

AUTOR CONVIDADO

# A ARBITRAGEM NO DIREITO ADMINISTRATIVO

*ARBITRATION IN ADMINISTRATIVE LAW*

*Alexandre Santos de Aragão*

*Professor Titular de Direito Administrativo da UERJ. Doutor em Direito do Estado pela USP e Mestre em Direito Público pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado*

**SUMÁRIO:** 1 A afirmação da arbitragem no Brasil; 2 A interpretação da expressão “Direitos Patrimoniais Disponíveis” no Direito Administrativo; 3 A arbitrabilidade das sanções e poderes contratuais unilaterais da contraparte pública; 4 A arbitrabilidade dos efeitos patrimoniais de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis; 5 A inarbitrabilidade das obrigações oriundas apenas e diretamente do ordenamento jurídico (extracontratuais); 6 Atos de Império (versus Atos de Gestão); 7 A função densificadora dos contratos na definição da arbitrabilidade de lides envolvendo a Administração Pública; 8 Breves apontamentos conclusivos; Referências.

**RESUMO:** Embora a Lei nº 13.129/2015 tenha garantido, aos entes políticos e entidades administrativas em geral, a possibilidade de resolverem os seus conflitos por meio da arbitragem, ainda permanecem dúvidas relevantes e grande controvérsia, inclusive na jurisprudência, a respeito das matérias administrativas que podem ser apreciadas em instância arbitral. Além de delimitarmos, com a maior precisão possível, o campo de arbitrabilidade objetiva para as lides da Administração, examinaremos neste trabalho a arbitrabilidade das sanções e poderes contratuais unilaterais da contraparte pública (diferenciando tais prerrogativas *ex contractu* do poder de polícia), bem como a possibilidade de levar à arbitragem os efeitos meramente pecuniários de direitos indisponíveis ou extrapatrimoniais. Por fim, analisaremos a possibilidade (e a conveniência) de se densificar, por meio de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis” para fixação das matérias que podem ou não ser apreciadas em arbitragens envolvendo o Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Objetiva. Sanções Contratuais. Poder de Polícia.

**ABSTRACT:** Although the new Brazilian Arbitration Act (Law nº 13.129/2015) has allowed every public entities to resolve disputes through arbitration, there is great controversy about the scope of administrative subjects that can be examined by arbitral tribunals. In addition to delimiting that scope, we will examine the arbitrability of contractual penalties and pecuniary effects of inalienable or non-monetary rights. At last, we will analyze the possibility of densifying, through regulatory acts or by the contracts themselves, what is meant by the legal expression “patrimonial and alienable rights” for the purpose of fixing the matters that may or may not be assessed in arbitrations involving the State.

**KEYWORDS:** Arbitration. Public Administration. Objective Arbitrability. Contractual Penalties. Police Power.

## 1 A AFIRMAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

A arbitragem, como se sabe, consiste em mecanismo de heterocomposição de conflitos de interesses, informado pela celeridade, *expertise* e informalidade, que se processa fora das lindes estatais.

O reconhecimento da arbitragem, no Brasil, percorreu um caminho tortuoso. Houve quem questionasse a constitucionalidade até dos procedimentos arbitrais realizados entre pessoas jurídicas de direito privado, a respeito de direitos patrimoniais incontroversamente disponíveis, mesmo após a edição da Lei nº 9.307/1996.<sup>1</sup>

Nos domínios da Administração Pública, a afirmação da arbitragem foi ainda mais adversa, demorada e conturbada.<sup>2</sup> De acordo com Marco Antonio Rodrigues, havia três impedimentos, de índole constitucional, que geralmente eram opostos à admissão da arbitragem para solver litígios administrativos:

(i) o princípio da legalidade (artigo 37, *caput*, da Constituição);<sup>3</sup> (ii) a indisponibilidade do interesse público, princípio constitucional implícito que seria incompatível com o artigo 1º da Lei de Arbitragem, em sua redação prévia à reforma ocorrida em 2015; e, finalmente, (iii) o princípio da publicidade (artigo 37, *caput*, da Lei Maior), que iria de encontro com uma das principais características das arbitragens mundo afora, qual seja, a confidencialidade. Além disso, o artigo 55,

---

<sup>1</sup> A constitucionalidade da Lei da Arbitragem chegou a ser discutida pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do processo de homologação de Sentença Estrangeira nº 5.206, relatado pelo Min. Sepúlveda Pertence. Naquela oportunidade, 12/12/2001, quatro ministros da Corte se posicionaram pela inconstitucionalidade de diversos dispositivos da Lei 9.307/96. Em âmbito doutrinário, cf. LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p.383-385.

