, os precatórios surgem como uma ordem de pagamento ao Poder Público, para que este possa inserir o valor devido no orçamento com o intuito de que seja realizado o pagamento[5].

Fato é que o instituto foi implementado pela Constituição Federal justamente para tratar de um problema antigo: "o Estado, antes Estado-Juiz, agora tornou-se pelas necessidades administrativas, Estado-Parte"[6], trazendo diversas questões não apenas quanto à execução, mas também em relação à própria participação do Estado no processo. Diante de tantas questões sem respostas, alguns dispositivos legais foram propostos[7]:

DISPOSITIVO LEGAL	CONTEÚDO
Carta de Lei de 22 de dezembro de 1761, de Dom José	Primeiras diretrizes sobre cobrança da dívida do Real Patrimônio. Instituiu o Erário Régio (ou Real Erário) para centralizar a arrecadação e gestão das finanças públicas. O Erário Régio passou a controlar pagamentos e transferências, limitando a autonomia de outros tribunais e órgãos governamentais.
Ordenação de 10 de setembro de 1846	Estabelecia que "estando a sentença coerente, e podendo pagar-se ao credor exequente, a tesouraria paga, e remete ao tesouro cópia da mesma".

[4] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 1.
[5] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 3.
[6] CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982, p. 326.
[7] Tabela elaborada pela Autora com base em: CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982, pp. 326-327; e CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, pp. 3-5.

DISPOSITIVO LEGAL	CONTEÚDO
Instrução Normativa de 10 de abril de 1851	Editada pelo Directorio do Juízo Fiscal e Contencioso dos Feitos da Fazenda. O art. 14 estabelecia que "em bens da Fazenda Nacional não se faz penhora". A referida impenhorabilidade relativa a bens públicos nacionais não alcançava os bens públicos provinciais nem os municipais. O art. 14 também previa que "tendo passado em julgado a sentença contra a Fazenda, extrai-se e leva-se ao 'cumpra-se' da autoridade competente, e é requerida ao Procurador Fiscal para pagar; e não tendo este dúvida, passa-se precatória à Tesouraria a favor do exequente".
Consolidação das Disposições Legislativas e Regulamentares concernentes ao Processo Civil	Organizada por Antonio Joaquim Ribas. O art. 1277, § 16, estabelece que os bens do Estado, das Províncias e dos Munícipios não podem ser absolutamente penhorados.
Decreto nº 9.549, de 23 de janeiro de 1886	Determinava que fosse aplicado o Regulamento para a execução da execução da Lei nº 3272 de 5 de Outubro de 1885. O art. 7º estabelecia que "os bens considerados inalienaveis, para não serem sujeitos a penhora, se comprehendem os das Camaras Municipaes e os das Ordens religiosas"[8].
Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898	Concessão de prazo maior à Fazenda Pública do que às partes comuns para contestar e apelar. Também foi instituído o duplo grau de jurisdição, no qual o juiz deveria apelar ex officio. "Art. 41. Sendo a Fazenda condenada por sentença a algum pagamento, estão livres de penhora os bens nacionais, os quais não podem ser alienados senão por ato legislativo. A sentença será executada depois de haver passado em julgado e de ter sido intimado o procurador da Fazenda, se este não lhe oferecer embargos, expedindo o juiz precatória ao Tesouro, para efetuar-se o pagamento."

[8] BRASIL. Decreto nº 9.549, de 23 de janeiro de 1886. Manda observar o Regulamento para execução da Lei nº 3272 de 5 de Outubro de 1885, que alterou diversas disposições referentes às execuções civeis e commerciaes. Rio de Janeiro, RJ: Coleção de Leis do Império do Brasil - 1886, Página 21 Vol. 1.
[9] CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982, p. 327.

Mesmo a lentos passos, a legislação brasileira evoluía para a inserção da Fazenda Pública no âmbito processual, embora não se admitisse, por muito tempo, que o Estado ocupasse o "banco dos réus", contraindo obrigações na esfera cível em face de seus cidadãos[9].

Com o surgimento das condenações pecuniárias do Estado, a legislação brasileira não era suficiente – principalmente em razão da impossibilidade de penhora e da clara aversão que se tinha do Estado como devedor. Nesse sentido, não havia, em um primeiro momento, uma ordem de pagamento.

Inicialmente, o nomen iuris do instituto se deu pela confusão do precatório com a precatória[10], apesar de não serem sinônimos[11]. Diante disso, em um dos primeiros casos em que se discutiu o assunto, o credor pediu ao juiz que interviesse para possibilitar o pagamento. O magistrado, respeitando a impenhorabilidade dos bens públicos, expediu uma "precatória de vênia" ao presidente da Câmara Municipal, solicitando autorização para que os oficiais de justiça entrassem na tesouraria da Câmara e pudessem efetuar a penhora em dinheiro. Dada a impenhorabilidade dos bens públicos, a "precatória de vênia" foi expedida "solicitando autorização para que os valores da tesouraria fossem apreendidos para pagamento do quanto era devido ao particular"[12].

Assim, o precatório nasceu como um mecanismo para compatibilizar a execução do crédito do particular com o respeito às prerrogativas da Administração Pública. A primeira Constituição Brasileira a consagrar o instituto foi a CF/1934, em seu art. 182[13]. Depois disso, embora a CF/1937 tenha confundido os termos (utiliza-se "precatória" em vez de precatório"), as Constituições e legislações seguintes passaram a utilizar o termo correto[14]. Nesse contexto, alguns autores defendem que se trata de instituto genuinamente brasileiro[15], uma verdadeira "figura tupiniquim"[16].

Considerando que o sistema de pagamentos existente antes do precatório desmoralizava a administração pública[17], já que era regido por interesses políticos e não havia isonomia entre os credores, o instituto constitucionalizado em 1934 trouxe

---

[10] A doutrina destaca que, embora sejam institutos diferentes – já que a carta precatória se relaciona à cooperação entre órgãos da mesma hierarquia, podendo solicitar atos fora dos limites territoriais do juízo, e o precatório é uma ordem de pagamento ao Poder Público –, os dispositivos foram confundidos algumas vezes nas legislações nacionais, como na CF/1937, que se utilizou o termo "precatória" em vez de "precatório. (CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 3.)

[11] CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982, p. 328.

[12] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 5.

[13] "Art. 182. Os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, em virtude de sentença judiciaria, far-se-ão na ordem de apresentação dos precatorios e á conta dos creditos respectivos, sendo vedada a designação de caso ou pessoas nas verbas legaes."

preferência cronológica que pretendia acabar com o tratamento discriminatório, consagrando o princípio da impessoalidade[18]. Assim, O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que o instituto previsto pela CF/1988 (art. 100) tem por finalidade:

[...] (a) assegurar a igualdade entre os credores e proclamar a inafastabilidade do dever estatal de solver os débitos judicialmente reconhecidos em decisão transitada em julgado (RTJ 108/463), (b) impedir favorecimentos pessoais indevidos e (c) frustrar tratamentos discriminatórios, evitando injustas perseguições ou preterições motivadas por razões destituídas de legitimidade jurídica.[19]

Além de dispor sobre a ordem de pagamento, fato é que a CF/1988 consagrou o regime de precatórios como obrigatório, prevendo que "[o]s pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios"[20].

O § 3º do art. 100 da CF/1988 prevê como exceção apenas casos nos quais a execução seja de pequeno valor (Requisição de Pequeno Valor – RPV) – quantia que varia por ente federativo, sendo o teto federal de 60 salários-mínimos[21], enquanto estados e municípios podem definir limites menores[22]. Cabe ressaltar que o montante da execução não pode ser fracionado para caber em RPV, devendo ser considerado como um todo para a definição da utilização de RPV ou precatório para o pagamento[23]. Ressalta-se que o credor pode renunciar ao valor excedente para transformar um precatório em RPV[24].

Quanto à ordem de preferência, a CF/1988 estabelece o seguinte: (i) preferência de pagamento dos "débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência" (§ 2º); (ii) débitos de natureza alimentícia dos demais titulares (§ 1º); e (iii) demais débitos de outras naturezas.

---

[14] CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982, p. 328-329.
[15] LEMOS, Bruno Espiñeira. Precatório. Trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidade de novos paradigmas. 1ª ed. Porto Alegre: Sabris, 2004, p. 29-38.
[16] DELGADO, José Augusto. Precatório judicial e evolução histórica. Advocacia administrativa na execução contra a fazenda pública. Impenhorabilidade dos bens públicos. Continuidade do serviço público. In: SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Coord.). Execução contra a Fazenda Pública. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, CEJ, 2003, p. 121-140.
[17] SILVA, Américo Luís Martins da. Do precatório-Requisitório na Execução contra a Fazenda Pública. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense; 2001, p. 43.
[18] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 11.
[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 3.220 ED. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico, 14 fev. 2013.
[20] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988, art. 100.
[21] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 18.

Assim, nenhuma das disposições constitucionais prevê outras exceções ao regime de pagamento, nem mesmo exceções quanto à ordem de pagamento.

Apesar de o instituto garantir a impessoalidade e a igualdade, fato é que surgiram inúmeras críticas pela morosidade no pagamento, inclusive afirmando que o precatório não seria "um meio eficiente para a entrega da prestação jurisdicional"[1]. Nesse sentido, "o cotidiano forense tem mostrado a ineficácia desta sistemática, uma vez que não existem meios eficazes de coibir a Administração Pública a fazer esses pagamentos dentro do prazo previsto"[2], que seria o exercício seguinte ao da inclusão da verba no orçamento. Dessa forma, a morosidade no pagamento é um problema ainda sem solução.

Além disso, alguns autores definem o precatório como um "verdadeiro calote", que traria favorecimento extraordinário ao Poder Público, importando em sacrifício aos credores da Administração Pública[3]. Fato é que, independentemente das válidas críticas feitas ao instituto em si, o regime de precatórios segue vigente e previsto constitucionalmente, de forma que o afastamento do instituto em casos específicos atentaria contra a ordem de pagamentos imposta pelo ordenamento, o que não se pode admitir.

Diante disso, percebe-se que a inserção da Administração Pública como parte nos litígios judiciais sempre representou um desafio estrutural ao sistema de justiça, especialmente no que diz respeito à satisfação das condenações pecuniárias. O regime de precatórios surge, justamente, como resposta institucional a esse problema histórico, buscando compatibilizar o dever estatal de pagar com as prerrogativas da Fazenda Pública e com os princípios da moralidade, da isonomia e da impessoalidade. Ainda assim, a experiência demonstra que, embora constitucionalmente consolidado, o sistema permanece marcado por entraves práticos, como a morosidade, reflexo direto da complexidade inerente à posição do Estado como devedor.

Assim, nenhuma das disposições constitucionais prevê outras exceções ao regime de pagamento, nem mesmo exceções quanto à ordem de pagamento.

---

[22] O art. 87, nos incisos I e II, estabelece quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios até que sejam editadas as respectivas legislações definindo os valores. Não são valores mínimos nem máximos, cabendo aos entes a definição dos valores observando o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social (§ 4º do art. 100 da CF/1988).

[23] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 18.

[24] COMO funciona a renúncia ao valor excedente para agilizar o pagamento. Premium Office Precatório, 2025. Disponível em: https://premiumofficeprecatorio.com.br/como-funciona-a-renuncia-ao-valor-excedente-para-agilizar-o-pagamento-%E2%9A%96%EF%B8%8F%E2%8F%A9/. Acesso em: 16 nov. 2025.

[25] TARDIN, Maria das Graças Verly. O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, n. 10, 2007, p. 391.

[26] DA SILVA, Letícia Ferreira. Da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: análise da sistemática do precatório. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 1, n. 1, 2000, p. 97.

[27] BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution-Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR, v. 3, n. 6, 2021, p. 214.

Apesar de o instituto garantir a impessoalidade e a igualdade, fato é que surgiram inúmeras críticas pela morosidade no pagamento, inclusive afirmando que o precatório não seria "um meio eficiente para a entrega da prestação jurisdicional"[1]. Nesse sentido, "o cotidiano forense tem mostrado a ineficácia desta sistemática, uma vez que não existem meios eficazes de coibir a Administração Pública a fazer esses pagamentos dentro do prazo previsto"[2], que seria o exercício seguinte ao da inclusão da verba no orçamento. Dessa forma, a morosidade no pagamento é um problema ainda sem solução.

Além disso, alguns autores definem o precatório como um "verdadeiro calote", que traria favorecimento extraordinário ao Poder Público, importando em sacrifício aos credores da Administração Pública[3]. Fato é que, independentemente das válidas críticas feitas ao instituto em si, o regime de precatórios segue vigente e previsto constitucionalmente, de forma que o afastamento do instituto em casos específicos atentaria contra a ordem de pagamentos imposta pelo ordenamento, o que não se pode admitir.

Diante disso, percebe-se que a inserção da Administração Pública como parte nos litígios judiciais sempre representou um desafio estrutural ao sistema de justiça, especialmente no que diz respeito à satisfação das condenações pecuniárias. O regime de precatórios surge, justamente, como resposta institucional a esse problema histórico, buscando compatibilizar o dever estatal de pagar com as prerrogativas da Fazenda Pública e com os princípios da moralidade, da isonomia e da impessoalidade. Ainda assim, a experiência demonstra que, embora constitucionalmente consolidado, o sistema permanece marcado por entraves práticos, como a morosidade, reflexo direto da complexidade inerente à posição do Estado como devedor.

Nesse cenário, a inserção da Administração Pública como parte em arbitragens não poderia produzir resultados substancialmente distintos. A submissão do Poder Público a um método alternativo/adequado de resolução de conflitos não elimina, por si só, as dificuldades históricas relacionadas ao cumprimento das condenações pecuniárias, sobretudo quando se ingressa no campo do pagamento por precatórios. Ao contrário, a arbitragem acaba por reproduzir — e, em alguns aspectos, acentuar — dilemas já conhecidos, diante da tensão entre a lógica arbitral e o regime constitucional de pagamentos.

---

[22] O art. 87, nos incisos I e II, estabelece quarenta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Estados e do Distrito Federal e trinta salários-mínimos, perante a Fazenda dos Municípios até que sejam editadas as respectivas legislações definindo os valores. Não são valores mínimos nem máximos, cabendo aos entes a definição dos valores observando o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social (§ 4º do art. 100 da CF/1988).

[23] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 18.

[24] COMO funciona a renúncia ao valor excedente para agilizar o pagamento. Premium Office Precatório, 2025. Disponível em: https://premiumofficeprecatorio.com.br/como-funciona-a-renuncia-ao-valor-excedente-para-agilizar-o-pagamento-%E2%9A%96%EF%B8%8F%E2%8F%A9/. Acesso em: 16 nov. 2025.

[25] TARDIN, Maria das Graças Verly. O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, n. 10, 2007, p. 391.

[26] DA SILVA, Letícia Ferreira. Da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: análise da sistemática do precatório. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 1, n. 1, 2000, p. 97.

[27] BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution-Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR, v. 3, n. 6, 2021, p. 214.

1.2. Evolução da arbitragem nos contratos celebrados com a Administração Pública

A arbitragem, no Brasil, enfrentou desafios desde seus primeiríssimos passos. Antes da vigência da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem – LArb), a arbitragem no Brasil já havia sido tratada em alguns dispositivos legais, embora todos eles tenham enfraquecido o instituto, seja pela impossibilidade de que a cláusula compromissória fosse executada, seja pela obrigatoriedade de homologação – pelo Poder Judiciário – das sentenças proferidas pela jurisdição arbitral. Nesse sentido, a partir de 1980, começaram movimentos para a reformulação da arbitragem no país, que resultaram na promulgação e vigência da LArb, em 1996[28].

Em razão do resquício da chamada "resistência histórica à arbitragem", foi suscitada a arguição incidental de inconstitucionalidade dos arts. 6º e 7º da LArb, que dispõem sobre a execução da cláusula compromissória[29]. Alegava-se que os artigos mencionados violariam o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça, garantido pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988. Em 2001, foi declarada a constitucionalidade dos dispositivos[30].

Diante da constitucionalidade da LArb, a arbitragem como método alternativo/adequado de resolução de conflitos ganhou força no país. No entanto, ainda restavam dúvidas sobre a possibilidade de atuação do Poder Público como parte em procedimentos arbitrais. Para resolver o problema, diversos dispositivos legais foram editados, desde a vigência da LArb, incluindo recomendação expressa do uso da arbitragem em:

[...] (i) concessões de serviços públicos (Art. 23 da Lei 8.987/1995); (ii) concessões de petróleo (Art. 43, X da Lei 9.478/1997); (iii) organização dos serviços de telecomunicações (Art. 93, XV da Lei 9.472/1997); (iv) regulação do transporte de carga por terceiros (Art. 19 da Lei 11.442/2007); (v) parcerias público-privadas (Art. 11, III da Lei 11.079/2004); (vi) partilha (Art. 29, XVIII da Lei 12.351/2010); (vii) exploração de portos e instalações portuárias (Art. 62, § 1º da Lei 12.815/2013); (viii) regime diferenciado de contratações públicas (Art. 44-A da Lei 13.190/2015); e (ix) Lei de Prorrogação e Relicitação dos Contratos de Parceria (Art. 31 da Lei 13.448/2017); (x) ainda, em 2019, a Lei 13.867/2019 alterou o Decreto-Lei no 3.365/41, relativo ao procedimento de desapropriação por utilidade pública para, dentre outras medidas, autorizar que valores de indenização sejam definidos mediante mediação e/ou arbitragem (Art. 10-B da Lei 13.876/2019).[31]

Apesar dos dispositivos legais anteriores, a arbitragem com a Administração Pública foi consolidada apenas em 2015, por meio da alteração implementada pela Lei nº 13.129/2015 à LArb, que passou a prever expressamente a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta adotar a arbitragem como resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1ª, § 1º).

---

[28] MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral. Teoria e Prática. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2022, pp. 25-26.
[29] MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral. Teoria e Prática. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2022, pp. 27-28.
[30] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n. 5.206. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 dez. 2001.
[31] MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: JÚDICE, Moreira, A. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. E-book. pp. 76-78. ISBN 9786556270678. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270678/. Acesso em: 17 nov. 2025.

Dessa forma, as legislações acima descritas a partir de 2015 apenas regulamentavam a arbitragem com o Poder Público, já que não se tinha mais dúvida quanto à participação da Administração Pública[32].

Com a referida alteração da Lei nº 13.129/2015, embora fosse inquestionável a possibilidade do Poder Público como parte em procedimentos arbitrais[33], fato é que surgiram outros problemas acerca da arbitrabilidade objetiva[34] – muitos deles ainda em debate pela doutrina[35]. Inquestionavelmente, várias das características apontadas como vantagens dos procedimentos arbitrais – como a celeridade e a possibilidade de confidencialidade – não podem ser completamente efetivas quando se trata de um procedimento que envolva o Poder Público.

Embora Carmona tenha afirmado que o Estado deveria se adaptar à arbitragem, e não o contrário[36], não se pode esquecer que a Administração Pública segue princípios e regras específicos que não podem ser deixados de lado. Com a inclusão da arbitrabilidade do Poder Público, tanto o procedimento arbitral como a própria Administração Pública precisaram – e ainda precisam – reciprocamente se adaptar. Isso significa que as regras específicas do Poder Público e os princípios norteadores essenciais não podem ser deixados de lado, abrindo espaço para que também a arbitragem se adeque aos pilares da Administração Pública. A própria reforma da LArb, em 2015, deixou claro que as arbitragens com o Poder Público (art. 2º, § 3º): (i) devem ser de direito, nunca por equidade; e (ii) devem respeitar o princípio da publicidade.

Quanto ao princípio da publicidade, como o dispositivo da LArb não deixa claro de que forma deve ocorrer a publicidade. Por isso, também surgiram questionamentos em relação ao assunto, justamente tendo em vista que uma das vantagens dos procedimentos arbitrais é que podem ser confidenciais, se as partes assim desejarem, de forma que são preservados segredos comerciais dos negócios[37].

A previsão expressa da observância do princípio da publicidade encontra-se diretamente vinculada ao princípio da transparência e ao direito de terceiros ao acesso às informações relativas à atividade administrativa, inerente ao sistema democrático moderno e consagrado no art. 37 da CF/1988[38].

---

[32] MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: JÚDICE, Moreira, A. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. E-book. P. 81. ISBN 9786556270678. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270678/. Acesso em: 17 nov. 2025.

[33] As críticas em relação ao assunto ainda existem, embora, atualmente, seja doutrina minoritária. (CARDOSO, Paula B. Arbitrabilidade objetiva e administração pública. São Paulo: Almedina Brasil, 2025. E-book. p. 6. ISBN 9788584938063. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584938063/. Acesso em: 17 nov. 2025.)

[34] A alteração feita pela Lei nº 13.129/2015, apesar de decidir definitivamente a questão da Administração Pública como parte em procedimentos arbitrais (arbitrabillidade subjetiva), deixou em aberto quis seriam as matérias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, de forma que ainda existem discussões sobre o tema.

[35]CARDOSO, Paula B. Arbitrabilidade objetiva e administração pública. São Paulo: Almedina Brasil, 2025. E-book. p.6. ISBN 9788584938063. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584938063/. Acesso em: 17 nov. 2025.

[36] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública–primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Revista brasileira de arbitragem, v. 13, n. 51, 2016, p. 7.

A confidencialidade, embora valorizada na prática arbitral, não é absoluta, depende de convenção das partes e admite relativizações, especialmente quando presentes interesses públicos[39]. A publicidade também não é ilimitada, podendo haver sigilo nas hipóteses constitucionais e legais, como proteção à segurança do Estado, à intimidade, ao interesse social, aos segredos industriais e comerciais e às estratégias processuais, observados os parâmetros da Lei de Acesso à Informação[40]. Diante disso, cabe à Administração Pública o dever de publicidade ativa, mediante divulgação dos procedimentos, atos e decisões arbitrais, enquanto às partes privadas, aos árbitros e às câmaras arbitrais incumbe não obstar essa divulgação, resguardado o sigilo quando imprescindível[41].

Quanto à celeridade, é evidente que os procedimentos arbitrais tramitam de forma mais ágil do que os processos judiciais, tendo uma duração média de menos de 24 (vinte e quatro) meses[42]. Ocorre que, nos casos em que se tem a condenação da Administração Pública em sanções pecuniárias, como se verá mais detalhadamente no próximo capítulo, o regime dos precatórios poderia prejudicar a celeridade dos procedimentos arbitrais. No entanto, tendo em vista que a força normativa das sentenças arbitrais se equipara à das sentenças judiciais, a CF/1988 não prevê exceções, de forma que, também nesse caso, a arbitragem precisa se adequar às particularidades inerentes à Administração Pública.

1.3. A convivência entre o regime constitucional dos precatórios e a arbitragem com o Poder Público

A análise desenvolvida nas seções anteriores permite compreender que tanto o regime constitucional dos precatórios quanto a arbitragem envolvendo a Administração Pública são construções normativas destinadas a enfrentar problemas estruturais do Estado, especialmente no que diz respeito à solução de conflitos e à satisfação de condenações pecuniárias impostas ao Poder Público.

O sistema de precatórios, conforme demonstrado, emerge historicamente como mecanismo de racionalização e moralização dos pagamentos estatais, buscando compatibilizar a impenhorabilidade dos bens públicos com os princípios da igualdade, da impessoalidade e da moralidade administrativa, ainda que, na prática, seja marcado por entraves como a morosidade e a reiterada frustração das expectativas dos credores.

---

[37] LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In. Curso de Arbitragem. Coord. Daniel Levy. Guilherme Setogutti J. Pereira. 2a Ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 28.
[38] BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024, p. 120.
[39] BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024, p. 120.
[40] BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024, p. 120.
[41] BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024, p. 121.
[42] LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2024 (2022–2023). São Paulo: Canal Arbitragem, 2024, p. 15.

Em paralelo, a evolução da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro evidencia um movimento gradual de fortalecimento desse meio de resolução de conflitos, culminando no reconhecimento expresso da possibilidade de sua utilização pela Administração Pública para a solução de litígios envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. A partir da constitucionalidade da Lei de Arbitragem e das sucessivas previsões legais setoriais, consolidou-se a compreensão de que a arbitragem exerce função jurisdicional, produzindo sentenças dotadas de força normativa equivalente à das decisões judiciais, com plena aptidão para formar título executivo judicial e coisa julgada material.

A interseção entre esses dois institutos, contudo, revela um ponto sensível: a submissão do Poder Público à arbitragem não tem o condão de afastar, por si só, o regime constitucional de pagamentos previsto no art. 100 da CF/1988. Ao contrário, a equiparação entre sentenças arbitrais e judiciais reforça a necessidade de observância das normas constitucionais que regem a execução contra a Fazenda Pública, sob pena de violação à legalidade orçamentária, à isonomia entre credores e à supremacia da Constituição.

Além disso, as características tradicionalmente apontadas como vantagens da arbitragem — como a celeridade e a possibilidade de confidencialidade — sofrem inevitáveis relativizações quando o procedimento envolve a Administração Pública. A exigência de publicidade, decorrente do princípio da transparência administrativa, e a submissão das condenações pecuniárias ao regime de precatórios evidenciam que a arbitragem envolvendo a Administração Pública opera sob parâmetros distintos daqueles aplicáveis às arbitragens estritamente privadas. Essa adaptação recíproca demonstra que a inserção do Estado na arbitragem não elimina os desafios históricos associados à sua posição como devedor, mas os projeta para um novo espaço.

Dessa forma, encerra-se o presente capítulo com a constatação de que a arbitragem, embora represente avanço relevante na modernização dos mecanismos de solução de controvérsias envolvendo o Poder Público, não rompe com a lógica constitucional que disciplina a execução das condenações contra a Fazenda Pública. Ao contrário, a convivência entre a arbitragem e o regime de precatórios impõe a necessidade de reflexão crítica acerca de seus limites, potencialidades e tensões.

2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS SOBRE A APLICABILIDADE DO REGIME DOS PRECATÓRIOS À ARBITRAGEM

Passadas as considerações iniciais necessárias, o presente capítulo busca apresentar as diversas posições doutrinárias sobre a aplicabilidade ou não do regime de precatórios à arbitragem. Na seção 2.1, serão apresentadas as posições desfavoráveis à aplicação do instituto, enquanto a seção 2.2 discorrerá sobre as posições favoráveis. Ao final, na seção 2.3, serão expostos posicionamentos autorais sobre o assunto, considerando todas as posições apresentadas.

2.1. Posições desfavoráveis à aplicação do regime de precatórios

Embora, como se viu, o regime de precatórios esteja previsto na CF/1988 tendo como única exceção o pagamento por RPV, alguns doutrinadores defendem que o regime não seria aplicável à arbitragem. Destaca-se que, nesta seção, serão apenas expostos argumentos de doutrinadores sem juízo de valor, de forma que os fundamentos apontados não se referem ao entendimento defendido neste artigo.

Em primeiro lugar, Schmidt e Balassiano[43] afirmam que o regime de precatórios prejudica a celeridade dos procedimentos arbitrais com a demora no pagamento pela Administração Pública. Diante disso, citam algumas alternativas que defendem ser viáveis: (i) nos contratos de concessão, é possível que o Tribunal Arbitral "promova a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro subjacente ao ajuste, mediante a majoração do valor da tarifa fixada para a prestação do serviço concedido"[44] (art. 15, § 2º, I, do Decreto 10.025/2019); (ii) a compensação de haveres de natureza não tributária (art. 15, § 2º, II, do Decreto 10.025/2019); (iii) pagamento de valores devidos promovido por terceiro (art. 15, § 2º, III, do Decreto 10.025/2019).

Quanto à última hipótese, os autores defendem que o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) seria uma alternativa ao regime de precatórios, justamente por ser um fundo cuja finalidade é "servir de garantia para o pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos entes públicos, no bojo dos contratos administrativos firmados nos termos da Lei 11.079/04"[45]. Assim, para que seja afastado o regime de precatórios e direcionado o pagamento pelo Fundo, os autores defendem que deve existir previsão contratual expressa.

Em segundo lugar, em sentido similar a Schmidt e Balassiano, Sundfeld defende que as garantias prestadas por fundo garantidor ou por empresa estatal criada para tal fim afastariam o regime dos precatórios, justamente pela personalidade privada de ambos (fundo e empresa estatal), que possuem bens privados[46]. Nesse contexto, o autor alega que se mostram lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o domínio privado — isto é, para o patrimônio do FGP — justamente com o objetivo de viabilizar sua utilização como lastro real das garantias prestadas, em regime de direito privado, pelo FGP aos concessionários.

Em terceiro lugar, Dallari – crítico dos precatórios de forma geral, não apenas quanto à arbitragem –, afirma que os precatórios apenas seriam exigíveis quando não há o pagamento voluntário por parte do Estado, de forma que se houvesse acordo judicial para pagamento, seria possível recorrer a outras formas de pagamento que não o precatório[47].

---

[43] SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. JOTA, 23 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio. Acesso em: 23 nov. 2025.

[44] SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. JOTA, 23 jun. 2020, p. 3. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio. Acesso em: 23 nov. 2025.

O autor ainda defende que só haveria afronta ao art. 100 da CF/1988 "se houver puro e simples desarrazoado descumprimento da ordem cronológica de apresentação dos precatórios judiciários, com propósito de favorecimento, ainda que disfarçado"[48].

Além disso, Dallari defende que o pagamento fora da fila dos precatórios apenas favoreceria os credores de precatórios mais recentes, pois, com um precatório a menos na fila, eles receberiam a quantia mais rapidamente. Assim, ainda que fora do regime de precatórios, afirma que os pagamentos deveriam obedecer a Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como deveriam apresentar desconto para vantagem da Administração Pública[49].

Em quarto lugar, Balassiano afirma que as sentenças arbitrais não se equiparam às sentenças judiciárias apontadas pelo art. 100 da CF/1988, de forma que não existiriam óbices ao afastamento do regime dos precatórios nas arbitragens, até mesmo pela possibilidade de pagamento voluntário por parte da Administração Pública[50].

Mesmo diante das diversas tentativas em escapar do regime dos precatórios, nenhum dos doutrinadores expostos conseguiu amparo no texto constitucional para afastar o regime dos precatórios, de forma que, como se verá, a maioria das alternativas e fundamentos apresentados não se sustenta por si só, justamente porque a celeridade dos procedimentos arbitrais não é suficiente para que se crie um novo procedimento de pagamento exclusivo das arbitragens.

Além disso, nenhum dos autores conseguiu justificar a forma prática dos pagamentos sem os precatórios, tendo em vista que seria necessária nova previsão orçamentária específica para que constasse tais rubricas.

2.2. Posições favoráveis à aplicação do regime de precatórios

Ao contrário dos posicionamentos acima expostos, outros doutrinadores defendem que não se pode afastar o regime dos precatórios.

Para Cunha, "uma sentença arbitral que imponha uma condenação pecuniária ao Poder Público deve acarretar a expedição de precatório, em razão do que dispõe o art. 100 da Constituição, regra que não pode ser afastada, ainda que se trate de arbitragem"[51].

---

[45] SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. JOTA, 23 jun. 2020, p. 3. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio. Acesso em: 23 nov. 2025.
[46] SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 15-44.
[47] DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, p. 18.
[48] DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, p. 19.
[49] DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005, p. 19.
[50] BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution-Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR, v. 3, n. 6, 2021, p. 217.

A exceção ao precatório seria apenas nos casos em que couber Requisição de Pequeno Valor (RPV), conforme previsto pela CF/1988, ou quando o ente que integra a Administração Pública for sociedade de economia mista ou empresa pública.

No mesmo sentido, Silva e Junqueira defendem que a ordem cronológica de pagamentos instituída pelo art. 100 da CF/1988 consagram os princípios da igualdade e da impessoalidade, impedindo favorecimentos pessoais indevidos e tratamentos discriminatórios, buscando satisfazer as dívidas fazendárias[52]. Além disso, o princípio da legalidade orçamentária (art. 100, § 5º, e art. 167, incisos I e II, da CF/1988) "impõe a necessidade de previsão orçamentária das despesas públicas originárias de condenações judiciais"[53]. Assim, o regime de precatórios é de observância obrigatória aos entes jurídicos de direito público, de forma que a única exceção possível é a RPV, também prevista constitucionalmente[54].

Os autores também salientam que nem mesmo os créditos de natureza alimentar contra a Fazenda Pública afastam o regime de precatórios, possuindo apenas preferência em relação aos demais créditos. Nesse sentido, o instituto deve ser observado necessariamente nas hipóteses em que forem impostas obrigações pecuniárias à Administração Pública (condenação ao pagamento de quantia certa).

Ademais, Silva e Junqueira esclarecem que a sentença arbitral é título executivo judicial, seguindo as balizas de uma sentença judicial, "até porque ambas possuem a mesma carga de eficácia executiva"[55]. Assim, considerando que jurisdição dos árbitros se encerra com a prolação da sentença arbitral, para que seja executada a obrigação imposta é necessário que se inicie processo judicial, perante juiz estatal[56].

No mesmo sentido, Ferreira defende que o afastamento do regime dos precatórios por decisão arbitral criaria modalidade de "sequestro" de rendas públicas, o que é expressamente vedado pela CF/1988, além de causar evidente preterição na ordem de pagamento, já que os valores advindos de sentenças arbitrais seriam pagos mais rapidamente do que os advindos de sentenças judiciais[57]. O autor reconhece a morosidade do pagamento de precatórios, mas destaca que o instituto deve ser aplicado por sua previsão constitucional.

---

[51] CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024, p. 17.
[52] SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, pp. 284-285, jul./set. 2024.
[53] SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 285, jul./set. 2024.
[54] SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 286, jul./set. 2024.
[55] SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 289, jul./set. 2024.
[56] SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 290, jul./set. 2024.
[57] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Sentença arbitral não pode alterar regime de pagamento de precatórios. Consultor Jurídico (ConJur), 28 fev. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-fev-28/sentenca-arbitral-nao-pode-alterar-regime-de-pagamento-de-precatorios/. Acesso em: 1 dez. 2025.

Segundo Salles, "há de se reconhecer a existência de limites, próprios do Direito Administrativo, à arbitrabilidade de controvérsias relativas a contratos administrativos", limites "não expressos pela exígua disciplina da Lei de Arbitragem"[58]. Dessa forma, ainda que a arbitragem tenha como uma de suas principais características a flexibilidade, não se pode violar os bons costumes e a ordem pública[59]. Assim, devem ser garantidas a legalidade e a supremacia da Constituição, sendo estes os limites à autonomia concedida aos litigantes[60].

Embora a convenção de arbitragem atribua a jurisdição para julgar o litígio aos árbitros, Lee afirma que a convenção não confere aos árbitros poder para criar o direito[61], apenas para aplicá-lo, de forma que o afastamento do regime constitucional de precatórios não pode ser imposto pelos árbitros – justamente por se tratar de conduta contrária à CF/1988.

Diante dessas posições, conclui-se que a corrente favorável à aplicação do regime de precatórios sustenta, de forma consistente, a impossibilidade de afastamento do art. 100 da CF/1988 mesmo nas hipóteses de condenação da Administração Pública em arbitragem. Para esses autores, a equiparação da sentença arbitral à sentença judicial implica a submissão de ambas ao mesmo regime constitucional de pagamento, sob pena de violação aos princípios da legalidade orçamentária, da igualdade, da impessoalidade e da supremacia da Constituição. Assim, a arbitragem não teria o condão de criar exceções não previstas constitucionalmente, limitando-se a produzir um título executivo judicial cujo adimplemento, quando envolver obrigação pecuniária imposta a entes de direito público, deve observar necessariamente o sistema de precatórios, ressalvadas apenas as hipóteses expressamente autorizadas pela própria Constituição, como as RPVs.

2.3. Apontamentos sobre os fundamentos doutrinários apresentado

Como se viu, embora o regime de precatórios conte com inúmeras críticas pela sua morosidade, fato é que a CF/1988 prevê apenas como exceção as RPVs, de forma que não é possível o afastamento do precatório em relação às condenações pecuniárias da Administração Pública em sentenças arbitrais. Diante disso, as subseções a seguir irão demonstrar: (i) a impossibilidade do uso de fundos para o pagamento dos valores devidos; (ii) que a homologação de acordo não afasta o instituto constitucional, nem mesmo se pode dizer que o pagamento por outras rubricas beneficia o restante da fila dos precatórios; e (iii) as sentenças arbitrais possuem a mesma força normativa que as sentenças judiciais. Ao final, a subseção 2.3.4 trará os apontamentos finais do presente capítulo.

---

[57] FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Sentença arbitral não pode alterar regime de pagamento de precatórios. Consultor Jurídico (ConJur), 28 fev. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-fev-28/sentenca-arbitral-nao-pode-alterar-regime-de-pagamento-de-precatorios/. Acesso em: 1 dez. 2025.

[58] SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 215.

[59] LEE, Suzana Soo Sun. Aplicabilidade do regime de precatórios aos processos arbitrais envolvendo entidades da administração pública indireta. Revista de Direito Administrativo, v. 284, n. 1, p. 322, 2025.

[60] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 424.

[61] LEE, Suzana Soo Sun. Aplicabilidade do regime de precatórios aos processos arbitrais envolvendo entidades da administração pública indireta. Revista de Direito Administrativo, v. 284, n. 1, p. 322, 2025.

2.3.1. Impossibilidade do uso de fundos

O argumento segundo o qual o pagamento de condenações arbitrais da Administração Pública a sanções pecuniárias poderia ser direcionado a fundos garantidores — como o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas (FGP) — ou a empresas estatais, com o consequente afastamento do regime constitucional de precatórios, não se sustenta à luz da lógica e da finalidade do art. 100 da CF/1988.

Em primeiro lugar, os fundos públicos e paraestatais possuem finalidade legalmente vinculada, estando ligados ao cumprimento de obrigações específicas, notadamente aquelas decorrentes da execução regular de contratos administrativos, como a garantia do adimplemento contratual ordinário. A utilização desses instrumentos para o pagamento de condenações judiciais ou arbitrais definitivas, fora das hipóteses legalmente previstas, implicaria verdadeiro desvio de finalidade do fundo, na medida em que se promoveria a transferência de recursos afetados a uma finalidade específica para satisfazer créditos sujeitos ao regime constitucional de pagamentos.

Além disso, admitir que a mera existência de previsão contratual ou de garantia prestada por fundo ou entidade de personalidade privada seja suficiente para afastar o regime de precatórios significaria criar, por via infraconstitucional e contratual, exceção não contemplada pela CF/1988. O sistema de precatórios foi concebido justamente para impedir tratamentos privilegiados e assegurar a observância de uma ordem cronológica impessoal entre os credores da Fazenda Pública.

Permitir que determinadas condenações fossem satisfeitas por meio de fundos garantidores ou rubricas orçamentárias diversas, alheias à sistemática constitucional, equivaleria a "inventar" uma previsão orçamentária inexistente, deslocando o pagamento para fora da fila constitucionalmente estabelecida e gerando indevida preterição de credores.

Ainda que se reconheça que fundos como o FGP possuam personalidade jurídica de direito privado e patrimônio próprio, tal circunstância não autoriza sua utilização como mecanismo de burla ao regime de precatórios. A desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado, embora lícitas para fins de estruturação de garantias contratuais, não podem servir de expediente para afastar limites constitucionais expressos. A personalidade privada do fundo não desnatura a origem pública dos recursos nem autoriza que condenações impostas à Administração Pública sejam satisfeitas à margem do regime constitucional de pagamentos.

Em última análise, aceitar tais construções implicaria esvaziar o próprio sentido do art. 100 da CF/1988, abrindo espaço para que o Poder Público, por meio de engenharia contratual ou orçamentária, selecionasse quais credores seriam pagos de forma célere e quais permaneceriam submetidos à morosa fila dos precatórios. Tal resultado afronta diretamente os princípios da igualdade, da impessoalidade e da legalidade orçamentária, pilares que justificam a própria existência do regime de precatórios e que não podem ser relativizados sob o pretexto de conferir maior eficiência aos procedimentos arbitrais.

2.3.2. Homologação de acordos e fila de pagamentos

O argumento apresentado por Dallari não resiste a uma análise sistemática do art. 100 da CF/1988 e do regime jurídico das condenações pecuniárias impostas à Fazenda Pública.

Em primeiro lugar, a afirmação de que o precatório somente seria exigível na ausência de pagamento voluntário ignora que os acordos celebrados, quando já se tem um processo em curso, uma vez homologados, são necessariamente formalizados por sentença. Trata-se, portanto, de sentença, hipótese expressamente abrangida pelo art. 100 da CF/1988. Assim, ainda que haja consenso entre as partes quanto ao valor ou à forma de pagamento, a homologação judicial do acordo atrai a incidência do regime constitucional de precatórios, não sendo juridicamente possível afastá-lo.

Além disso, revela-se contraditória a afirmação de que somente haveria violação ao art. 100 da CF/1988 quando configurado "puro e simples favorecimento". A proposta defendida pelo autor — de permitir pagamentos fora da fila constitucional em razão de acordos — consubstancia, precisamente, a criação de um tratamento privilegiado em favor de determinados credores, escolhidos casuisticamente pela Administração Pública. O favorecimento não deixa de existir pelo simples fato de ser formalizado por meio de acordo; ao contrário, o ajuste consensual passa a funcionar como critério seletivo ilegítimo, apto a subverter a ordem cronológica impessoal constitucionalmente imposta.

Também não se sustenta o argumento de que o pagamento fora do regime de precatórios reduziria a fila e, por conseguinte, beneficiaria os demais credores. Trata-se de raciocínio frágil e insuficiente, pois parte de uma lógica consequencialista incompatível com o desenho constitucional do sistema. A CF/1988 não admite exceções à ordem de pagamento com base em supostos ganhos de eficiência ou celeridade. A diminuição pontual da fila, à custa da preterição de credores mais antigos, não legitima o afastamento do regime constitucional, sob pena de esvaziar por completo a finalidade do art. 100 da CF/1988.

Em síntese, a tese de que acordos poderiam afastar o regime de precatórios não possui respaldo constitucional, bem como conduz a uma contradição lógica: ao pretender evitar o favorecimento, acaba por institucionalizá-lo. A homologação por sentença, a equiparação das decisões arbitrais às judiciais e a rigidez do art. 100 da CF/1988 impõem a conclusão de que qualquer obrigação pecuniária definitiva imposta à Fazenda Pública deve, como regra, submeter-se ao regime de precatórios, sendo insuficientes e juridicamente frágeis os argumentos baseados na diminuição da fila ou na alegada voluntariedade do pagamento.

2.3.3. Força normativa das sentenças arbitrais equiparada às sentenças judiciais

Tendo em vista a afirmação de Balassiano[1] de que as sentenças arbitrais não se equiparam às sentenças judiciais, é essencial que seja esclarecida a força normativa das sentenças arbitrais, tendo em vista que o art. 100 da CF/1988 menciona o termo "sentença judiciária".

Ocorre que o tema da força normativa das sentenças já foi há muito superado: a própria LArb, em seu art. 31, prevê que "[a] sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo". Nesse sentido, desde então, a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais já não deixava dúvidas.

