

Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública

AMOSTRA

Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública

Paula Butti Cardoso


ALMEDINA
BRASIL

Rio de Janeiro, 2025

Arbitrabilidade Objetiva e Administração Pública

Copyright © 2025 STARLIN ALTA EDITORA E CONSULTORIA LTDA.

ALMEDINA é uma empresa do Grupo Editorial Alta Books (Starlin Alta Editora e Consultoria LTDA).

Copyright © 2025 Paula Butti Cardoso.

ISBN: 978-85-8493-798-1

Impresso no Brasil – 1ª Edição, 2025 – Edição revisada conforme o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 2009.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(BENITEZ Catalogação Ass. Editorial, MS, Brasil)

C268a
1.ed. Cardoso, Paula Butti
Arbitrabilidade objetiva e administração pública / Paula Butti Cardoso. - 1.ed. - Rio de Janeiro : Almedina Brasil, 2025.
384 p.; 15,7 x 23 cm.

Bibliografia.
ISBN 978-85-8493-798-1

1. Administração pública - Brasil.
2. Arbitragem (Direito). 3. Resolução de conflitos (Direito). I. Título.

04-2025/127 CDD 350

Índice para catálogo sistemático:
1. Arbitragem : Direito : Administração pública
350

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Todos os direitos estão reservados e protegidos por Lei. Nenhuma parte deste livro, sem autorização prévia por escrito da editora, poderá ser reproduzida ou transmitida. A violação dos Direitos Autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e com punição de acordo com o artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta obra fora formulado exclusivamente pelo(s) autor(es).

Marcas Registradas: Todos os termos mencionados e reconhecidos como Marca Registrada e/ou Comercial são de responsabilidade de seus proprietários. A editora informa não estar associada a nenhum produto e/ou fornecedor apresentado no livro.

Material de apoio e erratas: Se parte integrante da obra e/ou por real necessidade, no site da editora o leitor encontrará os materiais de apoio (download), errata e/ou quaisquer outros conteúdos aplicáveis à obra. Acesse o site www.altabooks.com.br e procure pelo título do livro desejado para ter acesso ao conteúdo..

Suporte Técnico: A obra é comercializada na forma em que está, sem direito a suporte técnico ou orientação pessoal/exclusiva ao leitor.

A editora não se responsabiliza pela manutenção, atualização e idioma dos sites, programas, materiais complementares ou similares referidos pelos autores nesta obra.

Grupo Editorial Alta Books

Produção Editorial: Grupo Editorial Alta Books
Diretor Editorial: Anderson Vieira
Editora-Chefe: Manuella Santos de Castro
Editor Pleno: Aurélio Nogueira
Vendas Governamentais: Cristiane Mutûs
Gerência Comercial: Claudio Lima

Produtora Editorial: Andreza Moraes
Revisão: João Paulo Guterres
Diagramação: Fernando Ribeiro



Rua Viúva Cláudio, 291 – Bairro Industrial do Jacaré
CEP: 20.970-031 – Rio de Janeiro (RJ)
Tels.: (21) 3278-8069 / 3278-8419
www.altabooks.com.br – altabooks@altabooks.com.br
Ouvidoria: ouvidoria@altabooks.com.br



Sumário

INTRODUÇÃO	1
 1. ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRABILIDADE: PASSADO E PRESENTE	3
1.1 Da consolidação da arbitragem como método adequado de resolução de controvérsias com a Administração Pública à problematização da arbitrabilidade objetiva	3
1.1.1 Arbitrabilidade subjetiva: superação das discussões e consolidação da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos com a Administração Pública	3
1.1.2 Arbitrabilidade objetiva: novos desafios para a arbitragem envolvendo entes públicos	11
1.1.2.1 <i>Os critérios eleitos pelo legislador: uma visão geral sobre a patrimonialidade e a disponibilidade</i>	<i>11</i>
1.1.2.2 <i>Da superação do mito da indisponibilidade do interesse público como limite para a arbitrabilidade à permanência da indefinição dos direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública</i>	<i>16</i>
1.1.2.3 <i>Novos paradigmas: a regra de arbitrabilidade objetiva do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021</i>	<i>23</i>
1.2 Caminhos percorridos pela doutrina e tentativas de identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da Administração Pública	27
1.2.1 Inutilidade prática da dicotomia entre interesses públicos primários e secundários para identificação da arbitrabilidade objetiva	27
1.2.2 As normas de ordem pública de indeclinável aplicação pelo julgador e a ausência de impacto na definição da arbitrabilidade objetiva	32