<sup>2</sup> Para que se possa dimensionar o quanto, chegou-se a propor emenda à Constituição (PEC nº 29) para impedir que pessoas de direito público pudessem se submeter a arbitragem. O Tribunal de Contas da União, por seu turno, exarou um sem número de decisões declarando a injuridicidade dos procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública (e.g., decisão 286/93, decisão 394/95, acórdão 584/03, acórdão 1271/05 e acórdão 1099/06).

<sup>3</sup> Em linhas gerais, argumentava-se que, na ausência de expressa lei autorizativa, a Administração não poderia se submeter à arbitragem. Os adeptos dessa tese lançavam mão de uma visão oitocentista do princípio da legalidade, advogando que todos os atos da Administração deveriam ter o conteúdo preestabelecido pelo legislador. A respeito das diferentes concepções acerca do princípio da legalidade, conferir: ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, p. 51-64, 2004.

parágrafo 2º, da Lei 8.666<sup>4</sup> também era óbice levantado à utilização do juízo arbitral pela Fazenda Pública.<sup>5</sup>

Antes do advento da Lei nº 13.129/2015, embora já se constatasse forte tendência *favor arbitratis* no direito público brasileiro (capitaneada sobretudo pelo STJ),<sup>6</sup> ainda pairavam muitas dúvidas quanto à possibilidade de participação de entidades administrativas em arbitragens.

Com a recente alteração legislativa, porém, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva envolvendo a Administração Pública deve ser minorada, na medida em que o § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96, é expresso no sentido de que “a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Dito de outro modo, todas as entidades administrativas (de natureza privada ou autárquica) e, até mesmo, os próprios entes políticos podem, agora por expresso permissivo legal, dirimir seus conflitos de interesses pelo método arbitral.

Diante da mencionada inovação legislativa, pois, a arbitragem no campo da Administração Pública empresarial vem experimentando processo de acelerada expansão. Dalmo de Abreu Dallari, nessa toada, esclarece serem “vários os motivos dessa ênfase, parecendo que o principal deles é a demora crescente para obtenção de uma decisão judicial definitiva”.<sup>7</sup> Enfocando as necessidades das empresas, Arnaldo Wald salienta que:

São distintos os tempos da justiça e do mundo dos negócios, tendo até finalidades diferentes. Efetivamente, por muito tempo, os magistrados e

---

4 Lei nº 8.666/1993, art. 55, 2º: “Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei”. Defendendo que tal dispositivo configuraria empecilho à realização de arbitragens que envolvessem a Administração Pública, v. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

5 RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016. p. 392-293.

6 Ilustrativamente, cita-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 612.439/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006: “São válidos e eficazes os contratos firmados pelas sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços (CF (LGL\1988\3), art.173, § 1.º) que estipulem cláusula compromissória submetendo à arbitragem eventuais litígios decorrentes do ajuste”; STJ, REsp 612.345/RS, rel. Min. João Otávio Noronha, DJ 14.09.2006; STJ, AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 14.08.2006; STJ, EDcl no AgRg no MS 11.308/DF, rel. Min. Luiz Fux, DJ 30.10.2006.

7 DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 99.

os juristas, em geral, não se preocuparam com a demora para que fosse encontrada uma solução definitiva para os litígios, nem davam maior importância às consequências das suas decisões. Prevalcia, ao menos na teoria, o princípio *fīat justitia, pereat mundus* (que se faça justiça, mesmo que o mundo pereça). Ao contrário, na vida comercial, as pendências não podem perdurar e não devem demorar as respectivas soluções em virtude dos prejuízos que causam às partes. Só recentemente, em todos os países, tanto no Poder Judiciário como na arbitragem, houve uma reação saudável no sentido de tornar o processo mais eficiente e rápido.<sup>8</sup>