Além disso, a doutrina majoritária defende que a jurisdição arbitral decorre da autonomia da vontade das partes, legitimamente exercida nos limites da lei, não representando renúncia à jurisdição estatal, mas forma constitucionalmente adequada de sua realização. Nesse sentido, o árbitro exerce função jurisdicional, ainda que não estatal, razão pela qual a sentença arbitral possui definitividade e imperatividade próprias das decisões judiciais, não se submetendo a reexame de mérito pelo Poder Judiciário, salvo nas hipóteses restritas de nulidade previstas em lei[63]. Assim, "a sentença arbitral não difere de uma sentença judicial transitada em julgado que condene o ente público"[64].

Dessa forma, a força normativa da sentença arbitral encontra fundamento tanto na legislação quanto na doutrina, que reconhecem sua natureza jurisdicional, sua definitividade e sua eficácia vinculante, assegurando-lhe equivalência plena às sentenças judiciais e consolidando a arbitragem como instrumento legítimo e eficaz de tutela de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. Não fosse assim, não seria possível que as sentenças arbitrais constituíssem título executivo da mesma forma que as sentenças judiciais.

Portanto, fato é que é incontroversa a equiparação das sentenças arbitrais às sentenças judiciais, de forma que tal equivalência não pode ser afastada em casos específicos, especialmente para afastar previsão constitucional no intuito de favorecer credores.

2.3.4. Outros apontamentos e conclusão parcial

Não se sustenta, neste artigo, a rejeição absoluta de toda e qualquer alternativa ao regime de precatórios. O que se afasta, especificamente, são as soluções que, a pretexto de conferir maior celeridade às arbitragens envolvendo a Administração Pública, resultam em violação direta ao art. 100 da CF/1988, por criarem exceções não previstas no texto constitucional ou por implicarem favorecimento indevido de determinados credores.

A crítica dirige-se, portanto, às alternativas evidentemente inconstitucionais, e não à adoção de mecanismos juridicamente compatíveis com a ordem constitucional. Nesse sentido, é preciso reconhecer que determinadas soluções encontram respaldo normativo expresso e não implicam afastamento do regime de precatórios.

---

[62] BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution-Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR, v. 3, n. 6, 2021, p. 217.

[63] CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2023, p. 24.

[64] GARCIA, Flávio Amaral. Arbitragem e Infraestrutura Brasileira. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022, pp. 198-199.

A compensação de haveres de natureza não tributária, por exemplo, mostra-se juridicamente admissível, justamente por não representar pagamento direto fora da ordem constitucional, mas forma legítima de extinção de obrigações recíprocas.

Além de não ser vedado pela CF/1988, a compensação de valores não tributários é incentivada pelo CC/2002 (art. 368), de forma que apenas deve ser observada a concordância de ambas as partes para que seja possível compensar valores. Além disso, a possibilidade de majoração do valor da tarifa fixada para a prestação do serviço concedido (art. 15, § 2º, I, do Decreto 10.025/2019) também não encontra vedação constitucional e é plenamente aplicável aos casos cabíveis. Tais instrumentos, quando corretamente utilizados, podem coexistir com o regime de precatórios, sem esvaziá-lo ou burlá-lo, preservando-se, assim, a supremacia da Constituição e a impessoalidade no pagamento das dívidas públicas.

3. PROCEDIMENTOS ARBITRAIS E JUDICIAIS QUE ABORDARAM O ASSUNTO DOS PRECATÓRIOS NO ÂMBITO DAS ARBITRAGENS

Após o exame dos apontamentos doutrinários, é necessário que se analise como o assunto está sendo tratado na prática. Para isso, foram selecionados casos[65] em que o assunto foi tratado em Procedimentos Arbitrais (3.1) e no Superior Tribunal de Justiça (3.2). Por fim, serão feitas as considerações a respeito das decisões apresentadas (3.3).

3.1. Procedimentos arbitrais

Ambos os casos selecionados tramitam na Câmara de Comércio Internacional (CCI). O primeiro caso (3.1.1) já teve sentença arbitral parcial tratando do assunto, enquanto o segundo (3.1.2) ainda está em trâmite, sem decisão definitiva do Tribunal Arbitral sobre o assunto.

3.1.1. Caso 23002/JPA/GSS/PFF/RLS

Trata-se de procedimento arbitral proposto pelo Consórcio EFACEC/ANSALDO em face do Estado de São Paulo e da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos – CPTM (Brasil). O Tribunal Arbitral é composto por Mauricio Almeida Prado, Vera Monteiro e Lauro da Gama e Souza Jr. (Presidente), tendo como objeto o Contrato de fornecimento e instalação de sistemas de sinalização de via, controle de tráfego, telecomunicações e suprimento de energia elétrica para as linhas "A" e "F" da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

Após a prolação de sentença arbitral parcial, o Tribunal foi provocado pela parte requerente, por meio de pedido de esclarecimentos, a suprir suposta omissão decorrente da ausência de fixação de prazo para o cumprimento imediato da decisão, nos termos do art. 26, III, da LArb. Sustentava a requerente que as condenações impostas ao Estado de São Paulo — consistentes no pagamento de indenização a título de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e no adimplemento de medições contratuais inadimplidas — não estariam sujeitas ao regime de precatórios, por se tratarem, a seu ver, de meras obrigações contratuais. O pedido, contudo, foi indeferido pelo Tribunal Arbitral[1], que consignou de forma expressa a incidência do regime constitucional de precatórios às condenações pecuniárias impostas à Fazenda Pública.

---

[65] Destaca-se que os casos apresentados neste artigo não são todos os que tratam da matéria. Foram selecionados quatro casos para expor como o tema vem sendo tratado.

Destacou-se que, inexistindo fundamento legal ou contratual apto a excepcionar o art. 100 da CF/1988, não poderia o Tribunal fixar prazo para pagamento direto das quantias devidas pelo Estado de São Paulo. Nesse contexto, mostrou-se irrelevante a natureza contratual das verbas reclamadas: tratando-se de obrigação de pagar imposta no exercício da jurisdição, impõe-se, necessariamente, a observância do regime constitucional de precatórios.

Sobre a decisão, o Procurador do Estado de São Paulo, André Junqueira, afirmou o seguinte:

Essa decisão consolida a segurança jurídica nas relações entre o Estado e o setor privado, ao afirmar a necessária observância do regime constitucional dos precatórios também nas arbitragens. É um reconhecimento à solidez técnica da atuação da PGE/SP e ao trabalho qualificado de nossa equipe da Assistência de Arbitragem.[67]

Dessa forma, a sentença arbitral parcial proferida pelo Tribunal Arbitral reconhece o regime de precatórios como aplicável ao caso, tendo em vista que a natureza contratual das quantias em litígio não muda e exigibilidade de pagamento por precatório, respeitando a ordem de preferência estabelecida pelo instituto.

3.1.2. Caso 26772/PFF/RLS

O segundo caso apresentado, ainda que não possua decisão terminativa sobre o assunto, teve juntado aos autos Parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) com pontos importantes.

Trata-se de procedimento arbitral instaurado pela Construcap CCPS Engenharia e Comércio S.A., pela Sociedad Anónima de Obras y Servicios Copasa e pelo Consórcio Construcap-Copasa SP-088 em face do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo – DER/SP. O Tribunal Arbitral é constituído por Selma Maria Ferreira Lemes, Irene Patrícia Nohara e Pedro Antônio Batista Martins (Presidente), tendo por objeto a obra do contrato celebrado entre o Consórcio Construcap-Copasa SP-088 e a Autarquia Estadual (DER-SP).

Após o surgimento de dúvidas quanto à aplicação dos precatórios em procedimentos arbitrais, o Tribunal Arbitral emitiu Ordem Processual encaminhando pedido à AGU para elaboração de parecer sobre o assunto. Em resposta, a AGU apresentou o Parecer nº 00022/2024/NEA/CGU/AGU[68], partindo da premissa de que a arbitragem possui natureza jurisdicional. Nesse sentido, entendeu-se que a sentença arbitral produz os mesmos efeitos da sentença judicial, inclusive quanto à sua execução, de forma que, quando a Fazenda Pública é condenada ao pagamento de quantia certa em procedimento arbitral, impõe-se, de forma necessária, a observância do regime constitucional de precatórios previsto no art. 100 da Constituição Federal, não havendo espaço para a criação de um regime executivo diferenciado em razão da via arbitral escolhida.

O Parecer destaca que o regime de precatórios não constitui privilégio da Administração, mas mecanismo constitucional voltado à preservação dos princípios da isonomia, da impessoalidade, da moralidade administrativa e da legalidade orçamentária.

---

[66] TRIBUNAL ARBITRAL. Sentença Arbitral Parcial proferida no Caso 23002/JPA/GSS/PFF/RLS, em resposta ao pedido de esclarecimentos, em 27 out. 2025.

[67] PROCURADORIA Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). PGE/SP obtém decisão favorável sobre aplicação do regime de precatórios em arbitragem. Portal CMS PGE-SP, São Paulo, 29 out. 2025. Disponível em: https://www.portalcms.pge.sp.gov.br/pge/noticias-pge/noticia_14218. Acesso em: 10 dez. 2025.

Trata-se de instrumento essencial à organização das finanças públicas e à previsibilidade orçamentária, evitando favorecimentos indevidos e assegurando tratamento igualitário entre todos os credores do Estado. Por essa razão, apenas exceções expressamente previstas na própria Constituição, como as RPVs, podem afastar sua incidência.

No enfrentamento da tese que busca justificar o pagamento direto de condenações arbitrais com base na existência de empenho orçamentário prévio, o Parecer demonstra que o empenho não gera direito adquirido ao pagamento, pois integra apenas uma das fases da execução da despesa pública. O empenho pode ser cancelado caso a Administração entenda que a obrigação não foi regularmente cumprida, e não pode ser confundido com a liquidação ou com a ordem de pagamento. Uma vez judicializada ou arbitralizada a controvérsia, o pagamento deixa o âmbito administrativo e passa a decorrer de sentença jurisdicional, atraindo, obrigatoriamente, o regime de precatórios.

Por fim, a AGU conclui que admitir o pagamento direto fora do regime constitucional significaria indevida interferência na programação orçamentária do ente público, além de violação a normas de natureza extrapatrimonial e indisponível. Tal prática comprometeria a segurança jurídica, a disciplina fiscal e a própria credibilidade do sistema de pagamentos da Fazenda Pública, razão pela qual o afastamento do regime de precatórios em sentenças arbitrais deve ser firmemente rechaçado.

3.2. DECISÕES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No âmbito dos Tribunais brasileiros, a questão da aplicabilidade do regime de precatórios nas arbitragens também já foi tratada. Foi selecionado acórdão proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.870.456/SP (3.2.1) pela Segunda Turma do STJ, bem como decisão monocrática proferida nos autos da Tutela Cautelar Antecedente nº 828/RJ (3.2.2) pelo Ministro Paulo Sérgio Domingues do STJ.

3.2.1. Recurso Especial nº 1.870.456/SP [69] (STJ)

O caso teve origem em arbitragem instaurada para dirimir controvérsia decorrente de contrato administrativo firmado entre o Estado de São Paulo e a empresa CAF, na qual o Tribunal Arbitral reconheceu a ilegalidade da retenção de pagamentos contratuais efetuada pelo Estado e determinou a liberação imediata dos valores retidos. No cumprimento da sentença arbitral, o Estado sustentou que a obrigação estaria sujeita ao regime constitucional dos precatórios, por se tratar de sentença arbitral equiparada a título executivo judicial.

O Tribunal de Justiça de São Paulo afastou a incidência do regime de precatórios, ao fundamento de que a sentença arbitral não teria imposto uma nova condenação pecuniária ao Estado, mas apenas determinado o cumprimento do próprio contrato administrativo, com a liberação de valores indevidamente retidos, já previstos no orçamento público. Segundo o TJSP, não se trataria de obrigação de pagar quantia certa, mas de ordem de adimplemento contratual decorrente do reconhecimento da ilegalidade da conduta estatal.

---

[68] SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Parecer nº 00022/2024/NEA/CGU/AGU. São Paulo, 21 nov. 2024.
[69] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.870.456/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico, 28 mar. 2022.

Interposto Recurso Especial pela Fazenda do Estado de São Paulo, alegando violação à Lei de Arbitragem e ao Código de Processo Civil, o STJ não conheceu do recurso. O relator, Ministro Herman Benjamin, destacou que não houve prequestionamento dos dispositivos legais invocados, atraindo a incidência da Súmula 211/STJ. Ademais, consignou que a controvérsia foi decidida pelo Tribunal de origem com base na interpretação do conteúdo da sentença arbitral, e não na natureza jurídica abstrata da sentença arbitral como título executivo judicial.

O STJ entendeu que a pretensão recursal exigiria a revisão da interpretação conferida pelo Tribunal local ao título executivo, o que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ, por demandar reexame do contexto fático-probatório e do conteúdo do comando arbitral. Ressaltou-se, ainda, que o acórdão não afirma, em tese geral, a inaplicabilidade do regime de precatórios à arbitragem envolvendo a Fazenda Pública, mas reconhece que, no caso concreto, a ordem arbitral consistiu em mera liberação de valores indevidamente retidos no curso de relação contratual em execução.

Ao final, a Segunda Turma, por unanimidade, não conheceu do Recurso Especial, mantendo-se o entendimento do Tribunal de origem.

3.2.2. Tutela Cautelar Antecedente nº 828/RJ[1] (STJ)

Por outro lado, na Tutela Cautelar Antecedente nº 828/RJ, o Ministro Paulo Sérgio Domingues, em decisão monocrática, deferiu pedido do Município do Rio de Janeiro para atribuir efeito suspensivo ao agravo em recurso especial, suspendendo os efeitos de acórdão do TJRJ que havia autorizado o cumprimento de sentença arbitral fora do regime constitucional de precatórios.

A controvérsia central consiste em saber se uma sentença arbitral pode impor ao Poder Público obrigação pecuniária com execução direta, mediante liberação de valores retidos em fundo público, sem observância do art. 100 da Constituição Federal. O Município sustentou que a decisão recorrida violou o art. 31 da LArb e dispositivos do CPC que equiparam a sentença arbitral à sentença judicial, atraindo, portanto, o regime de precatórios.

O relator reconheceu a presença simultânea do fumus boni iuris e do periculum in mora. Quanto à plausibilidade jurídica, destacou que a sentença arbitral impôs obrigação de pagar quantia certa à Fazenda Pública, hipótese que, em tese, submete-se ao regime constitucional de precatórios, além de ressaltar que a matéria é relevante e ainda não pacificada no âmbito do STJ. O Ministro Relator cita, inclusive, o caso acima disposto (3.2.1), afirmando que, na oportunidade, a questão não foi analisada pelos óbices sumulares.

No tocante ao perigo da demora, ressaltou o risco concreto de levantamento imediato de aproximadamente R$ 8,9 milhões em recursos públicos, o que poderia gerar prejuízo de difícil reparação ao erário.

O Ministro também observou a orientação consolidada das Turmas de Direito Privado do STJ no sentido de que o árbitro não detém poder coercitivo direto, de modo que a execução forçada de sentença arbitral depende da atuação do Judiciário, reforçando a necessidade de submissão às regras constitucionais aplicáveis à execução contra a Fazenda Pública.

---

[70] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tutela Cautelar Antecedente n. 828. Decisão monocrática. Relator: Min. Paulo Sérgio Domingues. Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 7 mar. 2025.

Diante disso, foi deferido o efeito suspensivo ao agravo em recurso especial, determinando-se a suspensão dos efeitos do acórdão do Tribunal de origem até o julgamento definitivo do recurso pelo STJ. O caso ainda se encontra concluso e não foi prolatada decisão definitiva ainda.

3.3. Conclusão parcial

Diante do exame dos procedimentos arbitrais e das decisões judiciais selecionadas, resta evidente que a aplicação do regime constitucional de precatórios às condenações pecuniárias impostas à Administração Pública em arbitragens ainda não se encontra pacificada. Embora se observe uma tendência relevante, tanto em tribunais arbitrais quanto em manifestações institucionais e decisões judiciais, no sentido de reconhecer a incidência do art. 100 da CF/1988, subsistem interpretações divergentes.

Os casos analisados demonstram que a controvérsia se resolve, muitas vezes, à luz das peculiaridades do caso concreto, o que contribui para a fragmentação dos entendimentos e dificulta a consolidação de uma orientação uniforme.

Nesse contexto, é possível concluir que a discussão acerca da compatibilidade entre arbitragem, Administração Pública e regime de precatórios permanece aberta e tende a se aprofundar, seja pela ampliação do uso da arbitragem em contratos administrativos, seja pela necessidade de pronunciamentos mais claros e vinculantes dos tribunais superiores.

CONCLUSÃO

O presente artigo partiu da seguinte indagação central: é juridicamente possível afastar o regime constitucional de precatórios quando a Administração Pública é condenada ao pagamento de quantia certa em procedimento arbitral?

A hipótese inicialmente formulada sustentava que a via arbitral não possui o condão de excepcionar o art. 100 da CF/1988, de modo que as sentenças arbitrais condenatórias devem submeter-se ao mesmo regime constitucional de pagamento aplicável às sentenças judiciais. A análise desenvolvida ao longo dos três capítulos confirma essa hipótese, no entendimento adotado pelo presente artigo.

A reconstrução histórica e constitucional do regime de precatórios demonstrou que o instituto não se trata de um privilégio concedido à Fazenda Pública, mas de um mecanismo estruturante do Estado de Direito brasileiro, voltado à preservação da isonomia entre credores, da impessoalidade administrativa e da legalidade orçamentária. O art. 100 da CF/1988 institui um sistema fechado de pagamento das condenações pecuniárias impostas ao Poder Público, no qual as exceções são expressamente delimitadas pelo próprio texto constitucional — notadamente as Requisições de Pequeno Valor —, não se admitindo ampliações por interpretação extensiva, construção doutrinária ou convenção das partes.

Nesse mesmo sentido, a análise da evolução da arbitragem envolvendo a Administração Pública evidenciou que a consolidação normativa do instituto, especialmente após a Lei nº 13.129/2015, não implicou uma flexibilização dos limites constitucionais aplicáveis à atuação estatal.

Ao contrário, a arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública foi expressamente moldada para operar em conformidade com os princípios do direito público, como demonstram a exigência de julgamento por direito e a observância do princípio da publicidade. A arbitragem, portanto, não se apresenta como um espaço de exceção constitucional, mas como mais um instrumento jurisdicional sujeito às balizas impostas pela Constituição.

A equiparação normativa entre sentenças arbitrais e sentenças judiciais — consagrada expressamente pela Lei de Arbitragem e amplamente reconhecida pela doutrina — revelou-se elemento decisivo para a solução da controvérsia. Se a sentença arbitral exerce função jurisdicional, forma coisa julgada material e constitui título executivo judicial, não há base jurídica para que, quando proferida contra a Fazenda Pública, produza efeitos executivos distintos daqueles decorrentes de uma sentença judicial. Admitir o contrário significaria criar uma dualidade inconstitucional de regimes de pagamento, na qual credores arbitrais seriam privilegiados em detrimento dos credores judiciais, subvertendo a lógica de igualdade e impessoalidade que fundamenta o sistema de precatórios.

O exame crítico das posições doutrinárias contrárias à aplicação do regime de precatórios evidenciou que os principais argumentos utilizados — como a invocação da celeridade arbitral, a utilização de fundos garantidores, a celebração de acordos ou a alegação de inexistência de condenação pecuniária — carecem de sustentação constitucional consistente. Em especial, verificou-se que a utilização de fundos ou de rubricas orçamentárias diversas para o pagamento de condenações definitivas configura burla à ordem constitucional de pagamentos. Do mesmo modo, a tentativa de afastar os precatórios por meio da homologação de acordos revela-se logicamente contraditória, pois a homologação se materializa por sentença, hipótese expressamente abrangida pelo art. 100 da CF/1988.

Também se mostrou insuficiente o argumento consequencialista de que o pagamento fora da fila reduziria o estoque de precatórios e beneficiaria os demais credores. A CF/1988 não autoriza exceções fundadas em critérios de eficiência, conveniência administrativa ou celeridade procedimental, sendo irrelevante, do ponto de vista jurídico-constitucional, a eventual diminuição pontual da fila quando obtida à custa da preterição de credores mais antigos. A ordem cronológica de pagamentos não é um mecanismo facultativo, mas imposição constitucional.

A análise da prática arbitral e judicial reforçou essas conclusões. Os procedimentos arbitrais examinados, bem como as decisões e manifestações institucionais no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, revelam uma tendência relevante no sentido de reconhecer a incidência do regime de precatórios às condenações pecuniárias impostas à Administração Pública em arbitragem, ainda que o tema não esteja completamente pacificado.

Ressalta-se, ainda, que não se pretendeu, no presente artigo, apontar o regime de precatórios como o mais eficiente. Pelo contrário, são evidentes os problemas do instituto, principalmente na prática, uma vez que os credores da Administração Pública levam anos a fio para receber valores incontroversamente devidos. No entanto, a crítica é devida ao instituto em si, não à sua inaplicabilidade à arbitragem, uma vez que não existem exceções quanto ao regime de pagamentos adotado pela CF/1988.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a arbitragem com a Administração Pública, embora represente importante avanço institucional na modernização da solução de controvérsias envolvendo o Poder Público, não pode ser instrumentalizada como meio de flexibilização ou superação do regime constitucional de precatórios. A escolha da via arbitral não altera a natureza pública do devedor, nem afasta os limites constitucionais impostos à execução das condenações pecuniárias contra a Fazenda Pública.

Em síntese, a compatibilização entre arbitragem, Administração Pública e regime de precatórios exige o reconhecimento de que a eficiência e a celeridade, embora desejáveis, não podem se sobrepor à supremacia da Constituição. A preservação da igualdade entre credores, da impessoalidade administrativa e da legalidade orçamentária impõe que as condenações arbitrais pecuniárias contra o Poder Público se submetam, como regra, ao regime do art. 100 da CF/1988, confirmando-se, assim, a hipótese inicialmente proposta e reafirmando-se a centralidade da Constituição como parâmetro último de validade das soluções jurídicas adotadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARBITRAGEM em contratos públicos estão em alta e impactam grandes projetos. JOTA, 26 mar. 2024. Disponível em: https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/arbitragem-em-contratos-publicos-estao-em-alta-e-impactam-grandes-projetos. Acesso em: 1 dez. 2025.

BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: celeridade do início ao fim. Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution-Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution-RBADR, v. 3, n. 6, 2021.

BARALDI, Eliana; SANTANA, Giovanna Martins de. A Arbitragem e a Administração Pública: desafios da transparência. Publicações da Escola Superior da AGU - Brasília - v. 16 - n.01 - mar/2024.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto nº 9.549, de 23 de janeiro de 1886. Manda observar o Regulamento para execução da Lei nº 3272 de 5 de Outubro de 1885, que alterou diversas disposições referentes às execuções civeis e commerciaes. Rio de Janeiro, RJ: Coleção de Leis do Império do Brasil - 1886, Página 21 Vol. 1.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 3.220 ED. Tribunal Pleno. Relator: Min. Celso de Mello. Diário da Justiça Eletrônico, 14 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n. 5.206. Tribunal Pleno. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 12 dez. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.870.456/SP. Segunda Turma. Relator: Min. Herman Benjamin. Diário da Justiça Eletrônico, 28 mar. 2022.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Tutela Cautelar Antecedente n. 828. Decisão monocrática. Relator: Min. Paulo Sérgio Domingues. Diário da Justiça Eletrônico Nacional, 7 mar. 2025.

CARDOSO, Paula B. Arbitrabilidade objetiva e administração pública. São Paulo: Almedina Brasil, 2025. E-book. ISBN 9788584938063. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788584938063/. Acesso em: 17 nov. 2025.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e administração pública–primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. Revista brasileira de arbitragem, v. 13, n. 51, 2016.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2023.

CARVALHO, Vladmir Souza. Iniciação ao estudo do precatório. Revista de informação legislativa. Brasília, n. 76, out.-dez. 1982.

COMO funciona a renúncia ao valor excedente para agilizar o pagamento. Premium Office Precatório, 2025. Disponível em: https://premiumofficeprecatorio.com.br/como-funciona-a-renuncia-ao-valor-excedente-para-agilizar-o-pagamento-%E2%9A%96%EF%B8%8F%E2%8F%A9/. Acesso em: 16 nov. 2025.

CUNHA, Leonardo Carneiro D. Precatórios: Atual Regime Jurídico - 2ª Edição 2024. Disponível em: Grupo GEN, (2nd edição). Grupo GEN, 2024.

DA SILVA, Letícia Ferreira. Da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública: análise da sistemática do precatório. Revista de Ciências Jurídicas e Empresariais, v. 1, n. 1, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. Acordo para recebimento de crédito perante a Fazenda Pública. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 42 n. 165 jan./mar. 2005.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. Sentença arbitral não pode alterar regime de pagamento de precatórios. Consultor Jurídico (ConJur), 28 fev. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-fev-28/sentenca-arbitral-nao-pode-alterar-regime-de-pagamento-de-precatorios/. Acesso em: 1 dez. 2025.

GARCIA, Flávio Amaral. Arbitragem e Infraestrutura Brasileira. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; GARCIA, Flávio Amaral; CRUZ, Elisa Schmidlin. Direito Administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: JÚDICE, Moreira A. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. E-book. ISBN 9786556270678. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270678/. Acesso em: 17 nov. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e princípios aplicáveis à arbitragem. In. Curso de Arbitragem. Coord. Daniel Levy. Guilherme Setogutti J. Pereira. 2a Ed., São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

LEE, Suzana Soo Sun. Aplicabilidade do regime de precatórios aos processos arbitrais envolvendo entidades da administração pública indireta. Revista de Direito Administrativo, v. 284, n. 1, p. 297–329-297–329, 2025.

LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem em números: pesquisa 2024 (2022–2023). São Paulo: Canal Arbitragem, 2024.

LEMOS, Bruno Espiñeira. Precatório. Trajetória e desvirtuamento de um instituto. Necessidade de novos paradigmas. 1ª ed. Porto Alegre: Sabris, 2004.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Curso Básico de Direito Arbitral. Teoria e Prática. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2022.

PROCURADORIA Geral do Estado de São Paulo (PGE-SP). PGE/SP obtém decisão favorável sobre aplicação do regime de precatórios em arbitragem. Portal CMS PGE-SP, São Paulo, 29 out. 2025. Disponível em: https://www.portalcms.pge.sp.gov.br/pge/noticias-pge/noticia_14218. Acesso em: 10 dez. 2025.

SALLES, Carlos Alberto de. Arbitragem em contratos administrativos. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Parecer nº 00022/2024/NEA/CGU/AGU. São Paulo, 21 nov. 2024.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha; BALASSIANO, Tamara Grillo. Arbitragem sem precatório: em busca de um novo paradigma para o pagamento de valores devidos pela Fazenda Pública. JOTA, 23 jun. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/arbitragem-sem-precatorio. Acesso em: 23 nov. 2025.

SILVA, Alessandra Obara Soares da; JUNQUEIRA, André Rodrigues. Arbitragem e o regime de precatórios: Parecer PA 12/2024. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 21, n. 82, p. 277-315, jul./set. 2024.

SILVA, Américo Luís Martins da. Do precatório-Requisitório na Execução contra a Fazenda Pública. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da (Coord.). Execução contra a Fazenda Pública. Brasília, Centro de Estudos Judiciários, CEJ, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (Coord.). Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2005.

TARDIN, Maria das Graças Verly. O precatório judicial: um obstáculo à efetividade do processo. Revista da Faculdade de Direito de Campos, Ano VIII, n. 10, 2007.

TRIBUNAL ARBITRAL. Sentença Arbitral Parcial proferida no Caso 23002/JPA/GSS/PFF/RLS, em resposta ao pedido de esclarecimentos, em 27 out. 2025.

PARTE 3

CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

SecexConsenso e Solução Consensual no TCU

O QUE DIZEM OS ACORDOS E OS NÃO ACORDOS NA SECEXCONSENSO?

Amanda Athayde[1]
Maria Augusta Viegas[2]

RESUMO

O trabalho apresenta a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do Tribunal de Contas da União (SecexConsenso), que possui procedimento específico para discussão de controvérsias complexas entre a Administração Pública Federal e outros entes.

Primeiramente, foi apresentado o contexto de criação da secretaria e o procedimento estabelecido no normativo de sua criação. A seguir, há uma análise quantitativa da atuação da secretaria e, por fim, uma análise qualitativa dos casos existentes, separados por setor.

Busca-se compreender se a nova secretaria foi bem aceita pelos entes da Administração Pública Federal, de modo a compreender se passaram a reconhecer esse espaço como um caminho para solucionar controvérsias complexas existentes.

Palavras-chave: *Tribunal de Contas da União; Consensualismo; SecexConsenso; Controvérsias complexas; Infraestrutura.*

1. A SECEXCONSENSO E A NOVA NORMATIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DO TCU

Os conflitos que envolvem interesses afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal não são novidade no Brasil[3]. Há décadas, os órgãos tentam solucionar problemas complexos entre si e com agentes privados, muitas vezes sem sucesso.

---

[1] Advogada. Consultora no Pinheiro Neto Advogados. Professora Doutora da Universidade de Brasília (UnB). Atua nas áreas de Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Defesa Comercial e Interesse Público, Compliance, Anticorrupção, Acordos de Leniência e Negociação de Sanções, Direito Empresarial. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros. As opiniões dos autores são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais estejam vinculados.

[2] Advogada. Especialista em Relações Governamentais na Motiva. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Atua nas áreas de Direito Regulatório, Processo Legislativo, com foco também em projetos de Infraestrutura. As opiniões dos autores são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais estejam vinculados.

O prejuízo é sentido pela sociedade, na medida em que não recebe os investimentos necessários ou os recebe com atrasos e após dispendidos montantes exorbitantes pelo Poder Público. Soma-se a essa tormentosa receita o receio constante dos agentes públicos de verem seus nomes fiscalizados pelos Tribunais de Contas e, eventualmente, condenados por uma ação que a corte entender não ter perseguido o interesse público.

Dentre os diversos resultados nefastos desse receio sentido pelos servidores públicos está o chamado "apagão das canetas" no Direito Administrativo, que basicamente é a paralisia das decisões públicas causada pelo medo de responsabilização desmedida por parte dos agentes públicos. Esse fenômeno ocorre em um contexto de "administração do medo", onde a insegurança jurídica e o excesso de fiscalização levam agentes a evitar tomar decisões, mesmo que necessárias, por receio de sanções futuras.

Diante desse cenário de ineficiência para a gestão pública e buscando trazer mais racionalidade administrativa, o Tribunal de Contas da União (TCU) criou a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (comumente chamada de "SecexConsenso"), por meio da Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022 (IN TCU nº 91/2022). A secretaria está inserida no contexto de adoção do consensualismo como implementação do gerencialismo administrativo, na busca de respostas da Administração Pública que sejam eficientes, estáveis e transparentes (FARIA, 2025, p. 265). Esse foi um dos primeiros atos do Ministro do TCU, Bruno Dantas, após a sua posse como presidente da Corte.

Em eventos e entrevistas (NORBERTO, 2024), o então presidente do tribunal explanou sobre os motivos da criação da secretaria que traria mudanças na maneira como o consensualismo é visto e aplicado pelo controle externo da Administração Pública. Em suma, a SecexConsenso teria sido criada para ser um ambiente propício para que agentes públicos e privados consigam encontrar soluções para conflitos complexos, que sejam adequadas, justas e que privilegiem o interesse público de forma célere, segura e duradoura.

Estabelecer um ambiente de diálogo e consensualismo entre entes públicos e privados, com possibilidade de criação de soluções inovadores sob o olhar do TCU, no entanto, pode levantar questionamentos acerca da sua legitimidade. Esses questionamentos foram feitos por meio da ADPF 1183/DF, na qual o Partido Novo questionou a criação da secretaria, mencionando que foi criado um controle externo não previsto na Constituição Federal. A ação ainda não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

---

[3] MUNIZ, Joaquim de Paiva; MOTA, Maria Clara Barros. Arbitragem na Administração Pública: onde estamos e para onde vamos. In: JÚDICE, Moreira, A. Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal. São Paulo: Almedina Brasil, 2024. E-book. P. 81. ISBN 9786556270678. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556270678/. Acesso em: 13 dez. 2025.

A IN TCU nº 91/2022 que deu origem à SecexConsenso tenta endereçar diretamente o questionamento sobre a sua legitimidade, quando menciona a atuação de interlocução da corte e os normativos federais que privilegiam o consensualismo na Administração Pública. São trazidos como fundamentos da norma a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Também consta como fundamento o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que aponta no art. 13, § 1º, que a "atuação de órgãos de controle privilegiará ações de prevenção antes de processos sancionadores". Esse decreto, por sua vez, regulamenta o que foi disposto pela Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), que menciona no art. 29, caput e §1º, a importância de celebrar compromisso com os interessados, buscando "solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com interesses gerais".

Por sua vez, em 2025 foi aprovada pelo Plenário do TCU a Instrução Normativa nº 101 (IN TCU nº. 101/2025), em 5 de novembro de 2025, que alterou a IN TCU nº 91 e que trouxe modificações significativas nas fases de negociação de um acordo na SecexConsenso.

A partir dessa base normativa, a SecexConsenso passou a atuar, de modo a dirimir conflitos no âmbito da Administração Pública. Desde a criação da SecexConsenso, 22 de dezembro de 2022, até 29 de setembro de 2025, data da publicação da nova IN TCU nº 101/2025, já foram apresentados 42 pedidos de solução consensual. Assim, considerando os motivos de criação da SecexConsenso, apresentados pelo próprio Min. Bruno Dantas, essa série de artigos se propõe a apresentar os casos existentes da secretaria para responder à pergunta: (1) como se deu a evolução do procedimento de Solução Consensual no TCU ao longo dos anos? (2) como se deu a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso?

Para tanto, o próximo tópico apresentará o procedimento de Solução Consensual estabelecido pela Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, de modo comparativo ao novo procedimento de Solução Consensual estabelecido pela Instrução Normativa TCU nº 101, de 5 de novembro de 2025.

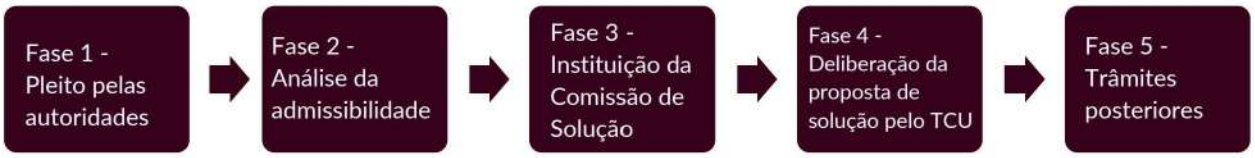
2. A SECEXCONSENSO NA IN TCU Nº 91/2022 E NA NOVA IN TCU Nº 101/2025

No tópico anterior, apresentamos as razões da criação, pelo TCU, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (comumente chamada de "SecexConsenso"), por meio da Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022 (IN TCU nº 91/2022). Nesta seção buscaremos responder a seguinte pergunta: como se deu a evolução do procedimento de Solução Consensual no TCU ao longo dos anos?

Para tanto, avaliaremos também a Instrução Normativa nº 101 (IN TCU nº. 101/2025), aprovada na sessão do Plenário do TCU de 5 de novembro de 2025, que alterou a IN TCU nº 91[4].

O processo estabelecido pela IN TCU nº 91/2022 estabelecia cinco fases principais: (Fase 1) pleito pelas autoridades, (Fase 2) admissibilidade, (Fase 3) Instituição da Comissão de Solução Consensual, (Fase 4) Deliberação do Plenário do TCU e (Fase 5) trâmites posteriores. Tais etapas buscavam conferir maior segurança às partes envolvidas, uma vez que traz a sistematização do procedimento com prazos específicos, bem como a necessidade de avaliação da situação pela área técnica da Corte, o Ministério Público junto ao TCU (MPTCU) e a deliberação do plenário acerca do acordado entre os agentes.

Essas fases foram mantidas na nova IN TCU nº. 101/2025, de modo que apresentaremos nas mudanças aportadas em seus quatro eixos da norma: ampliação do rol de legitimados para solicitar solução consensual, aperfeiçoamentos nos requisitos da solicitação, transparência e participação social, e aperfeiçoamento do procedimento. Analisaremos a seguir cada uma dessas fases e suas respectivas atualizações nos termos da IN TCU nº 101/2025.



Fonte: elaboração própria.

Fase 1 na SecexConsenso – Pleito pelas autoridades

Para iniciar um processo no âmbito da SecexConsenso, é necessária a apresentação da solicitação por autoridades estabelecidas pelo Regimento Interno da corte.

Segundo o art. 264 do Regimento Interno do TCU, e pela então vigente art. 2º da IN nº. 91/2022, podiam solicitar o início de um procedimento de solução consensual Presidente da República, membros do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, além de ministros de Estado, dirigentes de agências reguladoras e ministros do TCU.

A partir das mudanças implementadas pela nova IN TCU nº. 101/2025 relacionadas à legitimidade para solicitação de solução consensual (art 2º, inc. II), houve o acréscimo da possibilidade de que dirigentes de empresas estatais apresentem pedido de ingresso na SecexConsenso.

---

[4] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso e análise quantitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 14.1.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/447741/secexconsenso-e-analise-quantitativa-dos-casos-2022-2025

Agora, por exemplo, pode o presidente da Petrobrás apresentar controvérsia para ser discutida junto à Comissão de Solução Consensual. Ademais, segundo o art. 3º, inc. II, da IN nº. 91/2022, solicitação devia conter o objeto da controvérsia, pareceres jurídicos e técnicos sobre o assunto e indicação da existência de processo no TCU sobre a controvérsia.

Por sua vez, segundo o art. 3º da nova IN TCU nº. 101/2025, quanto ao rol de documentos que devem ser apresentados para a solicitação de solução consensual, com o objetivo de dar celeridade à tramitação do processo e evitar incompletudes, passa-se a necessitar de maiores detalhes nos dados, como descrição exata da controvérsia (além da mera discriminação prevista anteriormente), menção de todos os processos judiciais e arbitrais em discussão, especificação das alternativas já consideradas e os entraves para obtenção prévia do consenso, e os estudos técnicos essenciais para as controvérsias que envolvam obras.

Outra questão importante é a necessidade de apresentação de justificativa técnica, anteprojeto de engenharia ou elementos de projeto básico, e estudo de cenários para os casos de pedidos que possuam investimentos. Ademais, quando já tiver sido discutida uma solução, deverá ser apresentada a sua vantajosidade e juridicidade. Por fim, o próprio solicitante deve incluir relatório de participação social quando a controvérsia tratar de prestação de serviço público ou afetar interesses de terceiros.

Vê-se que a solicitação de solução consensual passa a chegar ao TCU de forma mais robusta, detalhada, uma vez que novos elementos e estudos devem ser apresentados. Evita-se a apresentação de pedidos rasos e sem prévia análise aprofundada pelo órgão solicitante.

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Legitimados	Dirigentes máximos das agências reguladoras (Art. 2, II)	Inclusão dos dirigentes das empresas estatais (Art. 2º, inc. II
Fundamento para o pedido de solicitação de solução consensual	Indicação do objeto da busca de solução consensual, com a discriminação da materialidade, do risco e da relevância da situação apresentada (Art. 3, I)	Inclusão da descrição exata da controvérsia; (Art. 3º, inc. I)
	Indicação, se houver, da existência de processo no TCU que trate do objeto da busca de solução consensual (Art. 3, IV)	Alteração para envio de relação de processos ou procedimentos que tratem da controvérsia, compreendendo processo no TCU, inquéritos criminais e procedimentos arbitrais, administrativos ou judiciais

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Fundamento para o pedido de solicitação de solução consensual		Inclusão de relatório de participação social quando a controvérsia tratar de prestação de serviço público ou a solução afetar interesse de terceiros; (Art. 3º, inc. VI)
		Inclusão da necessidade de apresentação de vantajosidade e juridicidade de eventual proposta de solução já existente; (Art. 3º, §2º)
		Envio de documentos em controvérsias que contenham investimentos em obras: justificativa técnica de cada obra, anteprojeto ou elementos de projeto básico; estudo de cenários sobre correlação entre investimentos, prazo contratual e impacto tarifário (Art. 3º, § 3º)
		Publicidade do requerimento de solução consensual e possibilidade de envio de informações e manifestação de terceiros; (Art. 4º, § 1º)

Fase 2 na SecexConsenso – Análise da admissibilidade do pedido de solução consensual

A primeira parte da análise de admissibilidade é uma análise prévia pela SecexConsenso acerca da competência do tribunal, a relevância e urgência da matéria, e a capacidade do tribunal de atuação no processo. A IN TCU nº 101/2025 trouxe mudanças nesse aspecto, incluindo uma etapa de preparação, ao prever que a SecexConsenso será responsável também por instruir o processo, interagir com a unidade técnica especializada na temática da controvérsia, e consolidar fatos e evidências sobre ela.

Em seguida, na segunda parte da análise de admissibilidade, o próprio presidente do tribunal analisa a questão, a partir da sua conveniência e oportunidade. O art. 5º da IN TCU nº 91/2022 aponta para uma análise do presidente a partir da competência da corte para analisar a questão, relevância e urgência da matéria e capacidade operacional do tribunal para atuar nessa matéria.

Uma vez aprovado pelo presidente da Corte, o pleito pode ser encaminhado aos relatores de processos conexos à discussão, caso existam.

Nessa terceira parte da análise de admissibilidade, os relatores podem ratificar ou não a decisão do presidente da corte, considerando eventual prejuízo à condução do processo já existente. Se a decisão for favorável à admissibilidade do processo, os demais processos conexos são sobrestados até a finalização da solução consensual.

Caso a decisão do presidente não seja ratificada pelos relatores, o processo de solução consensual seria arquivado, nos termos da IN TCU nº 91/2022. No entanto, a IN TCU nº 101/2025 trouxe mudanças nesse aspecto: uma vez que o ministro relator não ratifique a admissibilidade do Min. Presidente, a questão será levada ao Plenário, que decidirá sobre a admissibilidade ou não da solicitação de solução consensual (Art. 6º, §3º)

Importa trazer que não será admitido processo que houver decisão de mérito sobre o assunto no próprio TCU. A IN TCU nº 101/2025/2025 incluiu dois outros casos de inadmissibilidade, quais sejam "versar sobre atos preparatórios sujeitos à competência discricionária privativa da Administração Pública, na consecução de políticas públicas" ou "tratar de atos internos da Administração que não envolvam controvérsias entre o Poder Público e particulares".

Se o pedido for aprovado nessas esferas, ele é admitido na SecexConsenso. Isso significa que a controvérsia poderá ser discutida em comissão específica para as partes buscarem uma solução. Com a publicação da portaria de constituição da comissão de solução consensual, essa etapa é encerrada.