1.2.3	As diferenças entre a transação e a arbitragem e a inutilidade prática do parâmetro dos “direitos transacionáveis” para identificação da arbitrabilidade objetiva.....	36
1.2.4	O mérito administrativo: da insindicabilidade como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional e da imprestabilidade como critério de arbitrabilidade	40
1.3	Problemática atual: critérios de arbitrabilidade objetiva fundados no regime jurídico dos contratos administrativos.....	51
1.3.1	O regime jurídico dos contratos administrativos, a consensualidade administrativa e o impacto na arbitrabilidade objetiva: noções preliminares	51
1.3.2	A dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva e seu descolamento do Direito Administrativo contemporâneo consensual.....	60
1.3.3	O critério que apresenta como arbitráveis as “matérias contratualizáveis”: necessidade de identificação das questões passíveis de contratação pela Administração Pública.....	73
2.	REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	85
2.1	As concessões de serviço público como ponto de partida para análise da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos.....	85
2.2	Aspectos fundamentais da concessão de serviço público: viabilização de colaboração público-privada, delegação da execução do serviço ao parceiro privado e manutenção da titularidade pública do serviço	94
2.3	As cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviço público e sua natureza jurídica contratual	104
2.4	As “cláusulas exorbitantes” como competências atribuídas pelo legislador para o atingimento de finalidades específicas	113
2.5	Das prerrogativas da Administração Pública em espécie	121

2.5.1	Prerrogativa da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público	124
2.5.2	Prerrogativa da Administração Pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.....	131
2.5.3	Prerrogativa da Administração Pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço.....	140
2.5.4	Prerrogativa da Administração Pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público.....	147
2.5.5	Prerrogativa da Administração Pública de extinguir unilateralmente o contrato.....	157
2.5.5.1	<i>Tratamento da matéria na Lei nº 14.133, de 2021</i>	159
2.5.5.2	<i>Tratamento da matéria na Lei nº 8.987, de 1995</i>	166
2.5.5.3	<i>A hipótese do inciso II do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a encampação da concessão</i>	168
2.5.5.4	<i>A hipótese do inciso III do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a caducidade da concessão</i>	172
2.5.5.5	<i>As hipóteses dos incisos IV e V do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a rescisão e a anulação do contrato de concessão</i>	178
2.6	As cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro	182
2.7	Contrato de concessão de serviço público como instrumento estabilizador de escolhas regulatórias (regulação <i>ex ante</i>) e a regulação <i>ex post</i> pelas agências reguladoras.....	198
2.7.1	Regulação e agências reguladoras	198
2.7.2	O modelo de dupla regulação	207
2.7.3	Regulação por contrato (<i>ex ante</i>) e estabilização de políticas públicas.....	210
2.7.4	Contratos incompletos e regulação por agência (<i>ex post</i>)	216

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	223
3.1 Arbitrabilidade das disputas relacionadas às cláusulas regulamentares e às “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo.....	223
3.1.1 Posicionamento da doutrina a respeito da inarbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares e “exorbitantes”	226
3.1.2 Arbitrabilidade objetiva sob a perspectiva do Direito Administrativo consensual contemporâneo	233
3.1.2.1 <i>Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares</i>	233
3.1.2.2 <i>Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às “cláusulas exorbitantes”: necessidade de análise individualizada das prerrogativas da Administração Pública</i>	241
3.1.3 Direito disponível da Administração Pública como aquele capaz de atender a um interesse público materializado e concreto	252
3.2 Análise individualizada da arbitrabilidade das controvérsias relativas às prerrogativas da Administração Pública.....	260
3.2.1 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da Administração Pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público	260
3.2.2 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da Administração Pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.....	269
3.2.3 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da Administração Pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço.....	276
3.2.4 Inarbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da Administração Pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público	280

3.2.5 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da Administração Pública de extinguir unilateralmente o contrato: necessidade de análise individualizada de cada hipótese de extinção	287
3.2.5.1 Arbitrabilidade das eventuais controvérsias decorrentes da extinção do contrato por advento do termo contratual	290
3.2.5.2 Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por “razões de interesse público”	291
3.2.5.3 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento do contratado	294
3.2.5.4 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por distrato, caso fortuito e força maior	299
3.2.5.5 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento da Administração Pública	299
3.2.5.6 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por anulação	301
3.3 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes das cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	304
3.4 Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes do exercício da regulação pelas agências reguladoras	312
CONCLUSÕES	317
REFERÊNCIAS	359

AMOSTRA

INTRODUÇÃO

Não é novidade que determinados contratos administrativos, como são os de concessão, disciplinam relações jurídicas de conteúdo complexo e técnico, sendo a arbitragem um meio alternativo ao Poder Judiciário, adequado para a resolução de conflitos deles decorrentes.