Em paralelo, como também se antecipou, as arbitragens permitem que os conflitos analisados sejam resolvidos de modo mais técnico, por profissionais com notória expertise nos temas sobre os quais as partes controvertem. Nessa linha, Giovanni Ettore Nanni elenca como principais vantagens do procedimento arbitral:

A informalidade e a alternativa de adaptação dos procedimentos à conveniência das partes, a flexibilidade das regras e a opção de escolha de câmaras, a confidencialidade, a economia de tempo na obtenção de uma decisão final e, principalmente, a possibilidade de nomeação de árbitros com base em sua especialidade, experiência, cultura, tempo disponível para dedicação ao assunto e confiança que a parte deposita na pessoa que deverá julgar a desavença. Especialmente a *expertise* do árbitro constitui o grande diferencial no tema, porque a arte da hermenêutica, mormente nos contratos complexos e atípicos, orienta, se for o caso, o emprego da interpretação integradora, na qual se supre a lacuna que a regulação das partes, voluntariamente ou não, acabou gerando. [...] E, tratando-se de um contrato complexo e atípico, nada mais recomendável que o uso da arbitragem, já que permitida a eleição de árbitros dotados de tais características.<sup>9</sup>

No âmbito do próprio Direito Público, a arbitragem converge ainda para uma das mais fortes tendências do direito administrativo contemporâneo, que é o estímulo e a valorização da consensualidade na lida com o administrado.<sup>10</sup> Como bem observa Onofre Alves Batista Júnior,

8 WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr./jun. 2012.

9 NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3.

10 “O movimento pró-consenso atualmente verificável é apontado como decorrência de a celebração de acordos no âmbito da Administração Pública se coadunar com as demandas, cada vez mais incisivas, por celeridade no provimento administrativo, participação do administrado na tomada de decisões administrativas e eficiência quanto à conformação da atuação administrativa. Ademais, a preocupação com a governança também pelo Direito (Administrativo) coloca em voga o tema da consensualidade, então visualizada como um instrumento de grande valia à eficácia na atuação administrativa”.

O Estado Democrático de Direito (eficiente, pluralista, participativo e infraestrutural) permite a consolidação da ideia de uma ‘Administração concertada’, como ‘modo de administrar’ pelo qual a Administração Pública, a princípio, renuncia à imposição de seu próprio critério de forma imperativa e unilateral e se esforça para encontrar um ponto de equilíbrio adequado entre os interesses públicos que deve perseguir e os interesses particulares das pessoas física e jurídicas, sem o concurso de quem, mais dificilmente, pode atingir seus objetivos.<sup>11</sup>

Ademais, quando empresas estatais interagem como ou com atores empresariais privados, restrições à arbitragem podem violar o princípio da paridade de regime jurídicos (CF, art. 173, § 2º), pelo qual as estatais atuantes em regime de concorrência com empresas privadas recebam, nos ônus e nos bônus, o mesmo tratamento jurídico conferido aos atores particulares. Nesse sentido, a proibição de que estatais se valham do procedimento arbitral pode representar óbice ao exercício de seu objeto social não verificável quanto às empresas privadas.<sup>12</sup>

No campo das atividades estatais delegadas à iniciativa privada, entre as quais os monopólios públicos (petróleo, gás natural, mineração e energia nuclear – arts. 176 e 177, CF), tais restrições podem ainda afastar potenciais investidores, violando o princípio da competitividade, insculpido inclusive no art. 3º da Lei de Licitações, pelo qual o Estado deve tomar todas as medidas possíveis para ampliar o número de competidores em suas licitações, com o que malferiria também os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade.

Em ambos os casos, a obstrução da via arbitral implicaria o aumento dos custos ou a redução dos ganhos administrativos – o que violaria também o princípio constitucional da eficiência.<sup>13</sup> Em muitos setores da

---

CHIRATO, Vitor Rein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011. p. 3. Disponível em: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em: 09 fev. 2017.

11 BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 325. No mesmo sentido, v. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5. ed. v. II, Madrid: Civitas, 1998. p. 499.