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Admissibilidade da solicitação		Inclusão de etapa de preparação na admissibilidade, com instrução do processo pela SecexConsenso e Unidade Técnica temática sobre a controvérsia. (Art. 4-A, I)
	Não será admitida a solicitação nos casos em que haja processo com decisão de mérito no TCU sobre o objeto da busca de solução consensual (Art. 5º, parag. 1º)	Vedação à admissibilidade de casos em que a controvérsia versar sobre atos preparatórios sujeitos à competência discricionária privativa da Administração Pública, e atos internos da Administração Pública que não envolvam controvérsias entre o Poder Público e particulares (Art. 5º, §1º)

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Admissibilidade da solicitação	Sobrestamento das questões relacionadas ao objeto da solução consensual (art. 6º, §2º)	Inclusão da possibilidade de seguir com o julgamento dos pontos não relacionados à controvérsia (Art. 6º, § 2º, inc. II)
	Inexistência de recurso diante da inadmissibilidade do processo (art. 5º, §2º c/c art. 15)	Possibilidade de o Plenário analisar a não admissibilidade proferida pelo ministro relator de processos conexos (Art. 6º, § 3º)

Fase 3 na SecexConsenso – Instituição da Comissão de Solução Consensual (CSC)

Passada a admissibilidade, são designados os representantes da comissão de solução consensual. Com a IN TCU nº 101/2025 essa comissão precisa ser designada em até 30 dias (Art. 7º). Segundo o art. 7º, §1º, da IN TCU nº 91/2022, a comissão será composta por integrantes da SecexConsenso, da auditoria especializada responsável pela matéria tratada (por exemplo, a SecexRodoviaAviação, se a controvérsia envolver concessões rodoviárias ou aeroportuárias), dos órgãos ou entidades que solicitaram a controvérsia e do ente privado envolvido, se a situação assim demandar e a Secretaria-Geral de Controle Externo (Segecex) admitir.

A IN TCU nº 101/2025 passou a prever que o ente privado é um dos componentes da comissão, após anuência do presidente da corte (Art. 7º, §2º), algo que já ocorria nas comissões instaladas, mas era opcional. A comissão possui 90 dias para elaborar proposta de solução consensual aprovada pelas partes envolvidas na controvérsia e por uma das áreas técnicas do TCU, seja a SecexConsenso ou a auditoria técnica.

Esse prazo pode ser prorrogado por 30 dias, se houver justificativa para tal prorrogação. Entende-se que essa justificativa seria um indício de que as negociações avançaram e há possibilidade de se alcançar um consenso. Não à toa, há situações em que não foi concedido esse prazo adicional e as partes não alcançaram um acordo.

Uma vez que a comissão alcança um consenso, essa etapa é encerrada, pois os trâmites passam a ser internos no TCU, para que haja avaliação do acordo pelo Ministério Público junto ao TCU e os ministros da Corte. Caso não tenha havido um consenso entre as partes, o processo é arquivado pelo Presidente do Tribunal.

Em relação à fase em questão, a IN TCU nº 101/2025 introduziu alterações no que tange à publicidade de documentos e manifestação da sociedade civil acerca do processo. Passou a ser previsto que, desde o início, a solicitação de solução consensual será pública, com as partes sigilosas em peças apartadas.

Além disso, quando cabível, a solicitação de solução consensual deve conter relatório de participação social, para garantir que os impactados pela solução da controvérsia sejam consultados sobre o assunto, e a comissão pode convidar especialistas para participarem de reuniões específicas. Quando o objeto do caso for referente à prestação de serviços públicos ou a solução afetar direitos de terceiros, haverá também painel de participação social, organizado pela SecexConsenso, no qual os terceiros interessados conhecerão a proposta da CSC e poderão discuti-la.

Esse tópico foi tratado no 2º Seminário sobre Consensualismo, realizado pelo TCU em dezembro de 2025. Na oportunidade, os professores André Cyrino e Juliana Bonacorsi de Palma comentaram sobre a importância da prática. Eles concordaram que a uma participação mais efetiva, em que pese seja mais desafiadora, permite maior legitimidade ao acordo consensuado, através do exercício da cidadania. Ademais, a professora Juliana de Palma ressaltou a importância de o cidadão ser ouvido, suas considerações serem avaliadas e que haja um espaço para nova manifestação. Essa possibilidade é trazida pelos painéis de referência já realizados pela corte.

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Comissão de Solução Consensual (CSC)	Inexistência de prazo para designação da CSC	Previsão de 30 dias para designação dos membros da CSC(Art. 7º)
	Possibilidade de admitir a participação de representante de particulares envolvidos na controvérsia (art. 7, parag. 2º)	O privado envolvido diretamente na controvérsia será convidado para compor a CSC, após anuência do presidente do TCU(Art. 7º, § 2º)
		Convite para especialistas na matéria objeto da busca de solução consensual que não estejam diretamente envolvidos na controvérsia participarem das reuniões, na qualidade de colaboradores (art. 7º §4º)
		Possibilidade de reunião com a sociedade civil para discussão da solicitação de solução consensual durante o curso da CSC (Art. 7º-A, § 2º)

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Comissão de Solução Consensual (CSC)		Realização de painel ou consulta pública na controvérsia que envolver prestação de serviço público ou impactar direitos de terceiros(Art. 7º-A, §3º e 5º)

Fase 4 na SecexConsenso - Deliberação da proposta de solução consensual pelo TCU

A IN TCU nº 101/2025 introduziu a necessidade de as unidades do TCU pertinentes examinarem a proposta quanto à juridicidade, vantajosidade, adequação e suficiência dos mecanismos previstos na solução. A SecexConsenso será responsável por consolidar as manifestações recebidas, incluindo a por ela emitida (Art. 8º).

Quando concluída, a proposta de solução passa a ser avaliada internamente por outras esferas do TCU, quais sejam, o Ministério Público e o Plenário da Corte Segundo a IN TCU nº 91/2022, uma vez concluída a proposta de solução consensual, ela é encaminhada ao MPTCU, para uma manifestação em até 15 dias. Após essa manifestação, o processo é enviado à presidência para sorteio do relator.

Quando há um processo conexo, é possível que o relator seja o mesmo, por prevenção. Os relatores devem se manifestar em até 30 dias, para que o Plenário delibere sobre a solução consensual alcançada. Na impossibilidade de cumprimento desse prazo, o ministro relator por solicitar ao plenário a prorrogação do prazo por mais 30 dias.

Essa fase, no entanto, pode ocorrer de forma um pouco diversa. Por vezes, o relator foi designado antes de que o Ministério Público se manifestasse sobre a questão, invertendo a ordem das manifestações.

Após a conclusão das manifestações do relator e do MPTCU, o processo é incluído na pauta do Plenário. A IN TCU nº 101/2025 passou a prever que o voto do relator deve ser apresentado ao Plenário com antecedência de 48 horas (art. 10, § 2º).

Nessa oportunidade, os ministros podem sugerir alterações na proposta apresentada, acatá-la integralmente ou recusá-la, conforme prevê o art. 11 da IN TCU nº 91/2022. Se for solicitada vista por alguns dos ministros, no entanto, o processo deverá voltar à pauta na sessão seguinte.

A forma de análise do Plenário foi uma discussão entre os próprios ministros da Corte.

Em falas nas sessões deliberativas, o Min. Presidente, Bruno Dantas, pleiteou que não se entrasse nas minúcias dos acordos apresentados, de modo a evitar obstruções no prosseguimento dos processos. Busca-se, na realidade, uma análise do Plenário acerca da vantajosidade da solução para a Administração Pública e o alcance no interesse público. Ademais, a celeridade é um dos motores propulsores dos acordos na SecexConsenso, de modo a possibilitar a solução de controvérsias que poderiam se arrastar há anos.

Sendo aprovado no Plenário, ainda há trâmites posteriores, que merecem ser observados para a conclusão final dos processos de solução consensual no TCU. Em não sendo aprovado, a IN TCU nº 91/2022 não previa a possibilidade de recurso (Art. 15), o que foi alterado pela IN TCU nº 101/2025. Passou a ser possível a interposição de Embargos de Declaração para sanar obscuridade, omissão ou contradição nas solicitações de alteração da solução promovidas pelo Plenário (Art. 11-A, parágrafo único).

Por fim, uma nova inclusão da IN TCU nº 101/2025/2025 foi a possibilidade de o Plenário indicar a realização de solução consensual em casos de Tomadas de Conta Especial. Isso poderá ocorrer quando a Tomada de Contas Especial tiver sido instaurada em razão de inexecução parcial do objeto pactuado, for demonstrada viabilidade técnica e fática da retomada do objeto e não houver sido comprovada má fé dos gestores responsáveis (Art. 14).

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
Plenário		Unidades do TCU deverão se manifestar sobre a vantajosidade, juridicidade, adequação e suficiência da solução alcançada. (Art. 7º-A, § 7º)
		Disponibilização do voto do relator para os demais ministros com até 48 horas de antecedência da sessão deliberativa (Art. 10, § 2º)
	Não cabe recurso para as decisões do Plenário (Art. 15)	Cabe Embargos de Declaração para sanar obscuridade, omissão ou contradição contida em sugestão de alteração estabelecida pelo Plenário (Art. 11-A, parágrafo único) Cabe Embargos de Declaração para sanar obscuridade, omissão ou contradição contida em sugestão de alteração estabelecida pelo Plenário (Art. 11-A, parágrafo único)
		Possibilidade de recomendação para adoção de meio de solução consensual em tomada de contas especial, quando tiver sido instaurada em razão de inexecução parcial do objeto pactuado, for demonstrada viabilidade técnica e fática da retomada do objeto e não houver sido comprovada má fé dos gestores responsáveis (Art. 14)

Fase 5 na SecexConsenso - Trâmites posteriores

A forma como o acordo foi analisado pelo Plenário do TCU altera os passos seguintes. Se ele for aprovado na sua integralidade, passam-se à formalização por meio de termo lavrado pelo presidente do TCU e dirigentes máximos dos órgãos e entidades envolvidas na discussão, em até 30 dias. A IN TCU nº 101/2025 passa a prever que os representantes legais dos particulares também assinam o Termo de Autocomposição (Art. 12, inc. III) Caso a Corte acate parcialmente o acordo firmado, será necessário retornar à comissão de solução consensual para avaliação das mudanças propostas e eventual aprovação ou rejeição. A depender das novas discussões nas comissões, o processo retorna ao Plenário para nova deliberação.

Por óbvio, os acordos podem gerar obrigações e procedimentos posteriores, que não são previstos na norma que institui a SecexConsenso. Exemplos deles são os acordos que envolveram a otimização de contratos de concessão estressados, especialmente, nos setores rodoviário e aeroportuário. Nesses casos, as agências reguladoras envolvidas precisaram abrir consultas públicas para construir um futuro procedimento competitivo simplificado para apresentar ao mercado os contratos otimizados e oportunizar uma eventual competição entre atores por esse ativo.

A IN TCU nº 91/2022 prevê ainda o monitoramento da execução do acordo pelo TCU. A forma desse monitoramento pode ser definida, inclusive, por meio do termo de autocomposição.

TÓPICO	ANTIGO (IN 91/22)	NOVO (IN 101/25)
	Assinatura do Termo de Autocomposição pelo presidente do TCU e dirigente máximo da entidade envolvida (Art. 12)	Inclusão da assinatura do representante legal do particular envolvido (Art. 12, inc. III)

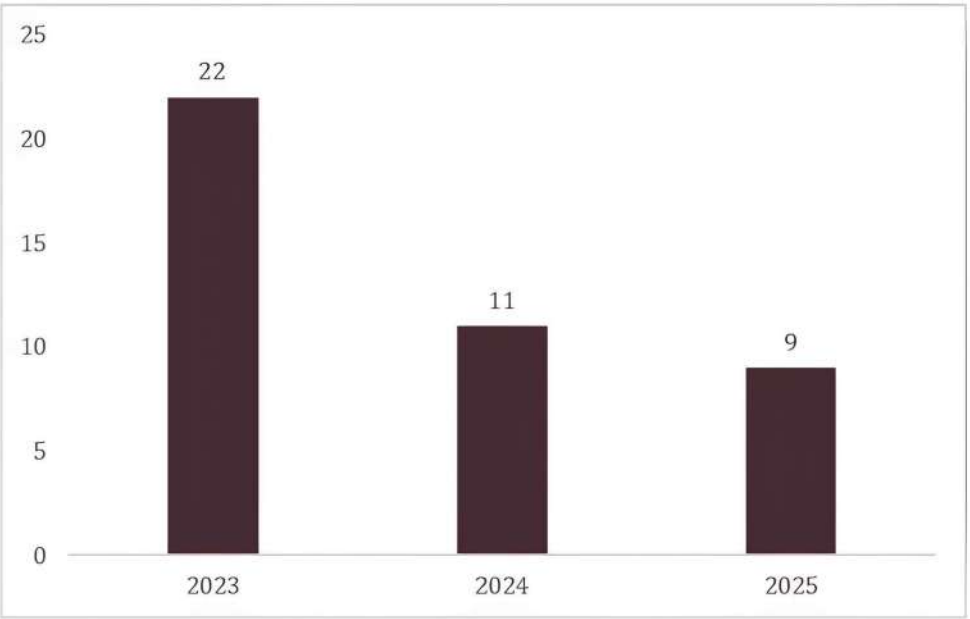
Conclui-se que o processo de solicitação de solução consensual, no âmbito da SecexConsenso foi aprimorado por meio da IN TCU nº 101/2025. O TCU buscou normatizar práticas já existentes (ex.: participação de entes privados envolvidos diretamente na controvérsia na CSC e realização de painéis de referência para discussão da proposta da CSC), robustecer os dados das solicitações e incorporar medidas que trouxessem maior transparência, publicidade e participação social no processo, pontos que recorrentemente eram questionados acerca da IN TCU nº 91/2022.

Uma vez compreendido como se deu a evolução do procedimento de Solução Consensual no TCU ao longo dos anos, passaremos nos próximos tópicos a avaliar a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso, em termos quantitativos e em termos qualitativos, por setor.

3. SECEXCONSENSO E ANÁLISE QUANTITATIVA DOS CASOS (2022-2025)

Busca-se compreender, em termos quantitativos, como se deu a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso. Desde a criação da SecexConsenso, 22 de dezembro de 2022, até 29 de setembro de 2025, data da publicação da nova IN TCU nº 101/2025, a base analisada reúne 42 pedidos de solução consensual, distribuídos entre os anos de 2023 (22; 52,4% do total), 2024 (11; 26,2%) e 2025 (9; 21,4%)

Gráfico 1 - Quantidade de pedidos de solução consensual por ano (Dez.2022-Set.2025)



Fonte: elaboração própria.

Segundo os dados publicizados pelo TCU até 29 de setembro de 2025, dentre os 42 pedidos de solução consensual, o desfecho mais frequente foi "acordo homologado", 19 casos (45,2%) houve acordo homologado; em 6 casos (14,3%) os pedidos não foram admitidos; em 4 casos (9,5%) houve arquivamento sem acordo; e em 3 casos (7,1%) houve arquivamento a pedido. As situações ainda em tramitação somam 9 processos (21,4%), distribuídas entre "comissão a ser instalada" em 1 caso (2,4%), "comissão concluída; aguardando trâmites internos" em 3 casos (7,1%), "em Comissão de Solução Consensual" em 3 casos (7,1%) e "em exame de admissibilidade" em 2 casos (4,8%).

Gráfico 2 – Status dos pedidos de solução consensual por ano (Dez.2022-Set.2025)

Fonte: elaboração própria.

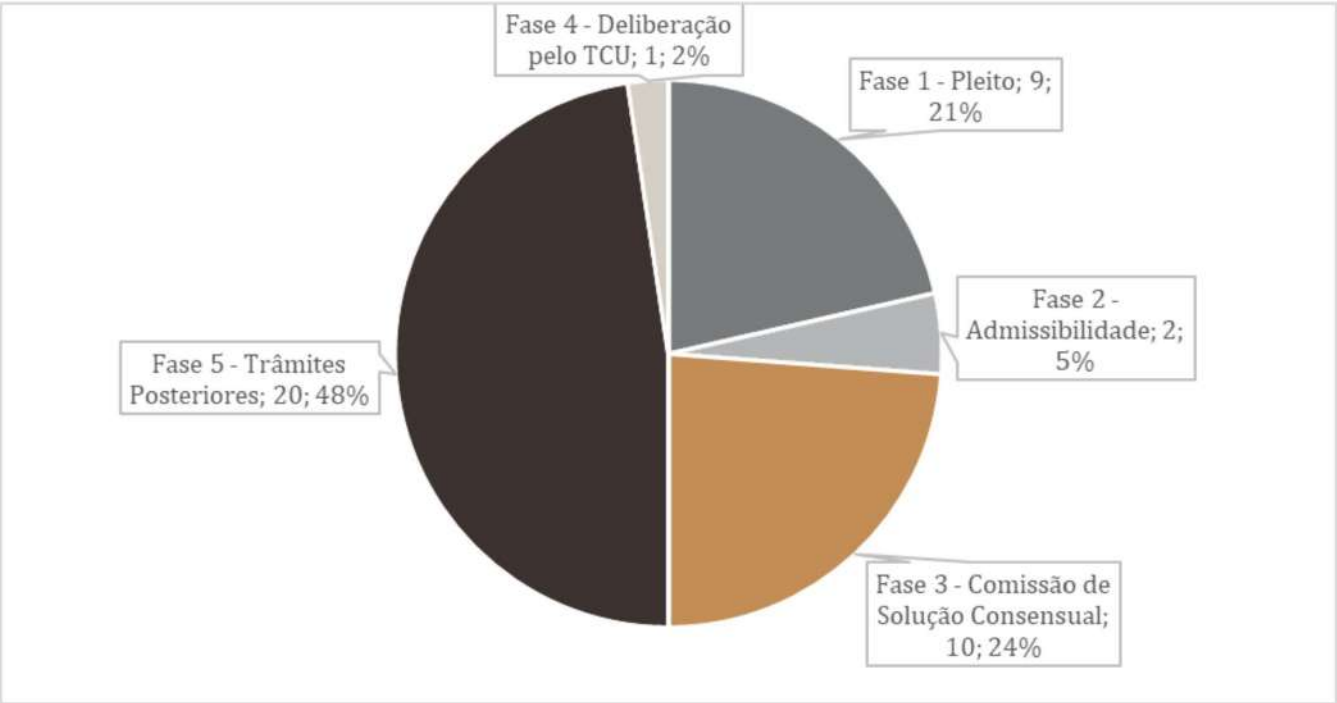
Dos dados, percebe-se que o procedimento estabelecido permitiu que conflitos longos e complexos fossem negociados, visto que 20 dos 42 pedidos solução consensual (54,76%) dos chegaram a um acordo, mesmo que nem todos já tenham sido homologados pelo Plenário da corte (19 homologados e 1 não homologados). Considerando apenas os 33 casos já concluídos (78,6%), a homologação do acordo responde por 19 casos, tem-se um resultado de 45,2% de acordos homologados da amostra total de pedidos de solução consensual, bem como um resultado de 57,6% de acordos homologados da amostra de pedidos já concluídos pelo TCU.

Por meio desses acordos, teria se possibilitado a realização de bilhões de reais em investimentos, a maioria no setor de infraestrutura (PAIVA, TIEPPO, 2025). Além disso, diversos ativos antes em relicitação caminham ou caminharam para a realização de processo simplificado competitivo, com assinatura de contrato otimizado que prevê investimentos imediatos.

Dos dados, verifica-se também que o mero protocolo não garante a o início das tratativas. Dos 42 processos de solução consensual apresentados, 6 (14,28%) não foram sequer admitidos, seja por análise da SecexConsenso, do Min. Presidente do TCU ou de Min. Relator de processo conexo. Entre aqueles processos admitidos, 4 (9,5%) foram arquivados sem acordo. Esses dados tendem a demonstrar que não há "solução em atacado" e que as negociações são individuais no âmbito da SecexConsenso.

A partir das cinco fases do procedimento de solução consensual do TCU, nota-se que os trabalhos têm sido realizados de forma cadenciada, com distribuição por todas as fases do processo. Vê-se, por exemplo, que há uma quantidade semelhante de casos aguardando admissibilidade e em negociação, o que pode indicar que o tribunal avalia a capacidade da Secretaria de assumir negociações, de modo a evitar a perda de qualidade das negociações e atenção necessárias aos casos. Esse ponto também é confirmado pela semelhança de solicitações apresentadas em 2023 (22) e já finalizadas (20), reafirmando a constância no andamento dos trabalhos.

Gráfico 3 – Fases dos pedidos de solução consensual (Dez.2022-Set.2025)

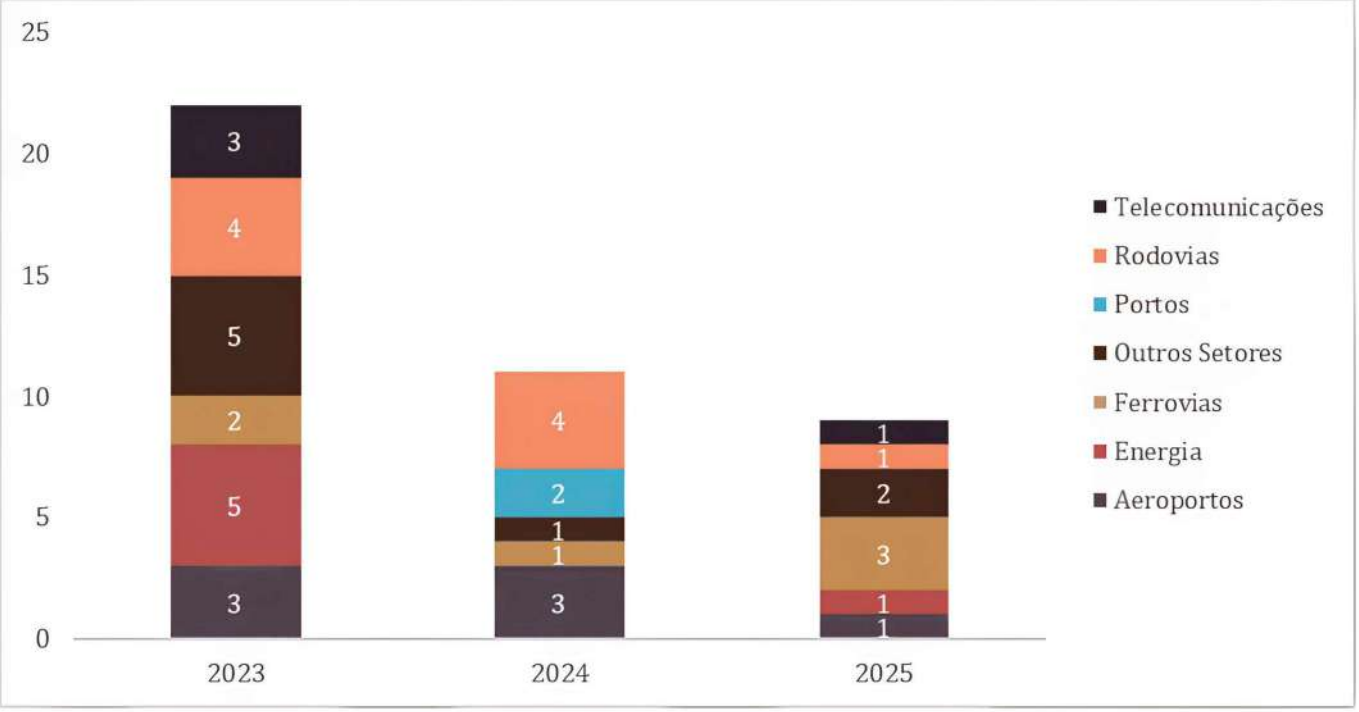


Fonte: elaboração própria.

Destes, considerando apenas os processos que tiveram o acordo homologado, o tempo médio desde a sua apresentação até a homologação pelo plenário do TCU é de 364,4 dias (aproximadamente 1 ano).

Dos dados, verifica-se também que 83% dos pedidos apresentados são referentes aos setores de infraestrutura, quais sejam, aeroportos, energia, ferrovias, portos, rodovias e telecomunicações. Os demais pedidos são voltados a questões de saúde, aposentadoria, multas trabalhistas, entre outros. Abarca-se especialmente os setores em que há concessões com vultuosos investimentos em obras e fornecimento de serviço contínuo. Não à toa uma das mudanças previstas na IN TCU nº 101/2025 diz respeito à participação do privado na CSC. Uma vez que mais de 80% dos pedidos da SecexConsenso dizem respeito a contratos firmados com entes privados, mostra-se razoável que eles tenham uma cadeira na comissão.

Gráfico 4 – Setores objeto dos pedidos de solução consensual por ano (Dez.2022-Set.2025)



Fonte: elaboração própria.

Nota-se, portanto, que em termos quantitativos, a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso se deu de forma mais constante nos setores de rodovias, aeroportos e ferrovias, os únicos setores de infraestrutura com apresentação de solicitações em todos os anos de funcionamento da SecexConsenso.

Em relação a energia, vê-se um claro declínio na apresentação de solicitações, passando de 5 em 2023 para 1 em 2025. Algo semelhante aconteceu no setor de telecomunicações, que passou de 3 pedidos em 2023 para 1 pedido em 2025. Pode-se dizer também que o setor portuário foi o mais tímido entre os setores de infraestrutura, pois foram apresentadas apenas 2 solicitações, em 2024. Apesar do domínio de infraestrutura, os demais setores sempre se mostraram presentes, tendo havido solicitações todos os anos.

O próximo tópico realizará uma análise qualitativa dos casos existentes na SecexConsenso, e poderá extrair mais informações dos dados apresentados, avaliando se há motivos que justifiquem a preponderância de pedidos e concentração de determinados setores ao longo dos anos. Além disso, será possível observar se o declínio de determinados setores pode estar relacionado ao resultado das solicitações apresentadas, bem como avaliar as semelhanças dos temas abordados em cada setor.

4. SECEXCONSENSO E ANÁLISE QUALITATIVA DOS CASOS (2022-2025)

Após apresentação das razões de criação da SecexConsenso, do seu procedimento e dos aspectos quantitativos dessa secretaria, nesse capítulo, os casos serão separados por setor, considerando também as etapas em que cada um se encontra.

SecexConsenso no setor de aeroportos: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Neste primeiro tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de aeroportos[5]. No setor de aeroportos, foram apresentadas 7 solicitações de solução consensual, referentes aos seguintes empreendimentos: Aeroporto de Confins/MG, Aeroporto de Cuiabá/MT, Aeroporto de Guarulhos/SP, Aeroporto de Viracopos/SP, Aeroporto do Galeão/RJ e Aeroporto de Brasília/DF, esse último com duas solicitações. Todos esses aeroportos são concedidos à iniciativa privada e apresentavam questões ainda não solucionadas junto ao Poder Concedente.

O processo referente ao Aeroporto de Confins/MG buscava uma troca de investimentos, uma vez que a construção da segunda Pista de Pouso e Decolagem (PPD), prevista em contrato, não seria mais necessária, considerando a demanda prevista até o fim do contrato. O processo foi admitido, porém, não houve acordo dentro da Comissão de Solução Consensual, motivo pelo qual foi arquivado (BRASIL, TCU, 2023a)

A demanda do Aeroporto de Cuiabá/MT era semelhante, pois dizia respeito à obrigação de adequação da PPD ou do Terminal de Passageiros para ajustar a distância entre as pistas, previsto em regulamento da ANAC. Considerando que a flexibilização desse requisito não acarretaria prejuízo à segurança operacional, ficou acordado que a concessionária operaria com a impossibilidade de movimentação simultânea de aeronaves de grande porte em condições de baixa visibilidade, e não seria obrigada a construir uma nova pista.

Em contrapartida, deveria recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato a favor do Poder Concedente. A vantajosidade do acordo se dá pela realocação mais eficiente dos valores, o que acarretará redução da tarifa aeroportuária aos usuários (BRASIL, TCU, 2024e). O processo durou cerca de 296 dias, trazendo solução consensual à situação.

O terceiro processo de solução consensual em aeroportos foi do Aeroporto de Guarulhos. Havia controvérsias entre a concessionária e a Agência Nacional de Aviação Civil no que tange a investimentos para melhoria do nível de serviço prestado no aeroporto.

---

[5] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de aeroportos: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 21.1.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/448215/secexconsenso-no-setor-de-aeroportos-analise-qualitativa-dos-casos

Além disso, o Ministério de Portos e Aeroportos tinha a intenção de melhorar a prestação de serviços em aeroportos regionais, avaliando a alocação desses aeroportos deficitários em outras concessões. A solução encontrada trouxe investimentos em infraestrutura, com valores assumidos pela concessionária e pelo Poder Concedente, além da expansão do prazo da concessão em 16 meses (BRASIL, TCU, 2024d). Em 323 dias, foi possível solucionar uma questão que já tinha ocasionado diversos processos administrativos sancionadores.

Aqui, foi gerada uma nova política pública, chamada AmpliAR, que permite que concessionários assumam aeroportos regionais deficitários em troca de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. No âmbito da SecexConsenso, a política foi aprovada, não tendo sido possível a alocação direta dos aeroportos regionais à concessionária. O primeiro processo competitivo ocorreu em novembro de 2025, no qual a concessionária do aeroporto de Guarulhos arrematou 12 aeroportos deficitários.

O Aeroporto de Viracopos também apresentou pedido de solução consensual junto à SecexConsenso. Esse ativo está em processo de relicitação, regido pela Lei nº 13.448/2017, desde 2020, já tendo sido prorrogada nos termos previstos. Segundo o procedimento do TCU, o processo de relicitação junto ao órgão foi suspenso durante as negociações da Comissão de Solução Consensual, que não alcançou acordo e foi arquivado. Sendo assim, o ativo segue no processo de relicitação, apesar de o TCU entender que o prazo já se extinguiu.

Outro ativo em relicitação que também solicitou solução consensual junto ao TCU foi o Aeroporto do Galeão, no Rio de Janeiro. A relicitação do ativo foi solicitada em 2022, devido à dificuldade de cumprimento contratual, e não tinha sido finalizada até o início das negociações junto à SecexConsenso, em 2024. Nesse caso, foi firmado um acordo junto à Concessionária de remodelação do contrato de concessão, para um contrato que assegure sustentabilidade financeira e segurança jurídica.

Nesse acordo, ficou definido também que o novo contrato será levado a mercado, em um procedimento competitivo simplificado, de modo que outro agente poderá assumir o ativo, modelo também adotado em rodovias. O TCU encontrou como benefícios da solução a continuidade do serviço, modernizações regulatórias, maior segurança jurídica, estabilidade financeira, renúncia de litígios, entre outros (BRASIL, TCU, 2025e).

Para viabilizar esse acordo de forma transparente e com a menor assimetria de informação possível, a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) precisou abrir uma consulta pública com possibilidade de modificação do edital e contratos previstos para o procedimento competitivo simplificado (CP 11/2025).

Ainda, o TCU determinou a necessidade de que a versão final dos documentos editalícios sejam publicados em antecedência de 100 dias da data do leilão, prevista para março de 2026. Em cerca de 426 dias, o procedimento da SecexConsenso pôde endereçar a discussão da relicitação, formalizada desde 2022.

O último aeroporto que entrou com pedido de solicitação de solução consensual foi o aeroporto de Brasília. Em uma primeira tentativa, em 2024, o Ministério de Portos e Aeroportos solicitou solução consensual, mas depois retirou o pedido. Em 2025, ele retomou o pedido, também solicitando a otimização do contrato de concessão do aeroporto, de forma semelhante ao Aeroporto do Galeão. Em que pese não estar em relicitação, a Concessionária do Aeroporto de Brasília aponta que a demanda praticada em 2024 é semelhante àquela de 2012 (BRASIL, TCU, 2025i). A Comissão de Solução Consensual foi instalada e tem até novembro para concluir as negociações.

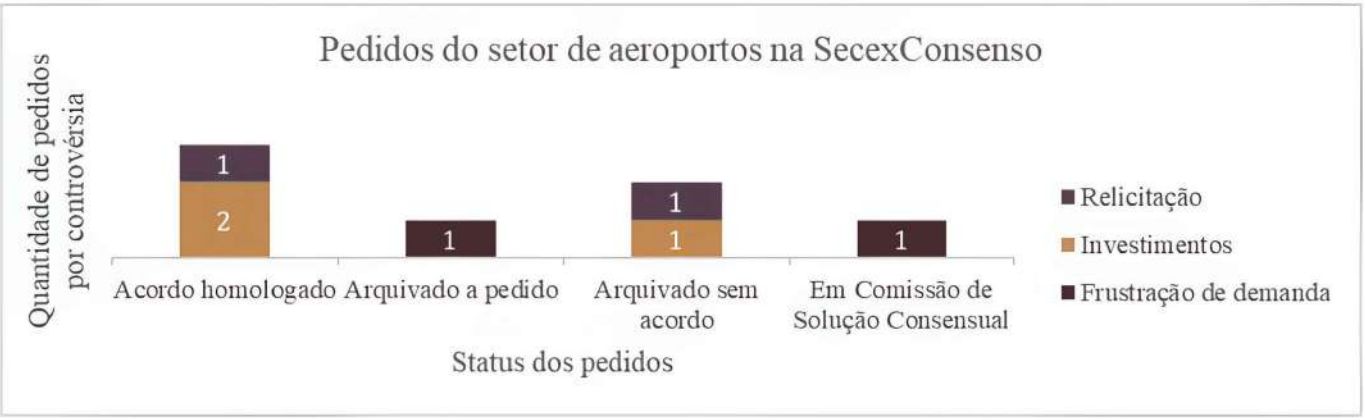
Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor de Aeroportos, em formato de tabela e gráfico:

Tabela 2 - Resumo dos Casos de Aeroportos

PROCESSO	AEROPORTO	CONTROVÉRSIA	STATUS
006.448/2023-2	Cuiabá/MT	Construção de PPD e adequação de distância	Acordo homologado
006.449/2023-9	Confins/MG	Construção da 2ª PPD	Arquivado sem acordo
033.910/2023/7	Guarulhos/SP	Investimentos e nível de serviço	Acordo homologado
000.016/2024-1	Viracopos/SP	Relicitação	Arquivado sem acordo
007.309/2024-0	Galeão/RJ	Relicitação	Acordo homologado
014.968/2024-0	Brasília/DF	Frustração de demanda	Arquivado a pedido
010.821/2025-2	Brasília/DF	Frustração de demanda	Em Comissão de Solução Consensual

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 5- Pedidos do setor de aeroportos na SecexConsenso



Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de aeroportos, as soluções não são previsíveis. Apesar de alguns temas serem repetidos, como a construção de PPD em Cuiabá e Belo Horizonte, ou a relicitação dos ativos, em Viracopos e Galeão, não há uma certeza na concretização de acordos. Desses 4 casos, 2 tiveram seus acordos firmados e os outros 2 não chegaram a um consenso. Algo semelhante ocorreu com o Aeroporto de Brasília, em que a primeira tentativa sequer evoluiu para o início das negociações, enquanto um novo processo viabilizou a instauração da CSC.

Percebe-se também que há uma evolução na profundidade dos acordos firmados. O primeiro acordo, relacionado ao Aeroporto de Cuiabá, trouxe pequenas substituições de investimentos. O segundo acordo, do Aeroporto de Guarulhos, trouxe mudanças mais significativas e possibilitou a construção de uma política pública, o AmpliAR. O terceiro acordo, do Aeroporto do Galeão, viabilizou a otimização contratual, com mudanças tão significativas que necessitarão da construção de um novo processo competitivo para o aeroporto, que ocorrerá em março de 2026. Com esse processo competitivo, o controlador da Concessionária do Aeroporto do Galeão poderá inclusive ser alterado.

Por fim, vê-se que não há similaridade entre os prazos para homologação do acordo, estando entre 296 e 426 dias. Essa diferença pode ser dar pela complexidade dos acordos e das mudanças propostas, vez que conectam com o ponto apresentado acima, pois o menor prazo foi do Aeroporto de Cuiabá e o maior prazo do Aeroporto do Galeão.

O próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso no setor de energia.

SecexConsenso no setor de energia: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Após a apresentação dos temas de aeroportos, no presente tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de energia[6].

Foram apresentadas 6 solicitações de solução consensual no setor de energia, referentes aos seguintes empreendimentos: Usinas da empresa Energias de Gaspar SPE Ltda.; Usinas EPP II, EPP IV, Edlux K e Rio de Janeiro (Âmbar Energia); Usina Barra Bonita I; Usina Linhares Geração, Termelétrica Viana e Povoação Energia; Usinas Karkey 013, Karkey 019, Porsud I e Porsud II (KPS); e MEZ Energia.

Os cinco primeiros processos dizem respeito a contratos firmados no Procedimento Competitivo Simplificado (PCS), em 2021, para suprir as necessidades do Sistema Interligado Nacional (SIN) em curto e médio prazo, diante de situação atípica de dificuldade de suprimento de energia. Essa situação foi revertida, ocasionando aumento da energia armazenada e redução dos preços praticados no mercado. Ocorre que os contratos firmados à época da escassez de suprimento consideraram valores diversos do agora praticado. Segundo o TCU, não havia mais necessidade de contratação tão exacerbada de energia, mas a manutenção da potência das usinas ainda era importante para o sistema.

A partir desse cenário, os processos de solução consensual tiveram conclusões diversas. O processo da empresa Energias de Gaspar SPE Ltda. foi admitido, mas não teve acordo na Comissão de Solução Consensual. O processo relativo à Âmbar Energia teve acordo na CSC, porém este não foi homologado pelo plenário da corte. À época, a IN 91/2022 previa que o acordo não seria homologado, caso não houvesse consenso entre todas as partes da CSC. No caso, os auditores do TCU não concordaram com o acordo, de modo que ele o processo foi arquivado.

A partir desse caso, foi apresentada questão de ordem no plenário da corte e ficou acordado que, caso a área técnica do TCU ou os membros da SecexConsenso não concordassem com o acordo firmado pela CSC, este poderia ser levado ao Plenário para deliberação. Essa definição alterou a IN TCU nº 91/2022, para os casos posteriores.

O processo da Usina Barra Bonita I tem o mesmo panorama geral, mas o acordo foi homologado pelo Plenário da Corte. Ficou acordado que será mantida a capacidade instalada, mas será eliminada e inflexibilidade contratual (geração de energia termelétrica), mediante desconto no preço total ao usuário e pagamento de multa pela Concessionária. Além da redução do custo ao consumidor, o acordo finda processos em andamento junto à Agência Nacional de Energia Elétrica e à Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), e permite redução da emissão de gases de efeito estufa (BRASIL, TCU, 2024j). O prazo para solução dessa controvérsia foi de 532 dias, desde a solicitação.

---

[6] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de energia: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 28.1.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/448643/secexconsenso-no-setor-de-energia-analise-qualitativa-dos-casos

A solução consensual encontrada no caso das Usinas, Linhares, Viana e Povoação foi semelhante ao anterior. Foi eliminada e obrigação de entrega de energia inflexível, alterado o cálculo de remuneração das Usinas, e promovido acerto financeiro com a Conta de Energia de Reversa, de modo a possibilitar benefício financeiro ao consumidor (BRASIL, TCU, 2023c). O processo durou 154 dias, até a homologação do acordo pelo plenário da corte.

O quinto processo do setor de energia foi referente à Karpowership Brasil Energia (KPS), que também teve o acordo homologado em Plenário. A situação era semelhante às narradas anteriormente, com adicional de ter havido atraso no início da operação dos empreendimentos. O acordo seguiu as mesmas balizas anteriores, permitindo a redução da geração de energia inflexível e aumentando a economia frente aos usuários (BRASIL, TCU, 2023e). Desde o início da solicitação até a homologação do acordo pelo plenário se passaram 252 dias. O interessante dos acordos firmados no âmbito do setor de energia é que podem ser implementados imediatamente, gerando consequências concretas rapidamente, segundo manifestações orais dos dirigentes do TCU.

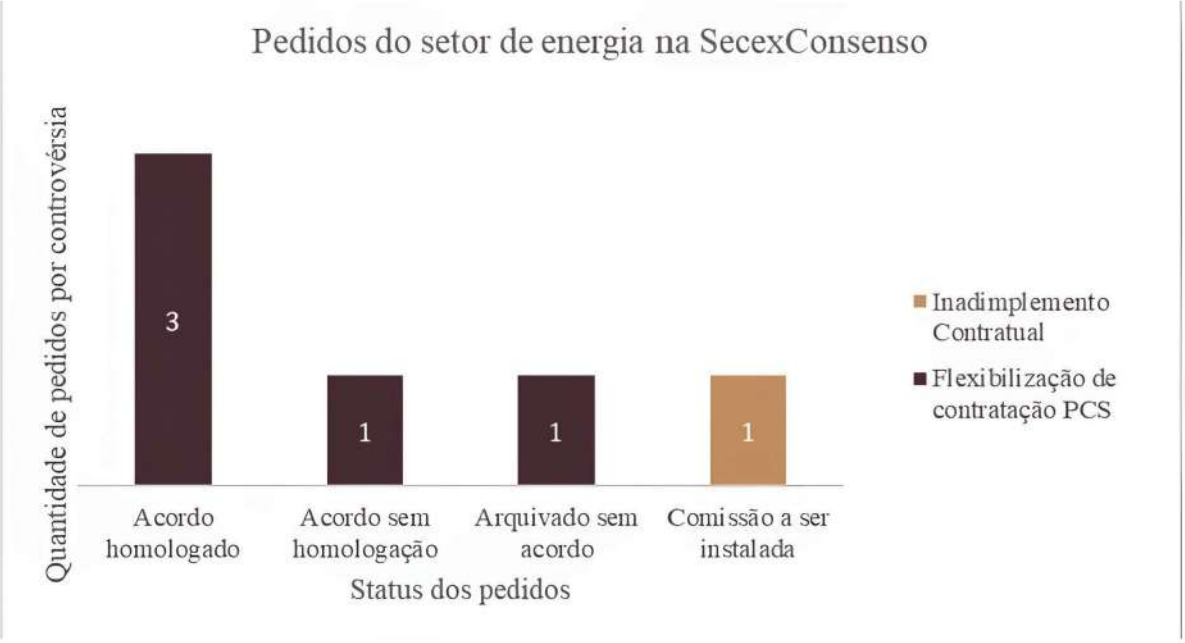
O sexto processo do setor de energia é referente à MEZ Energia, que tem controvérsias com a ANEEL acerca das causas do inadimplemento contratual. O processo foi admitido pelo TCU em agosto de 2025, estando pendente o início das negociações no âmbito da CSC, por isso, a maioria das informações é ainda sigilosa.

Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor de energia, em formato de tabela e gráfico:

PROCESSO	COMPANHIA	CONTROVÉRSIA	STATUS
006.223/2023-0	Energias de Gaspar Ltda.	Flexibilização de contratação PCS	Arquivado sem acordo
006.248/2023-3	Âmbar Energia	Flexibilização de contratação PCS	Acordo sem homologação
006.252/2023-0	Usina Barra Bonita I	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
006.252/2023-0	Usinas Linhares, Viana e Povoação	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
006.253/2023-7	KPS	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
015.859/2025-8	MEZ Energia	Inadimplemento Contratual	Comissão a ser instalada

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 6 - Pedidos do setor de energia na SecexConsenso



Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de energia, há uma similaridade entre os temas tratados, o que pode justificar a concentração de processos em 2023. A administração pública pode ter considerado apresentar todos os processos cujo modelo contratual não era eficiente ou não justificava a rigidez das cláusulas logo no início da comissão, com vistas a solucionar problemas iminentes. Isso se mostra pela celeridade do processo das Usinas, Linhares, Viana e Povoação, que durou cerca de 7 meses desde a apresentação até a homologação do acordo em Plenário.