Com a alteração da Lei nº 9.307, de 1996, pela Lei nº 13.129, de 2015, foi introduzida, no ordenamento jurídico brasileiro, autorização geral e expressa para a utilização da arbitragem pela Administração Pública. A partir daí, foi possível observar um incremento no número de arbitragens que envolvem a Administração direta e indireta, na organização dos entes públicos para atuar nessas arbitragens e nas normas a respeito da matéria.

Percebe-se uma grande movimentação da Administração Pública em torno da arbitragem, o que é positivo. A experiência demonstra que a arbitragem é, sim, um meio adequado de resolução de determinados conflitos e que, desde que haja uma estrutura apropriada, os entes públicos podem atuar em processos arbitrais defendendo, com eficiência, o interesse público.

Ocorre que, a despeito de toda essa evolução, e ultrapassadas as discussões a respeito da arbitrabilidade subjetiva, as discussões se voltam agora aos “direitos patrimoniais disponíveis” da Administração Pública. O critério de arbitrabilidade objetiva estabelecido pelo legislador não permite identificação imediata dos conflitos que podem ser objeto de uma arbitragem. Esse fato, somado a determinadas características do contrato administrativo e a noções que permeiam

o Direito Administrativo clássico, como as ideias de supremacia e da indisponibilidade do interesse público, acabam por gerar questionamentos a respeito da matéria efetivamente arbitrável.

As discussões giram em torno da arbitrabilidade de conflitos relacionados às cláusulas regulamentares e às “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos que, para boa parte da doutrina administrativista, constituem exercício de autoridade, manifestações de “atos de império” da Administração Pública, sendo, portanto, matéria indisponível e não arbitrável. Outra questão que se coloca é em relação à arbitrabilidade de conflitos decorrentes da regulação exercida pelas agências reguladoras, diante de um contexto de incompletude, inerente a contratos de longa duração, como são os de concessão.

Conforme será demonstrado, o regime jurídico do contrato administrativo não limita o objeto das arbitragens instituídas em decorrência das cláusulas compromissórias neles inseridas, sendo arbitráveis os conflitos relativos a adimplementos e inadimplementos contratuais, ainda que decorram do exercício de prerrogativa da Administração Pública com o objetivo de assegurar a adequada prestação do serviço. À luz do Direito Administrativo contemporâneo, é possível a utilização da arbitragem de forma segura pelas partes, em atendimento ao princípio da eficiência.

1.

ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRABILIDADE: PASSADO E PRESENTE

1.1 Da consolidação da arbitragem como método adequado de resolução de controvérsias com a Administração Pública à problematização da arbitralidade objetiva

1.1.1 Arbitrabilidade subjetiva: superação das discussões e consolidação da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos com a Administração Pública

A arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996. Muito já foi escrito sobre o instituto desde então, que se consolidou como meio de resolução de conflitos alternativo ao Poder Judiciário e adequado para a resolução de determinadas controvérsias, normalmente complexas e de conteúdo técnico, não apenas jurídico. Não é difícil encontrar informações em sites especializados que noticiam crescimento exponencial do número de procedimentos administrados pelas principais câmaras de arbitragem do país nas últimas décadas¹.

1. Em notícia de 4.10.2022, foi informado que, de acordo com pesquisa liderada pela Professora Selma Ferreira Lemes, o número de novos casos de arbitragem aumentou

A Lei nº 9.307, de 1996, em seu art. 1º, declara que as pessoas capazes de contratar podem, livremente, optar pela arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Trata-se do conceito de arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, que diz respeito à aptidão de um sujeito de direito se submeter à arbitragem. Em 2015, por meio da alteração implementada pela Lei nº 13.129, de 2015, o art. 1º, §1º, da Lei nº 9.307, de 1996, passou expressamente a prever que também a “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Antes dessa alteração legislativa, a doutrina dividia-se: (i) entre aqueles que entendiam que era necessária a autorização legal específica para a celebração de convenção de arbitragem pela Administração Pública² e; (ii) aqueles que entendiam que era desnecessário uma previsão legal específica (sendo suficiente a autorização para as pessoas

600% em uma década. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022>. Acesso em: 12 jan. 2023. Outros dados da pesquisa “Arbitragem em Números” também foram divulgados na internet: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf. Acesso em: 12 jan. 2023.