12 A respeito do tema, ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 106-119.

13 “Não se exige mais apenas que o administrador público aja dentro dos limites legais. É fundamental também que a ação administrativa seja eficiente e que produza resultados eficazes para a sociedade; daí a inclusão do princípio da eficiência no rol dos princípios aplicáveis à Administração Pública (art. 37 da CF). O direito administrativo pós-moderno instituiu um novo patamar de vinculação jurídica para a Administração Pública: a realização efetiva de um resultado determinante, sendo o princípio da eficiência

economia, ademais, a resolução de controvérsias pelo método da arbitragem já integra até mesmo a *lex mercatoria*.<sup>14</sup>

Se do ponto de vista subjetivo, a Legislação vigente categoricamente afirma 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 menos precisa: a dos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Os próximos tópicos serão dedicados, justamente, a identificar o que se deve entender por esta expressão, bem como apontar formas de densificação de tal conceito jurídico indeterminado.

## 2 A INTERPRETAÇÃO DA EXPRESSÃO “DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS” NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como destacado acima, a Lei de Arbitragem (art. 1º, § 1º), na sua atual redação, dispõe que: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Se a interpretação da locução “direitos patrimoniais disponíveis” no Direito Privado já não é simplória, a exegese da referida expressão no Direito Administrativo traz complexidades e desafios adicionais. Contudo, definir, de forma objetiva e precisa, o seu significado é essencial para elucidar quais são as controvérsias envolvendo a Administração que podem ser resolvidas em instância arbitral.

Quanto ao primeiro adjetivo da locução em referência, cumpre assinalar brevemente que a natureza patrimonial<sup>15</sup> de um direito não está presente somente na hipótese de o seu conteúdo se traduzir monetariamente.

---

seu principal veículo condutor. O que se espera do administrador público na condução dos processos de contratação pública é a obtenção de um resultado legítimo e eficiente, se não alcançou o resultado desejado”. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polémicas*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 73.

- 14 Valendo-nos das lições de Luís Roberto Barroso, podemos esclarecer que a *lex mercatoria* consagra “o primado dos usos no comércio internacional”, materializando-se “por meio dos contratos e cláusulas-tipo, jurisprudência arbitral, regulamentação de profissionais elaboradas por suas associações representativas e princípios gerais comuns às legislações dos países”. BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001, p. 93.
- 15 A respeito do conceito de “patrimonialidade”, consulte-se: COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. p. 63-66; VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991. v. 1. p. 102-107; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 10. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 2-6; GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

Como bem apontado por Eduardo Talamini, a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.<sup>16</sup> Para Caio Mário Da Silva Pereira, o objeto de uma obrigação contratual “há de ter caráter patrimonial”, anotando ainda que:

Via de regra e na grande maioria dos casos, a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E, como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente o por via de consequência. Poderá, entretanto, acontecer que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído”. Contudo, o caráter econômico estará presente “ainda no caso de se não fixar um valor para o objeto, a lei o admite implícito, tanto que converte em equivalente pecuniário aquele a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário, e isto tanto nas obrigações de dar como nas de fazer, demonstrando que a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação.<sup>17</sup>

Nessa ótica, as controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica (ex.: dever de confidencialidade) podem ser arbitradas, caso tenham repercussões patrimoniais (ex.: indenizações por prejuízos eventualmente causados etc.).

Por seu turno, o adjetivo “disponível”, na gramática civilista, qualifica direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. Nesse sentido, expõe com clareza Pontes de Miranda, ao afirmar que o princípio da disponibilidade “refere-se à capacidade em sentido

---

p. 20-21; LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. p. 23-25; JUSTEN FILHO, Marçal. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986. p. 79-80.

16 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. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99.

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 21-22, grifamos.



amplo de o titular do direito [...] poder efetuar a transferência para outra pessoa, o adquirente”.<sup>18</sup>

Em idêntica direção, se anota, no campo do Direito Civil, que o “direito disponível é o alienável, transmissível, renunciável, transacionável. A disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo; transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*; pode, também, renunciar ao direito; bem como, pode, ainda, o titular transigir seu direito”.<sup>19</sup>

A consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público<sup>20</sup> só exaspera o nó dogmático que embaraça o tratamento do tema, pois alguns autores, com base nele, sustentam a indisponibilidade e, portanto, a inarbitrabilidade de todos os direitos de que a Administração é titular. E, de fato, se a tal termo se conferir o mesmo sentido que ele tradicionalmente ostenta no Direito Civil, de direito que pode ser livremente renunciado ou doado, a conclusão aventada, a nosso ver de maneira indevida, seria impositiva.<sup>21</sup>

Assim, com base na significação civilista do termo “disponível” e no princípio aludido, de esteio meramente livresco, sem nenhuma

---

18 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 478.