Extrai-se também que os entes participantes das CSC crescem em maturidade e capacidade de solucionar as controvérsias, uma vez que são mais semelhantes. Isso porque o primeiro processo foi bastante extenso, passando dos 500 dias, mas houve uma diminuição desse prazo, passando a menos de 300 dias nos demais acordos firmados sobre o tema.

O próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso no setor de ferrovias.

Casos na SecexConsenso no setor de ferrovias: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Nos tópicos anteriores, apresentamos os resultados qualitativos no setor de aeroportos e energia. Nese tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de ferrovias[7].

---

[7] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de ferrovias: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 04.02.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/449268/secexconsenso-no-setor-de-ferrovias-analise-qualitativa-dos-casos

Foram apresentadas 6 solicitações de solução consensual no setor de ferrovias, referentes aos seguintes empreendimentos: Malha Paulista, Malha Sul, Malha Sudeste, Malha Oeste, Estrada de Ferro Vitória à Minas e Carajás, e Transnordestina.

A Ferrovia Malha Paulista é administrada pela empresa Rumo, desde 1998, tendo havido prorrogação antecipada em 2020. A controvérsia apresentada à SecexConsenso dizia respeito à possibilidade de alteração do Caderno de Obrigações, para otimizar a alocação dos recursos do setor. Ficou acordada a extensão do prazo para troca dos dormentes para modernização da linha tronco, ajustes no cronograma de substituição dos trilhos e reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do Poder Concedente, que será investido na própria malha ferroviária. A outorga também foi revisada, com excedente a ser revestido em favor do Poder Concedente, mas a proposta de devolução de trechos ferroviários não foi acatada pela CSC. O acordo foi homologado pelo plenário do TCU (BRASIL, TCU, 2023b). Em 314 dias, o procedimento permitiu a renegociação de cláusulas contratuais que podem ocasionar maior otimização ao contrato de concessão.

Outro caso de ferrovia administrado pela Concessionária Rumo é o da Rumo Malha Sul, cuja controvérsia diz respeito à devolução do trecho que Presidente Prudente a Presidente Epitácio, sem operação há dez anos, e aplicação de normativo do DNIT sobre a indenização. A CSC entendeu pela flexibilização de aspectos da norma, para torná-la mais objetiva e aderente ao interesse público. Em 320 dias, foi possível destravar a controvérsia relacionada à devolução do trecho concedido, em discussão a uma década, e aprimorar a norma do DNIT que, inclusive, gerou consulta pública para a sua reformulação (BRASIL, TCU, 2023c).

A Malha Sudeste, concedida à MRS Logística S.A. também é uma das concessões em discussão na SecexConsenso. A controvérsia diz respeito a alterações em iniciativas de grande porte da concessionária, como sinalização e construção de viadutos, passarelas, e à indenização da base de ativos e passivos da prorrogação antecipada da ferrovia, ocorrida em 2022. Além disso, houve discussão acerca da utilização de contas vinculadas para reinvestimento no próprio setor, a partir do valor excedente que deve ser pago pela concessionária. O relator entendeu que esses valores deveriam ser recolhidos ao Tesouro Nacional ou, alternativamente, o Ministério dos Transportes deveria definir o objeto do investimento para que as obras sejam realizadas com recursos privados e não por meio de conta vinculada (BRASIL, TCU, 2025f). O acordo da comissão foi aprovado pelo plenário do TCU em 17 de setembro de 2025, após 400 dias do protocolo do processo, e determinou a existência de processos específicos para definição acerca das contas vinculadas.

O quarto pedido de solução consensual apresentado junto ao TCU foi referente à Ferrovia Malha Oeste, mas não foi admitido pela SecexConsenso. O pedido dizia respeito à repactuação do contrato em relicitação.

Ocorre que o um dos relatores de processos relacionados, Min. Aroldo Cedraz, não ratificou a admissibilidade conferida pelo Min. presidente Vital do Rego por entender que a solicitação seria uma tentativa de burla à licitação. Segundo ele, o contrato está em vias de ser licitado novamente, vez que se encerra em junho de 2026, e os trâmites para o novo leilão estão regularmente em curso. Como não há possibilidade de prorrogação do contrato, uma renegociação impediria a continuidade das tratativas de nova licitação (BRASIL, TCU, 2025a).

Foi apresentado também pedido de solução consensual referente à Estrada de Ferro Vitória a Minas (EFVM) e Estrada de Ferro Carajás (EFC), administradas pela Concessionária Vale S.A. A Comissão de Solução Consensual discutia o aperfeiçoamento dos contratos de concessão, visando resolver indenizações de ativos e passivos, composição do fluxo de caixa, obrigações, minimização de conflitos urbanos, entre outros. Ocorre que não foi alcançado um consenso dentro da comissão, e o processo será arquivado.

A última solicitação de solução consensual no âmbito da SecexConsenso, no setor de ferrovias, é da Ferrovia Transnordestina. A proposta é também uma repactuação do contrato, diante de conflitos que envolvem execução contratual, eventos climáticos extremos e inviabilidade econômica de trechos da concessão. A Comissão de Solução Consensual foi iniciada em julho de 2025 e se estende até outubro, podendo ser prorrogada até novembro (BRASIL, TCU, 2025k).

Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor ferroviário, em formato de tabela e gráfico:

Tabela 4 - Resumo dos casos de ferrovias

PROCESSO	CONCESSÃO	CONTROVÉRSIA	STATUS
000.853/2023-2	Ferrovia Malha Paulista	Alteração de obrigações contratuais	Acordo homologado
000.855/2023-5	Ferrovia Malha Sul	Devolução de trecho	Acordo homologado
018.646/2024-7	Ferrovia Malha Sudeste	Alteração de obrigações contratuais	Acordo homologado
000.329/2025-8	Ferrovia Malha Oeste	Relicitação	Não admitido
000.709/2025-5	Estrada de Ferro Vitória à Minas, e Carajás	Repactuação contratual	Sem acordo
006.124/2025-9	Ferrovia Transnordestina	Inexecução contratual	Em comissão de Solução Consensual

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 7 - Pedidos do setor ferroviário na SecexConsenso

Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de ferrovias, que há um padrão no tempo de discussão dos acordos homologados. A diferença entre eles é de apenas 50 dias, mas todos são superiores a 300 dias. Esse padrão não se repete na motivação das solicitações ou mesmo nas soluções encontradas. Os processos de modificação mais complexas dos contratos não geraram acordos, sendo um processo sequer admitido e outro sem alcance da solução consensual. Apesar dessa questão, os acordos firmados permitirão a realização de novos investimentos, antes impossibilitados.

O próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso no setor de portos.

Casos na SecexConsenso no setor de portos: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Além dos procedimentos e análise quantitativa da SecexConsenso, já apresentamos, também, os resultados qualitativos no setor de aeroportos, energia e ferrovias. Neste tópico, faremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de portos[8].

Foram apresentadas 2 solicitações de solução consensual no setor portuário, referentes à Companhia Docas do Rio de Janeiro (PortosRio) e a arrendamentos no Porto de Santos.
O primeiro caso diz respeito à negociação de dívida devida à PortosRio, empresa pública que administra o Porto do Rio de Janeiro. O pedido de solução consensual foi formulado pelo Diretor-Presidente da companhia, que não é uma das autoridades competentes para fazer tal solicitação. Somado a isso, não foi apresentada nenhuma manifestação do Ministério setorial que demonstrasse o interesse em perseguir essa solução consensual. Por esses motivos, o TCU não admitiu o pedido da PortosRio e o processo foi arquivado.

---

[8] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de portos: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 11.02.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/449655/secexconsenso-no-setor-de-portos-analise-qualitativa-dos-casos

O outro caso do setor portuário se refere à negociação de dívida entre a autoridade portuária (SPA) e uma arrendatária, decorrente do não pagamento de taxas portuárias. Após discussões frustradas em processo de mediação, buscou-se a solução consensual. O pedido foi feito por ministro do TCU, que é autoridade competente segundo o normativo da secretaria (BRASIL, TCU, 2024c).

Em que pese ter sido admitida pela SecexConsenso e pelo Ministro Presidente da Corte, o Ministério setorial, quando provocado, solicitou a retirada do pleito e o arquivamento do processo, tendo sido acompanhado pela SPA, que optou pela desistência do processo. Assim, houve o arquivamento do pleito (BRASIL, TCU, 2024b).

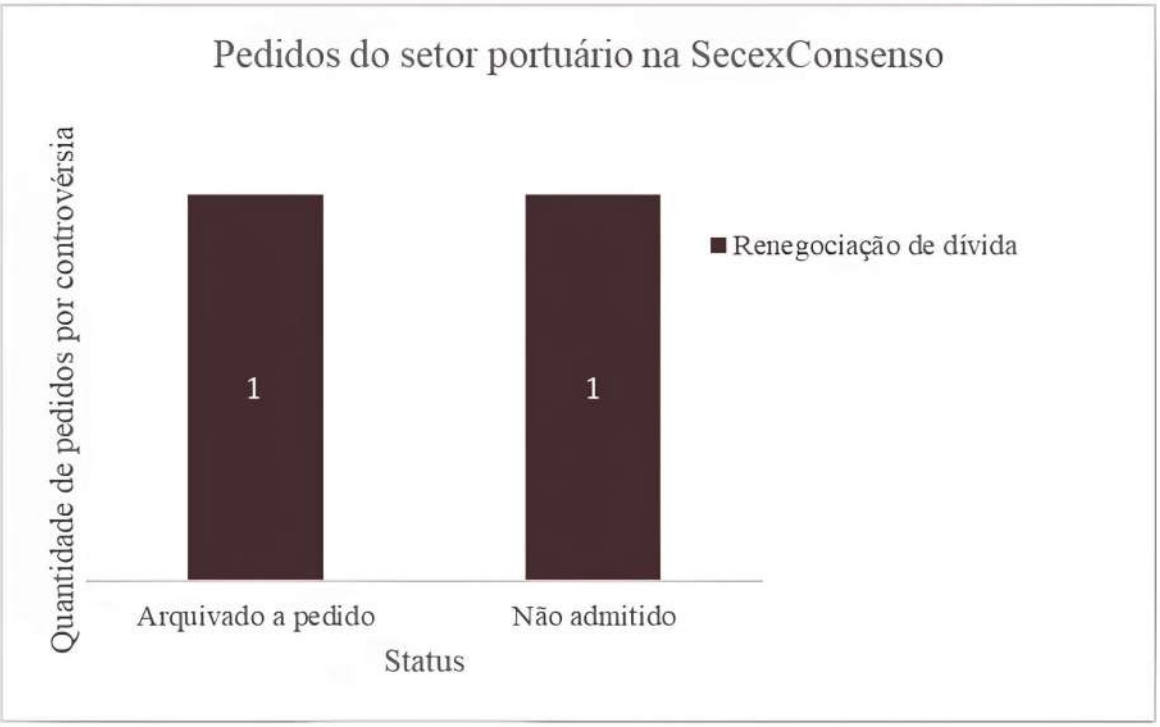
Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor portuário, em formato de tabela e gráficos:

Tabela 5 - Resumo dos casos portuários

PROCESSO	CONCESSÃO	CONTROVÉRSIA	STATUS
002.386/2024-0	PortosRio	Renegociação de dívida	Não admitido
002.602/2024-5	Autoridade Portuária de Santos	Renegociação de dívida	Arquivado a pedido

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 8 - Pedidos do setor portuário na SecexConsenso



Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de portos, que, ao contrário dos demais setores, não houve acordo homologado e não se buscou a SecexConsenso para alterar investimentos ou buscar soluções para ineficiências contratuais.

Outro ponto a se analisar é a baixa recorrência de solicitações do setor portuário na SecexConsenso. Em que pese seja um setor de infraestrutura com vultuosos investimentos e prestação contínua de serviços, como os demais apresentados, apenas dois processos foram apresentados. Isso pode ser reflexo de um modelo contratual específico de portos, que prioriza os arrendamentos e as autorizações em detrimentos das concessões. Em uma análise comparativa dos contratos em diversos setores seria possível identificar se os gargalos que originaram as mudanças nos demais contratos já são robustas e eficientes nos contratos portuários.

O próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso no setor de rodovias.

Casos na SecexConsenso no setor de rodovias: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Após trazer os procedimentos e uma análise quantitativa da SecexConsenso, apresentamos, também, os resultados qualitativos no setor de aeroportos, energia, ferrovias e portos. Neste tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de rodovias[9].

Foram apresentadas 9 solicitações de solução consensual no setor rodoviário, referentes aos seguintes empreendimentos: BR-101/ES/BA (Eco 101), BR-163/MS (MS Via), BR-060/153/262/DF/GO/MG (Concebra), BR-101/RJ (Autopista Fluminense), BR-116/324/BA e BA-526/528 (ViaBahia), BR-381/MG/SP (Fernão Dias), BR-116/PR/SP (Regis Bittencourt), BR-163/PA e BR-230/PA (ViaBrasil) e BR-116/376/PR e BR-101/SC (Autopista Litoral Sul).

A solicitação de solução consensual acerca do contrato da ViaBahia tenha como controvérsia principal a interpretação da cláusula referente à revisão quinquenal, que, desde 2017, é discutida entre a agência e a concessionária no âmbito judicial. Ainda, há discussões acerca de inexecuções contratuais e desequilíbrios econômico-financeiro do contrato. Ficou acordado – após aprovação do plenário do TCU – que o contrato seria encerrado antecipadamente, com renúncia de todos os processos judiciais, administrativos e arbitrais em curso e de novas disputas, transição operacional para o DNIT, e pagamento de indenização à ViaBahia pelos investimentos realizados e não amortizado (BRASIL, TCU, 2025o). Em 447 dias, foi possível resolver o imbróglio existente desde 2017.

---

[9] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de rodovias: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 18.02.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/449895/secexconsenso-no-setor-de-rodovias-analise-qualitativa-dos-casos

Exceto o caso da Via Bahia, os demais pedidos de solução consensual do setor estão inseridos na política pública do Ministério dos Transportes estabelecida pela Portaria nº 848/2023, que estabelece os procedimentos referentes à readaptação e otimização dos contratos de concessão de infraestrutura rodoviária.

De acordo com a política pública, as concessionárias poderão realizar estudos que demonstrem a vantajosidade de celebração de termo aditivo de otimização contratual, com possibilidade de alteração de diversos aspectos contratuais. Para tanto, deve-se considerar nos estudos a renúncia de processos judiciais, administrativos e arbitrais, o início imediato de execução de obras, a redução da tarifa de pedágio, entre outros aspectos. Uma vez que o Ministério setorial e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) reconhecem a vantajosidade das alterações propostas, é encaminhado um pedido de solução consensual para o TCU.

Só após aprovação no plenário da corte de contas que os trâmites para eventual assinatura de termo aditivo são realizados. Nesse cenário, os acordos firmados dentro da SecexConsenso previram que a mudança contratual dependeria de realização de teste de mercado, com a possibilidade de que outro agente assuma o ativo, se apresentar proposta mais vantajosa que aquela do acordo. Realiza-se procedimento simplificado competitivo, no qual o atual concessionário pode participar da disputa pela concessão. Para tanto, a ANTT deve abrir consulta pública para receber contribuições acerca do contrato e edital. Já foram realizados dois testes de mercado, referentes aos contratos da MSVia e Eco 101, mas outros estão em vias de ter seus editais publicados e os leilões realizados.

Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor rodoviário, em formato de tabela e gráfico:

Tabela 6 - Resumo dos casos do setor rodoviário

PROCESSO	CONCESSÃO	CONTROVÉRSIA	STATUS
039.106/2023-3	Via Bahia	Interpretação cláusulas contratuais	Acordo homologado
033.444/2023-4	Eco 101	Otimização contratual	Acordo homologado
033.447/2023-3	MSVia	Otimização contratual	Acordo homologado
036.368/2023-7	Autopista Fluminense	Otimização contratual	Acordo homologado
016.032/20024-2	Fernão Dias	Otimização contratual	Acordo homologado
018.326/2024-2	Regis Bittencourt	Otimização contratual	Acordo homologado
024.992-2024-0	ViaBrasil	Otimização contratual	Comissão concluída; aguardando trâmites internos
024.992/2024-0	Concebra	Otimização contratual	Comissão concluída; aguardando trâmites internos
007.972/2025-3	Autopista Litoral Sul	Otimização contratual	em exame de admissibilidade

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 9 - Pedidos do setor rodoviário na SecexConsenso

Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de rodovias, que o setor rodoviário é com maior alcance de soluções. Todos os processos que foram admitidos tiveram os seus acordos firmados. Em relação ao período de concentração dos casos, entende-se que estão relacionados à política pública do Ministério dos Transportes, que definiu lapso temporal para apresentação de contratos a serem avaliados para otimização, encerrado em 2024.

Ademais, os casos são parecidos e apenas um deles não diz respeito a uma otimização contratual, ou seja, à alteração de investimentos e modelagem dos contratos, a partir de um procedimento competitivo simplificado que possibilita a troca do controle da concessionária. A primeira otimização concluída foi da BR-163/MS (MS Via), mas outros processos competitivos já ocorreram (BR-101/ES/BA (Eco 101), BR-101/RJ (Autopista Fluminense), BR-116/324/BA e BR-381/MG/SP (Fernão Dias).

Apesar dessas similaridades, os acordos firmados no âmbito rodoviário têm especificidades de acordo com cada contrato otimizado e os processos competitivos têm sido aprimorados a cada nova rodada. Ademais, houve situação em que se optou pela devolução amigável do ativo, de modo diverso dos demais casos. Importante sinalizar que houve um movimento de vanguarda, que inspirou o já mencionado setor aeroportuário.

O próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso no setor de telecomunicações.

Casos na SecexConsenso no setor de telecomunicações: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Após trazer os procedimentos e uma análise quantitativa da SecexConsenso, já apresentamos, também, os resultados qualitativos no setor de aeroportos, energia, ferrovias, portos e rodovias. Neste tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo o setor de telecomunicações[10].

No setor de telecomunicações, há 4 processos de solução consensual, referente às companhias Telefonica, Oi S.A, Sercomtel e Algar. A discussão apresentada é semelhante entre os casos e se refere às dificuldades enfrentadas pelas concessionárias que prestam Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC) diante da migração de massa dos usuários para telefonia móvel.

A Lei nº 13.879/2019 (Lei Geral de Telecomunicações) já tentou tratar sobre esse assunto, permitindo que as concessionárias passassem a ser autorizatárias (BRASIL, 2019). Durante essa migração, no entanto, surgiram diversas controvérsias entre as companhias e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), especialmente no que tange à metodologia utilizada pelo regulador para realizar a transição pretendida, por ter havido impactos financeiros não estimados posteriormente. Assim, foram questionados, ao longo dos anos, a existência de desequilíbrio contratual, a necessidade de indenização independente da reversibilidade dos bens e a continuidade da prestação do serviço público de telefonia pública, especialmente em áreas sem competição até o término do contrato.

Os acordos da Oi S.A., Telefonica e Algar já foram firmados e homologados pelo plenário do TCU. Em suma, os acordos tentaram resolver as questões apontadas acima, que não foram solucionados em âmbito da arbitragem internacional. No caso da Algar Telecom S.A., foi firmado Termo de Autocomposição que prevê mais de R$ 220 milhões em investimentos, especialmente em prestação de serviço de banda larga ou rede de wi-fi em escolas e modernização e expansão de telefonia móvel em áreas de menor porte e mais carentes. O acordo firmado com a Telefônica Brasil prevê, além do encerramento do procedimento arbitral, a realização de investimentos em tecnologia e manutenção de serviço de voz em área alternativa do estado de São Paulo. Já o acordo da Oi Telecomunicações S.A. buscou garantir a preservação do serviço em meio à eventual falência da companhia.

Isso foi possível a partir da consolidação de uma transição planejada para redução dos pontos de troca de tráfego e investimentos no montante de R$5 bilhões em conectividade, redes de fibra ótica e novos centros de dados no país. Importa trazer que o processo arbitral entre a Oi S.A. e a Anatel permanece sobre os pontos que não foram tratados no acordo. O processo da Sercomtel ainda está em negociação pela CSC.

Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual no setor de telecomunicações, em formato de tabela e gráfico

---

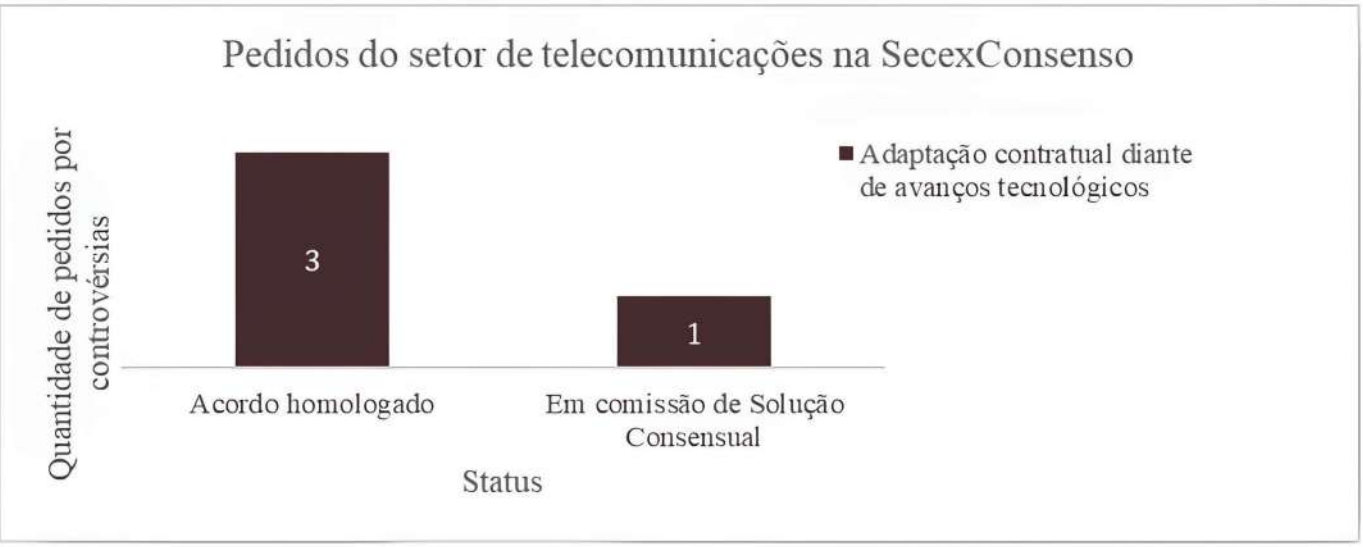
[10] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. SecexConsenso no setor de telecomunicações: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 25.02.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/450374/secexconsenso-no-setor-de-telecomunicacoes-analise-qualitativa

Tabela 7 - Resumo dos casos do setor de telecomunicações

PROCESSO	CONCESSÃO	CONTROVÉRSIA	STATUS
020.662/2023-8	Oi S.A.	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado
036.366/2023-4	Telefônica	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado
020.136/2024-2	Algar	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado
008.748/2025-0	Sercomtel	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Em comissão de Solução Consensual

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 8 - Pedidos do setor de telecomunicações na SecexConsenso



Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso no setor de telecomunicações, que a negociações do âmbito da SecexConsenso foram capazes de dar celeridade à atualização da administração pública e eficiência aos contratos de concessão. Afinal, avanços tecnológicos e digitais não foram alcançados pela Administração Pública, e diversos pontos prescritivos nos contratos de concessão em questão antes obsoletos puderam ser revisitados por meio da negociação em questão.

Uma questão interessante nos cenários da SecexConsenso no setor de telecomunicações é que as controvérsias partiram de situações muito semelhantes – o avanço tecnológico que não foi acompanhado pelos contratos de concessão -, mas chegaram em conclusões bem diversas.

A Algar trouxe uma solução baseada benefícios sociais; a Telefônica realizará investimentos em área menos competitiva; e a Oi manteve a prestação do serviço em meio à recuperação judicial e eventual falência. Isso demonstra a especificidade das negociações e a preservação do interesse público, em meio a cenários complexos e sensíveis.

O padrão dos casos apresentados no setor de telecomunicações pode ser comparado ao dos casos no setor rodoviário, já analisado nessa série de artigos. Isso porque todas as solicitações apresentadas foram admitidas e aquelas que já chegaram ao plenário foram homologadas, sendo necessário aguardar a conclusão do caso da Secomtel para avaliar se o padrão se mantém. Além disso, parte-se de cenários semelhantes entre todas as concessionárias. As diferenças com o setor de rodovias também existem: por exemplo, no setor rodoviário, as soluções encontradas seguem uma linha semelhante, enquanto o setor de telecomunicações traz acordos bem diferentes entre si.

Passados os setores de infraestrutura, o próximo tópico se debruçará sobre a SecexConsenso nos outros setores, que tiveram menor incidência de solicitações de solução consensual: saúde, trabalho, direitos humanos e agro.

Casos na SecexConsenso em setores de saúde, trabalho, direitos humanos e agro: análise qualitativa dos casos (2022-2025)

Após trazer os procedimentos e uma análise quantitativa da SecexConsenso, apresentamos, também, os resultados qualitativos no setor de aeroportos, energia, ferrovias, portos, rodovias e telecomunicações. Neste tópico, apresentaremos uma análise qualitativa dos casos da SecexConsenso envolvendo relações trabalhistas (3 pedidos), saúde (2 pedidos), direitos humanos (1 pedido) e agropecuário (2 pedidos)[11].

O primeiro processo relacionado à saúde fazia referência a acórdão já proferido pelo TCU sobre verificação de regularidade de aquisições Dispositivos Médicos Implantáveis (DMI) para utilização em cirurgias de coluna vertebral em pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS). Como não foi apresentada por autoridade competente e versava sobre matéria já decidida pela corte, não foi sequer admitida. O segundo processo é sobre a construção do Complexo Industrial de Biotecnologia em Saúde, cujo contrato para construção foi firmado em 2022. Por dificuldades de financiamento, a obra ainda não foi iniciada, controvérsia sobre a qual se debruçou a comissão de solução consensual. Foi firmado acordo que prevê a utilização de recursos públicos (por meio do Programa de Aceleração de Crescimento – PAC) para viabilizar o início da construção, homologado pelo plenário do TCU em 29 de outubro de 2025.

---

[11] Esse tópico foi publicado como artigo e está disponível online. ATHAYDE, Amanda. VIEGAS, Maria Augusta. Casos na SecexConsenso em setores de saúde, trabalho, direitos humanos e agro: Análise qualitativa dos casos (2022-2025). Migalhas, 04.03.2026. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/450952/casos-na-secexconsenso-na-saude-trabalho-direitos-humanos-e-agro

Dois processos sobre relações trabalhistas não foram admitidos. O primeiro deles versava sobre atos de aposentadoria não registrados por pagamento em desacordo com a jurisprudência do TCU, e o segundo tratava sobre destinação de recursos não recolhidos ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos ou ao Fundo de Amparo ao Trabalhador. O primeiro tema já tinha sido discutido e deliberado na corte, enquanto o segundo estava em vias de ser deliberado, já tendo sido pautado 2 vezes.

O outro processo sobre relações trabalhista buscava possibilitar a devolução de valores repassados pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) ao Fundo de Previdência Complementar dos Funcionários do Banco administrado pela Fundação de Assistência e Previdência Social do BNDES (Fapes). O assunto já tinha gerado diversos processos judiciais e administrativos, que o acordo buscou solucionar. Além da finalização desses processos, ficou definida a devolução de valores pelo Fapes ao BNDES e a migração voluntária de beneficiários a outro plano de benefícios. O acordo foi homologado pelo plenário do TCU.

Foi também apresentada uma solicitação de solução consensual acerca de Termo de Fomento firmado junto ao Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania (MDH), cujo objeto é promover a avaliação, o monitoramento e a formação social e esportiva de crianças e adolescentes (BRASIL, 2021). Esse termo tinha sido rescindido unilateralmente, mas a rescisão foi suspensa judicialmente. A solicitação de solução consensual era no sentido de reestabelecer as etapas visando a retomada do termo. A SecexConsenso entendeu que o pedido não cumpria todos os requisitos de admissibilidade e o processo foi arquivado.

Por fim, foram apresentados dois processos que se relacionam ao setor agropecuário. O primeiro diz respeito a uma controvérsia de discussão sobre a utilização de terra destinada a iniciativa da Codevasf para estimular o desenvolvimento agrícola sustentável em regiões com recursos hídricos escassos. Depois do início das negociações, o processo foi arquivado a pedido das partes. Por fim, o último processo protocolado na SecexConsenso (data-base 29 de setembro de 2025) é sobre fiscalização agropecuária federal, ainda em processo de admissibilidade.

Segue abaixo resumo das solicitações de solução consensual nos demais setores, em formato de tabela e gráfico:

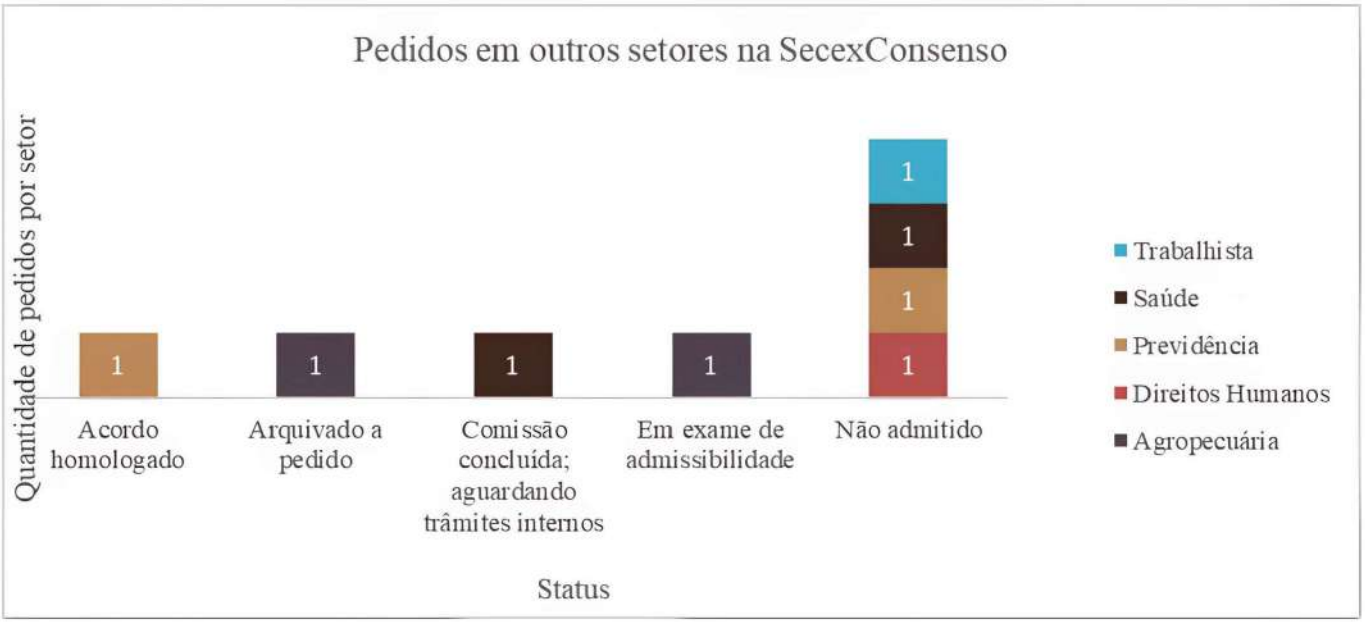
Tabela 7 - Casos de outros setores na SecexConsenso

PROCESSO	SETOR	INTERESSADO	CONTROVÉRSIA	STATUS
006.313/2023-0	Saúde	Parlamentar	Decisão do TCU sobre Órteses Próteses	Não admitido
002.539/2023-3	Previdência	Procuradoria Geral da União	Decisão do TCU sobre aposentadoria de servidores	Não admitido
033.038/2023-6	Trabalhista	Advocacia-Geral da União, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego	Multas aplicadas pela Justiça do Trabalho	Não admitido

PROCESSO	SETOR	INTERESSADO	CONTROVÉRSIA	STATUS
033.134/2023-5	Previdência	BNDES e FAPES	Devolução de recursos do BNDES pela FAPES	Acordo homologado
035.124/2023-7	Direitos Humanos	Ministério do Desenvolvimento Humano	Termo de fomento sobre educação	Não admitido
026.338/2024-6	Saúde	Ministério da Saúde	Construção de complexo de saúde	Acordo homologado
000.127/2025-6	Agropecuária	Codevasf	Projeto de desenvolvimento agrícola	Arquivado a pedido
018.417/2025-6	Agropecuária	Ministério da Agricultura e Pecuária	Fiscalização Agropecuária	Em exame de admissibilidade

Fonte: elaboração própria.

Gráfico 9 – Pedidos em outros setores na SecexConsenso



Nota-se, portanto, que em termos quantitativos e qualitativos da evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso nos demais setores é inconstante. Metade das solicitações apresentadas não foi admitida, por diversos motivos já apresentados. Entre os admitidos apenas um já foi homologado pelo Plenário da Corte e um está em vias de ocorrer. Em que pese o setor de infraestrutura ser o principal em termos de solicitações apresentadas e acordos homologados, vê-se que é possível – e, por vezes, importante – a aplicação em outros temas, vez que também viabiliza a realização de investimentos que antes estavam com diversas dificuldades de ocorrer.

5. CONCLUSÕES SOBRE OS 3 PRIMEIROS ANOS DA SECEXCONSENSO (2022-2025)

Nos tópicos anteriores, apresentamos as razões da criação, pelo TCU, da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (comumente chamada de "SecexConsenso"), bem como a evolução procedimento de Solução Consensual no TCU ao longo dos anos, sob a égide da IN TCU nº 91/2022 e da nova IN TCU nº 101/2025. Ademais, compreendemos, em termos quantitativos, como se deu a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso com dados entre 22 de dezembro de 2022, até 29 de setembro de 2025. Já apresentamos, também, os resultados qualitativos no setor de aeroportos, energia, ferrovias, portos, rodovias, telecomunicações e envolvendo relações trabalhistas (3 pedidos), saúde (2 pedidos), direitos humanos (1 pedido) e agropecuário (2 pedidos).

A partir de todo o exposto, foi possível notar que a criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do TCU (SecexConsenso TCU) consolidou um procedimento estruturado para negociação de controvérsias complexas entre Administração Pública Federal e entes privados, com cinco fases formais e crescente ênfase em transparência, participação social e robustez instrutória após a IN TCU nº 101/2025. Esse desenho procedimental, combinado com critérios de admissibilidade mais claros, viabilizou acordos com ganhos mensuráveis de eficiência, continuidade de serviços e reequilíbrio de contratos essenciais, sobretudo em infraestrutura.

Em menos de três anos, foram protocolados 42 pedidos de solução consensual, concentrados em 2023 (22; 52,4%), com redução em 2024 (11; 26,2%) e 2025 (9; 21,4%). Entre os desfechos, 19 foram acordos homologados (45,2% do total) e 1 acordo foi concluído sem homologação; 6 não foram admitidos (14,3%), 4 foram arquivados sem acordo (9,5%) e 3 foram arquivados a pedido (7,1%). Ao final do período-base de análise deste artigo, 9 processos permaneciam em tramitação (21,4%). Considerando apenas os 33 casos concluídos, a taxa de homologação alcançou 57,6% dos concluintes. O tempo médio entre protocolo e homologação foi de 364,4 dias, refletindo a complexidade material e a necessidade de controle externo substancial.

A infraestrutura respondeu por 83% dos pedidos (aeroportos, energia, ferrovias, portos, rodovias e telecomunicações), com constância de entrada em rodovias, aeroportos e ferrovias, e declínios em energia e telecom ao longo do triênio, compatíveis com a solução célere de clusters temáticos e a maturação regulatória setorial. Portos foi o segmento mais tímido, com apenas dois casos em 2024.

O setor de aeroportos registrou 7 pedidos, abrangendo ativos de grande porte e relevância sistêmica: Confins/MG, Cuiabá/MT, Guarulhos/SP, Viracopos/SP, Galeão/RJ e Brasília/DF (com duas solicitações). As controvérsias versaram sobre substituição/adequação de investimentos (PPDs), nível de serviço e relicitações, além de frustração de demanda. Em Cuiabá/MT, flexibilizou-se a obrigação de adequação de pista ao permitir restrição operacional em baixa visibilidade, com compensação via recomposição econômico-financeira em favor do Poder Concedente e impacto tarifário positivo, em 296 dias até a homologação.

Em Guarulhos/SP, viabilizaram-se investimentos relevantes, extensão de prazo em 16 meses e a criação da política AmpliAR para incorporar aeroportos regionais deficitários em processos competitivos, com conclusão em 323 dias. No Galeão/RJ, a solução de otimização contratual foi acoplada a procedimento competitivo simplificado — com exigência de publicação dos documentos com 100 dias de antecedência —, encerrando litígios e modernizando o marco contratual em cerca de 426 dias. Dois processos foram arquivados sem consenso: Confins/MG (2ª PPD) e Viracopos/SP (em relicitação desde 2020), indicando que sem convergência técnica mínima ou em contextos de relicitação avançada a CSC tende a não prosperar. Brasília/DF teve um pedido arquivado a pedido em 2024 e outro admitido em 2025, atualmente em negociação. Em termos qualitativos, percebe-se progressão da profundidade das soluções: de substituições pontuais de CAPEX (Cuiabá) à indução de políticas públicas e modelos competitivos (Guarulhos e Galeão), com prazos variando conforme a complexidade do redesenho contratual.

Em energia, houve 6 pedidos, cinco deles relacionados ao Procedimento Competitivo Simplificado de 2021, com foco em recomposição eficiente diante da reversão do cenário hidrológico e da queda de preços, preservando capacidade instalada sem inflexibilidades excessivas. Em três casos, houve homologação com redução de geração inflexível, ajustes de remuneração e benefícios financeiros aos consumidores: Barra Bonita I (532 dias), Linhares/Viana/Povoação (154 dias) e KPS (252 dias). Dois casos não resultaram em solução útil: Energias de Gaspar foi arquivado sem acordo e Âmbar obteve acordo não homologado, o que motivou uma inflexão procedimental — ainda sob a IN 91/2022 — para permitir envio ao Plenário mesmo sem unanimidade técnica, ajustando a governança decisória subsequente. Há um sexto caso, MEZ Energia, admitido em agosto/2025 e ainda pendente de instauração de CSC. Qualitativamente, a clusterização temática acelerou a curva de aprendizado: após um primeiro acordo mais longo (Barra Bonita I), os tempos reduziram abaixo de 300 dias, refletindo maior previsibilidade regulatória e convergência técnico-econômica entre as partes.

No setor de ferrovias, foram 6 pedidos, com três acordos homologados e três casos sem desfecho favorável. A Malha Paulista concluiu a revisão do caderno de obrigações com extensão de prazos para dormentes e trilhos, reequilíbrio em favor do Poder Concedente e veto à devolução de trechos, em 314 dias. A Malha Sul consolidou a devolução de trecho ocioso há uma década e flexibilizou critérios indenizatórios do DNIT, repercutindo em consulta pública, em 320 dias. A Malha Sudeste avançou em ajustes de projetos e no tratamento de excedentes de outorga, mas o Plenário condicionou a aplicação de valores via contas vinculadas a processos específicos ou recolhimento ao Tesouro, concluindo em 400 dias.

Entre os demais, Malha Oeste não foi admitida por risco de burla ao rito licitatório em relicitação iminente; EFVM/EFC (Vale) não atingiu consenso; e a Transnordestina segue em CSC para equalizar eventos climáticos, inexecuções e inviabilidade de trechos. O padrão observado é de prazos superiores a 300 dias nos acordos homologados, com heterogeneidade temática e alto grau de especificidade contratual; os casos de maior complexidade, especialmente os conectados a relicitação ou grandes repactuações, tiveram menor taxa de sucesso. Sobre portos, o setor apresentou 2 pedidos, ambos sobre renegociação de dívidas.

O caso PortosRio não foi admitido por ilegitimidade ativa do signatário e ausência de manifestação ministerial setorial, ao passo que o caso da SPA/Porto de Santos, embora admitido, foi arquivado a pedido após desistência do Ministério setorial e da autoridade portuária. Não houve acordos homologados no período, sugerindo que o arcabouço portuário — majoritariamente baseado em arrendamentos e autorizações — não demandou, até aqui, remodelagens complexas semelhantes às verificadas em concessões de outros modais.

O setor de Rodovias foi o segmento com maior capilaridade e efetividade: 9 pedidos, com 6 acordos homologados e 3 em tramitação (dois comissões concluídas e um em admissibilidade). À exceção da ViaBahia — cujo acordo encerrou o contrato com transição operacional e indenizações, resolvendo litígios judicializados desde 2017 em 447 dias —, todos os demais focaram otimização contratual dentro da política pública do Ministério dos Transportes (Portaria nº 848/2023), ancorada em aditivos condicionados a testes de mercado e leilões simplificados, renúncia litigiosa, início imediato de obras e redução tarifária. Os processos MSVia, Eco 101, Autopista Fluminense, Fernão Dias e Régis Bittencourt tiveram soluções homologadas; Concebra e ViaBrasil concluíram CSC e aguardam trâmites internos; Autopista Litoral Sul está em exame de admissibilidade. O desenho testado em rodovias serviu de referência para outros setores, notadamente aeroportos, e vem sendo aperfeiçoado a cada rodada, mostrando convergência entre vantajosidade pública e bancabilidade.

Em telecomunicações, foram 4 pedidos, todos relativos à adaptação dos contratos de STFC diante da migração tecnológica e do regime de concessão para autorização. Oi, Telefônica e Algar obtiveram acordos homologados prevendo investimentos, manutenção de obrigações de continuidade, renúncia parcial de litígios e transição de regime, com permanência de arbitragem apenas sobre pontos não tratados no caso da Oi. Sercomtel segue em CSC. A resposta institucional foi célere e funcional, permitindo atualizar contratos obsoletos e reduzir custos de transação regulatória.

Nos outros setores (saúde, previdência/trabalho, direitos humanos e agro), houve 8 pedidos distribuídos nesses temas, com metade não admitida por vícios de legitimidade, matérias já decididas ou duplicidade com pauta plenária iminente. Destacam-se dois acordos homologados: CIBS/Fiocruz, viabilizando o início de obras via PAC após dificuldades de financiamento, e BNDES/FAPES, resolvendo litígios com devolução de valores e migração voluntária de beneficiários. Dois pedidos foram arquivados a pedido (Codevasf) ou seguem em admissibilidade (fiscalização agropecuária). O padrão é de maior inconstância decisória e menor volume, mas com potencial concreto de destravar investimentos e encerrar disputas de múltiplos foros.

Assim, podemos responder de modo direto à pergunta: (1) como se deu a evolução do procedimento de Solução Consensual no TCU ao longo dos anos? A evolução do procedimento de Solução Consensual no TCU partiu de um rito inicial mais restritivo (IN TCU nº 91/2022), com exigência de unanimidade técnica para envio ao Plenário e critérios de admissibilidade menos detalhados, avançou em 2023 com padronização de Comissões de Solução Consensual temáticas e uso de testes de mercado em setores regulados, e foi redesenhada pela IN TCU nº 101/2025, que estruturou cinco fases formais, reforçou transparência e participação social, aperfeiçoou a admissibilidade e permitiu submissão ao Plenário mesmo sem unanimidade técnica.