2. Nesse sentido, Salles (2011, p. 237), afirma que “o espaço de liberdade da atuação administrativa é circunscrito à lei, na forma da discricionariedade” e diferentemente do que ocorre em relação aos particulares, “esse espaço de liberdade não se estende àquela zona de possibilidades decorrente da falta de regulamentação pelo ordenamento jurídico”. Assim, o autor declara ser necessário, para a Administração Pública, “a existência de um comando legal específico, consistente em um permissivo para a prática de determinada modalidade de ato ou atividade” e que esse permissivo legal se apresenta “como um pressuposto de arbitrabilidade, que deve ser atendido a bem da validade da convenção arbitral e da respectiva sentença”. No mesmo sentido, Sica (2016) declara que “é necessária norma jurídica expressa para definir de quais direitos da Fazenda os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que o assim façam, sem que com isso se considere ferida a indisponibilidade do interesse público”. Também para Bandeira de Mello (2021, p. 907): “(...) interesses começaram a ser edificados para sustentar que a arbitragem seria aplicável à solução de controvérsias nascidas no âmbito de relações jurídicas de cunho patrimonial travadas com o Poder Público, a despeito da inexistência de previsão legal autorizativa. O móvel desse pensamento procurava

“capazes de contratar”, já prevista no art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, em sua redação original³). Fato é que, na ausência de autorização geral e expressa, havia dúvidas a respeito da possibilidade de a Administração Pública, por meio de um contrato, afastar a resolução de conflitos pela jurisdição estatal, entregando-a a uma jurisdição privada⁴.

solapar a ideia longamente consolidada afirmativa da impossibilidade de o Poder Público se submeter à arbitragem sem expressa previsão legal”.

3. Para Pinto (2004, p.15) “inexiste qualquer princípio geral que, per se, impeça o Estado e suas empresas de participar de procedimentos arbitrais. Superado este obstáculo, entendemos, entretanto, que, por força do princípio da legalidade, a arbitralidade subjetiva esteja a depender de autorização legal. Finalmente, entendemos que essa autorização geral existe e está presente no texto do art. 1º da Lei de Arbitragem”. Lemes (2007, p. 84) declara que “a existência de lei específica dispondo sobre a eleição da arbitragem em contratos administrativos não é necessária, pois a ela se aplica a Lei nº 9.307, de 1996, estatuto arbitral brasileiro, que não distingue, entre pessoas jurídicas, as de direito público ou as de direito privado”. Também para Sundfeld e Câmara (2013, p. 258): “Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de pessoa. Lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente. (...) A única exigência feita foi a de que a pessoa seja capaz de contratar. (...) Como não se discute a capacidade de contratação das entidades estatais, não há como negar que tais figuras estão incluídas entre as pessoas aptas a fazer uso do procedimento arbitral.” Possuem a mesma opinião, ainda, Grotti (2017, p. 91) e Megna (2019, p. 116).
4. Afirmando o exercício de função efetivamente jurisdicional pelos árbitros: Carmona (2009, p. 269); Dinamarco (2013, p. 41-48); Alvim (2016, p. 142); Dinamarco (2017, p. 194); Cahali (2020, p. 135). O Superior Tribunal de Justiça já declarou diversas vezes a natureza jurisdicional da arbitragem, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de conflito de competência entre tribunais estatais e tribunais arbitrais ou, ainda, entre tribunais arbitrais. A título de exemplo, no CC n. 185.702/DF, o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 30/6/2022) declarou: “(...) Estabelecida a natureza jurisdicional da arbitragem, tem-se que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do *leading case* - CC 111.230/DF - passou a reconhecer que o Tribunal arbitral se insere, indiscutivelmente, na expressão ‘quaisquer tribunais’, constante no art. 105, I, d, da Constituição Federal. Segundo a compreensão adotada pela Segunda Seção, a redação constitucional não pressupõe que o conflito de competência perante o STJ dê-se apenas entre órgãos judicantes pertencentes necessariamente ao Poder Judiciário, podendo ser integrado também por Tribunal arbitral.” Ainda, no CC n. 184.495/SP, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, (Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 1/7/2022) declarou: “(...) A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento.”