19 MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n 122, 2005. p. 151-166.

20 “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 predispor 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”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 74.

21 Na visão de Carlos Ari Sunfeld, a “linha de argumentação desenvolvida para fundamentar essa ideia é bastante simplista: como a arbitragem só teria cabimento sobre direitos disponíveis, ela estaria invariavelmente afastada dos direitos relativos à Administração, uma vez que estes seriam, todos, por força do aludido princípio, indisponíveis. O raciocínio é linear, fácil de ser assimilado e, talvez por isso, acabe exercendo um efeito sedutor em alguns intérpretes. No entanto, a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público ao presente tema mostra-se completamente fora de contexto e, conseqüentemente, inadequada. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008. p. 119.

menção expressa em nosso direito positivo, há quem defenda a completa incompatibilidade do procedimento arbitral com a Administração Pública.<sup>22</sup>

Perceba-se que, mais radicalmente, houve até mesmo quem negasse a existência dos contratos administrativos, raiz do pensamento dos que até hoje criam estorvos à arbitrabilidade dos conflitos envolvendo a Administração Pública: contratualizar, tal como colocar sob arbitragem, um interesse público, equivaleria, por essa visão, à sua simples disposição.<sup>23</sup>

Há também quem entenda que a arbitragem só é admissível quando verse exclusivamente acerca de interesses públicos secundários (interesses patrimoniais da máquina estatal),<sup>24</sup> conforme a clássica definição de Renato Alessi.<sup>25</sup> Esses autores equiparam interesses públicos secundários

22 Por todos, v. MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3. ed. Curitiba: Znt Editora, 1998. p. 122: “Não é possível a eleição de juízo arbitral no âmbito dos contratos administrativos, uma vez que os direitos e interesses que os compõem são, por imposição legal, indisponíveis”.

23 Os adeptos de tal corrente “argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado. Essa posição foi adotada, no direito brasileiro, entre outros, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007:684). Segundo ele, as cláusulas regulamentares decorrem de ato unilateral da Administração, vinculado à lei, sendo as cláusulas econômicas estabelecidas por contrato de direito comum”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 264.

24 Por todos, v. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul./set. 1997. p. 84: “Em outros termos e mais sinteticamente: está-se diante de duas categorias de interesses públicos, os primários e os secundários (ou derivados), sendo que os primeiros são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os segundos têm natureza instrumental, existindo para que os primeiros sejam satisfeitos, e resolvem-se em relações patrimoniais e, por isso, tomaram-se disponíveis na forma da lei, não importando sob que regime”.

25 Cf. ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giufrè Editore, 1953. p. 151-152: “Estes interesses públicos coletivos, os quais a Administração deve zelar pelo cumprimento, não são, note-se bem, simplesmente interesses da Administração entendida como uma entidade jurídica de direito próprio. Trata-se, ao invés disso, do que tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado por todos os interesses prevaletentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente secundário, de modo que pode

a interesses públicos disponíveis, de acordo com o permissivo da atual redação da Lei de Arbitragem.

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

A limitação objetiva da arbitralidade envolvendo a Administração, com base nessa importação apressada do conceito civilista de “direitos disponíveis”, conduziria, no limite, à disparatada conclusão de que qualquer contrato administrativo seria, *de per se*, juridicamente proscrito. Nessa linha, em recente estudo doutrinário, registrei que “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”.<sup>26</sup>

Marçal Justen Filho, em idêntico sentido, demonstrou que “o argumento de que a arbitragem nos contratos administrativos é inadmissível porque o interesse público é indisponível conduz a um impasse insuperável. Se o interesse público é indisponível ao ponto de excluir a arbitragem, então seria indisponível igualmente para o efeito de produzir contratação administrativa. Assim, como a Administração Pública não disporia de competência para criar a obrigação vinculante relativamente ao modo de composição do litígio, também não seria investida do poder para criar qualquer obrigação vinculante por meio consensual. Ou seja, seriam inválidas não apenas as cláusulas de arbitragem, mas também e igualmente todos os contratos administrativos.”<sup>27</sup>

---

ser realizado apenas no caso de coincidência com o interesse coletivo primário. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, o interesse secundário, da entidade administrativa, pode ser realizado, como qualquer outro interesse secundário individual, apenas no caso e na medida em que coincida com o interesse público”.