Ademais, importa trazer que a SecexConsenso deu tração a um movimento de promoção do consensualismos na Administração Pública.

Por exemplo, a ANTT criou a Câmara de Negociação e Solução de Controvérsias da Agência Nacional de Transportes Terrestres, apelidada de Compor. Segundo a Instrução Normativa Conjunta nº 01, de 21 de dezembro de 2023, a finalidade desse procedimento é "conduzir os procedimentos de negociação para a prevenção e solução consensual de controvérsias envolvendo a Agência e as entidades reguladas, relativas à gestão de contratos de concessão, permissão e arrendamento" (BRASIL, ANTT, 2023). Outros tribunais de contas também possuem câmaras de conciliação e podem ser utilizados para situações não pertinentes à SecexConsenso, do TCU. A ANTT já possui, também, bastante experiência com os dispute boards[12].

Além disso, destaca-se que a Advocacia Geral da União (AGU) abriu, em setembro de 2025, uma consulta pública sobre Portaria de Regulamentação de Prevenção e Solução de disputas. Encerrada em 14 de novembro, a consulta pública buscou contribuições acerca de Portaria Normativa que regulamente a atuação da AGU no assessoramento da constituição do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, previsto pela Lei nº 14.133/2021, que versa sobre as normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. Foram recebidas 97 contribuições, mas ainda não houve publicação da norma

Também podemos responder a uma segunda pergunta: (2) como se deu a evolução decisória dos acordos e não acordos no âmbito da SecexConsenso? Do ponto de vista decisório, observou-se consolidação de acordos nos clusters com maior curva de aprendizado (rodovias, aeroportos e energia), resultando em 19 acordos homologados em 42 pedidos — 57,6% dos casos concluídos — e redução de prazos após os primeiros precedentes, ao passo que as negativas se concentraram em hipóteses de ilegitimidade, risco de burla a ritos licitatórios, duplicidade com pautas plenárias e contextos de relicitação avançada, que levaram a não admissões, arquivamentos e um caso de acordo não homologado.

No agregado, a SecexConsenso no TCU demonstrou elevada aceitação e capacidade de gerar resultados: 42 solicitações em menos de três anos, com 19 acordos homologados, tempo médio de 364,4 dias e altíssima presença de infraestrutura (83%), área em que impactos de continuidade, qualidade regulatória e alocação eficiente de investimentos são mais sensíveis. A evolução normativa de 2025 aprimorou transparência, participação social e governança decisória, incorporando práticas testadas (como participação do privado na CSC e painéis abertos) e ajustando gargalos identificados (como o fluxo de admissibilidade e a apreciação plenária sem unanimidade técnica).

Do ponto de vista qualitativo, destacam-se quatro vetores: substituição eficiente de investimentos frente à demanda efetiva e à realidade operacional (aeroportos e ferrovias); otimizações com disciplina concorrencial ex ante via testes de mercado e leilões simplificados (rodovias e aeroportos); reequilíbrios orientados a reduzir custos para usuários e emissões (energia); e atualização regulatória para acomodar mudanças tecnológicas (telecom), com soluções que simultaneamente mitigam litígios e melhoram a prestação do serviço. Nos demais setores, a taxa de sucesso foi menor, mas com evidências de impacto material em projetos públicos complexos e de longo prazo.

Cumpre ressaltar, porém, que o Partido Novo ajuizou Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em face da antiga IN TCU nº 91/2022, substituída pela atual IN TCU nº. 101/2025. O partido alegou que o normativo viola os princípios de legalidade administrativa, separação de poderes, moralidade administrativa e princípio republicano. Isso porque o TCU passaria a agir como um órgão de negociação entre a administração pública e interessados privados, atuando na construção da política pública e realizando controle ex ante, o que exorbitaria as competências da corte previstas na Constituição Federal. Em seu pedido, o partido requereu a declaração de inconstitucionalidade da IN TCU 91/2022 e a declaração de prejudicialidade de todos os acordos celebrados no âmbito da SecexConsenso.

---

[12]. ATHAYDE, Amanda. RUAS, Cynthia. ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: O que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro. Migalhas, 29 de agosto de 2024. https://www.migalhas.com.br/depeso/414217/o-que-a-experiencia-recente-da-antt-pode-sinalizar-de-tendencia

Diversas entidades solicitaram ingresso como amicus curiae, em sua maioria, pleiteando pela manutenção dos procedimentos da SecexConsenso TCU. Elas argumentam que o TCU possui competência constitucional para realizar controle concomitante e preventivo, e o procedimento está em conformidade com a LINDB e à Lei de Mediação. São ressaltadas também a promoção da eficiência e economicidade, além da consolidação de maior segurança jurídica e combate ao já mencionado "apagão das canetas", por meio da participação do TCU como interveniente anuente ao acordo. Nessa mesma linha, a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da República se manifestaram de forma favorável à IN TCU 91/2022 (substituída pela atual IN TCU nº. 101/2025. O partido alegou que o normativo viola os princípios de legalidade administrativa) e ao procedimento da SecexConsenso. A AGU alega a harmonia do procedimento ao ordenamento jurídico brasileiro, que tem passado a se tornar mais consensual, além de outros argumentos já mencionados. A PGR ressalta a legitimidade do TCU para mitigar prejuízos ao erário e a voluntariedade do procedimento, não havendo qualquer imposição pelo tribunal.

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou pelo assunto. Em fevereiro de 2026 o processo foi pautado na sessão plenária, mas não chegou a ser deliberado. A sessão foi suspensa após as manifestações orais dos representantes das partes. Nesse cenário, ainda não há previsão de retomada das discussões, mas o resultado do julgamento da ADPF terá o condão de irradiar efeitos além do TCU, já que iniciativas correlatas de consensualismo chegaram também a agências reguladoras e órgãos jurídicos de Estado, sinalizando um movimento institucional de consolidação de meios autocompositivos no ciclo de políticas públicas, com foco em eficiência, estabilidade e legitimidade das soluções.

ANEXO I

Nº	PROCESSO	SETOR	INTERESSADO	CONTROVÉRSIA	STATUS
1.	006.448/2023-2	Aeroportos	Cuiabá/MT	Construção de PPD e adequação de distância	Acordo homologado
2.	006.449/2023-9	Aeroportos	Confins/MG	Construção da 2ª PPD	Arquivado sem acordo
3.	033.910/2023/7	Aeroportos	Guarulhos/SP	Investimentos e nível de serviço	Acordo homologado
4.	000.016/2024-1	Aeroportos	Viracopos/SP	Relicitação	Arquivado sem acordo
5.	007.309/2024-0	Aeroportos	Galeão/RJ	Relicitação	Acordo homologado
6.	014.968/2024-0	Aeroportos	Brasília/DF	Frustração de demanda	Arquivado a pedido
7.	010.821/2025-2	Aeroportos	Brasília/DF	Frustração de demanda	Em Comissão de Solução Consensual
8.	006.223/2023-0	Energia	Energias de Gaspar Ltda.	Flexibilização de contratação PCS	Arquivado sem acordo
9.	006.248/2023-3	Energia	Âmbar Energia	Flexibilização de contratação PCS	Acordo sem homologação
10.	006.250/2023-8	Energia	Usina Barra Bonita I	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
11.	006.252/2023-0	Energia	Usinas Linhares, Viana e Povoação	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
12.	006.253/2023-7	Energia	KPS	Flexibilização de contratação PCS	Acordo homologado
13.	015.859/2025-8	Energia	MEZ Energia	Inadimplemento Contratual	Comissão a ser instalada
14.	000.853/2023-2	Ferrovias	Ferrovia Malha Paulista	Alteração de obrigações contratuais	Acordo homologado
15.	000.855/2023-5	Ferrovias	Ferrovia Malha Sul	Devolução de trecho	Acordo homologado
16.	018.646/2024-7	Ferrovias	Ferrovia Malha Sudeste	Alteração de obrigações contratuais	Acordo homologado
17.	000.329/2025-8	Ferrovias	Ferrovia Malha Oeste	Relicitação	Não admitido
18.	000.709/2025-5	Ferrovias	Estrada de Ferro Vitória à Minas, e Carajás	Repactuação contratual	Arquivado sem acordo

Nº	PROCESSO	SETOR	INTERESSADO	CONTROVÉRSIA	STATUS
19	006.124/2025-9	Ferrovias	Ferrovia Transnordestina	Inexecução contratual	Em comissão de Solução Consensual
20	002.386/2024-0	Portos	PortosRio	Renegociação de dívida	Não admitido
21	002.602/2024-5	Portos	Autoridade Portuária de Santos	Renegociação de dívida	Arquivado a pedido
22	039.106/2023-3	Rodovias	Via Bahia	Interpretação cláusulas contratuais	Acordo homologado
23	033.444/2023-4	Rodovias	Eco 101	Otimização contratual	Acordo homologado
24	033.447/2023-3	Rodovias	MSVia	Otimização contratual	Acordo homologado
25	036.368/2023-7	Rodovias	Autopista Fluminense	Otimização contratual	Acordo homologado
26	016.032/2024-2	Rodovias	Fernão Dias	Otimização contratual	Acordo homologado
27	018.326/2024-2	Rodovias	Regis Bittencourt	Otimização contratual	Acordo homologado
28	024.992/2024-0	Rodovias	ViaBrasil	Otimização contratual	Comissão concluída; aguardando trâmites internos
29	024.999/2024-0	Rodovias	Concebra	Otimização contratual	Comissão concluída; aguardando trâmites internos
30	007.972/2025-3	Rodovias	Autopista Litoral Sul	Otimização contratual	Em exame de admissibilidade
31	020.662/2023-8	Telecomunicações	Oi S.A.	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado
32	036.366/2023-4	Telecomunicações	Telefônica	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado
33	020.136/2024-2	Telecomunicações	Algar	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Acordo homologado

Nº	PROCESSO	SETOR	INTERESSADO	CONTROVÉRSIA	STATUS
34	008.748/2025-0	Telecomunicações	Sercomtel	Adaptação contratual diante de avanços tecnológicos	Em comissão de Solução Consensual
35	006.313/2023-0	Outros Setores	Parlamentar	Decisão do TCU sobre Órteses Próteses	Não admitido
36	002.539/2023-3	Outros Setores	Procuradoria Geral da União	Decisão do TCU sobre aposentadoria de servidores	Não admitido
37	033.038/2023-6	Outros Setores	Advocacia-Geral da União, Ministério Público do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego	Multas aplicadas pela Justiça do Trabalho	Não admitido
38	033.134/2023-5	Outros Setores	BNDES e FAPES	Devolução de recursos do BNDES pela FAPES	Acordo homologado
39	035.124/2023-7	Outros Setores	Ministério do Desenvolvimento Humano	Termo de fomento sobre educação	Não admitido
40	026.338/2024-6	Outros Setores	Ministério da Saúde	Construção de complexo de saúde	Comissão concluída; aguardando trâmites internos
41	000.127/2025-6	Outros Setores	Codevasf	Projeto de desenvolvimento agrícola	Arquivado a pedido
42	018.417/2025-6	Outros Setores	Ministério da Agricultura e Pecuária	Fiscalização Agropecuária	Em exame de admissibilidade

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda. RUAS, Cynthia. ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: O que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro. Migalhas, 29 de agosto de 2024. https://www.migalhas.com.br/depeso/414217/o-que-a-experiencia-recente-da-antt-pode-sinalizar-de-tendencia

BRASIL, Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT). Instrução Normativa Conjunta nº 01 de 21 de dezembro de 2023, que institui a Câmara de Negociação e Solução de Controvérsias da Agência Nacional de Transportes Terrestres e estabelece procedimentos de prevenção e solução consensual de controvérsias entre a ANTT e as entidades reguladas, no âmbito de contratos de concessão. Brasília, ANTT, 26 dez. 2023, disponível em: https://anttlegis.antt.gov.br/action/ActionDatalegis.php?acao=abrirTextoAto&link=S&tipo=INC&numeroAto=00000001&seqAto=000&valorAno=2023&orgao=DG/ANTT/MT&cod_modulo=623&cod_menu=9230 Acessado em: 6 out. 2025.

BRASIL. Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, que regulamenta o disposto nos arts. 20 a 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9830.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Versão compilada. Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o §2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Lei nº 13.879, de 3 de outubro de 2019, que altera a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, para permitir a adaptação da modalidade de outorga de serviço de telecomunicações de concessão para autorização, e a Lei nº 9.998, de 17 de agosto de 2000, e revoga dispositivos da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13879.htm. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. Despacho no Processo n.º 006.449/2023-9: Solicitação de Solução Consensual entre ANAC e Concessionária BHAirport. TCU, 16 out. 2023a. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 000.329/2025-8: Solicitação de Solução Consensual entre ANTT e Concessionária Rumo Malha Oeste S.A. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília: TCU, 9 jun. 2025a. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/autenticidade (código 78184277). Acesso em: 6 out. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 002.602/2024-5: Solicitação de Solução Consensual entre a Autoridade Portuária de Santos S.A. e o Grupo Libra. Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 25 out. 2024a. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/autenticidade (código 77007200). Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 002.602/2024-5: Solicitação de Solução Consensual entre a Autoridade Portuária de Santos S.A. e o Grupo Libra Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 6 nov. 2024b. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/autenticidade> (código 77076162). Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 002.602/2024-5: Solicitação de Solução Consensual entre a Autoridade Portuária de Santos S.A. e o Grupo Libra Relator: Ministro Bruno Dantas. Brasília: TCU, 8 out. 2024c. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/autenticidade> (código 76884265). Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 007.972/2025-3: Solicitação de Solução Consensual entre ANTT e Concessionária Autopista Litoral Sul S.A. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Brasília: TCU, 8 jul. 2025b. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/autenticidade> (código 78436950). Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Despacho no Processo n.º 000.329/2025-8: Solicitação de Solução Consensual entre ANTT e Concessionária Rumo Malha Oeste S.A. Relator: Ministro Aroldo Cedraz. Brasília: TCU, 9 jun. 2025c. Disponível em: https://www.tcu.gov.br/autenticidade (código 78184277). Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Página institucional: Solução Consensual. Brasília: TCU, 2025d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/solucao-consensual. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Aeroporto Internacional de Guarulhos. Brasília: TCU, 2024d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/36/F4/C9/9B/2DEB29104CE08619E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Aeroporto%20Internacional%20de%20Guarulhos.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro. Brasília: TCU, 2025e. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/Solucao_Consensual_Aeroporto_internacional_do_Rio_de_Janeiro_Galeao_4c24ab4304.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Aeroporto de Cuiabá Brasília: TCU, 2024e. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/52/C6/5E/FA/338039104CE08619E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Aeroporto%20de%20Cuiaba.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Alteração do contrato de concessão da Ferrovia Malha Sudeste (MRS): ficha-resumo Brasília: TCU, 2025f. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/9E/A5/FA/7E/CB1F5910CEFACB59E18818A8/03%20-%20Solucao%20Consensual%20-%20ALTERACAO%20DO%20CONTRATO%20DE%20CONCESSAO%20DA%20FERROVIA%20MALHA%20SUDESTE%20-%20MRS%20-%20Ficha-resumo.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Aportes FAPES-BNDES. Brasília: TCU, 2025g. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/95/51/25/9F/79F229104CE08619E18818A8/Solucao%20consensual%20Aportes%20FAPES-BNDES.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – BR 163/MS. Brasília: TCU, 2024f. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/EF/F3/D0/F8/B9883910FDB48339E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20BR%20163%20MS.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – CIBS/Fiocruz: ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025h. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/FE/C1/30/D7/3DA36910CEFACB59E18818A8/05%20-%20Solucao%20Consensual%20-%20Cibs_Fiocruz%20-%20Ficha-Resumo.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – CSC Aeroporto de Brasília: ficha-resumo Brasília: TCU, 2025i. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/Solucao_Consensual_Ficha_Resumo_CSC_Aeroporto_De_Brasilia_2612071415.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – CSC Codevasf Juazeiro/BA: ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025j. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/0D/A5/D8/7E/CB1F5910CEFACB59E18818A8/01%20-%20Solucao%20Consensual%20-%20CSC%20CODEVASF%20%20JUAZEIROBA%20-%20Ficha-resumo.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Contrato de concessão da Ferrovia Transnordestina (FTL): ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025k. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/08_Solucao_Consensual_CONTRATO_DE_CONCESSAO_DA_FERROVIA_TRANSNORDESTINA_FTL_Ficha_resumo_412a4b3059.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Contrato de concessão da Sercomtel S.A.: ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025l. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/Ficha_Resumo_Contrato_de_Concessao_da_Sercomtel_S_A_352196b841.pdf. .Acesso em: 6 out. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Controvérsias no contrato de concessão da BR-060/153/262 DF-GO-MG (Concebra): ficha-resumo Brasília: TCU, 2025m. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/uploads/07_Solucao_Consensual_CONTROVERSIAS_NO_CONTRATO_DE_CONCESSAO_DA_BR_060_153_262_DF_GO_MG_CONCEBRA_V2_1_1_Ficha_resumo_88ff6390f2.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Malha Paulista. Brasília: TCU, 2023b. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/96/E6/50/9D/338039104CE08619E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Malha%20Paulista.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Malha Sul. Brasília: TCU, 2023c. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/77/92/D8/5E/46FB29104CE08619E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Malha%20Sul.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Oi Telecomunicações S.A. Brasília: TCU, 2024g. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/BD/E6/80/29/FA8949100FB48339F18818A8/Solucao%20Consensual%20Oi%20Telecomunicacoes%20SA.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Rodovia BR 101/RJ. Brasília: TCU, 2024h. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/4E/A7/3E/2E/039E29102B9F7619F18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Rodovia%20BR%20101%20RJ.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Rodovia ECO 101. Brasília: TCU, 2024i. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/E1/A2/7A/C5/E18E29102B9F7619F18818A8/Solu%C3%A7%C3%A3o%20Consensual%20-%20Rodovia%20ECO%20101.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Rodovias BR-116/324-BA e BA-526/528 – VIABAHIA Brasília: TCU, 2025o. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/AF/16/58/F6/4600591078006549E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Rodovias%20BR-116324BA%20E%20BA-526528%20-%20VIABAHIA.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Solicitação de solução consensual: Concessionária Vale S.A.: ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025p. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/4A/F0/BA/81/AD186910E5B0C269F18818A8/06%20-%20Solucao%20Consensual%20-%20SOLICITACAO%20DE%20SOLUCAO%20CONSENSUAL%20%20CONCESSIONARIA%20VALE%20SA%20-%20Ficha-resumo.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Usina Barra Bonita I. Brasília: TCU, 2024j. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/CC/D1/61/0C/76C929102B9F7619F18818A8/Solucao%20consensual%20-%20Usina%20Barra%20Bonita%20I.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Usinas Viana, Povoação e Linhares Brasília: TCU, 2023d. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/E3/C2/12/02/DAE1591078006549E18818A8/Solucao%20consensual%20-%20Usinas%20Viana%20Povoacao%20e%20Linhares.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Usinas da KPS. Brasília: TCU, 2023e. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/8A/07/5C/6F/338039104CE08619E18818A8/Solucao%20Consensual%20-%20Usinas%20da%20KPS.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Solução consensual – Viabrasil BR-163: ficha-resumo. Brasília: TCU, 2025q. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/01/C5/25/17/1BA36910CEFACB59E18818A8/04%20-%20Solucao%20Consensual%20-%20Viabrasil%20BR163%20-%20Ficha-resumo.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

FARIA, Valquíria Ferreira de. Requisitos adotados pelo TCU para a aprovação da solicitação de solução consensual – SSC. In: ATHAYDE, Amanda; ROS, Luiz; MONFERRARI, Camila (orgs.). Estudos em Consensualismo e Acordos com o Poder Público. São Paulo: Amanuense Livros, 2025

MATOS, Fábio. Presidente do TCU diz que Lava Jato gerou "apagão" no país: "Anos terríveis". Disponível em: https://www.infomoney.com.br/politica/presidente-do-tcu-diz-que-lava-jato-gerou-apagao-no-pais-anos-terriveis/.Acesso em: 12 out. 2025.

NOBERTO, Cristiane. Presidente do TCU destaca importância do consenso e espera resolver 15 contratos de concessão até 2026. Jornal CNN, 2024. Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/economia/macroeconomia/presidente-do-tcu-destaca-importancia-do-consenso-e-espera-resolver-15-contratos-de-concessao-ate-2026/. Acesso em: 12 out. 2025.

PAIVA, André; TIEPPO, Fábio. Consensualidade em concessões: um caminho para a sustentabilidade econômica. Jornal Jota, 2025. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/consensualidade-em-concessoes-um-caminho-para-a-sustentabilidade-economica. Acesso em: 12 out. 2025.

BRASIL, Termo de Fomento nº 918664/2021, que entre si celebram a união, por meio do ministério da mulher, da família e dos direitos humanos e o instituto para o desenvolvimento da criança e do adolescente pela cultura e esporte - idecace, para os fins que especifica. Brasília, 2021. Disponível em: https://www.idecace.org.br/_files/ugd/0a1371_7093be71e76b4975b8ba2297f0a75b6b.pdf Acesso em 12 out. 25

NEGÓCIOS JURÍDICOS PRÉ-PROCESSUAIS COMO ESTRATÉGIA CONSENSUAL DE GESTÃO DO RISCO FISCAL JUDICIAL

Catharina Peçanha Martins Oroso[1]

RESUMO: O presente artigo analisa a transição paradigmática da Advocacia Pública Federal, que tem se deslocado de uma atuação reativa para a adoção de uma Governança Estratégica do Risco Fiscal Judicial (RFJ). O RFJ é definido como a possibilidade de decisões judiciais impactarem receitas ou despesas e comprometerem as metas fiscais estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). O tema é crítico, visto que as despesas judiciais saltaram de 2,6% para 3,9% das despesas primárias do Poder Executivo entre os períodos de 2015-2019 e 2020-2024. O passivo judicial impõe uma abordagem que atravessa diversos campos do conhecimento e depende, em grande medida, das decisões do Poder Judiciário, sobre o qual o Executivo não exerce ingerência. A hipótese central do trabalho é que a mitigação eficiente do RFJ exige uma postura antecipatória, ancorada no fortalecimento da consultoria jurídica e na utilização estratégica de negócios jurídicos pré-processuais. Argumenta-se que a tradicional oposição entre o dogma da indisponibilidade do direito público e a consensualidade é insuficiente, pois a consensualidade qualificada atua como uma técnica legítima de governança e racionalização fiscal. O negócio jurídico pré-processual adquire relevo ao incidir sobre a conformação do conflito antes da formalização jurisdicional, permitindo a reorganização do litígio e a redução de custos associados à judicialização prolongada. Conclui-se que o uso de mecanismos consensuais transforma incerteza prolongada em obrigação delimitada e administrável, qualificando a atuação estatal e a gestão do passivo judicial.

Palavras-chave: Risco Fiscal Judicial (RFJ), Advocacia-Geral da União (AGU), Negócios Jurídicos Pré-Processuais, Consensualidade, Governança Estratégica.

INTRODUÇÃO

O presente artigo se insere na análise da transformação da atuação da advocacia pública na gestão do Risco Fiscal Judicial (RFJ). O tema é crítico, considerando o seu crescente e dramático impacto sobre o orçamento federal, atrelado à própria dinâmica dos processos em trâmite perante o Poder Judiciário. Nesse cenário, a advocacia pública federal, notadamente a Advocacia-Geral da União (AGU), tem passado por uma transição paradigmática, deslocando-se de um modo de atuar predominantemente orientado à resposta contenciosa para a adoção de uma governança estratégica do RFJ.

Assim, o RFJ, entendido como a possibilidade de decisões judiciais comprometerem o cumprimento das metas fiscais, integra o rol de riscos cuja apreciação no Anexo de Riscos Fiscais é obrigatória no processo de elaboração da LDO. O impacto é significativo, visto que as

[1] Advogada. Mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). E-mail: catharina.pmo@gmail.com.

despesas judiciais saltaram de 2,6% para 3,9% das despesas primárias do Poder Executivo entre os períodos de 2015-2019 e 2020-2024.

A hipótese do trabalho é a de que a mitigação eficiente do RFJ e a concretização da resolutividade de conflitos dependem da superação do paradigma reativo, mediante a utilização de negócios jurídicos pré-processuais como técnica de estabilização, racionalização do contencioso e contenção do risco fiscal nos casos em que a judicialização da controvérsia, parcial ou total, é iminente.

O problema a ser enfrentado, portanto, consiste em investigar como os instrumentos de autocomposição e os negócios jurídicos pré-processuais se legitimam perante o dogma da indisponibilidade do interesse público, convertendo-se em ferramentas de racionalização institucional capazes de qualificar a gestão do passivo judicial da União.

Para tanto, o artigo está dividido em três capítulos.

No Capítulo 2, intitulado "Da Advocacia Reativa À Governança Estratégica Do Risco Fiscal Judicial", será introduzido o RFJ e abordada a sua complexidade e a imposição de um novo papel institucional à AGU, focado na prevenção e na resolutividade de conflitos.

No Capítulo 3, "Consensualidade, Indisponibilidade E A (Re)Organização Do Risco Fiscal Judicial", será discutida a insuficiência do dogma da indisponibilidade do interesse público e como a evolução normativa do tema (Leis nº 9.469/1997, nº 13.140/2015 e nº 13.655/2018) consolida a consensualidade como técnica legítima de governança.

Por fim, no Capítulo 4, "Negócios Jurídicos Pré-Processuais Como Opção Estratégica De Gestão Do Risco Fiscal Judicial", será proposto o exame dos negócios jurídicos pré-processuais como instrumento estratégico de organização do contencioso e de contenção do risco fiscal nos casos em que não foi alcançado consenso na seara administrativa.

Ao final, serão apresentadas as conclusões.

1. DA ADVOCACIA REATIVA À GOVERNANÇA ESTRATÉGICA DO RISCO FISCAL JUDICIAL

A advocacia pública, notadamente a advocacia pública federal, está passando por uma transição paradigmática em sua abordagem frente aos conflitos com impactos orçamentários relevantes, deslocando-se de uma atuação, antes, predominantemente orientada à resposta contenciosa em relação a todos os contornos materiais e processuais da lide, para a adoção de uma governança estratégica do chamado RFJ.

Analisar-se-á, portanto, a complexidade inerente ao passivo judicial, sua capacidade de comprometer as metas fiscais estabelecidas na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a consequente imposição de um novo papel institucional à Advocacia-Geral da União (AGU), com foco na prevenção e na resolutividade de conflitos estratégicos.

1.1 O Risco Fiscal Judicial (RFJ)

A Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 4º, §3º[2], exige que a LDO esteja acompanhada do "Anexo de Riscos Fiscais", destinado a identificar passivos contingentes e

[2] Art. 4º A lei de diretrizes orçamentárias atenderá o disposto no § 2o do art. 165 da Constituição e: (...). § 3o A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão avaliados os passivos contingentes e

outros eventos que possam alterar o equilíbrio das contas públicas, além de indicar as medidas previstas caso esses riscos se concretizem.

Dentro desse escopo, o RFJ, entendido como a possibilidade de decisões judiciais impactarem receitas ou despesas e, por consequência, comprometerem o cumprimento das metas fiscais estabelecidas[3], integra o rol de riscos cuja apreciação, no âmbito do Anexo de Riscos Fiscais, constitui etapa obrigatória do processo de elaboração da LDO.

Para que se compreenda o real cenário, cita-se que as despesas judiciais, materializadas majoritariamente por meio de precatórios e Requisições de Pequeno Valor (RPV), saltaram de 2,6% para 3,9% das despesas primárias do Poder Executivo Federal entre os períodos de 2015-2019 e 2020-2024[4].

A gestão do passivo judicial não comporta abordagem fragmentária ou circunscrita a recortes setoriais. O RFJ, por sua própria configuração, exige tratamento interdisciplinar, pois envolve dimensões jurídicas, orçamentárias, institucionais e políticas que se interpenetram e se condicionam mutuamente. Ademais, o desfecho das controvérsias submetidas ao contencioso depende da convicção formada pelo Poder Judiciário, instância decisória sobre a qual o Executivo não detém poder de definição.

Nesse contexto, a inexistência de controle institucional do Executivo sobre o resultado final, aliada à imprevisibilidade inerente à atividade jurisdicional, repercute diretamente na formulação das estratégias processuais, na avaliação de medidas de desjudicialização e na estruturação de soluções consensuais.

Por isso, a atuação da advocacia pública não pode se limitar à administração de litígios já instaurados, tampouco aguardar a materialização do RFJ para então delinear estratégias mitigadoras de seus efeitos executivos.

Impõe-se postura prospectiva, fundada no fortalecimento das funções consultiva e de assessoramento jurídico desde a fase de formulação das políticas públicas, com o objetivo de identificar riscos, calibrar escolhas institucionais e evitar que decisões administrativas se convertam em passivos judiciais de elevada repercussão fiscal.

A necessidade de dar racionalidade preventiva se mostra ainda mais adequada quando se observa o ambiente político-institucional que, por vezes, induz o Executivo a postergar o cumprimento de decisões judiciais que reconhecem obrigações pecuniárias ou determinam aumento de despesa. Embora esse contexto seja conhecido, não se pode conferir legitimidade a expedientes protelatórios que transferem aos credores — frequentemente os próprios servidores públicos — o ônus da gestão fiscal inadequada.

---

outros riscos capazes de afetar as contas públicas, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.

[3] BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 12.

[4] BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 13.

Do mesmo modo, embora seja de conhecimento geral o ambiente político que, por vezes, conduz a decisões tomadas pelo Poder Executivo de postergação no cumprimento de decisões judiciais que reconhecem obrigações pecuniárias ou quaisquer atos que resultem em aumento de despesa, não se pode validar práticas protelatórias em detrimento de credores que, não raro, são os próprios servidores públicos.

Nesse sentido, o próprio Guia de Riscos Fiscais registra a utilização da ação rescisória, instrumento reservado às hipóteses do art. 966 do CPC[5], em situações nas quais a União busca reverter condenações já transitadas em julgado:

> Em não raros casos, a União é condenada definitivamente e o Poder Judiciário determina o cumprimento da decisão por meio do pagamento ao credor. Irresignada, a União se utiliza de alternativas processuais, como, por exemplo, uma ação rescisória, com o intento de reverter a condenação definitiva e consequentemente reincorporar os recursos ao seu patrimônio. Em alguns casos, já ocorreu o bloqueio judicial dos valores, por meio de decisões liminares[6].

O excerto evidencia utilização "alternativa" da ação rescisória que não se harmoniza com o desenho normativo que lhe é próprio. Ao tensionar a estabilidade da coisa julgada para além das hipóteses taxativamente previstas no art. 966 do CPC, o movimento acaba por produzir efeito contraproducente, pois, em vez de reduzir o impacto fiscal da condenação, prolonga o litígio e amplia o RFJ.

A mesma racionalidade se projeta sobre a fase de liquidação de sentença. Se a coisa julgada delimita o conteúdo do título executivo, a liquidação não pode ser convertida em novo espaço de disputa acerca de métodos, parâmetros ou critérios já definidos no julgamento de mérito. Sua função é estritamente instrumental: traduzir, com precisão técnica, o comando judicial em quantificação exata, sem reabrir controvérsias superadas.

O entendimento encontra ressonância na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Tema Repetitivo 1.076, ocasião em que se reafirmou a necessidade de condução do processo de modo a desestimular movimentos que ampliem indevidamente a litigiosidade. Embora a tese tenha sido fixada no contexto dos honorários sucumbenciais, a lógica subjacente, qual seja, a de contenção de incentivos processuais disfuncionais, revela plena aplicabilidade à fase de liquidação.

---

[5] Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente; III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar manifestamente norma jurídica; VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória; VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

[6] BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 27.

Em outras palavras, tanto a utilização expansiva da ação rescisória quanto a transformação da liquidação em arena de rediscussão material traduzem estratégias que reintroduzem incerteza onde já deveria prevalecer estabilidade.

Preservar a função própria de cada instituto é medida de racionalidade institucional, reduzindo o RFJ, favorecendo soluções consensuais e permitindo que recursos públicos e energia decisória sejam direcionados a controvérsias efetivamente pendentes.

1.2 Da Governança Estratégica na Advocacia-Geral da União (AGU)

A AGU ocupa posição estruturante na gestão do RFJ, com atuação que vem transcendendo o contencioso e alcançando as etapas de formulação, implementação e monitoramento de políticas públicas. O progressivo adensamento institucional consolida sua função de coordenação jurídica da União em perspectiva preventiva, integrando defesa judicial, consultoria e assessoramento estratégico como dimensões indissociáveis da governança fiscal.

É importante registrar que o movimento de repensar a atuação da advocacia pública federal não decorre exclusivamente da crescente valorização das soluções consensuais no debate jurídico. Ela se vincula, de forma mais profunda, ao fortalecimento das prerrogativas institucionais das carreiras da AGU, condição necessária para que seus membros exerçam, com independência técnica e estabilidade funcional, atividades de orientação normativa, avaliação de riscos e articulação estratégica[7].

Nesse quadro, a governança estratégica assume caráter integrado: decisões consultivas, escolhas processuais e iniciativas consensuais passam a ser formuladas à luz de seus impactos fiscais e institucionais, permitindo tratamento mais racional do passivo judicial e maior previsibilidade na sua gestão.

A incorporação de instrumentos consensuais insere-se exatamente nessa lógica. Mais do que simples alternativa ao litígio, tais mecanismos operam como ferramentas de gestão do tempo, do custo e da previsibilidade das controvérsias, deslocando o foco da reação episódica à decisão judicial para a administração estratégica do ciclo de judicialização.

No campo legislativo, a Lei nº 9.469/1997, que regulamenta a intervenção da União em processos judiciais onde autarquias, fundações e outras entidades da Administração Indireta figuram em um dos polos da demanda, além de estabelecer regras para os pagamentos de precatórios e requisições de pequeno valor, reconfigura normativamente a

---

[7] A responsabilização do advogado público segue sendo tema recorrente na doutrina e na jurisprudência. Nesse sentido, adere-se à compreensão de que, embora não exista inviolabilidade absoluta, tampouco se pode exigir da carreira uma espécie de sabedoria divina, imune a dissensos e aos naturais graus de indeterminação que permeiam a atividade jurídica: "Em muitos casos, tem-se exigido dos advogados públicos verdadeiro dom da predição, e, como é sabido por todos, a atividade jurídica tem preponderante viés valorativo, que em regra não faz com que seus operadores cheguem sempre à mesma conclusão, uma vez que normalmente não existe uma posição absolutamente correta, excluídas quaisquer outras"
(PLUTARCO, Hugo Mendes. A responsabilização do advogado público na emissão de pareceres técnico-jurídicos. Consultor Jurídico – CONJUR, 10 maio 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/hugo-plutarco-responsabilizacao-advogado-publico-pareceres/. Acesso em: 12 dez. 2025).

atuação estratégica da AGU ao autorizar, de forma expressa, a celebração de acordos judiciais envolvendo a Fazenda Pública[8].

Editada em um contexto fortemente orientado pela lógica contenciosa, a norma rompe com a concepção segundo a qual a defesa judicial do Estado se limitaria à resistência processual até o esgotamento das instâncias.

Ao positivar a possibilidade de transação judicial pela Fazenda Pública, a Lei nº 9.469/1997 deslocou o eixo da atuação contenciosa da mera resistência processual para a gestão qualificada do litígio. A consensualidade, desde então, passa a integrar o repertório legítimo de atuação estatal, não como exceção episódica, mas como técnica juridicamente estruturada de administração de riscos e de racionalização do passivo judicial, em momento histórico no qual tais categorias ainda não se encontravam plenamente consolidadas.

Quase duas décadas depois, a Lei nº 13.140/2015 sistematizou a autocomposição de conflitos e estendeu sua disciplina à Administração Pública, mediante a previsão das Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos[9]. Disciplinando a mediação envolvendo entes públicos, o legislador passou a reconhecer que a consensualidade não se opõe, por si só, à indisponibilidade do interesse público, desde que observados parâmetros institucionais de legalidade, motivação e controle.

Nesse arranjo, a Lei nº 13.140/2015 desloca o eixo da discussão do "se" é possível compor para o "como" fazê-lo de maneira responsável, com ênfase nas estruturas administrativas responsáveis por sua condução técnica, entre as quais está inserida a AGU, como órgão central de coordenação jurídica da União.

Na mesma linha de densificação normativa, a Lei nº 13.655/2018, ao introduzir o art. 26 na LINDB, amplia o espaço institucional da consensualidade administrativa com a formulação de cláusula geral que prevê a celebração de compromissos voltados à superação de irregularidades, incertezas jurídicas ou situações contenciosas na aplicação do direito público. Confira-se:

> Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.

---

[8] Já em seu primeiro artigo, lê-se: "Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais".

[9] Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para: I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como se vê, a norma confere densidade jurídica à possibilidade de composição na via administrativa, com participação do órgão jurídico competente, condicionando sua validade à análise das consequências práticas da decisão, à demonstração de interesse geral e à observância da legislação aplicável.

Com a introdução do art. 26 da LINDB, a consensualidade deixa de depender exclusivamente de autorizações legais específicas e passa a integrar, sob determinadas condições, o repertório ordinário de atuação administrativa. O efeito sistêmico dessa transformação se projeta sobre a gestão de conflitos, uma vez que a litigância já instaurada e a potencial judicialização passam a ser consideradas variáveis administráveis.

O encadeamento legislativo evidencia alteração qualitativa no modo de estruturação da defesa estatal. A atuação jurídica, em um modelo de governança mais sofisticado, deixa de se organizar exclusivamente em torno da resistência processual e passa a incorporar instrumentos de prevenção, gestão e encerramento negociado de controvérsias. Nesse contexto, a litigância se transforma em objeto de planejamento institucional.

Sob essa perspectiva, a centralidade da AGU na mitigação do RFJ não se reduz à diminuição quantitativa de demandas, mas se manifesta na qualificação das decisões que antecedem o litígio, orientam sua condução e, quando juridicamente viável, promovem sua superação consensual.

A consensualidade opera, então, como técnica de estabilização de expectativas, incremento de previsibilidade fiscal e delimitação de passivos, inserindo-se de modo estruturado no ciclo de gestão do risco judicial.

Com isso, a possibilidade de composição ao longo do processo, ao antecipar o encerramento de controvérsias e delimitar o alcance das obrigações assumidas, converte cenários de incerteza prolongada em compromissos juridicamente definidos e fiscalmente administráveis[10].

Nesse cenário, conclui-se que o volume expressivo de demandas em curso e o fluxo contínuo de novos litígios tornam inviável abordagem fundada em apreciações atomizadas, reforçando a necessidade da adoção de modelos decisórios estruturados, critérios objetivos de priorização e mecanismos de coordenação capazes de tratar o RFJ como fenômeno estrutural[11], e não como soma episódica de processos individuais.

2. CONSENSUALIDADE, INDISPONIBILIDADE E A (RE)ORGANIZAÇÃO DO RISCO FISCAL JUDICIAL

---

[10] BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 32-34.

[11] A propósito: "Atualmente, a AGU tem registrado no seu sistema de registro de processos, Super Sapiens, aproximadamente 31 milhões de processos judiciais, e, em 2024, a média de registro de novas ações foi de 9.723 ao dia, o que revela a completa inviabilidade de trabalhar o RFJ de forma individualizada " (BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 34).

A presente seção articula a premissa de que a tradicional oposição entre o dogma da indisponibilidade do direito público e a consensualidade se revela insuficiente quando confrontada com os desafios da gestão do risco fiscal judicial.

Aliás, a própria noção de "direito indisponível" é marcada por elevada indeterminação conceitual. Em determinados contextos, refere-se à impossibilidade de renúncia ao núcleo essencial do interesse público; em outros, é invocada para afastar qualquer margem de conformação negocial, mesmo quando a controvérsia recai sobre aspectos instrumentais, procedimentais ou quantitativos[12].

Tal ambivalência produz impacto direto sobre a atuação da advocacia pública. No âmbito da AGU, cuja função constitucional abrange tanto a representação judicial quanto a consultoria e o assessoramento jurídico da Administração, a indisponibilidade não pode ser compreendida como cláusula de bloqueio absoluto à negociação.

A "interdição apriorística" de instrumentos negociais, fundada exclusivamente na natureza pública do direito ou do interesse em disputa, tende a deslocar a resolução dos conflitos para trajetórias longas, custosas e de baixa previsibilidade, ampliando o passivo judicial e tensionando o próprio equilíbrio orçamentário que se pretende resguardar.

Assim, sob a perspectiva do RFJ, a vedação abstrata a negociações sobre direitos tidos como indisponíveis pela Administração Pública amplia a incerteza quanto ao momento e ao montante das obrigações, dificulta o planejamento fiscal e pode resultar em encargos adicionais decorrentes da própria demora processual.

Nesse cenário, o debate contemporâneo tem progressivamente distinguido a indisponibilidade do núcleo material do interesse público e a possibilidade de promover ajustes no procedimento, tendo em vista a compatibilidade de estratégias consensuais com a tutela dos interesses do Estado, desde que observadas salvaguardas institucionais e critérios de racionalidade decisória[13].

Especificamente sob a perspectiva da AGU, essa distinção assume relevância concreta. A gestão do RFJ demanda decisões que ultrapassem o exame isolado do mérito jurídico e incorporem variáveis como custo de oportunidade, tempo provável de duração do processo, uniformização jurisprudencial e impacto fiscal diferido.

A dinâmica processual ilustra essa complexidade e evidencia que o risco fiscal não decorre apenas do conteúdo material da controvérsia, mas também da arquitetura procedimental que condiciona sua duração e seu custo.

Mecanismos de uniformização decisória podem produzir efeitos ambivalentes sobre o tempo do processo, ora comprimindo seu ciclo após a fixação de tese, ora impondo suspensões generalizadas até a consolidação da orientação jurisprudencial. A essa dimensão

---

[12] Nessa linha, Elton Venturi afirma que o chamado direito indisponível comumente é utilizado como "expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a superproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais" (VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, São Paulo: Editora RT, vol. 251, 2016, p. 391-426).

[13] OROSO, Catharina Peçanha Martins. Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da perspectiva de atuação do Ministério Público. Revista Científica do CPJM, v. 2, n. 05, p. 57–81, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/124>. Acesso em: 13 dez. 2025.

estrutural somam-se fatores contingenciais próprios de cada demanda, como intensidade recursal, necessidade de instrução probatória e incidentes processuais, que ampliam a variabilidade do desfecho temporal e financeiro.

A propósito:

> Assim, a depender da utilização de mecanismos destinados a trazer uniformidade às decisões, como o reconhecimento da Repercussão Geral, o ciclo de vida do processo pode ser abreviado (após a definição da orientação geral), bem como pode ser prolongado, por eventual suspensão de todos os processos que versem sobre o tema, até a orientação geral. Somam-se a esses aspectos, aqueles relacionados a cada caso de forma individualizada, como, por exemplo, o volume de recursos apresentados pelas partes, as suspensões processuais, sejam por pedidos das partes ou do próprio judiciário, ou pela necessidade de colacionar provas, fatos e perícias aos processos. Para exemplificar, pode-se mencionar os programas de redução de litígio mantidos pela AGU, os quais podem realizar acordos judiciais para resolução em qualquer etapa processual. Dessa forma, é possível que a celebração de acordos abrevie a decurso de prazo esperado para o desfecho do processo e, com isso, permita a materialização da despesa em tempo mais curto, em condições vantajosas para a Fazenda Pública[14].