26 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 403.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 822.

A confusão conceitual e terminológica em referência é desfeita, com maestria, pelo professor Eros Grau, que considera não haver “qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público”, sendo certo que se pode “dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso se esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles”. Daí porque, conclui Eros Grau, “sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”.<sup>28</sup>

Nessa esteira, Carlos Ari Sundfeld leciona 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”.<sup>29</sup>

De fato, se partíssemos de uma visão absoluta da indisponibilidade do interesse público, por quê a Administração Pública abriria mão do seu poder de império de desapropriar um imóvel, para promover uma licitação para comprá-lo? Por quê abriria mão do seu poder de império de requisitar um serviço médico e passaria a celebrar convênios com entidades da sociedade civil para que aqueles fossem prestados? Ora, a resposta é que contratar não é dispor, mas é de alguma forma abrir espaço também para as pretensões privadas (ainda que os contratos da Administração Pública sejam em grande parte prefixados no edital e na lei), compor, se sensibilizar diante da lógica privada, aceitar condições de preços e de técnica que são balizadas pelo Estado, mas fixados na proposta vencedora da licitação.

Em paralelo, se a distinção entre interesse público primário e secundário já nos parece artificial e imprecisa, já que a relação de instrumentalidade intrínseca existente entre eles os torna, ao menos em parte, indissociáveis,<sup>30</sup>

---

28 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32, p. 20, grifamos.

29 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, grifamos.

30 “Raramente um interesse social direto (dito interesse público primário – ex.: serviços de saúde) pode ser atendido sem custos (dito interesse público secundário – ex.: receita para prover o salário dos médicos e enfermeiros, para a aquisição e manutenção do imóvel do hospital etc.), a distinção deve pelo menos ser relativizada, evitando-se o viés de se ver o interesse público secundário como algo menos nobre que o interesse público primário, já que quase sempre este não tem como ser realizado sem aquele”. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 102.

não restam dúvidas quanto à sua impropriedade para determinar quais controvérsias podem ou não ser arbitradas. Repise-se: tanto os interesses públicos primários como os secundários são indisponíveis. Basta observar, para comprovar o ponto, que o Estado não pode dispor livremente dos seus bens dominicais nem dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa de alienação ou de isenção fiscal.<sup>31</sup>

Eduardo Talamini, partindo de outro raciocínio, chega à mesma conclusão: “Cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo”.<sup>32</sup>

Note-se que, pelo próprio princípio da legalidade, a Administração Pública não só pode como deve cumprir voluntariamente as suas obrigações, sendo impensável que apenas por títulos executivos judiciais pudesse ser obrigada a fazer ou deixar de fazer qualquer coisa. Ora, se é assim, se voluntariamente pode a Administração buscar um acordo sobre como cumprir suas obrigações, *a fortiori* pode submeter as mesmas questões à arbitragem.<sup>33</sup>

Para exemplificar, pode-se fazer menção aos *claims*<sup>34</sup> apresentados pelo contratado diretamente à Administração contratante e aos

31 Nos moldes da Lei 8.666/1993 (art. 17, I) e do Código Tributário Nacional (art. 171), respectivamente.

32 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. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 97.

33 “Isso também ocorre quando a solução é obtida diretamente pelas partes sem ingressar em Juízo – o que, reitera-se, é, em regra, possível também nas relações de direito público”. 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. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 97.

34 O *claim* consiste em “instituto que tem origem na cultura anglo-saxônica, internacionalmente reconhecido, consistente em medidas que visam o exercício de um direito contratual, legalmente previsto e faticamente fundamentado. BERNADES, Edson García. *Administração contratual e claim*. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais. Disponível em: <<http://ibape-mg.com.br>>. Acesso em: 09 fev. 2017. Na língua portuguesa pode ser definido como “reivindicação”, “pleito”, inerentes até mesmo ao nosso direito constitucional de petição (art. 5º, XXXIV, CF): ora, se o Estado violasse o princípio da indisponibilidade do interesse público cada vez que concordasse com o particular, teria que sempre indeferir qualquer pedido administrativo, com o que a garantia constitucional ficaria exoticamente inócua.

recursos administrativos interpostos pelo contratado contra decisão da Administração que lhe tenha imposto multa de mora. Ainda mais ilustrativamente, pode-se aludir também à negociação entre as partes para fins de reequilíbrio econômico-financeiro até mesmo de contratos administrativos, em decorrência da verificação, por exemplo, de uma álea econômica extraordinária, negociação essa até mesmo imposta pela Lei nº 8.666/93, que dispõe, em seu art. 65, II,<sup>35</sup> que o reequilíbrio e uma série de outras alterações contratuais deve ser fruto de um acordo entre as partes.

Seria esse dispositivo da Lei nº 8.666/93 também inconstitucional, por dispor do interesse público, ao impor o acordo em matérias de relevante interesse público?! (*sic*)

O reconhecimento da impossibilidade de o agente público simplesmente renunciar a direitos da Administração, não faz com que os litígios administrativos não possam ser submetidos ao processo arbitral, serem objeto de acordos ou prevenidos, por meio do cumprimento espontâneo das obrigações contratuais. Tanto é a assim que há célebres casos em que o Estado voluntariamente, sem sequer lançar mão da arbitragem, faz acordo com particulares ou *sponte propria* paga indenizações por responsabilidade civil.<sup>36</sup>

Como destacado por boa parte da literatura, o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e, assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratualizáveis.

Na verdade, como demonstraremos e exemplificaremos adiante, o que deve ser focado para a definição da arbitrabilidade de um direito

---

35 Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - omissis; II - por acordo das partes: a) quando conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

36 Exemplo se deu no recente e clamoroso caso do massacre nos presídios amazonenses: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/governo-do-amazonas-vai-indenizar-familias-de-detentos-mortos-em-presidio>, acesso em: 15 fev. 2017.

administrativo é a sua procedência normogenética. Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito *sub judice*, ainda que previsto mediatamente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem.

Nos tópicos seguintes, procuraremos tratar de algumas matérias que, embora suscitem algumas dúvidas, seguramente podem ser resolvidas em sede arbitral, à luz da interpretação que acima se propôs à Lei da Arbitragem.

### 3 A ARBITRABILIDADE DAS SANÇÕES E PODERES CONTRATUAIS UNILATERAIS DA CONTRAPARTE PÚBLICA

O *ius puniendi* estatal é exercido de diferentes formas e com base em variados fundamentos. Ao Estado cabe, por meio do Ministério Público, promover a persecução e a responsabilização criminal; à Administração Pública, por seu turno, é dado exercer o poder de polícia, o poder disciplinar e também ministrar sanções contratuais contra os particulares que com ela se relacionem negocialmente.

Embora as sanções administrativas propriamente ditas, *stricto sensu*, por constituírem atos de império (conforme tópico 6), a princípio não possam ser revolidas no curso de arbitragens, as sanções contratuais, de base e pressupostos negociais, não encontram qualquer óbice para sê-lo. Nessa perspectiva, é imperioso que diferenciemos e bem delimitemos cada uma dessas formas de atuação punitiva da Administração Pública.

O Poder de Polícia, de acordo com a definição contida no Código Tributário Nacional (art. 78), consiste na “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”.<sup>37</sup> O poder de polícia, diferentemente das prerrogativas contratuais da

---

<sup>37</sup> Como preleciona JEAN RIVERO, “entende-se por polícia administrativa o conjunto de intervenções da administração que tendem a impor à livre ação de particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade” RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1977. p. 412. De acordo com MARCELO CAETANO, o poder de polícia consiste no “modo de atuar da autoridade administrativa que consiste em intervir no exercício das atividades individuais suscetíveis de fazer perigar interesses gerais, tendo por objeto evitar que se produzam, ampliem ou generalizem os danos sociais que a lei procura prevenir”. CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 339.