A análise não implica relativização da defesa do interesse público, e sim a redefinição de seus parâmetros operacionais. Isso porque a proteção do interesse público não se esgota na resistência processual, pois envolve, igualmente, a adoção de estratégias que reduzam variabilidade decisória, mitiguem riscos acumulados e promovam maior previsibilidade orçamentária.

Conclui-se que argumentos contrários à negociação fundados exclusivamente na natureza pública do direito em disputa desconsideram o desenho institucional contemporâneo, que submete a consensualidade a controles internos, dever de motivação qualificada e mecanismos de transparência.

Sob a ótica da governança do RFJ, maior disfuncionalidade reside na manutenção automática da litigância em hipóteses nas quais o desfecho judicial se apresenta altamente previsível ou economicamente desvantajoso. A insistência na adjudicação, nesses casos, não reforça a indisponibilidade do interesse público e pode comprometer sua realização em termos fiscais e institucionais.

3. NEGÓCIOS JURÍDICOS PRÉ-PROCESSUAIS COMO OPÇÃO ESTRATÉGICA DE GESTÃO DO RISCO FISCAL JUDICIAL

A seção examina os negócios jurídicos pré-processuais como técnica de organização do contencioso público orientada à gestão do risco fiscal judicial. Parte-se da reconstrução do seu fundamento normativo e dogmático, com ênfase na possibilidade de conformação do

[14] BRASIL. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais / Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento e Orçamento – Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025, p. 31-32.

procedimento às especificidades do litígio, para, em seguida, analisar sua funcionalidade prática como instrumento de antecipação de consensos procedimentais e de racionalização da judicialização.

O enfoque adotado privilegia a dimensão estratégica desses ajustes, especialmente em cenários de litigância seriada ou de impacto orçamentário relevante, nos quais a atuação prévia sobre a estrutura do conflito se revela decisiva para a contenção de custos, a previsibilidade decisória e a preservação do planejamento fiscal.

3.1 Considerações introdutórias

A leitura conjugada das orientações institucionais recentemente consolidadas no âmbito da Advocacia-Geral da União permite identificar um deslocamento relevante na forma de organização do contencioso público.

Instrumentos tradicionalmente tratados como acessórios à defesa judicial passam a assumir função estruturante na organização estratégica do contencioso, com efeitos diretos sobre a previsibilidade e a racionalidade da resposta estatal aos conflitos de elevada repercussão fiscal.

A qualificação do interesse público, nesse contexto, não se projeta como obstáculo absoluto à negociação. Quando a atuação consensual recai sobre o procedimento ou sobre situações jurídicas processuais, abre-se espaço para soluções que preservam a integridade do interesse coletivo e, simultaneamente, reduzem os custos associados à judicialização prolongada.

O rearranjo ganha especial densidade em um cenário marcado pela centralidade dos precedentes vinculantes. Para litigantes públicos habituais, a judicialização projeta efeitos que ultrapassam o caso concreto, irradiando consequências sobre políticas públicas, estratégias administrativas e fluxos orçamentários.

A formação de entendimentos obrigatórios introduz um componente adicional de risco sistêmico, que impõe a incorporação de critérios econômicos à própria decisão estratégica de litigar ou de estruturar previamente o conflito.

A esse fator, soma-se a limitação estrutural do sistema de justiça brasileiro para absorver litígios complexos em larga escala.

A predominância de varas únicas em parcela significativa das comarcas, aliada a índices persistentemente reduzidos de resolução consensual, evidencia uma assimetria entre a capacidade institucional do Judiciário e o volume de demandas produzidas por grandes litigantes[15]. Esse descompasso estrutural tende a ampliar a incerteza decisória e a postergar a estabilização do passivo fiscal.

Aqui, os negócios jurídicos pré-processuais adquirem relevo como técnica juridicamente legítima de gestão do risco fiscal judicial, apta a mitigar a incerteza decorrente

[15] Conforme se analisa do relatório "Justiça em Números" do CNJ, 67,7% das comarcas do Brasil são providas de vara única, indicando não haver estrutura adequada em, pelo menos, 2/3 do total de comarcas. Ver: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020: ano base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

da provável judicialização, ainda que inviabilizada solução consensual integral na esfera administrativa.

Sua importância não decorre de uma ampliação indiscriminada do espaço de consenso, mas da capacidade de incidir, de modo qualificado, sobre o procedimento antes da formalização jurisdicional do conflito, influenciando variáveis que impactam diretamente o custo temporal e financeiro da litigância.

Desse modo, ao reconhecer às partes a possibilidade de ajustar situações jurídicas processuais e de modular o iter procedimental, o ordenamento abre espaço para uma atuação mais precisa sobre o modo de produção da decisão jurisdicional, afastando soluções padronizadas e inadequadas a litígios complexos, repetitivos ou dotados de impacto fiscal relevante.

De acordo com Fredie Didier Júnior, o "negócio jurídico processual" consiste no fato jurídico voluntário por meio do qual se atribui aos sujeitos a faculdade de regular determinadas situações jurídicas processuais ou de alterar o procedimento, dentro dos limites estabelecidos pelo próprio sistema jurídico[16].

O CPC, em seu art. 190, veicula cláusula geral de negociação sobre o processo, a partir da qual se tem o subprincípio da atipicidade da negociação processual[17]. Nos termos ali dispostos:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

À luz do exposto, a definição desloca o eixo da discussão do conteúdo material do litígio para a arquitetura procedimental que condicionará sua resolução, o que se mostra especialmente relevante sob a ótica da gestão do risco fiscal judicial.

É a partir dessa matriz que se compreende o "negócio jurídico pré-processual" como técnica que se antecipa à atividade jurisdicional de certificação e saneamento.

Antes mesmo da instauração da demanda, tornam-se passíveis de sedimentação consensual temas que, em regra, seriam objeto de deliberação judicial inicial, como a identificação dos grupos efetivamente atingidos pelo risco fiscal, a delimitação das questões fáticas e jurídicas controvertidas e a validade ou o aproveitamento de provas produzidas em contraditório durante a fase administrativa.

Ao operar nesse plano antecedente, o negócio jurídico pré-processual não interfere no juízo de mérito, incidindo, em verdade, sobre elementos que condicionam a extensão, a duração e a previsibilidade do litígio.

Em situações nas quais se antevê a judicialização seriada de determinada controvérsia, como ocorre, por exemplo, em demandas de massa envolvendo benefícios funcionais,

---

[16] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual, v. 1. 26ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 495.

[17] DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual, v. 1. 26ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024, p. 500-502.

vantagens remuneratórias ou critérios de cálculo com impacto orçamentário relevante, a Administração pode, ainda na fase administrativa, ajustar consensualmente a identificação do universo de potenciais afetados, a metodologia de apuração dos valores controvertidos ou o aproveitamento de prova técnica produzida em contraditório.

Trata-se, portanto, de instrumento capaz de reduzir assimetrias informacionais, evitar expansões artificiais da controvérsia e limitar a formação de passivos contingentes de difícil mensuração, atuando preventivamente sobre variáveis estruturais do litígio com repercussão fiscal.

A gestão estratégica do risco fiscal judicial passa, assim, pela capacidade de atuar em momento anterior à estabilização do conflito no plano jurisdicional. É nesse horizonte analítico que os negócios jurídicos pré-processuais se revelam instrumento tecnicamente adequado de organização antecipada do contencioso e de contenção do risco fiscal sistêmico.

3.2 Negócios jurídicos pré-processuais e gestão do risco fiscal judicial

A gestão do risco fiscal judicial pode ser compreendida como técnica de administração institucional da incerteza decorrente da litigância estatal, voltada à identificação, qualificação, modelagem e redução dos impactos financeiros associados à formação de passivos contingentes.

Tradicionalmente, essa gestão tem sido concebida em perspectiva predominantemente reativa, isto é, como atividade de monitoramento estatístico e provisão orçamentária relativa a demandas já judicializadas.

Entretanto, uma construção teórica consistente impõe deslocar o eixo analítico para momento anterior à instauração do processo, concebendo o risco fiscal como dado a ser contabilizado e, também, como variável suscetível de organização institucional prévia. Nessa perspectiva, a litigiosidade deixa de ser compreendida como evento meramente absorvido pelo orçamento e passa a ser analisada como fenômeno juridicamente estruturável em sua dimensão procedimental.

A importância da discussão reside na posição nuclear que o orçamento ocupa no Estado Constitucional. Como assina o Ministro Carlos Ayres Britto, a lei orçamentária constitui instrumento normativo que "mais influencia o destino da coletividade"[18], na medida em que traduz, em termos financeiros, as escolhas públicas legitimadas pelo processo democrático.

Se assim for, controvérsias judiciais com repercussão fiscal relevante não podem ser tratadas como episódios isolados da arquitetura decisória orçamentária, sob pena de dissociação entre decisão jurisdicional e planejamento fiscal.

Nesse contexto, a judicialização massiva de políticas públicas, quando desacompanhada de mecanismos institucionais de tratamento prévio do conflito, tende a produzir transferência implícita de decisões alocativas do Poder Executivo ao Poder Judiciário.

Para a AGU, a questão assume especial relevo, pois é precisamente a instituição responsável por representar judicialmente a União e, simultaneamente, por exercer função consultiva estratégica na conformação jurídica das políticas públicas. A ausência de

[18] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADI nº 4.048-MC, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJE 22/08/2008.

instrumentos de organização prévia do conflito fragiliza sua capacidade de atuar como instância de coordenação entre planejamento orçamentário, formulação normativa e defesa judicial.

Ademais, não se pode afirmar que a tendência de judicialização decorre necessariamente de ativismo judicial. Em larga medida, ela resulta da ausência de instrumentos administrativos capazes de organizar previamente a dimensão fiscal do conflito, por exemplo, qual o universo potencial de beneficiários, qual o impacto financeiro projetado em diferentes cenários decisórios e quais medidas intermediárias poderiam mitigar o custo imediato da condenação.

Quando essa etapa de organização institucional não ocorre, o conflito migra para o Judiciário sem parâmetros estabilizados, favorecendo a formação de passivos contingentes cuja dimensão temporal e financeira se torna de difícil previsibilidade, como se observa em litígios seriados que, apenas após anos de tramitação, revelam impacto orçamentário muito superior ao inicialmente estimado pela Administração.

É nesse contexto que os negócios jurídicos pré-processuais devem ser compreendidos como técnica de gestão *ex ante* da incerteza litigiosa.

Os litígios envolvem variáveis estruturais (extensão subjetiva da controvérsia, definição do objeto litigioso, regime probatório, cronograma decisório) que influenciam diretamente sua duração e seu custo. Quando essas variáveis permanecem indefinidas até a fase judicial, ampliam-se os espaços de incerteza e, consequentemente, o potencial de formação de passivos contingentes imprevisíveis.

Os negócios jurídicos pré-processuais permitem atuar precisamente sobre essas variáveis estruturais. A delimitação prévia das questões controvertidas, a identificação dos grupos potencialmente afetados, a definição de critérios de produção e aproveitamento de provas e a calendarização de atos procedimentais reduzem assimetrias informacionais e conferem maior previsibilidade ao desenvolvimento do processo que eventualmente venha a ser instaurado.

Embora ainda incipiente na prática administrativa, a técnica encontra respaldo normativo relevante. A Resolução nº 11/2022 do Órgão Especial do Colégio de Procuradores do Ministério Público do Estado da Bahia[19], editada no contexto dos procedimentos extrajudiciais ministeriais, admite expressamente a celebração de negócios jurídicos pré-processuais mesmo quando não alcançada a composição integral do mérito.

A normativa parte da premissa de que, frustrada a solução consensual plena e diante da necessidade de ajuizamento de ação civil pública, é juridicamente possível a pactuação de cláusulas destinadas à organização prévia do futuro processo, inclusive quanto à delimitação das questões litigiosas, ao aproveitamento de provas já produzidas e à identificação dos grupos envolvidos. Confira-se:

---

[19] Inteiro teor disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n._11_de_2022.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

> Art. 62. O compromisso de ajustamento de conduta e o acordo de não persecução cível poderão prever obrigações de natureza provisória ou definitiva e abranger total ou parcialmente o objeto da investigação. (...).
> § 3º Não sendo celebrado compromisso de ajustamento de conduta ou acordo de não persecução cível, ou sendo firmado apenas de modo parcial, implicando a necessidade de ajuizamento de ação civil pública, poderá ser firmado negócio jurídico pré-processual sobre temas de consenso, adiantando-se à atividade jurisdicional de certificação e saneamento, contendo cláusulas, por exemplo, sobre:
> I – identificação dos grupos envolvidos no litígio;
> II – validade e aproveitamento de provas produzidas em contraditório durante o procedimento extrajudicial;
> III – delimitação das questões fáticas e/ou jurídicas litigiosas;
> IV – outras que se revelem pertinentes ao caso e não sejam defesas em lei.

Trata-se de reconhecimento de que a organização procedimental prévia constitui técnica legítima de racionalização da litigância pública. Isso porque, ainda que restrita ao âmbito ministerial, a resolução evidencia que o ordenamento já admite a dissociação entre consenso material e consenso processual, permitindo que este último opere como instrumento autônomo de redução de incerteza.

Ademais, em experiência identificada no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), passou-se a admitir a celebração de negócios jurídicos voltados à conformação do procedimento executivo fiscal, antecipando consensos de natureza eminentemente procedimental.

Nesse panorama, tornaram-se viáveis ajustes relativos à calendarização da execução fiscal, à estruturação de planos de amortização do débito, à aceitação, avaliação, substituição ou liberação de garantias, bem como à definição do modo de constrição ou alienação de bens[20]. Esses instrumentos não eliminam o crédito tributário, mas reduzem incertezas quanto ao tempo de recuperação, ao fluxo de caixa projetado e aos custos de execução.

A despeito de terem sido concebidas inicialmente para litígios individualizados, tais práticas revelam potencial expansivo para controvérsias repetitivas ou de caráter coletivo, nas quais a padronização de parâmetros procedimentais pode desempenhar papel relevante na contenção do risco fiscal sistêmico[21].

A incorporação desse tipo de técnica ao repertório institucional de gestão do contencioso, especialmente em contextos de litigância repetitiva, permite atuar de forma antecipada sobre variáveis que influenciam diretamente a extensão, a duração e o custo da judicialização.

E, como se vê, a lógica subjacente aos negócios jurídicos pré-processuais não é a de substituição da jurisdição, mas a de intervir sobre a conformação do conflito antes de sua estabilização em juízo, reduzindo a probabilidade de formação de passivos contingentes

---

[20] Plataforma disponível em: https://www.gov.br/pt-br/servicos/propor-negocio-juridico-processual. Acesso em: 14 dez. 2025.

[21] Sobre negócios jurídicos processuais tributários, ver: CACCAVALI, Vinícuius. O negócio jurídico processual no processo tributário. Consultor Jurídico. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jun-30/vinicius-caccavali-negocio-juridico-processual-tributario/. Acesso em: 15 dez. 2025.

imprevisíveis e operando como via alternativa nos casos em que a questão não é submetida à arbitragem ou em que os mecanismos de mediação e conciliação não conduzam à composição integral da controvérsia.

De modo análogo, a lógica que informa os negócios jurídicos pré-processuais encontra ressonância em outros campos do Direito Público marcados por técnicas de controle antecipado do risco.

No direito concorrencial, por exemplo, a submissão prévia de atos de concentração ao CADE, cuja exigência foi instituída pela Lei nº 12.529/2011, revela opção legislativa por técnica de controle preventivo destinada a impedir a consolidação de estruturas econômicas potencialmente lesivas, cuja desconstituição posterior implicaria custos institucionais, regulatórios e financeiros significativamente mais elevados[22].

A analogia estabelecida situa-se no plano estrutural da técnica de gestão do risco público. Embora risco concorrencial e risco fiscal apresentem natureza material distinta, ambos se caracterizam por elevada complexidade, assimetria informacional e potencial de irradiação sistêmica.

Dessa forma, assim como o controle prévio de concentrações busca impedir que estruturas econômicas potencialmente lesivas se consolidem para só depois serem desfeitas a elevado custo, a organização prévia do litígio pretende evitar que decisões judiciais de amplo impacto financeiro se formem sem delimitação adequada de seus contornos subjetivos, probatórios e temporais.

Ainda, importante salientar que os negócios jurídicos pré-processuais não pressupõem solução consensual integral do mérito. Mesmo na hipótese de persistência do dissenso substancial, é possível estabilizar consensos procedimentais que encurtem o ciclo decisório, reduzam custos de instrução e mitiguem a formação de passivos contingentes de difícil mensuração.

Contudo, cumpre reconhecer que os negócios jurídicos pré-processuais não se apresentam como solução universal para a gestão do risco fiscal judicial. Sua viabilidade concreta depende de condições institucionais mínimas, como capacidade técnica dos órgãos envolvidos, maturidade decisória das partes, controle das assimetrias informacionais e adequada delimitação do objeto negociável.

Precisamente por isso, a gestão responsável do conflito não se esgota na dicotomia entre transação administrativa *versus* demanda judicial, abarcando a construção de percursos procedimentais mais eficientes, previsíveis e compatíveis com a racionalidade fiscal.

Assim, sob a perspectiva analítica do RFJ, os negócios jurídicos pré-processuais operam sobre dimensões estruturais que determinam a magnitude e a estabilidade do passivo contingente. O RFJ pode ser decomposto, em termos operacionais, em três eixos principais: (i) extensão subjetiva potencial da condenação; (ii) variabilidade decisória associada à

---

[22] ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A Notificação Obrigatória dos Atos de Concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Principais Mudanças Advindas do Início de Vigência da Lei nº 12.529/2011. Revista da AGU. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1856. Acesso em: 15 dez. 2025.

definição do objeto e da prova; e (iii) fator temporal incidente sobre atualização monetária, juros e efeitos multiplicadores em demandas seriadas.

A pactuação prévia de parâmetros procedimentais incide diretamente sobre essas variáveis. A delimitação do universo de afetados e das teses controvertidas reduz a incerteza quanto à base de incidência do passivo. A definição consensual de critérios probatórios e metodologias de quantificação estreita o espectro de soluções decisórias plausíveis, diminuindo a dispersão entre cenários condenatórios extremos. A racionalização do *iter* procedimental, por sua vez, interfere no tempo médio de formação do título judicial, mitigando a expansão incremental do passivo ao longo do processo.

O resultado não se limita à melhoria da técnica processual. Produz-se efeito relevante na estrutura do próprio RFJ: menor amplitude de variação entre estimativas preliminares e condenações efetivas, maior consistência entre provisões orçamentárias e exposição real e redução da probabilidade de choques fiscais decorrentes de decisões estruturalmente expansivas.

Nessa perspectiva, os negócios jurídicos pré-processuais integram o sistema de governança do risco fiscal judicial como instrumento de estabilização paramétrica do passivo potencial. Para a AGU, isso significa ampliar sua atuação, assumindo papel técnico na modelagem das variáveis que condicionam a formação, a extensão e a temporalidade das obrigações judiciais da União.

4. CONCLUSÃO

A análise da evolução da Advocacia Pública Federal demonstrou que a crise do sistema de justiça, marcada pela alta litigiosidade e pelo crescente Risco Fiscal Judicial (RFJ), impôs a transição da postura meramente reativa para um modelo de Governança Estratégica de Riscos.

O estudo se propôs a responder à seguinte pergunta de pesquisa: Como os instrumentos de autocomposição e os negócios jurídicos pré-processuais se legitimam perante o dogma da indisponibilidade do interesse público, convertendo-se em ferramentas de racionalização institucional capazes de qualificar a gestão do passivo judicial da União?

A hipótese inicial do trabalho era que a mitigação eficiente do RFJ e a concretização da resolutividade de conflitos dependeriam da superação do paradigma reativo, mediante a utilização de negócios jurídicos pré-processuais como uma das técnicas relevantes de estabilização, racionalização do contencioso e contenção do risco fiscal.

Os resultados da pesquisa corroboraram a hipótese proposta, evidenciando que a superação da lógica tradicional se mostra necessária diante da capacidade do passivo judicial de comprometer as metas fiscais.

Em primeiro lugar, o estudo confirmou que a tradicional oposição entre o dogma da indisponibilidade do direito público e a consensualidade é insuficiente para a gestão moderna do RFJ. A interdição apriorística de instrumentos negociais, fundada apenas na natureza pública do direito, tende a deslocar a resolução dos conflitos para trajetórias longas, custosas e de baixa previsibilidade, ampliando o passivo judicial. A consensualidade qualificada,

legitimada por marcos como a Lei nº 13.140/2015 e a Lei nº 13.655/2018 (LINDB), opera como técnica legítima de governança, permitindo converter incertezas prolongadas em obrigações juridicamente delimitadas e fiscalmente administráveis.

Em segundo lugar, a pesquisa confirmou que a estratégia de mitigação do RFJ exige postura antecipatória, pois a atuação jurídica não pode aguardar a materialização do risco para traçar estratégias. Nesse contexto, o uso de negócios jurídicos pré-processuais mostrou-se juridicamente legítimo e economicamente racional entre os instrumentos disponíveis à Advocacia Pública. O negócio jurídico pré-processual não se orienta à substituição da jurisdição, mas à reorganização do conflito antes de sua cristalização em demanda judicial, delimitando previamente o objeto da controvérsia. Essa atuação prévia encurta o tempo de tramitação, reduz custos associados à litigância prolongada e mitiga a formação de passivos contingentes de difícil mensuração.

A previsibilidade fiscal e a integridade institucional exigem que a Advocacia Pública se utilize de soluções responsáveis. A crítica à utilização da ação rescisória fora das hipóteses legais e à conversão da fase de liquidação de sentença em novo campo de disputa reforça a necessidade de desestimular movimentos que ampliem desnecessariamente a litigiosidade, conforme a orientação firmada no Tema Repetitivo 1.076 do STJ.

Conclui-se que a consensualidade passa a integrar o repertório ordinário de atuação administrativa, consolidando a gestão estratégica da litigância. Os negócios jurídicos pré-processuais, ao lado de outros instrumentos de prevenção e organização do conflito, permitem que a Administração atue sobre variáveis relevantes do litígio antes que estas se convertam em fatores de ampliação do passivo judicial.

Nesse sentido, o negócio jurídico pré-processual se afirma como técnica juridicamente legítima e funcionalmente adequada à gestão do risco fiscal judicial, sem pretensão de exaustividade normativa ou operacional, abrindo espaço para que estudos futuros aprofundem seus limites, critérios de aplicação e sua articulação com outras ferramentas de governança do contencioso público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União; Ministério da Fazenda; Ministério do Planejamento e Orçamento. Guia de riscos fiscais judiciais: conselho de acompanhamento e monitoramento de riscos fiscais judiciais. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2025.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2020: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 maio 2000.

BRASIL. Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Dispõe sobre a atuação judicial da União e autoriza a realização de acordos para prevenir ou terminar litígios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jul. 1997.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Acrescenta dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1º dez. 2011.

BRASIL. Ministério Público do Estado da Bahia. Resolução nº 11, de 2022, do Órgão Especial do Colégio de Procuradores. Disponível em: https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/orgaos-colegiados/orgao-especial/resolucoes/2022/publicacao_resolucao_n._11_de_2022.pdf. Acesso em: 15 dez. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4.048-MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14 maio 2008, DJe 22 ago. 2008.

CACCAVALI, Vinícius. O negócio jurídico processual no processo tributário. Consultor Jurídico, 30 jun. 2023. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2023-jun-30/vinicius-caccavali-negocio-juridico-processual-tributario/. Acesso em: 15 dez. 2025.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. 26. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: JusPodivm, 2024.

OROSO, Catharina Peçanha Martins. Tutela extrajudicial de litígios estruturais: negociando direitos a partir da perspectiva de atuação do Ministério Público. Revista Científica do CPJM, v. 2, n. 5, p. 57–81, 2022. Disponível em: https://rcpjm.cpjm.uerj.br/revista/article/view/124. Acesso em: 13 dez. 2025.

PLUTARCO, Hugo Mendes. A responsabilização do advogado público na emissão de pareceres técnico-jurídicos. Consultor Jurídico, 10 maio 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/hugo-plutarco-responsabilizacao-advogado-publico-pareceres/. Acesso em: 12 dez. 2025.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no sistema brasileiro de defesa da concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. Revista da AGU. Disponível em: https://revistaagu.agu.gov.br/index.php/EAGU/article/view/1856. Acesso em: 15 dez. 2025.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 251, p. 391–426, 2016.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL: ACESSO À JUSTIÇA SUBSTANCIAL E MEDIAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Débora Lorena Freire Batista[1]

RESUMO

O artigo analisa a institucionalização da mediação no âmbito do Tribunal de Contas da União como expressão da Administração Pública consensual e investiga em que medida essa experiência pode ser compreendida como uma dimensão de acesso à justiça substancial no Direito Administrativo brasileiro.

Parte-se da superação de concepções tradicionais que associam a atuação administrativa à imperatividade unilateral e o acesso à justiça à tutela jurisdicional estatal, para sustentar uma compreensão ampliada da justiça fundada na participação, na racionalidade decisória e na corresponsabilização dos sujeitos envolvidos.

A partir de abordagem teórico-normativa e crítico-analítica, examinam-se os fundamentos da consensualidade administrativa, o desenho institucional da mediação no TCU – especialmente após a Instrução Normativa TCU nº 91/2022 – e seus impactos sobre a racionalidade do controle externo. Sustenta-se que a mediação no TCU pode constituir via legítima de acesso à justiça substancial, desde que orientada por critérios normativos adequados de juridicidade, motivação, publicidade e accountability.

Palavras-chave: administração pública consensual; acesso à justiça substancial; mediação; Tribunal de Contas da União; controle externo.

1. INTRODUÇÃO

A consolidação de práticas consensuais no âmbito da Administração Pública brasileira tem provocado deslocamentos relevantes nas categorias clássicas do Direito Administrativo, especialmente no que se refere às formas de exercício do poder estatal, à função do controle e ao próprio conceito de acesso à justiça. Tradicionalmente estruturada sob uma racionalidade de comando e de imperatividade unilateral, a atuação administrativa vem sendo progressivamente tensionada por contextos decisórios marcados por elevada complexidade técnica, pluralidade de interesses públicos e privados, contratos de longa duração e riscos sistêmicos que desafiam respostas jurídicas exclusivamente sancionatórias ou adjudicatórias.

[1] Mestre em Direito pela UnB. E-mail: deboralorena.adv@gmail.com.

Nesse cenário, a ampliação do recurso a instrumentos consensuais, como a mediação, não pode ser compreendida apenas como estratégia pragmática de eficiência administrativa ou como mecanismo de desjudicialização. Trata-se, antes, de um fenômeno que interpela categorias centrais do Direito Público, exigindo uma reflexão mais profunda sobre os modos de produção das decisões administrativas, sobre a legitimidade do poder decisório estatal e sobre os espaços institucionais de realização da justiça para além do Poder Judiciário.

Paralelamente, o conceito de acesso à justiça passou por significativa evolução teórica. Superada a compreensão restritiva que o identificava exclusivamente com o acesso formal à jurisdição estatal, o debate contemporâneo passou a enfatizar a qualidade da resposta institucional aos conflitos, a participação efetiva dos sujeitos envolvidos e a produção de soluções materialmente adequadas. Essa perspectiva, também denominada de acesso à justiça substancial, permite reconhecer que a justiça pode ser realizada em múltiplos espaços institucionais, inclusive no interior da Administração Pública, desde que os processos decisórios sejam estruturados de forma democrática, transparente e juridicamente orientada.

É nesse cruzamento entre consensualidade administrativa, controle estatal e acesso à justiça substancial que se insere o presente artigo. O foco da análise recai sobre a experiência recente de institucionalização da mediação no âmbito do Tribunal de Contas da União, especialmente a partir da edição da Instrução Normativa TCU nº 91/2022 e da criação da Secretaria de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). A atuação consensual do TCU suscita questões relevantes: pode a mediação conduzida por um órgão de controle externo ser compreendida como forma legítima de acesso à justiça substancial? Em que medida a consensualidade reconfigura – sem esvaziar – a função constitucional de controle? Quais são os limites normativos e democráticos dessa experiência?

O objetivo central do artigo é demonstrar que a mediação institucionalizada no Tribunal de Contas da União pode constituir uma dimensão legítima de acesso à justiça substancial no âmbito administrativo, desde que orientada por critérios normativos adequados de juridicidade, motivação, publicidade e accountability. Para tanto, busca-se superar leituras reducionistas que tratam a consensualidade como flexibilização indevida da legalidade ou como renúncia ao interesse público, defendendo-se, ao contrário, que a mediação pode atuar como instrumento de densificação do interesse público e de qualificação do controle externo.

Metodologicamente, o trabalho adota uma abordagem teórico-normativa e crítico-analítica, com base na revisão bibliográfica e análise documental. Pretende-se oferecer uma contribuição teórica capaz de iluminar os fundamentos da institucionalização da mediação no âmbito do TCU, suas potencialidades e limites, bem como de propor critérios normativos para sua legitimação democrática.

A estrutura do artigo reflete esse percurso analítico. No primeiro capítulo, desenvolvem-se os fundamentos teóricos da Administração Pública consensual e do acesso à justiça substancial. O segundo capítulo examina a institucionalização da mediação no Tribunal de Contas da União e seus impactos sobre a racionalidade do controle externo. Por fim, o terceiro capítulo apresenta uma análise crítica das potencialidades e limites da mediação no TCU, propondo parâmetros normativos para sua compreensão como instrumento legítimo de realização da justiça no âmbito da Administração Pública.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E ACESSO À JUSTIÇA SUBSTANCIAL: FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A compreensão da Administração Pública Consensual como categoria juridicamente relevante exige o abandono de duas premissas ainda persistentes no imaginário dogmático: a identificação entre atuação administrativa e exercício unilateral de autoridade, de um lado, e a redução do acesso à justiça à tutela jurisdicional estatal, de outro. Ambas as premissas se mostram insuficientes para explicar os deslocamentos contemporâneos do Direito Administrativo, especialmente no contexto de complexificação das funções estatais, pluralização dos interesses públicos e expansão de formas não adjudicatórias de resolução de controvérsias (Binenbojm, 2014).

Historicamente, o Direito Administrativo brasileiro foi construído sob uma racionalidade de comando, fundada na supremacia abstrata do interesse público e na centralidade do ato administrativo unilateral como forma típica de produção de efeitos jurídicos. Esse modelo, embora funcional em um Estado de perfil intervencionista clássico, mostra-se progressivamente disfuncional diante de uma Administração que atua em ambientes regulatórios complexos, em contratações de longo prazo, em políticas públicas compartilhadas e em decisões marcadas por elevada incerteza técnica e econômica. Nesse cenário, a unilateralidade decisória passa a produzir não apenas ineficiência administrativa, mas também déficits de legitimidade, insegurança jurídica e ampliação da litigiosidade (Di Pietro, 2023; Medauar, 2023).

É nesse contexto que emerge a noção de Administração Pública Consensual, não como simples técnica de gestão ou expediente pragmático de desjudicialização, mas como racionalidade administrativa adequada, fundada no exercício do poder administrativo mediado por procedimentos participativos, no protagonismo dos interessados e na construção dialógica das decisões públicas. A consensualidade, nesse sentido, não representa negação da juridicidade, mas sua reconfiguração: o centro da legalidade desloca-se do comando abstrato para a exigência de justificação pública da decisão, construída a partir de processos institucionalmente estruturados de diálogo, negociação e composição (Sundfeld, 2014).

Essa transformação é descrita com precisão por Di Salvo, ao afirmar que:

A Administração Pública Consensual é resultado desse movimento de modernização da gestão administrativa que rompe com um esquema que se alicerçava na imperatividade unilateral dos atos administrativos para contemplar um modelo pautado no diálogo, negociação, cooperação e coordenação, que não deixa, por isso, de seguir a lógica da autoridade, mas passa a ser matizada, porém, pela lógica do consenso. (Di Salvo, 2018, p. 36).

A doutrina contemporânea do Direito Administrativo identifica esse movimento como parte de um processo mais amplo de superação do chamado legalismo defensivo, no qual a Administração atua orientada prioritariamente pela autoproteção institucional, mesmo à custa da qualidade das decisões públicas. A consensualidade administrativa, ao contrário, pressupõe a assunção responsável do risco decisório, a explicitação dos fundamentos técnicos e jurídicos da escolha estatal e o reconhecimento da legitimidade de múltiplos interesses juridicamente relevantes no interior da decisão administrativa, representando uma mudança qualitativa no exercício do poder público (Freitas, 2013; Binenbojm, 2014).

Essa reconfiguração da atuação administrativa encontra paralelo direto na evolução do próprio conceito de acesso à justiça. Tradicionalmente associado ao acesso formal ao Poder Judiciário, o acesso à justiça foi, por muito tempo, compreendido como sinônimo de possibilidade de provocar a jurisdição estatal para obtenção de uma decisão definitiva e coercitiva (Almeida, 2024). Essa concepção, contudo, mostrou-se insuficiente para lidar com conflitos complexos, estruturais ou marcados por relações continuadas, nos quais uma decisão adjudicada, seja judicial ou administrativa, embora formalmente válida, frequentemente se revela incapaz de produzir soluções socialmente adequadas ou duráveis (Cappelletti; Garth, 1988; Watanabe, 2002).

A crítica contemporânea ao acesso à justiça meramente formal desloca o foco da abertura das portas, seja do Judiciário ou Executivo, para a qualidade da resposta institucional oferecida ao conflito. Nesse deslocamento, ganha centralidade a noção de acesso à justiça substancial, compreendida como experiência jurídico-institucional que envolve participação efetiva, compreensão do processo decisório e corresponsabilização dos sujeitos na construção da solução (Almeida, 2024).

Essa concepção é formulada de maneira direta por Almeida, ao afirmar que:

O acesso à justiça substancial vai além do mero acesso formal ao Poder Judiciário em uma sociedade marcada pela cultura da violação de direitos, competição e judicialização. Ele envolve a participação ativa das pessoas, a observância à segurança jurídica, a tomada de decisões conscientes e a construção conjunta de soluções que atendam às necessidades de todos (Almeida, 2024, p. 116).

É nesse ponto que a mediação – e, mais amplamente, os métodos consensuais de resolução de controvérsias – deixam de ser compreendidos como mecanismos periféricos ou meramente alternativos e passam a ser reconhecidos no campo da adequação à situação fática como espaços legítimos de realização da justiça. Quando institucionalmente estruturada e juridicamente orientada, a mediação permite não apenas a solução do conflito, mas a reconstrução das relações entre os sujeitos, a redução de assimetrias decisórias e a produção de soluções contextualizadas, dificilmente alcançáveis por uma decisão imposta pelo adjudicador (Almeida, 2024; Watanabe, 2002).

Quando essa chave teórica é transposta para o Direito Administrativo, o resultado é a abertura de um campo analítico inovador: a Administração Pública passa a ser concebida não apenas como objeto de controle ou fonte de litígios, mas como espaço institucional legítimo de acesso à justiça substancial. A decisão administrativa consensual, construída a partir de processos dialógicos formalizados, pode realizar valores como racionalidade, proporcionalidade e proteção de direitos de modo mais adequado às especificidades do conflito público (Di Salvo, 2018; Binenbojm, 2014).

A compreensão da Administração Pública consensual como dimensão de acesso à justiça substancial permite afirmar que a realização da justiça no âmbito administrativo não depende exclusivamente da intervenção jurisdicional, mas pode ocorrer no interior de processos decisórios estruturados a partir da escuta qualificada das diferentes perspectivas envolvidas, da construção conjunta de soluções e do alinhamento entre as necessidades concretas dos administrados e as finalidades públicas que orientam a atuação estatal.

A mediação, nesse contexto, favorece a produção de decisões administrativas mais conscientes, participativas e responsivas, nas quais o interesse público deixa de ser um dado abstrato previamente definido para se constituir como resultado de um processo institucional de diálogo e deliberação compartilhada. É a partir dessa perspectiva que se analisará, nos capítulos seguintes, a experiência da mediação institucionalizada no Tribunal de Contas da União.

3. A MEDIAÇÃO NO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO E A RECONFIGURAÇÃO DO CONTROLE EXTERNO

A atuação tradicional do Tribunal de Contas da União consolidou-se a partir de um modelo de controle externo predominantemente retrospectivo, sancionador e verticalizado, centrado na verificação da legalidade formal dos atos administrativos e na responsabilização individual de gestores públicos.

Esse modelo, essencial para a proteção da probidade administrativa e da regularidade das contas públicas, passou a revelar limites estruturais diante da crescente complexidade das políticas públicas, da tecnicidade das decisões administrativas e da expansão de contratos de longo prazo, especialmente nos setores regulados e de infraestrutura, nos quais a decisão administrativa envolve múltiplos interesses, riscos e incertezas (Dantas, 2020; Medauar, 2023).

A centralidade da ilegalidade formal como critério prioritário de controle, associada a um modelo fortemente sancionador, contribuiu para a formação de um ambiente institucional marcado pelo chamado "medo decisório", no qual gestores públicos tendem a evitar decisões inovadoras ou estruturantes em razão do risco de responsabilização futura.

Nesse contexto, o controle externo, embora juridicamente correto sob uma ótica formal, passou a produzir efeitos sistêmicos indesejados, como a paralisia administrativa, o aumento da judicialização e a deterioração da qualidade das decisões públicas, sobretudo quando envolvem escolhas técnicas complexas e políticas públicas de longo prazo (Dantas, 2020; Binenbojm, 2014).

A literatura contemporânea aponta que esse cenário não é exclusivo do contexto brasileiro, mas se insere em um movimento mais amplo de transformação da racionalidade administrativa, no qual modelos hierárquicos rígidos e exclusivamente repressivos revelam-se insuficientes para lidar com a complexidade da ação estatal contemporânea.

Esse deslocamento mostra-se como característica da Administração Pública pós-moderna, marcada pela pluralização dos centros decisórios e pela incorporação de formas cooperativas de atuação estatal, nas quais o diálogo e a negociação passam a integrar legitimamente o exercício da autoridade pública (Chevallier, 2009; Dantas, 2020).

É nesse ambiente institucional que se intensifica, no Brasil, um movimento normativo de incorporação de técnicas consensuais à atuação administrativa, com reflexos diretos também sobre a atuação dos órgãos de controle.

A Lei nº 13.140/2015 reconheceu expressamente a mediação como meio legítimo de solução de conflitos envolvendo a Administração Pública, desde que relacionados a direitos patrimoniais disponíveis. Na sequência, a Lei nº 13.655/2018, ao introduzir os arts. 20 a 30 na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, reforçou a necessidade de decisões administrativas e de controle orientadas pela consideração das consequências práticas, pela segurança jurídica e pela prevenção de conflitos, criando um ambiente normativo favorável à adoção de soluções consensuais também no âmbito do controle externo (Brasil, 2015; Brasil, 2018).

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) aprofunda esse deslocamento ao prever, em seu art. 151, a utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, incluindo a mediação, em matérias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Ao legitimar expressamente essas técnicas no âmbito das contratações públicas, o legislador reforça a compreensão de que a solução consensual pode ser compatível com o interesse público e com a juridicidade administrativa, desde que observados critérios de transparência, motivação e controle (Brasil, 2021).

No âmbito específico do Tribunal de Contas da União, esse movimento normativo e teórico culmina na institucionalização da mediação por meio da Instrução Normativa TCU nº 91/2022, posteriormente complementada pela IN nº 101/2025, com a criação da Secretaria de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) que responde à necessidade institucional de enfrentar controvérsias complexas envolvendo grandes contratos, concessões e políticas públicas estruturais, nas quais a atuação exclusivamente sancionadora do controle externo se mostrava insuficiente para a produção de soluções efetivas, tempestivas e juridicamente estáveis (TCU, 2022; TCU, 2025).

A Instrução Normativa TCU nº 91/2022 estabelece o marco procedimental da mediação no âmbito do Tribunal, prevendo, logo em seu art. 1º, a possibilidade de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. A normativa disciplina critérios de admissibilidade do procedimento, formação da comissão de mediação, suspensão de processos de controle durante a fase de negociação e submissão do termo de autocomposição à deliberação do Plenário do Tribunal, reforçando o caráter institucional, transparente e controlado da mediação conduzida no âmbito do TCU (TCU, 2022).

A criação da SecexConsenso e a regulamentação procedimental da mediação revelam uma mudança relevante na forma de atuação do Tribunal de Contas da União. A mediação no TCU não se limita à função de facilitar acordos entre as partes, mas introduz uma lógica distinta de exercício do controle externo. Ao admitir a suspensão de processos sancionadores, ao compartilhar o processo decisório com gestores, reguladores e particulares, e ao atuar de forma preventiva na estruturação de soluções, o Tribunal passa a exercer um novo papel, mas sem abdicar de sua autoridade institucional (Dantas, 2020; Di Salvo, 2018).

Essa mutação funcional não implica substituição da atividade fiscalizatória tradicional, mas sua complementação por uma lógica cooperativa e prospectiva. A mediação permite que o controle externo atue antes da consolidação do ilícito ou do dano, favorecendo a correção de rumos, o alinhamento de expectativas e a prevenção de litígios judiciais ou arbitrais de alto custo institucional.

Nesse sentido, a consensualidade no TCU aproxima o controle externo da ideia de boa administração, ao privilegiar soluções eficientes, proporcionais e orientadas à efetiva realização do interesse público, em consonância com as diretrizes introduzidas pela LINDB (Brasil, 2018; Sundfeld, 2014).

A mediação institucionalizada no âmbito do Tribunal de Contas da União pode ser compreendida, ainda, como espaço de realização do acesso à justiça substancial no interior da Administração Pública. Ao favorecer a escuta das diferentes perspectivas envolvidas, a construção conjunta de soluções e a produção de decisões conscientes e juridicamente orientadas, a mediação permite que conflitos públicos complexos sejam tratados de forma mais adequada às necessidades dos envolvidos e às finalidades públicas subjacentes.

Ao assumir institucionalmente práticas consensuais, o Tribunal de Contas da União deixa de operar exclusivamente como instância repressiva e passa a se afirmar como espaço institucional de composição qualificada de controvérsias públicas. A experiência da mediação no TCU demonstra que o controle externo pode contribuir não apenas para a correção de ilegalidades passadas, mas também para a produção de decisões administrativas mais estáveis, legítimas e socialmente adequadas, orientadas à prevenção de conflitos, à promoção da segurança jurídica e ao incremento da eficiência administrativa.

4. CONSENSUALIDADE, CONTROLE E JUSTIÇA SUBSTANCIAL: POTENCIALIDADES E LIMITES DA MEDIAÇÃO NO TCU

A institucionalização da mediação no âmbito do Tribunal de Contas da União permite compreender a consensualidade administrativa não apenas como técnica de gestão de conflitos, mas como espaço qualificado de realização do acesso à justiça substancial no interior do controle externo.

Conforme desenvolvido nos capítulos anteriores, a mediação conduzida pelo TCU cria condições institucionais para a escuta das diferentes perspectivas envolvidas, para a construção conjunta de soluções e para a produção de decisões administrativas mais conscientes, contextualizadas e alinhadas às finalidades públicas, deslocando o eixo do controle de uma lógica exclusivamente sancionadora para uma racionalidade dialógica e preventiva (Almeida, 2024; Dantas, 2020).

Essa compreensão encontra respaldo em formulações que ampliam o conceito de acesso à justiça para além do Poder Judiciário. Nesse sentido, Cunha, Lages e Diz afirmam que "todo mecanismo que vise garantir e/ou proteger direitos fundamentais [...] deve ser concebido como instrumento de acesso à justiça, ainda que não esteja ligado ou se desenvolva no âmbito do Poder Judiciário" (Cunha; Lages; Diz, 2018, p. 231).

Nesse sentido, a mediação no TCU favorece a participação qualificada dos envolvidos, permitindo que gestores públicos, entes reguladores e particulares apresentem argumentos técnicos, econômicos e jurídicos relevantes para a compreensão integral do conflito. Diferentemente do controle tradicional, em que a decisão é construída de forma predominantemente unilateral, a mediação institucionalizada amplia as possibilidades de interlocução e reduz assimetrias decisórias, ao incorporar saberes especializados e informações contextuais que dificilmente seriam plenamente captadas em processos sancionadores retrospectivos (Di Salvo, 2018; Dantas, 2020).

A produção de soluções contextualizadas constitui outra potencialidade relevante da mediação no âmbito do TCU. Ao permitir a construção conjunta de alternativas, a consensualidade favorece decisões mais ajustadas às especificidades do caso concreto, especialmente em controvérsias envolvendo contratos complexos, políticas públicas estruturais e relações administrativas de longa duração. Nesse aspecto, a mediação contribui para a superação de respostas padronizadas e formalistas, frequentemente incapazes de lidar com a complexidade material dos conflitos públicos contemporâneos (Freitas, 2013).

Além disso, a mediação no TCU atua como mecanismo de redução da assimetria decisória entre o órgão de controle e os administrados. Ao deslocar parte do processo decisório para um espaço dialógico institucionalmente estruturado, a consensualidade permite maior equilíbrio na construção das soluções, sem eliminar a autoridade do controle externo. Esse aspecto é particularmente relevante sob a ótica do acesso à justiça substancial, na medida em que promove o protagonismo responsável dos sujeitos envolvidos e contribui para a legitimação social das decisões administrativas (Almeida, 2024; Di Salvo, 2018).

A superação da lógica puramente sancionadora, contudo, não significa a eliminação do controle, mas sua reorientação. A mediação no TCU possibilita uma atuação mais preventiva e prospectiva, voltada à correção de rumos e à prevenção de conflitos futuros, reduzindo a litigiosidade judicial e arbitral e promovendo maior estabilidade das relações administrativas. Nesse sentido, a consensualidade pode ser compreendida como instrumento de racionalização do poder sancionador, e não como sua negação (Dantas, 2020).

A compreensão da consensualidade como instrumento preventivo e racionalizador da atuação estatal não se limita ao âmbito do controle externo, mas tem sido observada também em outros contextos do Direito Público, nos quais métodos consensuais são concebidos como política pública voltada à redução da litigiosidade, à preservação de relações institucionais e à mitigação de assimetrias informacionais (Athayde; Rost; Ruas, 2024).

Não obstante essas potencialidades, a mediação no âmbito do controle externo apresenta limites teórico-jurídicos relevantes, que não podem ser ignorados.

Um primeiro risco diz respeito à captura do consenso, especialmente em contextos de elevada assimetria técnica, econômica ou informacional entre os envolvidos. A consensualidade, se mal estruturada, pode favorecer soluções que atendam de forma desproporcional a interesses privados em detrimento do interesse público, comprometendo a legitimidade do controle externo (Freitas, 2013; Sundfeld, 2014).

A adoção de práticas consensuais no âmbito do controle externo exige cautela, especialmente para evitar a instrumentalização da mediação como técnica de mera imposição disfarçada de consenso. Nesse sentido, Vezzulla alerta que "os diversos setores que sustentaram a organização social atual na base da imposição e do uso do poder procuram implementar uma mediação deformando a sua essência", o que compromete seu caráter emancipador e cooperativo (Araújo, 2022, p. 59).

A assimetria técnica e informacional constitui outro limite relevante. Mesmo em procedimentos consensuais, o desequilíbrio de capacidades entre os atores pode comprometer a efetividade da participação e a qualidade das soluções construídas. No âmbito do TCU, esse risco é mitigado, mas não eliminado, pela atuação das unidades técnicas e pela supervisão institucional do Tribunal, o que reforça a necessidade de critérios claros de admissibilidade, acompanhamento e validação das soluções consensuais (Dantas, 2020; Di Salvo, 2018).

Também se colocam desafios relacionados à transparência e ao controle social dos procedimentos consensuais. A mediação, por sua própria natureza, tende a operar com certo grau de confidencialidade, o que pode tensionar os princípios da publicidade e da accountability no âmbito da Administração Pública. A compatibilização entre confidencialidade procedimental e controle democrático exige soluções normativas cuidadosas, capazes de assegurar transparência suficiente quanto aos fundamentos, resultados e impactos das decisões consensuais, sem inviabilizar a dinâmica própria da mediação (Sundfeld, 2014; Binenbojm; Cyrino, 2021).

Por fim, há o risco de erosão da função de controle, caso a consensualidade seja utilizada de forma indiscriminada ou instrumental, como mecanismo de flexibilização indevida de deveres legais ou de renúncia a prerrogativas públicas. Esse risco reforça a necessidade de delimitação clara entre consenso legítimo e concessão incompatível com o interesse público, especialmente em um órgão constitucionalmente vocacionado à fiscalização e ao controle da Administração (Freitas, 2013; Dantas, 2020).

Diante desses limites, a mediação no TCU somente pode ser compreendida como dimensão legítima de acesso à justiça substancial se submetida a critérios normativos adequados de legitimação. O primeiro deles é a juridicidade reforçada, entendida como exigência de conformidade não apenas formal, mas material e constitucional da solução consensual, com adequada fundamentação jurídica e respeito aos direitos envolvidos (Binenbojm, 2014; Sundfeld, 2014).

A motivação qualificada constitui outro critério central.

As decisões resultantes de mediação devem explicitar, de forma transparente, as razões que justificam a solução adotada, os interesses considerados e os impactos esperados, permitindo o controle institucional e social da decisão consensual. A consensualidade não dispensa a motivação; ao contrário, exige uma motivação ainda mais densa, justamente por envolver escolhas negociadas (Sundfeld, 2014; Dantas, 2020).

A publicidade e a accountability também se apresentam como requisitos indispensáveis. Ainda que determinados momentos do procedimento possam ser reservados, o resultado final, seus fundamentos e seus efeitos devem ser públicos e passíveis de controle, assegurando que a mediação não se transforme em espaço opaco de decisão administrativa (Freitas, 2013; Rost, 2018).

Por fim, a legitimação do consensualismo no controle externo exige a delimitação clara entre consenso legítimo e renúncia indevida ao interesse público. A mediação no TCU deve operar como instrumento de densificação do interesse público, construído de forma dialógica e responsável, e não como mecanismo de flexibilização oportunista da legalidade ou de esvaziamento da função de controle (Di Salvo, 2018; Dantas, 2020).

A partir desses parâmetros, é possível afirmar que a mediação institucionalizada no Tribunal de Contas da União pode constituir uma via relevante de acesso à justiça substancial no âmbito administrativo, desde que praticada de forma juridicamente orientada, democraticamente controlada e institucionalmente responsável. Essa experiência revela o potencial de reconfiguração do controle externo em direção a uma atuação mais preventiva, participativa e qualificada, sem prejuízo da proteção do interesse público e da preservação da função constitucional do Tribunal de Contas.

5. CONCLUSÃO

A Administração Pública Consensual não constitui mero expediente pragmático de gestão ou técnica acessória de desjudicialização, mas expressão de uma transformação mais profunda na racionalidade do Direito Administrativo contemporâneo. Ao deslocar o eixo da atuação estatal da imperatividade unilateral para processos decisórios dialogicamente estruturados, a consensualidade revela-se juridicamente relevante tanto para a qualificação das decisões administrativas quanto para a redefinição do próprio conceito de acesso à justiça.

No plano teórico, demonstrou-se que o acesso à justiça não se reduz à possibilidade formal de provocação do Poder Judiciário, devendo ser compreendido em chave substancial, como experiência jurídico-institucional que envolve participação efetiva, compreensão do processo decisório e corresponsabilização dos sujeitos na construção das soluções. Essa ampliação conceitual permite reconhecer que a justiça pode ser realizada também no interior da Administração Pública, desde que os processos decisórios sejam estruturados de modo a assegurar racionalidade, transparência e proteção dos direitos envolvidos.

Nesse contexto, a mediação institucionalizada no âmbito do Tribunal de Contas da União emerge como experiência paradigmática de reconfiguração do controle externo. A criação da SecexConsenso e a normatização de procedimentos de solução consensual evidenciam o deslocamento do TCU de uma atuação exclusivamente retrospectiva e sancionadora para uma lógica preventiva, cooperativa e prospectiva, voltada à construção de soluções juridicamente estáveis para controvérsias públicas complexas. Longe de representar abdicação da função de controle, a mediação no TCU revela a possibilidade de exercício qualificado da autoridade, orientado pela boa administração, pela segurança jurídica e pela eficiência institucional.

A análise crítica das potencialidades e limites dessa experiência permitiu afirmar que a mediação no controle externo pode efetivamente constituir uma via de acesso à justiça substancial, desde que submetida a critérios normativos adequados de legitimação. A juridicidade reforçada, a motivação qualificada, a publicidade e a accountability, bem como a delimitação clara entre consenso legítimo e renúncia indevida ao interesse público, apresentam-se como parâmetros indispensáveis para evitar a captura do consenso, a assimetria decisória e a erosão da função constitucional de controle.

Dessa forma, a mediação no TCU não deve ser compreendida como flexibilização oportunista da legalidade, mas como mecanismo de densificação do interesse público, construído de maneira dialógica e responsável no interior de processos institucionais controlados. Ao reconhecer a Administração Pública Consensual como dimensão de acesso à justiça substancial, este artigo contribui para o debate sobre os novos contornos do controle externo e para a construção de um Direito Administrativo mais responsivo à complexidade dos conflitos públicos contemporâneos, sem renunciar aos compromissos fundamentais com a juridicidade, a democracia e a proteção do interesse público.

A recente institucionalização da mediação no âmbito do Tribunal de Contas da União indica, ainda, a abertura de um campo promissor para investigações futuras. Pesquisas empíricas e estudos de acompanhamento institucional poderão avaliar, com maior precisão, os impactos da atuação consensual do TCU sobre a redução da litigiosidade, a qualidade das decisões administrativas, a segurança jurídica e a dinâmica do controle externo. Do mesmo modo, análises comparativas entre diferentes experiências de consensualidade administrativa no Brasil e no exterior podem contribuir para o aperfeiçoamento dos parâmetros normativos e democráticos aqui propostos, consolidando a mediação como instrumento legítimo de acesso à justiça substancial no âmbito da Administração Pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Débora Lorena Freire Batista de. A educação jurídica sob a perspectiva da mediação: uma dimensão de acesso à justiça substancial. 2024. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

ARAÚJO, André Carias de. Juan Carlos Vezzulla: a arte da mediação: em depoimento a André Carias de Araújo. Florianópolis: Emais, 2022.

ATHAYDE, Amanda; ROST, Maria Augusta; RUAS, Cynthia. Dispute boards na forma como o país lida com disputas contratuais. Consultor Jurídico (ConJur), 6 ago. 2024. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2024-ago-06/consensualismo-e-dispute-boards-dbs-primeiras-linhas/. Acesso em: 24 out. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. Brasília, DF: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF: Presidência da República, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 14 dez. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022. Institui procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Brasília: TCU, 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CUNHA, Maria Neusa Fernandes da; LAGES, Cintia Garabini; DIZ, Jamile B. Mata. Revisitando a concepção de acesso à justiça a partir da obra de Cappelletti e Garth. Revista Jurídica (FURB), v. 22, n. 47, p. 219–252, out. 2018. Disponível em: https://bu.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/7223. Acesso em: 9 jul. 2024.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, p. 261–280, 2020.

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

DI SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom. Mediação na Administração Pública Brasileira: o desenho institucional e procedimental. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 14. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

ROST, Maria Augusta. Arbitragem como política pública. São Paulo: Almedina Brasil, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

WATANABE, Kazuo. Mediação: um projeto inovador. In: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Cadernos do CEJ. Brasília: CJF, 2002. v. 22.

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). Mediação e gerenciamento do processo. São Paulo: Atlas, 2008

PARTE 3

CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES ALTERNATIVAS

Dispute Boards e Mecanismos de Prevenção de Litígios

A SECEXCONSENSO NA PROMOÇÃO DE DISPUTE BOARDS

Kelly Oliveira de Araújo

RESUMO

O dispute board (DB), ou Comitê de Resolução de Disputas, é uma ferramenta de governança contratual criada para prevenir e solucionar conflitos de forma célere e tecnicamente qualificada, conflitos surgidos durante a execução de projetos complexos de infraestrutura, assegurando a continuidade contratual. Originado nos EUA na década de 1960 e difundido globalmente, o DB consolidou-se como mecanismo preventivo e de baixo custo.

No Brasil, sua incorporação expressa pela Lei nº 14.133/2021 insere-se no movimento contemporâneo de consensualidade administrativa, que também se materializa, no âmbito do controle externo, institucionalização da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) do Tribunal de Contas da União (TCU). Embora ambos os instrumentos tenham como finalidade o aumento da eficiência administrativa e o fortalecimento da segurança jurídica na tutela do interesse público, sua efetiva implementação ainda enfrenta entraves significativos.

Destacam-se, nesse sentido, a persistência da cultura do litígio e o hiperativismo do controle, fatores que contribuem para a paralisia decisória dos gestores públicos e impõem o denominado "Direito Administrativo do Medo". Diante desse cenário, o artigo analisa, sob perspectivas dogmática, normativa e empírica, em que medida a SecexConsenso pode atuar como mecanismo complementar — ou mesmo funcionalmente análogo — aos dispute boards, especialmente na prevenção de litígios em contratos de infraestrutura.

Sustenta-se que, apesar da expressiva convergência estrutural entre os institutos, sua efetividade permanece condicionada à superação de barreiras culturais e institucionais, exigindo uma mudança de mentalidade no âmbito da Administração Pública e dos órgãos de controle quanto ao reconhecimento da legitimidade e da autoridade das soluções consensuais.

Palavras-chave: Dispute Board (DB); Comitê de Resolução de Disputas (CRD); SecexConsenso; Tribunal de Contas da União (TCU); Consensualismo Administrativo; Governança Contratual.

INTRODUÇÃO

O Dispute Board (DB), ou Comitê de Resolução de Disputas (CRD), constitui uma ferramenta estratégica de gestão e governança contratual, essencial para a continuidade e eficiência de projetos complexos, notadamente setores de engenharia e infraestrutura. Com origem nos Estados Unidos na década de 1960, os DBs são comitês formados por especialistas imparciais que atuam na prevenção e na resolução célere de controvérsias que surgem durante a vigência do contrato[1].

No Brasil, o instituto foi formalmente incorporado pela Lei nº 14.133/2021, integrando um movimento mais amplo de consensualização da Administração Pública, orientado à eficiência, à previsibilidade e ao fortalecimento da segurança jurídica na gestão contratual. Em paralelo, no âmbito do controle externo, o Tribunal de Contas da União (TCU) institucionalizou a solução consensual de controvérsias relevantes por meio da criação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso), com fundamento na Instrução Normativa TCU nº 91/2022.

É nesse cenário que o presente artigo se insere, buscando responder à seguinte pergunta de pesquisa: em que medida as decisões e acordos mediados pela SecexConsenso em casos de infraestrutura contribuem para a promoção e o fortalecimento dos dispute boards como instrumentos de prevenção de litígios na Administração Pública brasileira? Parte-se da hipótese de que a SecexConsenso apresenta potencial estrutural e funcional para atuar como mecanismo complementar — e, em certos aspectos, até análogo — aos dispute boards, ao conferir validação institucional, segurança jurídica e racionalidade econômica às soluções técnicas consensuais, desde que superadas barreiras normativas, culturais e organizacionais ainda persistentes.

Portanto, o texto examina a convergência estrutural entre a lógica técnica e preventiva dos DBs e a atuação dialógica da SecexConsenso, ressaltando que o êxito desses mecanismos depende fundamentalmente da superação da mentalidade litigante dos administradores e órgãos de controle, que devem reconhecer a autoridade e o valor das decisões técnicas consensuais para garantir a segurança jurídica e a efetividade do interesse público.

1. ORIGEM E CONTEXTO HISTÓRICO DO DISPUTE BOARD

Nesta seção, é apresentado o alicerce teórico do Dispute Board (DB), abordando, no item 1.1, a origem, a evolução histórica, o conceito, os diferentes tipos de DB, bem como seu funcionamento prático e as vantagens estratégicas que o tornam uma ferramenta eficaz na gestão de conflitos contratuais de longa duração.

---

[1] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 201.

No item 1.2, é explorado o contexto de aplicação e a relevância dos DBs no cenário da Administração Pública brasileira.

A necessidade de encontrar soluções céleres e técnicas para os complexos conflitos inerentes a grandes projetos de engenharia e construção deu origem ao dispute board (DB), ou Comitê de Resolução de Disputas (CRD), que surgiram como uma ferramenta de gestão e governança contratual, especialmente em projetos complexos e de longa duração. Seu objetivo primordial é garantir a continuidade e a eficiência da execução do contrato, atuando tanto na prevenção quanto na solução de controvérsias. De acordo com Barreto[2]:

[...] Os dispute boards são comitês formados por especialistas que, via de regra, trabalham na prevenção e na resolução de disputas que surgirem durante a vigência de uma relação contratual, de modo a facilitar a efetivação do contrato e a continuidade dos negócios que o compõem, evitando que eventuais conflitos atrapalhem o seu bom desenvolvimento.

A origem dos DB pode ser rastreada até a figura do "engenheiro" nos contratos de construção dos séculos XIX e XX, que detinha poder decisório. No entanto, a subordinação deste profissional ao contratante gerava conflitos de interesse, o que levou à evolução para um modelo de comitê independente e imparcial.

O primeiro relato de uso do método foi nos Estados Unidos (EUA), na década de 1960, a partir da experiência do Joint Consulting Board com o projeto Boundary Dam, o instrumento foi institucionalizado em 1972 após um estudo do National Comittee on Tunnelling Technology, que alertava sobre as consequências indesejadas dos conflitos em projetos subterrâneos.

A consolidação do instituto ocorreu em projetos internacionais a partir da década de 1970. A primeira aplicação oficial desse método foi em 1975, com o Dispute Review Board (DRB), estabelecido para a construção do Eisenhower Tunnel, no Colorado. O sucesso dessa experiência levou à difusão do método nos EUA e, posteriormente, no mundo.[3]

A década de 1990 foi um marco para a difusão global do mecanismo, impulsionada por três iniciativas determinantes, conforme Silva Neto, citado por Possato[4]:

[...] (i) em 1995, a exigência pelo Banco Mundial da sua previsão nos projetos por ele financiados; (ii) a previsão pela FIDIC em 1996 dos dispute boards como método preferencial de resolução de disputas quando da revisão das condições para seus contratos-padrão; e (iii) a publicação no Reino Unido em 1996 do UK Adjudication Act, que requereu que boa parte dos contratos de construção no Reino Unido previsse um mecanismo de adjudicação semelhante.

---

[2] BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. Consensualidade Administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras. Fortaleza, 2018, p. 103.
[3] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 201.
[4] POSSATO, Karim Regina Nascimento. Os dispute boards e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. São Paulo, 2024, p. 125.

1.1. Conceito e Tipos de Dispute Board

Os DBs, também denominados Comitês de Resolução de Disputas (CRD)[5], são uma forma de solução alternativa de conflitos que se distingue pela sua natureza contratual, preventiva e técnica, auxiliando as partes para evitar ou superar quaisquer divergências ou litígios que possam surgir durante a execução do contrato[6].

Eles são organismos independentes compostos em número ímpar, geralmente, por um ou três membros, e estabelecidos mediante a assinatura ou início da execução de um contrato de médio ou longo prazo. Os membros são especialistas imparciais, independentes e de confiança das partes, normalmente engenheiros, advogados, arquitetos ou consultores, que devem atuar com diligência, discrição, imparcialidade e competência.[7]

Os custos dos DBs são considerados baixos em comparação com a arbitragem (variando entre 0,05% e 0,25% do custo final do contrato) e são divididos igualmente entre as partes.[8]

A classificação deles varia conforme o caráter vinculativo de suas conclusões[9]

a)Dispute Review Board (DRB) – emite recomendações não obrigatórias. Se as partes não manifestarem insatisfação no prazo estipulado, geralmente 30 dias, a recomendação pode se tornar definitiva e vinculativa;

b)Dispute Adjudication Board (DAB) – emite decisões vinculantes (obrigatórias). A decisão deve ser cumprida imediatamente, mas a parte pode recorrer ao Juízo Arbitral ou Judicial em caso de insatisfação, geralmente no prazo de 30 dias;

c)Combined Dispute Board (CDB) – combina as funções, podendo emitir tanto recomendações quanto decisões, dependendo da natureza da disputa ou do acordo entre as partes.

Os DBs também podem ser classificados de acordo com o momento em que são instalados:

a)Permanente (Full Term) – é formado no início do contrato e acompanha toda a execução. Esta é a modalidade mais recomendada e eficaz, pois potencializa o caráter preventivo;

b)Ad Hoc – é formado somente após a instauração de uma controvérsia específica. Embora mais econômico em contratos menores, perde a característica preventiva e tem sua capacidade de emitir pareceres céleres reduzida, pois os membros precisam se inteirar da realidade da obra após o surgimento do problema.[10]

---

[5] Ibid., p. 102.
[6] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI, Florianópolis, 2020, 102.
[7] Ibid., p. 202.
[8] Ibid., p. 205.
[9] Ibid., p. 202

O funcionamento dos DBs é desenhado para ser um instrumento de governança contratual, focando na continuidade da execução do projeto e na minimização dos custos associados ao conflito.[11]Eles acompanham os projetos desde o início, recebendo relatórios e realizando visitas técnicas periódicas. Ao acompanhar continuamente a execução, o DB evita que os julgadores (que chegam tardiamente no litígio tradicional) tenham um conhecimento distorcido da realidade da obra.[12]

Suas funções básicas incluem identificar potencial conflito e encorajar a autossolução; intervir com assistência informal (diálogo, reuniões separadas, opiniões informais); determinar a disputa formalmente por recomendação ou decisão.

Mesmo quando a decisão é vinculante (DAB), ela não possui a força de título executivo judicial, mas sim força obrigatória contratual, ou seja, o cumprimento deve ser imediato, mas a parte pode recorrer à via arbitral ou judicial.[13]

Oferecer soluções tempestivas é uma das vantagens dos DBs, pois os conflitos são resolvidos em tempo real, evitando a paralisação da obra e o desgaste entre as partes, que poderiam levar à rescisão. As estatísticas globais indicam que mais de 98% dos casos que chegam ao DB perduram até o fim do projeto sem serem questionados judicial ou arbitralmente. Em cerca de 60% dos casos de DBs, as disputas são resolvidas de forma negociada antes de chegarem a uma decisão formal do comitê. Assim, o custo-benefício desse mecanismo é altamente favorável, uma vez que o custo de um DB varia de 0,05% a 0,25% do valor do contrato, enquanto a arbitragem pode custar até 5% e demanda muito mais tempo.[14]

1.2. Disputes Boards no Contexto da Administração Pública Brasileira

A adoção dos DBs pela Administração Pública brasileira insere-se no movimento de consensualidade administrativa e da busca por maior eficiência na gestão de contratos complexos, como os de infraestrutura.[15] Embora a possibilidade de uso de arbitragem em contratos administrativos já fosse discutida e aplicada, especialmente por sociedades de economia mista, a legalização dos DBs ocorreu principalmente através de normas que incentivam os métodos alternativos de solução de conflitos (MASCs)[16].

Antes da regulamentação específica dos DBs, a possibilidade de sua adoção pela Administração Pública encontrava respaldo na legislação que permitia o uso de meios alternativos, como a Arbitragem, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.[17] A Lei nº 13.129/2015, que alterou a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), autorizou explicitamente o Poder Público a se submeter ao juízo arbitral.

---

[10] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 204.

[11] POSSATO, Karim Regina Nascimento. Os dispute boards e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. São Paulo, 2024, p. 129.

[12] BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. Consensualidade Administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras. Fortaleza, 2018, p. 102-103.

[13] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 204-205.

[14] BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. Consensualidade Administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras. Fortaleza, 2018, p. 110.

[15] BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. Consensualidade Administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras. Fortaleza, 2018, p. 119.

As Lei nº 8.987/1995 (Lei de Concessões) em seu art. 23-A, e a Lei nº 11.079/2004 (Lei de Parceria Público-Privada), art. 11, III, que autorizaram expressamente o uso de mecanismos privados para solução de controvérsias. O Comitê de Resolução de Disputas (CRD), por sua vez, foi formalmente internalizado pela Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) [18], sendo listado como um dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias.

Os DBs podem ser aplicados a controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, com exemplos expressos na Nova Lei de Licitações, tais como: restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações e cálculo de indenizações[19]. Esse avanço normativo foi acompanhado por posicionamentos institucionais relevantes, como do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que firmou entendimento favorável à arbitragem com o Poder Público[20]. E o Conselho da Justiça Federal (CJF), por meio de enunciados, reconheceu os DBs como método de solução consensual e recomendou sua inserção em contratos de construção ou obras de infraestrutura para prevenção de litígios[21].

No plano municipal, diversos entes federativos regulamentaram o instituto como São Paulo (SP) que foi pioneiro ao regulamentar, por meio da Lei Municipal nº 16.873/2018, o uso de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (CPSD) em contratos administrativos continuados. Em 2020, Belo Horizonte (MG) autorizando o uso dos comitês pela administração direta e indireta por meio da Lei municipal nº 11.241, assim como Sorocaba (SP), que, no mesmo ano, regulamentou a utilização dos comitês em contratos administrativos continuados por meio da Lei municipal nº 12.235[22].

Mais recentemente, destaca-se a Lei Complementar nº 285/2025[23], do Município do Rio de Janeiro, que representa avanço qualitativo relevante ao disciplinar, de forma sistemática e detalhada, a utilização dos dispute boards nos contratos administrativos municipais, especialmente naqueles de maior vulto, complexidade técnica e impacto econômico.

---

[16] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 208-210.
[17] PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa, 2016.
[18] SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos & CHIANCA, Marconi Queiroz de Medeiros. O uso dos dispute boards voltado ao reequilíbrio contratual de grandes obras de infraestrutura: uma análise a partir dos relatórios de obras paralisadas do TCU e do TCE-SP. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 284, n. 1, p. 245-271, jan./abr. 2025, p. 260.
[19] Ibid., p. 261.
[20] EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patricia; RAMOS, Rafael (org.). Consensualidade na administração pública. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022, p. 41-42.
[21] LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVIII, n. 87, p. 57-67, jan./jun. 2024, p. 65.
[22] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 210.
[23] Lei Complementar n.º 285, de 1º de setembro de 2025 do Município do Rio de Janeiro, publicado DCM em 02/09/2025, pág. 2-3. Vide em: https://www.camara.rio/atividade-parlamentar/legislacao/municipal/leis-complementares

A norma carioca não se limitou a autorizar expressamente a adoção dos Comitês de Resolução de Disputas, mas estabeleceu parâmetros normativos mínimos relativos à sua composição, ao momento de instauração, ao funcionamento procedimental e aos efeitos das manifestações do comitê, reforçando o caráter preventivo, técnico e endocontratual do instituto. Ao conferir maior densidade normativa e previsibilidade jurídica aos dispute boards.

No âmbito regulatório, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) disciplinou o tema por meio da Resolução nº 6.040/2024, após determinação do TCU, aplicando-se a contratos de concessão de rodovias e ferrovias[24].

A decisão ou recomendação do DB tem natureza estritamente contratual e não jurisdicional. Portanto, não possui, em regra, a força de título executivo, diferentemente da sentença arbitral[25]. Apesar da falta de título executivo, a vinculação imediata das partes às decisões adjudicatórias é uma característica essencial. O descumprimento de uma decisão do DB acarreta o descumprimento contratual, dando margem à parte prejudicada recorrer à arbitragem ou à via judicial para forçar a execução[26].

As regulamentações podem prever um prazo decadencial, como ocorre na lei de Belo Horizonte, que estabelece 30 dias, para que a parte insatisfeita conteste a decisão do DB, e, encerrado o prazo, a decisão se torna final e vinculante, reforçando a segurança jurídica[27].

O Tribunal de Contas da União (TCU), historicamente reticente ao uso da arbitragem, evoluiu para adotar uma postura mais flexível e, por fim, institucionalizou o Processo de Solução Consensual (PSC)[27]. Inicialmente, o Tribunal proibia a arbitragem em contratos administrativos por ausência de lei específica e ofensa ao princípio da indisponibilidade do interesse público.[29]

Contudo, a evolução institucional também alcançou o Tribunal de Contas da União. Historicamente reticente quanto ao uso de mecanismos privados de solução de controvérsias, a Corte de Contas passou a adotar postura mais flexível, culminando na institucionalização do Processo de Solicitação de Solução Consensual, por meio da Instrução Normativa TCU nº 91/2022, e na criação da SecexConsenso. A doutrina argumenta que dispor de direitos patrimoniais (em contrato ou em acordo) não se confunde com dispor do interesse público.[30]

---

[24] ATHAYDE, Amanda; RUAS, Cynthia; ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: O que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro? Migalhas, [S. l.], 29 ago. 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/414217/o-que-a-experiencia-recente-da-antt-pode-sinalizar-de-tendencia.
[25] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 204-205.
[26] POSSATO, Karim Regina Nascimento. Os dispute boards e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. São Paulo, 2024, p. 129.
[27] Idem, p. 162
[28] PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa, 2016, p. 172-173.
[29] Ibid., p. 179-180.
[30] Ibid., p. 192.

Assim, a Corte de Contas passa a atuar como um interveniente anuente ou mediador técnico, avaliando a proposta consensual em um juízo de juridicidade ampla (legalidade, economicidade, conveniência e oportunidade).[31]

Com essa intervenção, o TCU busca encurtar a distância entre a pactuação e o controle, promovendo ajustes técnicos e cooperativos para mais segurança jurídica e eficiência. Além disso, os acordos homologados pelo Tribunal geram maior segurança jurídica, resguardando os gestores de futuras ações fiscalizatórias.[32]

Nesse cenário, os dispute boards assumem papel relevante como instrumentos endocontratuais de prevenção de conflitos, cuja lógica se harmoniza com a atuação consensual do controle externo. Conforme demonstrado pela literatura recente, especialmente no estudo de Gomes, Campiteli e Souza (2025), a utilização adequada dos DBs pode contribuir para mitigar o chamado "Direito Administrativo do Medo", ao reduzir a incerteza decisória, promover soluções tecnicamente fundamentadas e fortalecer a confiança institucional na execução de contratos públicos complexos.

2. CONVERGÊNCIAS ESTRUTURAIS ENTRE A SECEXCONSENSO E O DISPUTE BOARD

Nesta seção, é analisado o panorama atual da Administração Pública apresentando, no item 2.1, o contexto e a virada consensual nela observada, que reflete a transição de um modelo unilateral para uma lógica mais dialógica e cooperativa, buscando eficiência e segurança jurídica. Em seguida, no item, 2.1.1, é detalhada a regulamentação específica da SecexConsenso como instrumento do TCU. Por último, no item 2.2, são identificadas e discutidas as convergências estruturais e a complementaridade existentes entre o modelo de atuação da SecexConsenso e a lógica de funcionamento dos DB, demonstrando como a atuação do TCU pode fomentar a utilização desses mecanismos.

A Administração Pública brasileira tem passado por processo de transição de um modelo estritamente unilateral para uma lógica mais dialógica e cooperativa. Esse movimento, amplamente descrito pela doutrina contemporânea, está associado à busca por maior eficiência, racionalidade econômica, previsibilidade decisória e redução da litigiosidade estatal, especialmente em contextos de elevada complexidade técnica e contratual.

2.1. Contexto e a Virada Consensual na Administração Pública

A Administração Pública brasileira tem transitado de um modelo tradicional, marcado pela unilateralidade e verticalidade dos atos administrativos, para uma estrutura mais gerencial e dialógica. Essa transformação foi impulsionada pela busca por maior eficiência e segurança jurídica, visando superar a lentidão e os altos custos associados à litigiosidade excessiva do Estado.

---

[31] FORNI, João Paulo Gualberto. A Consensualidade no TCU: fundamentos teóricos, enquadramento jurídico, oportunidades de aperfeiçoamento e riscos associados. Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. 2º Lugar na categoria Tribunais de Contas. Brasília, 2024, p. 24.

[32] DANTAS, Bruno. Consensualismo, Eficiência e Pluralismo Administrativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020, p. 275. Disponível em: http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304.

Nesse contexto, tanto o DB quanto a SecexConsenso são reflexos diretos da evolução do Direito Administrativo brasileiro, que busca romper com a postura unilateral e impositiva tradicional em favor dessa administração dialógica e orientada a resultados.

O DB é visto como uma ferramenta eficaz que visa à manutenção do equilíbrio contratual e evita o aumento de custos e a paralisação de obras, promovendo a continuidade dos projetos[33]. A SecexConsenso, por sua vez, foi instituída para contribuir com a efetividade das políticas públicas e a segurança jurídica de soluções céleres, buscando aumentar a eficiência e a economicidade do Estado, atuando como instância de mediação técnica no âmbito do controle externo. Nesse sentido, Gustavo Justino, durante sua participação no 2º Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública realizado em 1º de dezembro deste ano, ressaltou que:

É muito importante que tenhamos todos bem claro a premissa de que o consensualismo não duela com a juridicidades, ele não duela com a legalidade, ele não é um antagonista da legalidade. Ele só existe à luz da legalidade ampla, que é a juridicidade.[34].

Ambos os mecanismos se ancoram em uma leitura funcional do interesse público, compatível com a concepção defendida por Bruno Dantas, segundo a qual o consensualismo administrativo não enfraquece o controle, mas o qualifica, ao permitir decisões mais informadas, eficientes e socialmente responsivas[35]. Nesse sentido, o autor sustenta que a consensualidade constitui elemento central de um modelo administrativo pluralista, capaz de lidar com múltiplos interesses legítimos sem recorrer automaticamente à lógica sancionatória.

O ordenamento jurídico brasileiro passou a fornecer bases normativas explícitas para essa transformação, especialmente com o Código de Processo Civil de 2015 — que consagra a cooperação e a autocomposição como princípios estruturantes — e com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que exige do intérprete consideração das consequências práticas das decisões administrativas.

No âmbito do controle externo, o Tribunal de Contas da União (TCU), embora inicialmente hesitante em relação aos métodos extrajudiciais, institucionalizou a cultura consensualista em seu âmbito por meio da Instrução Normativa (IN) nº 91/2022. Ao criar a SecexConsenso, o Tribunal buscou se alinhar a essa tendência, reconhecendo que o princípio da indisponibilidade do interesse público pode ser modulado à luz do princípio da eficiência, desde que a solução negociada seja a mais vantajosa economicamente e socialmente[36].

---

[33] SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos & CHIANCA, Marconi Queiroz de Medeiros. O uso dos dispute boards voltado ao reequilíbrio contratual de grandes obras de infraestrutura: uma análise a partir dos relatórios de obras paralisadas do TCU e do TCE-SP. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 284, n. 1, p. 245-271, jan./abr. 2025, p. 24.
[34] BRASIL. Tribunal de Contas de União. 2º Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública – Tarde, 2025. 1 vídeo (3h9min26s). Canal do Tribunal de Contas da União no YouTube, 1º dez. 2025, minuto 00:36:13. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=0h9WLS_WsYM.
[35] DANTAS, Bruno. Consensualismo, Eficiência e Pluralismo Administrativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, p. 261-280, jun./set. 2020, p. 269. Disponível em: http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304.
[36] POMPERMAYER, Marina de Souza; SILVA, Ellen Mara Alves; FIGUEIREDO, Nathalia Carvalho. A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir

Nesse ponto, Pompermayer, Silva e Figueiredo observam que, no âmbito da SecexConsenso, o próprio Tribunal passa a exercer simultaneamente funções de mediação técnica e de controle externo, o que representa uma inflexão relevante no papel tradicional das cortes de contas[37].

2.1.1. Regulamentação da SecexConsenso

A atuação do TCU no que tange à resolução de conflitos e à gestão de processos de ressarcimento ao erário tem sido modernizada por um conjunto de instruções normativas (INs) e regulamentações específicas da SecexConsenso.

A IN nº 91/2022, além de formalmente instituir a SecexConsenso, também define os critérios de admissibilidade e o fluxo processual das SSC, sendo a base do trabalho da secretaria. Posteriormente, essa norma foi significativamente aprimorada pela Instrução Normativa TCU nº 101, de 5 de novembro de 2025, que promoveu maior abertura e rigor nos procedimentos de consenso. Os principais aprimoramentos incluem:

a)Ampliação da legitimidade – estendeu-se a possibilidade de solicitar a solução consensual para os dirigentes máximos de empresas estatais, além dos órgãos e entidades da Administração Pública federal; Transparência – o requerimento de instauração do consenso passou a ser, por padrão, público;

b)Requisitos – foram reforçados os requisitos para a admissibilidade, exigindo-se a demonstração fundamentada da vantajosidade e da juridicidade da solução proposta, além de exigir participação social prévia em casos que afetem serviços públicos.

Em paralelo, a Instrução Normativa TCU nº 98, de 27 de novembro de 2024, modernizou as regras da Tomada de Contas Especial (TCE), revogando a Instrução Normativa TCU nº 71, de 27 de novembro de2012, que estabelecia os procedimentos de instauração, organização e encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial.

O ponto crucial de conexão com a SecexConsenso é que a IN nº 98/2024 introduziu o Capítulo VI sobre a Solução Consensual no âmbito da TCE. Isso significa que o mecanismo de consenso pode ser utilizado para buscar o ressarcimento do dano ao erário em processos de TCE de forma mais célere e negociada. A IN nº 98/2024 também ajustou outros pontos, como o aumento do valor mínimo para a dispensa da instauração de TCEs.

Para garantir que os procedimentos acima sejam executados de forma eficaz, o TCU utiliza a Portaria SecexConsenso nº 1, de 1º de julho de 2025, instrumento interno que detalha a estrutura, as competências e as diretrizes de atuação da própria secretaria, assegurando que ela esteja organizada e apta a conduzir os fluxos e as negociações conforme as instruções normativas.

---

conflitos relacionados à administração pública: a prática do consensualismo no tribunal de contas da união a partir da Instrução Normativa 91/2022, desafios e perspectivas. Prêmio Ministro Guilherme Palmeira. Monografia qualificada em 1º lugar categoria Sociedade Civil.

[37] Ibid., p. 30.

2.2. Convergências Estruturais e Complementaridade entre SecexConsenso e Dispute Boards

A SecexConsenso e os dispute boards operam em momentos distintos do ciclo contratual, mas apresentam convergências estruturais relevantes. Ambos se concentram em contratos de elevada complexidade técnica, materialidade econômica e risco institucional, especialmente concessões e grandes obras de infraestrutura.

Os dois institutos podem ser vistos como ferramentas de governança[38]. Sob a perspectiva funcional, podem ser compreendidos como instrumentos de governança. Os dispute boards atuam no plano endocontratual, acompanhando a execução e mitigando riscos em tempo real, enquanto a SecexConsenso exerce função de controle externo consensual, validando juridicidade, economicidade e aderência ao interesse público de soluções de alto impacto.

A Comissão de Solução Consensual (CSC), o órgão operacional da SecexConsenso, é composta por, no mínimo, um servidor da SecexConsenso, um representante da unidade de auditoria especializada do TCU e representantes dos órgãos solicitantes, podendo incluir participação de representantes de particulares (empresas) e especialistas externos. Essa estrutura dialogada, que busca por consenso para questões tipicamente técnicas e econômico-financeiras – como o reequilíbrio contratual –, guarda forte similitude funcional com os dispute boards, especialmente no que se refere à redução de assimetrias informacionais e à centralidade da expertise técnica.

A CSC também lida com a mitigação da assimetria de informação através de intensos debates, troca de informações, compartilhamento de experiências e análises de documentos, sendo o auditor a "testemunha ocular" das tratativas.

A literatura crítica aponta que essa articulação contribui para enfrentar o fenômeno do chamado "Direito Administrativo do Medo", descrito por Sundfeld e Câmara como o ambiente institucional em que o temor de responsabilização paralisa a tomada de decisões administrativas legítimas[39]. Ao oferecer validação técnica e institucional às soluções consensuais, a SecexConsenso reforça a autoridade das decisões construídas no âmbito dos dispute boards, reduzindo a incerteza e fortalecendo a confiança decisória dos gestores.

A sinergia entre essa ferramenta de gestão contratual e o órgão de consenso resulta em uma execução mais eficaz e célere dos contratos públicos, alinhando controle e prevenção. Os DBs geram pareceres e decisões técnicas em tempo real que, mesmo não sendo títulos executivos por sua natureza contratual, servem como forte subsídio probatório e técnico para a Administração Pública negociar e justificar acordos complexos posteriormente. Isso pode facilitar a atuação da SecexConsenso em casos de reequilíbrio.

Esse alinhamento foi recentemente reconhecido pelo próprio Tribunal de Contas da União, que, no Acórdão nº 2.191/2025-Plenário, recomendou a adoção de dispute boards permanentes e

---

[38] POSSATO, Karim Regina Nascimento. Os dispute boards e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. São Paulo, 2024, p. 214-215.

[39] SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Direito Administrativo do Medo.

vinculantes em contratos de empresas estatais, destacando seu potencial para ampliar a eficiência contratual e a obtenção de propostas mais vantajosas. Trata-se de sinal inequívoco de convergência entre a lógica preventiva dos DBs e a atuação consensual do controle externo. Essa recomendação sinaliza o alinhamento do controle externo com a visão preventiva do DB como mecanismo de gestão[40].

3. CASOS PRÁTICOS QUE INCORPORAM LÓGICAS DE DISPUTE BOARDS

Esta seção apresenta uma análise empírica para ilustrar o alcance e os desafios dos mecanismos consensuais na prática. No item 3.1, são abordados casos práticos de aplicação e desafios no setor público que revelam o tensionamento entre os DBs e a atuação tradicional dos órgãos de controle. No item 3.2, são examinados casos de solução consensual que demonstram o impacto econômico e social positivo da atuação do TCU como mediador técnico. Por fim, no item, 3.3, é detalhada a experiência de implementação do DB no contexto da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), fornecendo uma visão concreta da sua operacionalização e dos resultados alcançados.

A análise de casos concretos permite compreender, para além do plano normativo, o alcance real e os limites dos mecanismos consensuais na Administração Pública brasileira. Experiências envolvendo dispute boards em grandes obras de infraestrutura, bem como soluções consensuais conduzidas no âmbito do TCU por meio da SecexConsenso, evidenciam o potencial desses instrumentos para prevenir litígios e assegurar a continuidade de políticas públicas relevantes.

Ressalta-se que, por se tratar de um tema ainda recente, será considerada nesta análise o recorte temporal da virada consensual da última década, com ênfase nas atualizações normativas mais recentes do TCU. Além disso, foram escolhidos selecionados casos economicamente relevantes e com impacto na segurança jurídica.

3.1. Casos Práticos de Aplicação e Desafios no Setor Público

A incorporação dos *dispute boards* na Administração Pública federal e subnacional, embora crescente, enfrentou resistência e revelou a necessidade de mudança cultural por parte de gestores e órgãos de controle. Contudo, a validade e a eficácia desse método como ferramenta de resolução de controvérsias têm sido progressivamente reconhecidas por diversas instâncias do judiciário e por entidades de mediação e arbitragem no Brasil.

O uso de DBs é evidenciado em grandes obras de infraestrutura, nas quais a resolução rápida de conflitos é crucial para a continuidade dos projetos. Esses casos dialogam diretamente com a concepção de consensualismo administrativo apresentada por Bruno Dantas, para quem a Administração Pública contemporânea passa a ser marcada pela superação da imperatividade unilateral em favor de um modelo pautado no diálogo, na negociação, na cooperação e na

[40] DUQUE, Gabriela. Quem tem medo dos Dispute Boards? O TCU não mais. In: JOTA. Coluna Controle Público, 29 out. 2025. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-tem-medo-dos-dispute-boards-o-tcu-nao-mais.

coordenação, sem abdicar da autoridade estatal, mas temperando-a pela lógica do consenso[41].

A. Rodoanel Mário Covas

No caso do Trecho Norte do Rodoanel Mário Covas[42], aditivos contratuais foram questionados judicialmente sob alegação de superfaturamento após construtoras detectarem grandes rochas ("matacões") que não estavam previstas no contrato original, mas a denúncia desconsiderou a atuação da junta de conflitos no contrato. Para evitar a paralisação das obras, os aditivos contratuais foram liberados com o respaldo da junta técnica, enquanto o conflito era discutido.

A defesa dos gestores públicos sustentou que as decisões da junta de conflitos possuíam caráter vinculante entre as partes e somente poderiam ser impugnadas por meio de arbitragem, conforme pactuado contratualmente. O caso tornou-se emblemático ao evidenciar o tensionamento entre mecanismos consensuais endocontratuais e a atuação repressiva tradicional, ilustrando o risco de esvaziamento prático dos dispute boards quando desconsiderados pelos órgãos de persecução.

Para evitar que novos casos como o do Rodoanel paralisem a infraestrutura nacional, o sistema deve evoluir para um ecossistema institucional em que o DB resolve o problema técnico no canteiro de obras e a SecexConsenso estabiliza a solução no plano jurídico. Assim, a eficácia do DB não depende apenas de cláusulas contratuais, mas do reconhecimento de sua autoridade técnica pelos órgãos que exercem o controle externo e a persecução judicial

B. Jogos Olímpicos Rio 2016

Os Jogos Rio 2016[43] constitui uma das experiências mais relevantes de uso sistemático de dispute boards no setor público brasileiro. Diante da impossibilidade absoluta de atraso no cronograma, 35 contratos de infraestrutura e logística passaram a contar com comitês de resolução de disputas.

A Dispute Resolution Board Foundation (DRBF) organizou painéis com membros altamente experientes, exigindo proficiência em língua portuguesa e espanhola, além da criação de regras procedimentais específicas compatíveis com a legislação brasileira e com o curto prazo de execução. Os Jogos Rio 2016 revelam que a utilização sistemática de Dispute Boards (DB) não é apenas uma solução emergencial para prazos críticos, mas um modelo de governança contratual que deve ser institucionalizado para garantir a eficiência em projetos complexos de infraestrutura.

---

[41] DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 27, 2020, p. 269.

[42] HIGÍDIO, José. Após 3 anos, caso do Rodoanel em SP levanta polêmica sobre juntas de conflitos. Consultor Jurídico, [São Paulo], 4 jul. 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jul-04/rodoanel-levanta-polemica-juntas-conflitos/.

[43] MIERS, Christopher. Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro...Since you Cannot Delay the Olympic Games. LinkedIn, 27 maio 2015. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/real-time-dispute-resolution-rio-de-janeiro-christopher-miers/.

O sucesso dos contratos operando sob pressão temporal absoluta demonstra que o DB é o instrumento mais apto para assegurar a continuidade contratual e a mitigação de riscos em tempo real.

C. Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo

O projeto Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo[44] representa marco histórico por ter sido a primeira Parceria Público-Privada (PPP) nacional a prever formalmente o dispute board em contrato administrativo. A criação do Conselho de Resolução de Disputas (CRD) no contrato foi uma exigência do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) para aprovação do financiamento.

Em 2018, o Metrô de São Paulo buscou judicialmente suspender uma decisão vinculante do CRD que obrigava o pagamento de remuneração ao consórcio devido à falha na comunicação sobre a contaminação do solo. Após decisão liminar inicial do primeiro grau suspendendo o pagamento, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) reformou a decisão, revogando a liminar e prestigiando o CRD. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) manteve o acórdão. O Desembargador Relator enfatizou que a interferência judicial nas decisões do dispute board deve ser moderada e reservada a casos que fujam à normalidade para que a resolução amigável não perca sua eficácia.

Esse caso demonstra que o consensualismo e a tecnicidade não duelam com a legalidade, mas sim a qualificam. A proposta central é que o modelo de intervenção moderada adotado pelo STJ seja a diretriz para a SecexConsenso e outros órgãos de controle, permitindo que o DB resolva o conflito técnico, enquanto o controle garante a juridicidade ampla do processo.

3.2. Casos de Solução Consensual (SSC) no TCU (SecexConsenso)

No plano do controle externo, a SecexConsenso tem se dedicado à solução de controvérsias de elevada materialidade, complexidade técnica e impacto econômico, especialmente em setores de infraestrutura e energia. Esses casos evidenciam a aplicação prática da concepção defendida pelo Ministro Bruno Dantas, segundo a qual a consensualidade deve ser compreendida como solução preferencial de boa administração, apta a promover eficiência econômica e equidade social[45].

A SecexConsenso tem focado na solução de controvérsias complexas, com alta materialidade e relevância, principalmente em setores de infraestrutura. A seguir são apresentados alguns casos que se destacaram[46].

A. Termoelétrica KPS

---

[44] TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa; OLIVEIRA, Marina Fernandes de. A revisão judicial das decisões proferidas por dispute boards: Caso "Linha 4 - Amarela" do metrô de São Paulo. Migalhas, [São Paulo], 4 jun. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/431725/decisoes-de-dispute-boards-e-a-linha-4-do-metro-de-sao-paulo.

[45] DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo, op. cit., p. 270–271.

[46] SALOMÃO, Luis Felipe; LEME, Elton; ZYMLER, Benjamin (orgs.) Consensualidade no âmbito do Tribunal de Contas da União. Livro eletrônico. Estudos de caso da SecexConsenso / coordenação. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2024.

O caso KPS envolveu um grupo de usinas com inadimplemento contratual, caracterizado por atraso na entrada em operação, o que sujeitou a concessionária a multas superiores a R$ 1 bilhão. Existia litígio prévio nas esferas administrativa, na Agência Nacional de Energia elétrica (ANEEL), e judicial. Uma liminar judicial havia autorizado a entrada em operação, assim, a usina operava em 100% de inflexibilidade[47], gerando energia mais onerosa a ser paga por todos os consumidores. O risco era que essas liminares perdurassem, comprometendo a modicidade tarifária.

A solução consensual previu a redução total da geração inflexível para alguns contratos (equivalente a zero MW), representando o maior ponto de interesse para os consumidores. A celebração do termo gerou benefícios de aproximadamente R$ 230 milhões apenas em julho de 2023. O primeiro acórdão gerou R$ 579 milhões em benefícios até dezembro de 2023. A solução final permitiu uma redução total do contrato superior a R$ 2,6 bilhões, beneficiando os consumidores de energia. Além disso, a suspensão da geração inflexível (queima de gás) gera benefício ambiental por ser menos poluente que a geração termoelétrica.

Para o futuro, a lição é que o Estado deve investir em estruturas dialógicas permanentes, como os DBs vinculantes, para que problemas de execução contratual sejam resolvidos antes de se tornarem crises tarifárias ou ambientais, utilizando a SecexConsenso como a instância final de estabilização e validação desse sistema.

B. Termoelétrica BTG

No caso BTG, não houve litígio prévio ou inadimplência do Estado ou da concessionária no momento do acordo, embora a empresa já tivesse pago multas superiores a R$ 250 milhões por atraso na entrada em operação. O desafio era negociar uma solução que obtivesse energia mais barata para o interesse público, sem gerar prejuízos ao empreendedor e respeitando os contratos para preservar a segurança jurídica. A geração inflexível das usinas foi eliminada a partir de 1º de setembro de 2023 até o fim da vigência dos contratos.

A União aceitou um acréscimo na receita fixa (RFdmais) para compensar a redução de receita e o incremento de custos da contratada (cerca de R$ 200 milhões). Em contrapartida, a eliminação da geração inflexível resultou em uma estimativa de redução dos custos totais da ordem de R$ 424,9 milhões, resultando em um benefício líquido estimado para o consumidor de R$ 224.549.476,93.

O caso BTG propõe que a consensualidade deve ser a solução preferencial mesmo quando não há crise, desde que demonstrada a vantajosidade econômica. A integração entre a experiência técnica das partes e a supervisão dialógica do TCU permite que o Estado se comporte como um parceiro eficiente, garantindo que o interesse público primário – energia barata e segura – seja atendido de forma célere e juridicamente estável.

[47] A inflexibilidade de usinas é a incapacidade de uma usina ajusta a sua capacidade de geração fixa de forma rápida e eficiente para atender às variações da demanda de energia, de acordo com o Glossário Valuata. Disponível em: https://valuata.com.br/glossario/o-que-e-inflexibilidade/#:~:text=O%20QUE%20%C3%89:%20INFLEXIBILIDADE%20DE,as%20necessidades%20do%20sistema%20el%C3%A9trico.

C. Ferrovia Malha Sul

O caso da Ferrovia Malha Sul (TC 000.855/2023-5) tratou da devolução de trechos inoperantes, focando na metodologia de indenização. O litígio prévio era administrativo, e a concessionária Rumo Malha Sul S.A. estava inadimplente, visto que o trecho estava inoperante e em estado de abandono há mais de 10 anos, configurando descumprimento contratual.

A questão central era a metodologia de cálculo da indenização devida pela concessionária ao poder concedente pela ausência de manutenção e conservação do trecho a ser devolvido. A metodologia de cálculo existente – Instrução Normativa nº 31/DNIT Sede, de 21 de outubro de 2020 – foi considerada inadequada e onerosa, gerando valores de indenização tão elevados que tornavam mais vantajoso para a concessionária permanecer com o trecho inoperante e protelar o pagamento, prejudicando o interesse público. A inação da concessionária, sem um acordo, resultaria na deterioração contínua do trecho.

O termo de autocomposição detalhou soluções para diversos pontos controvertidos da metodologia de indenização: definição da valoração de indenização na classificação como servível ou inservível dos trilhos; estabelecimento de limites aceitáveis de dormentes inservíveis; correção da seção de lastro utilizada para fins de cálculo; a concessionária assumiu o compromisso de executar ações de reintegração de posse de ocupações irregulares.

A concessionária Rumo argumentou pela aplicação da Teoria da Imprevisão, alegando que o aumento excessivo do preço do aço (trilhos) após a pandemia de covid-19 constituiria um risco extraordinário que justificaria o reequilíbrio contratual (uso de data-base anterior). Porém, a teoria da imprevisão foi considerada inaplicável e a indenização decorreu diretamente da ausência de manutenção e conservação das vias férreas (inadimplemento da concessionária), e fatos causados por ações ou omissões da própria contratada não podem ser objeto de reequilíbrio.

Para evitar que trechos ferroviários cheguem a 10 anos de abandono, deve-se estimular a adoção de DBs permanentes, pois, se um comitê técnico estivesse operando na Malha Sul desde o início do descumprimento, o conflito sobre a conservação teria sido resolvido em tempo real, evitando o acúmulo de passivos e a deterioração física da via.

D. VLT Cuiabá

O caso do VLT Cuiabá (Portaria-TCU nº 147/2023) trata de um projeto paralisado por mais de 10 anos, focando na destinação e valoração do material rodante. O TCU atuou na articulação da busca por uma solução consensual, coordenando um grupo de trabalho que incluiu representantes dos estados de Mato Grosso e Bahia, e respectivos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos.

O processo de autocomposição considerou a transmissão onerosa do material rodante, sobressalente, trilhos e sistemas (catenária/subestações) do Mato Grosso para a Bahia, com caráter indenizatório. O estado de Mato Grosso se comprometeu

a pagar R$ 80.000.000,00 ao consórcio e R$ 42.500.000,00 à CAF BRASIL (fabricante), em parcelas, condicionado aos pagamentos realizados pela Bahia. Além disso, o acordo previu o cancelamento das multas e das sanções de inidoneidade e impedimento de licitar impostas ao consórcio, após o integral cumprimento das obrigações e extinção das ações judiciais. O consórcio dispensou uma indenização judicial que litigava, estimada em cerca de R$ 800 milhões.

O estado da Bahia se comprometeu ao pagamento de R$ 820.000.000,00 pelo material rodante. O maior desafio foi precisamente a valoração das composições de VLT que estavam sem uso por uma década, exigindo medidas como a troca de peças para restabelecimento técnico-operacional e um pacto de garantia da fabricante. O sucesso desse acordo deveria incentivar a adoção de DBs vinculantes em novos projetos de mobilidade urbana, garantindo que controvérsias sobre material rodante sejam resolvidas sem a necessidade de intervenção tardia do TCU após anos de abandono.

Esse caso propõe que a cooperação institucional e a tecnicidade são os caminhos para transformar passivos de infraestrutura em políticas públicas ativas, garantindo segurança jurídica e preservando o erário através do consenso.

3.3. Dispute Board no Contexto da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)

A experiência regulatória da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com os dispute boards deve ser analisada como um dos exemplos mais relevantes da incorporação gradual do consensualismo administrativo no setor de infraestrutura regulada. Trata-se de contexto marcado por contratos de longa duração, elevada complexidade técnica, incompletude estrutural e significativa assimetria informacional, fatores que tornam especialmente custosa a resolução tardia de controvérsias por vias exclusivamente adjudicatórias.

Nesse sentido, Kaliane Wilma Cavalcante de Lira demonstra que os contratos de concessão rodoviária exigem instrumentos de governança capazes de prevenir conflitos ainda na fase de execução, sobretudo nos primeiros ciclos de investimento e nas obras de maior complexidade técnica, como obras de arte especiais e contornos urbanos[48]. Para a autora, o dispute board apresenta-se como mecanismo particularmente adequado para lidar com controvérsias eminentemente técnicas, funcionando como espaço institucionalizado de diálogo, redução de assimetrias informacionais e racionalização dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Essa leitura é aprofundada e complementada pela análise desenvolvida por Amanda Athayde, Cynthia Ruas e Maria Augusta Rost, que examinam a experiência recente da ANTT à luz do movimento mais amplo de consensualismo administrativo[49]. As autoras destacam que a edição da Resolução ANTT nº 6.040/2024 representa um marco relevante ao conferir densidade normativa ao uso dos dispute boards em contratos de concessão rodoviária e ferroviária, enfrentando entraves históricos como a ausência de padronização procedimental, a insegurança quanto à composição dos comitês e as dúvidas acerca da eficácia prática de suas manifestações.

---

[48] LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. Revista CEJ, Brasília, ano XXVIII, n. 87, p. 57–67, jan./jun. 2024.

A ANTT regulamentou o uso de DBs, por meio da Resolução nº 6.040/2024, para dirimir divergências de natureza eminentemente técnica em contratos de rodovias e ferrovias[50]. A agência busca que o DB seja uma ferramenta de gestão, visando mitigar a paralisação de obras causada por controvertidos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro[51]:

A.Contratos e Composição

Até 2024, a ANTT já possuía nove contratos com previsão de DB no modelo de três membros[3]. Embora a regulamentação permita DBs com decisões vinculantes, há o entendimento de que a adoção de um DB recomendatório seria mais compatível com o poder regulatório da agência, dadas as incertezas regulatórias e a ausência de evidências de ganhos de um modelo vinculante.

A.Finalidade do DB em Concessões Rodoviárias

O DB é visto como um aprimoramento da gestão do contrato, promovendo o diálogo e a cooperação, que são cruciais em contratos de longa duração, de 25 a 30 anos. A constituição do DB é mais razoável em fases específicas do contrato, como nos primeiros anos de forte ciclo de investimentos ou em obras complexas, como obras de arte especiais e de contornos urbanos[53].

Segundo Athayde, Ruas e Rost, a experiência da ANTT sinaliza uma tendência clara de reconhecimento dos dispute boards não apenas como mecanismo reativo de solução de disputas, mas como verdadeira ferramenta de governança contratual preventiva, voltada à mitigação de riscos, à preservação da continuidade contratual e à redução da judicialização de controvérsias técnicas[3]. As autoras observam que, embora diversos contratos celebrados a partir de 2020 já previssem cláusulas de dispute board, a ausência de regulamentação específica dificultava sua efetiva implementação, o que começa a ser superado com a normatização recente.

A articulação entre a experiência da ANTT e a atuação consensual do Tribunal de Contas da União reforça essa tendência. O Acórdão nº 2.191/2025-Plenário, ao recomendar a adoção de dispute boards permanentes e vinculantes por empresas estatais, evidencia o alinhamento progressivo do controle externo com mecanismos preventivos de governança contratual. Nesse contexto, os dispute boards passam a operar como instâncias técnicas endocontratuais, cujas conclusões podem subsidiar, posteriormente, soluções consensuais validadas pela SecexConsenso, reduzindo incertezas e fortalecendo a segurança jurídica.

Assim, a experiência da ANTT, analisada em conjunto com a literatura especializada, confirma

ano XXVIII, n. 87, p. 57–67, jan./jun. 2024.

[49] ATHAYDE, Amanda; RUAS, Cynthia; ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: o que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro? Migalhas, 29 ago. 2024

[50] ATHAYDE, Amanda; RUAS, Cynthia; ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: o que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro? Migalhas, [S. l.], 29 ago. 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/414217/o-que-a-experiencia-recente-da-antt-pode-sinalizar-de-tendencia.

[51] LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVIII, n. 87, p. 57-67, jan./jun. 2024p, 63.

[52] ATHAYDE, Amanda; RUAS, Cynthia; ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: o que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro? Migalhas, [S. l.], 29 ago. 2024. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/414217/o-que-a-experiencia-recente-da-antt-pode-sinalizar-de-tendencia.

a hipótese de que os dispute boards tendem a se consolidar no Brasil como instrumentos estruturantes de governança contratual em concessões de infraestrutura, especialmente quando integrados a um ecossistema institucional que valorize o diálogo, a tecnicidade e a consensualidade administrativa.

4. BARREIRAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS À ADOÇÃO GENERALIZADA DOS DISPUTE BOARDS

Esta seção aponta e discute os obstáculos que impedem a adoção generalizada dos DB na Administração Pública. O item 4.1 aborda as barreiras de natureza dogmática e legal que impõem limites à sua aplicação. Em seguida, o item 4.2 examina as barreiras culturais e o risco de gestão relacionados à mentalidade litigante e ao temor de responsabilização percebido nos agentes públicos. No item, 4.3, oferece um panorama completo dos desafios a serem superados para a consolidação desses mecanismos consensuais.

4.1. Barreiras de Natureza Dogmática e Legal

A principal resistência à adoção do consensualismo decorre do conflito com os pilares conceituais do Direito Administrativo, que historicamente privilegiaram a atuação unilateral e imperativa do Estado[1]. A doutrina tradicional defende que o interesse público é indisponível e, portanto, o administrador público não teria autoridade para transacionar ou ceder posições jurídicas, sob pena de incorrer em má-gestão[55].

Esta visão, que considera o interesse público como singular e absoluto, levou à proibição expressa de acordos em áreas sensíveis, como nas ações de improbidade administrativa, antes das mudanças recentes. Na prática, o dogma da indisponibilidade resulta na confusão entre o interesse público primário (o interesse da coletividade, que é indisponível) e os direitos patrimoniais disponíveis do Estado (as consequências financeiras dos contratos), os quais poderiam ser objeto de negociação. Essa confusão tem sido um óbice à negociação[56].

Embora a Lei nº 14.133/2021 represente avanço relevante ao reconhecer expressamente os Comitês de Resolução de Disputas como meios adequados de prevenção e solução de controvérsias, sua disciplina permaneceu deliberadamente aberta e principiológica. A ausência de regulamentação federal específica e sistemática quanto a aspectos centrais — procedimento, prazos, critérios objetivos de composição, grau de vinculatividade das manifestações e mecanismos de *enforcement* — contribui para a manutenção de zonas de incerteza jurídica que dificultam a adoção generalizada do instituto.

---

[53] LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVIII, n. 87, p. 57-67, jan./jun. 2024p, 61.

[54] DANTAS, Bruno. Consensualismo, Eficiência e Pluralismo Administrativo. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, jun./set. 2020, p. 269. Disponível em: http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304.

[55] PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa, 2016, p. 174-175.

[56] Ibid., p. 10.

A experiência brasileira demonstra que a insuficiente densidade normativa tende a reforçar posturas defensivas tanto por parte dos gestores públicos quanto dos órgãos de controle. Em contextos marcados pela insegurança interpretativa, a autorização legal genérica revela-se incapaz de alterar comportamentos institucionais enraizados. Como advertem Sundfeld e Câmara, a indefinição quanto aos limites da juridicidade administrativa e da responsabilização pessoal alimenta o fenômeno do chamado "Direito Administrativo do Medo", no qual a incerteza normativa induz à paralisia decisória e neutraliza, na prática, os potenciais benefícios dos mecanismos consensuais.

4.2. Barreiras Culturais e o Risco de Gestão

Apesar do arcabouço normativo mais recente (como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos e a Lei de Mediação) ter fornecido base legal robusta para a negociação, a cultura institucional e a aversão a riscos dos gestores criam obstáculos práticos à sua generalização. A Administração Pública, em suas estruturas internas, está historicamente mais aparelhada para o litígio do que para a construção de consenso, e essa mentalidade litigante resulta na prevalência da cultura da sentença em detrimento da pacificação, o que contribui para o excesso de demandas judiciais (judicialização)[57].

A principal barreira cultural é o receio de responsabilização pessoal (o "apagão das canetas") imposto pelos órgãos de controle. A hipertrofia do controle e a postura sancionatória geram temor e insegurança. O gestor, diante da incerteza e do alto risco de penalização, adota uma postura subjetivo-protetiva, que o leva à paralisia administrativa e ao indeferimento de pleitos (mesmo que legítimos), priorizando sua autoproteção em detrimento da busca pelo interesse público[58]. O medo é alimentado pela possibilidade de o controlador utilizar conceitos jurídicos indeterminados (como eficiência ou interesse público) para questionar decisões a posteriori.

Como observa o Ministro Bruno Dantas, a hipertrofia do controle repressivo, quando dissociada de funções pedagógicas e orientadoras, produz efeitos disfuncionais relevantes, estimulando comportamentos de autoproteção em detrimento da busca por soluções eficientes, proporcionais e socialmente vantajosas.

É nesse contexto que se insere a iniciativa recente da Advocacia-Geral da União de submeter à consulta pública proposta de regulamentação infralegal dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas, prevista no art. 151 da Lei nº 14.133/2021[59]. A Consulta Pública, instaurada por meio do Edital NEA/CGU nº 4/2025, buscou colher subsídios técnicos para a elaboração de portaria normativa destinada a disciplinar, de forma mais sistemática, a constituição, o funcionamento, a composição e os efeitos das manifestações dos dispute boards no âmbito da Administração Pública Federal direta. A iniciativa revela reconhecimento institucional de que a autorização legal genérica é insuficiente para alterar práticas administrativas consolidadas.

---

[57] EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patricia; RAMOS, Rafael. (org.). Consensualidade na administração pública. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022, p. 11.
[58] Ibid., p. 76.

Ao oferecer diretrizes operacionais claras aos advogados públicos e gestores, a proposta da AGU procura reduzir incertezas interpretativas e mitigar o risco decisório associado à adoção de soluções consensuais. Todavia, a própria necessidade de regulamentação infralegal evidencia, de forma paradoxal, a fragilidade da densidade normativa da Lei nº 14.133/2021 e a dependência excessiva de atos administrativos para viabilizar a efetividade prática de institutos já previstos em lei.

Enquanto a regulamentação não se consolida como ato normativo definitivo e amplamente internalizado, persistem dúvidas práticas que reforçam a resistência cultural dos gestores e a cautela dos órgãos de controle, especialmente em contratos de grande vulto e complexidade. Como resultado, a lógica litigante tende a se reproduzir, perpetuando a paralisia decisória e o hiperativismo sancionatório característicos do Direito Administrativo do Medo.

4.3. Desafios de Consolidação e Efetividade

A consolidação dos dispute boards e do consensualismo administrativo exige mais do que autorização normativa: demanda amadurecimento institucional e redefinição do papel dos órgãos de controle. Existe o risco concreto de que instrumentos consensuais sejam desvirtuados, convertendo-se em soluções apenas formalmente dialogadas, mas materialmente impositivas ou arbitrárias, esvaziando a lógica cooperativa que lhes confere legitimidade.

No âmbito do controle externo, o papel híbrido exercido pelo Tribunal de Contas da União na Solução Consensual — *descrito por Bruno Dantas como atuação orientada à eficiência, ao pluralismo administrativo e à racionalidade decisória* — deve ser cuidadosamente calibrado. A atuação do TCU como instância de validação técnica e jurídica pode fortalecer a segurança jurídica das soluções pactuadas; contudo, quando acompanhada da imposição de condicionantes excessivas ou não previamente discutidas, pode tensionar a lógica dialógica do consensualismo e aproximar-se de intervenção indevida no mérito administrativo.

A implementação bem-sucedida do consensualismo depende fundamentalmente de uma mudança cultural que valorize o diálogo, a cooperação e a confiança, e não apenas o rigor sancionatório.[60] Ainda há uma falta de clareza sobre a delimitação dos poderes negociais, exigindo maior capacitação e a elaboração de manuais para orientar os advogados e gestores públicos na condução das negociações.

A superação dessas tensões depende de uma mudança cultural profunda, que valorize o diálogo, a confiança institucional e a tecnicidade das decisões consensuais. Como defendem Sundfeld e Câmara, o controle deve deslocar-se progressivamente de uma racionalidade predominantemente sancionatória para uma lógica pedagógica e orientadora, capaz de produzir aprendizado institucional e reduzir a incerteza decisória.

---

[59] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Consulta Pública sobre a Portaria de Regulamentação dos Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (Edital NEA/CGU nº 4/2025), publicada no Diário Oficial da União, 26 set. 2025; abertura em 30 set. 2025; encerramento das contribuições em 14 nov. 2025; Processo nº 00688.000719/2024-44. Disponível em: https://www.gov.br/participamaisbrasil/regulamentacao-dos-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas. Acesso em: 15 dez. 2025.

[60] MAILLART, Adriana Silva & CARMO, Valter Moura do. Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. II Encontro Virtual do CONPEDI. Florianópolis, 2020, p. 213-214.

Nesse sentido, a atuação da SecexConsenso revela-se paradigmática. Ao funcionar como instância de validação técnica, jurídica e econômica de soluções complexas, a SecexConsenso contribui para reduzir o risco decisório dos gestores e para legitimar o uso de mecanismos preventivos, como os dispute boards. A efetividade do consensualismo, portanto, não depende apenas de novos diplomas normativos, mas da consolidação de práticas institucionais que reconheçam o consenso como forma qualificada de realização do interesse público, capaz de gerar segurança jurídica, previsibilidade e resultados concretos.

CONCLUSÃO

A investigação desenvolvida ao longo deste artigo evidencia que os dispute boards e a atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso) integram um mesmo movimento estrutural de reconfiguração do Direito Administrativo brasileiro, marcado pela gradual superação do paradigma exclusivamente unilateral e sancionatório em favor de arranjos institucionais mais cooperativos, técnicos e orientados à eficiência. A análise dogmática, normativa e empírica demonstrou que, embora situados em momentos distintos do ciclo contratual, ambos os mecanismos compartilham racionalidade funcional convergente, voltada à prevenção de litígios, à preservação da continuidade contratual e à qualificação da tomada de decisão administrativa em contextos de elevada complexidade.

Os dispute boards, enquanto instrumentos endocontratuais de governança, revelam elevada capacidade de mitigar conflitos técnicos em tempo real, reduzir assimetrias informacionais e conter a judicialização precoce de controvérsias, especialmente em contratos de infraestrutura caracterizados por incompletude estrutural, elevado risco institucional e forte dependência de decisões técnicas qualificadas. A experiência brasileira — ilustrada por casos paradigmáticos como a Linha 4 – Amarela do Metrô de São Paulo, o Rodoanel Mário Covas e os Jogos Olímpicos Rio 2016 — confirma que, quando adequadamente desenhados, legitimados e respeitados, os dispute boards produzem ganhos relevantes de eficiência, previsibilidade e segurança jurídica, contribuindo para a realização concreta do interesse público.

No âmbito do controle externo, a institucionalização da SecexConsenso representa inflexão relevante no papel tradicional do Tribunal de Contas da União, ao incorporar de forma explícita a lógica do consensualismo administrativo como técnica legítima de atuação estatal. A experiência empírica analisada demonstra que a SecexConsenso opera não apenas como instância de controle, mas como espaço institucional de validação técnica, jurídica e econômica de soluções consensuais complexas, desempenhando função legitimadora e pedagógica. Essa atuação contribui para a redução do risco decisório dos gestores públicos e enfrenta, de modo pragmático, o fenômeno do denominado "Direito Administrativo do Medo", conforme teorizado por Sundfeld e Câmara, sem renunciar às exigências de juridicidade, transparência e accountability.

A hipótese central do trabalho - segundo a qual a SecexConsenso pode funcionar como mecanismo complementar, e em certos aspectos funcionalmente análogo, aos dispute boards - mostrou-se confirmada.

Ao conferir chancela institucional a soluções construídas de forma dialógica e tecnicamente fundamentada, a SecexConsenso fortalece a autoridade das decisões consensuais e amplia sua aceitabilidade perante os órgãos de controle e o Poder Judiciário. Essa articulação revela-se particularmente relevante em ambientes regulatórios complexos, como demonstrado pela experiência recente da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), na qual os dispute boards passam a ser compreendidos como instrumentos estruturantes de governança contratual preventiva, integrados a um ecossistema mais amplo de consensualidade administrativa.

Não obstante, a análise também evidencia que a efetividade plena desses mecanismos permanece condicionada à superação de barreiras normativas, culturais e institucionais ainda persistentes. A limitada densidade normativa da Lei nº 14.133/2021, a dependência de regulamentação infralegal, a cultura organizacional orientada ao litígio e o viés historicamente sancionatório do controle continuam a restringir a adoção generalizada dos dispute boards. Nesse contexto, iniciativas como a consulta pública promovida pela Advocacia-Geral da União sinalizam avanços relevantes no plano institucional, mas mostram-se insuficientes se não acompanhadas de mudanças culturais profundas e da incorporação efetiva das práticas consensuais à rotina administrativa.

Conclui-se, portanto, que a consolidação dos dispute boards e do consensualismo administrativo no Brasil não depende exclusivamente da edição de novos diplomas normativos, mas da construção progressiva de um ecossistema institucional capaz de reconhecer o diálogo, a tecnicidade e a cooperação como formas qualificadas de realização do interesse público. A experiência da SecexConsenso demonstra que é possível compatibilizar controle, eficiência e consenso, apontando caminhos promissores para a governança de contratos públicos complexos e para a redução estrutural da litigiosidade estatal, com impactos relevantes para a teoria e a prática do Direito Administrativo contemporâneo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHAYDE, Amanda; RUAS, Cynthia; ROST, Maria Augusta. Consensualismo e Dispute Boards: O que a experiência recente da ANTT pode sinalizar de tendência para o futuro? Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 284, n. 1, p. 245-271, jan./abr. 2025.

AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. Instrumentos processuais de consensualidade nos Tribunais de Contas. Artigo. [S. l.]: Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), 27 nov. 2024. Disponível em: https://www.tce.sp.gov.br/blog/instrumentos-processuais-de-consensualidade-nos-tribunais-de-contas.

BARRETO, Júlia d'Alge Mont'Alverne. Consensualidade administrativa: o uso de dispute boards para solução de conflitos no âmbito das agências reguladoras. 2018. 183 f. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza (UNIFOR), Fortaleza, 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. AGU abre consulta pública sobre regulamentação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas. [S. l.]: Gov.br, 1º out. 2025. Disponível em: https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos/noticias/2025/10/agu-abre-consulta-publica-sobre-regulamentacao-de-comites-de-prevencao-e-solucao-de-disputas.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares. Sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 27 maio 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13129.htm.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm.

BRASIL. Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 23 set. 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d10025.htm.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 1º abr. 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14133.htm.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (TCU). Instrução Normativa TCU nº 91, de 16 de dezembro de 2022. Dispõe sobre a fiscalização de processos de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicações (TIC) pelos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. Diário Eletrônico do TCU: Brasília, DF, 23 dez. 2022. Disponível em: https://btcu.apps.tcu.gov.br/api/obterDocumentoPdf/72670778.

BRASIL. Advocacia Geral da União (AGU). Portaria Normativa AGU nº 179, de 4 de junho de 2025. Regulamenta, no âmbito da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos de execução, a representação extrajudicial da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos procedimentos de solicitação de solução consensual de controvérsias perante a Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos do Tribunal de Contas da União. Diário Oficial da União: Brasília, DF, 5 jun. 2025. Disponível em: https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-normativa-agu-n-179-de-4-de-junho-de-2025-634385658.

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT). Instrução Normativa DNIT nº 31, de 16 de setembro de 2020. Dispõe sobre [inserir ementa ou assunto principal da norma, se conhecido]. Brasília, DF: DNIT, 16 set. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/dnit/pt-br/central-de-conteudos/atos-normativos/tipo/instrucao-normativa/2020/in-31-2020-dif.pdf. Acesso em: 13 dez. 2025.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 71, de 28 de novembro de 2012. Dispõe sobre a instauração, a organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de Tomada de Contas Especial – TCE. Boletim do Tribunal de Contas da União. Diário Eletrônico. Brasília, DF: TCU, 28 nov. 2012. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/IN%252071%252F2012%2520/%2520/score%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 98, de 27 de novembro de 2024. Dispõe sobre a instauração, a organização, o encaminhamento e a tramitação no Tribunal de Contas da União dos processos de Tomada de Contas Especial – TCE. Boletim do Tribunal de Contas da União. Diário Eletrônico. Brasília, DF: TCU, 27 nov. 2024. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/KEY%253ANORMA-33292/score%2520desc/0.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Portaria SecexConsenso nº 1, de 1º de julho de 2025. Dispõe sobre a estrutura, as competências e as diretrizes de atuação da Secretaria de Controle Externo de Solução Consensual e Prevenção de Conflitos (SecexConsenso). Boletim do Tribunal de Contas da União. Diário Eletrônico. Brasília, DF: SecexConsenso, 1º jul. 2025. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528%2522Portaria%2522%2529%2520COPIAORIGEM%253A%2528SECEXCONSENSO%2529%2520NUMNORMA%253A1%2520ANONORMA%253A2025/score%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa TCU nº 101, de 5 de novembro de 2025. Altera a Instrução Normativa TCU nº 91, de 22 de dezembro de 2022, que institui os procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e de prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal. Boletim do Tribunal de Contas da União. Diário Eletrônico. Brasília, DF: TCU, 5 nov. 2025. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/norma/*/COPIATIPONORMA%253A%2528%2522Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%2522%2529%2520COPIAORIGEM%253A%2528TCU%2529%2520NUMNORMA%253A101%2520ANONORMA%253A2025/score%2520desc/0.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. 2º Seminário sobre Consensualismo na Administração Pública – Tarde, 2025. 1 vídeo (3h9min26s). Canal do Tribunal de Contas da União no YouTube, 1º dez. 2025. Disponível em: http://www.youtube.com/watch?v=0h9WLS_WsYM.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. SecexConsenso: prevenção de conflitos pelo diálogo entre as partes. [S. l.]: [TCU], [2022]. (Documento Institucional). Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/secexconsenso.

COLARES, José Carlos de Souza; SILVA, Edilson de Sousa; PIANA, Bruno Botelho. A gestão de riscos como ferramenta auxiliar no processo de solução consensual no âmbito do controle externo da administração pública. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

DANTAS, Bruno. Consensualismo, eficiência e pluralismo administrativo: um estudo sobre a adoção da mediação pelo TCU. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 22, n. 127, p. 261-280, jun./set. 2020. Disponível em: http://dx.doi.org/10.20499/2236-3645.RJP2020v22e127-2304.

DUQUE, Gabriela. Quem tem medo dos Dispute Boards? O TCU não mais. [S. l.]: JOTA (Coluna Controle Público / INFRAESTRUTURA), 29 out. 2025. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/controle-publico/quem-tem-medo-dos-dispute-boards-o-tcu-nao-mais-29102025.

EIDT, Elisa; GOULART, Juliana; SCHNEIDER, Patricia; RAMOS, Rafael (Org.). Consensualidade na Administração Pública. Porto Alegre: Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre; Escola Superior de Direito Municipal, 2022.

FORNI, João Paulo Gualberto. A consensualidade no TCU: fundamentos teóricos, enquadramento jurídico, oportunidades de aperfeiçoamento e riscos associados. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

GRANDO, Maria Eduarda Jucowski. A mediação como estratégia consensual em regimes de dupla afetação: conflitos por sobreposição territorial entre unidades de conservação ambiental e terras indígenas. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

HIGÍDIO, José. Após 3 anos, caso do Rodoanel em SP levanta polêmica sobre juntas de conflitos. Consultor Jurídico, [São Paulo], 4 jul. 2021. Disponível em: www.conjur.com.br.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KUSMA, Taís Fernanda. Soluções Consensuais no âmbito do Tribunal de Contas da União: SecexConsenso e a Instrução Normativa nº 91/2022. Revista do MPC-PR, n. 19, v. 1, p. 119-135, [2023]. Disponível em: https://orcid.org/0000-0002-4899-8717.

LIRA, Kaliane Wilma Cavalcante de. A possibilidade do uso do dispute board nos contratos de concessão em infraestrutura rodoviária: vantagens, limites e adequações. Revista CEJ, Brasília, Ano XXVIII, n. 87, p. 57-67, jan./jun. 2024.

MARTINS, Juliana Bruschi; GOMES, Larissa Camerlengo Dias; MEDICI, Sergio de Oliveira. Dispute Boards e Administração Pública. In: MAILLART, Adriana Silva; CARMO, Valter Moura do (Org.). Formas Consensuais de Solução de Conflitos I. Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 140-142.

MARTINS, Uadson Ulisses Marques. O processo de negociação como ferramenta da solução consensual de controvérsias complexas e de prevenção de conflitos no âmbito da Administração Pública. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira). Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

MATIAS, Mauro Rogério Oliveira. Consensualismo como forma de resolver controvérsias e prevenir conflitos relacionados a órgãos de controle, gestores públicos e particulares: a "destcelização" dos processos na Administração Pública brasileira? 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira). Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

MIERS, Christopher. Real Time Dispute Resolution in Rio de Janeiro...Since you Cannot Delay the Olympic Games. LinkedIn, 27 maio 2015. Disponível em: https://www.linkedin.com/pulse/real-time-dispute-resolution-rio-de-janeiro-christopher-miers/.

PARADA, André Luis Nascimento. Análise crítica das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização da arbitragem em contratos administrativos. Evolução interpretativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 165-198, set./dez. 2016. DOI: 10.12660/rda.v273.2016.66660. Disponível em: https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66660.

PESSOA, Amanda Carolina Santos. A atuação das instituições na implantação dos meios consensuais de conflitos que envolvam a Administração Pública: panorama atual e perspectivas futuras. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

POMPERMAYER, Marina de Souza; SILVA, Ellen Mara Alves; FIGUEIREDO, Nathalia Carvalho. A solução consensual como forma de resolver controvérsias complexas e prevenir conflitos relacionados à Administração Pública: a prática do consensualismo no Tribunal de Contas da União a partir da Instrução Normativa nº 91/2022, desafios e perspectivas. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

POSSATO, Karim Regina Nascimento. Os Dispute Boards e sua função social: conflitos empresariais em contratos complexos. 2024. 271 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Nove de Julho (UNINOVE), São Paulo, 2024.

SALOMÃO, Luis Felipe; LEME, Elton; ZYMLER, Benjamin (Coord.). Consensualidade no âmbito do Tribunal de Contas da União: estudos de caso da secexconsenso. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2024.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos; CHIANCA, Marconi Queiroz de Medeiros. O uso dos dispute boards voltado ao reequilíbrio contratual de grandes obras de infraestrutura: uma análise a partir dos relatórios de obras paralisadas do TCU e do TCE-SP. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 284, n. 1, p. 245-271, jan./abr. 2025.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SANTOS, Wanderson Lacerda dos. Construindo pontes, evitando muros: solução consensual de conflitos na Administração Pública. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

DUTRA, Maria Luíza Abinader da Silva. A implementação da consensualidade por meio da IN TCU nº 91/2022: estudo de caso do Acórdão nº 1130/2023. 2024. [s.n.p.]. Monografia (Prêmio Ministro Guilherme Palmeira) - Tribunal de Contas da União, Brasília, 2024.

SOUZA, Andrea Barreto de; AZEVEDO, Thiago Rodrigues de. Solução consensual de controvérsias no Tribunal de Contas da União: natureza jurídica e desafios do instrumento processual criado pela Instrução Normativa nº 91/2022. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, ano 3, n. 4, p. 115-146, nov. 2024/abr. 2025. Disponível em: www.tcesc.tc.br/sites/default/files/2025-04/RTCESC_4_Artigo_Solucao_consensual_de_controversias.pdf

TIBURCIO, Carmen; PIRES, Thiago Magalhães. Arbitragem envolvendo a administração pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2005. Revista de Processo (REPRO), v. 254, [s.p.], abr. 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113352

TRIGO, Alberto Lucas Albuquerque da Costa; OLIVEIRA, Marina Fernandes de. A revisão judicial das decisões proferidas por dispute boards: Caso "Linha 4 - Amarela" do metrô de São Paulo. Migalhas, [São Paulo], 4 jun. 2025. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/431725/decisoes-de-dispute-boards-e-a-linha-4-do-metro-de-sao-paulo.

VALUATA. O QUE É: INFLEXIBILIDADE DE GERAÇÃO. In: VALUATA. Glossário. [S.l.]: Valuata, [2025]. Disponível em: https://valuata.com.br/glossario/o-que-e-inflexibilidade/#:~:text=O%20QUE%20%C3%89:%20INFLEXIBILIDADE%20DE,as%20necessidades%20do%20sistema%20el%C3%A9trico.

UnB

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Projeto gráfico e imagens elaborados
com apoio de inteligência artificial (Copilot).

ISBN: 978-85-87999-20-7

CBL

9 788587 999207