Administração, fundamenta-se diretamente na soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja, observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionado ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais.<sup>38</sup>

O poder de polícia, ademais, revela-se extroverso. O seu único campo de aplicação são as atividades e propriedades privadas, de modo que a Administração não exerce poder de polícia sobre os serviços, monopólios ou bens públicos – ainda que eles sejam explorados por particulares.

Conceitual e tecnicamente, o poder de polícia e as sanções administrativas propriamente ditas são necessariamente aplicáveis em relação à esfera privada da sociedade, jamais em relação à esfera pública das atividades ou bens, ainda que contratualmente exercidas por particulares. Nesses casos, haverá fiscalização e possibilidade de sanções, mas ambas serão de índole estritamente contratual – só são cogitáveis porque o particular resolveu voluntariamente aderir àquele contrato –, não se confundindo com o poder de polícia, que, naturalmente, como o poder estatal mais típico, independe de qualquer consenso do particular para poder ser exercido. Exemplificando, não se exige o consenso do particular para que o Estado possa fiscalizar uma construção irregular; mas, sem o contrato, nem se cogita do sancionamento pelo descumprimento de uma obrigação dele constante.

Como anotamos, em nosso Curso de Direito Administrativo, “os contratos de concessão regulam o exercício por particulares de serviços ou monopólios públicos, ou a exploração privada de bens públicos, não constituindo, portanto, formas de limitação de atividades privadas, mas de disciplina contratual da transferência do exercício de atividades do Estado”.<sup>39</sup> No mesmo sentido, manifestou-se Odete Medauar anota que “pelo poder de polícia a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume a responsabilidade”.<sup>40</sup>

O fato de no contrato haver referência a regras predispostas em leis ou regulamentos em nada ilide essas assertivas. Por exemplo, boa parte das sanções aplicáveis às empresas que celebram contratos administrativos estão previstas na Lei nº 8.666/1993, mas essas são apenas a sua fonte

---

38 Nesse sentido, v. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 191.

39 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 194.

40 MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, 199:89-96, 1995. p. 95.



indireta, são o que a Administração Pública deve incorporar (por cópia ou por remissão) em seus editais de licitação e instrumentos contratuais. A fonte direta da sua aplicação a particulares não é a Lei, mas sim o contrato: quem não celebrou contrato com a Administração não tem o que se preocupar com tais sanções; apenas o contrato legitima a sua aplicação; ele é a fonte direta de tais sanções.

O simples fato de a Administração Pública estar jungida a nele inscrever ou considerar como pressupostas algumas regras legais, como, por exemplo, as de determinadas sanções, não faz com que elas passem a ser sanções legais, e não mais contratuais. Tanto é assim, que, por mais que estejam na lei, se ninguém assinar os contratos por ela regulados, inviável será cogitar a sua aplicação. Como esclarece Parejo Alfonso, “neste caso, o fundamento e título não é a Lei ou o Regulamento, mas o próprio acordo de vontades”.<sup>41</sup>

O que acima se expôs só reforça o que, de longa data, percebeu Maria João Estorninho, ao constatar que “a lei passa a colaborar ativa e permanentemente com a vontade das partes podendo mesmo afirmar-se que a vontade dos contraentes e a lei passam a integrar, em estreita união, o todo incindível que é a disciplina do contrato”.<sup>42</sup>

Como vimos, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, diretamente, do próprio contrato – de modo que são suscetíveis de serem apreciadas em juízo arbitral.

Para reforçar esta conclusão, destaca-se que, por vezes, a Lei, ao prever tais sanções, explícita ou implicitamente, transfere ao contrato a faculdade de regulá-las e de lhes dar eficácia. Para comprovar o ponto, basta aludir ao art. 86, da Lei 8.666/1993, que estabelece que o “atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato”.

Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, o seu campo de aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. O seu fundamento de aplicação imediato, reitere-se, é o contrato; a lei é apenas o quadro do qual ele parte.

41 ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

42 ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra: Almedina, 1990. p. 140 e 141. (Grifamos.)

Nesse ponto, uma vez mais, é preciso mencionar que, também no mundo estritamente privado, exemplos há de cláusulas contratuais, inclusive de viés sancionatório, cujos conteúdos são preestabelecidos pelo Poder Público, seja por meio do Estado-Legislador, seja por meio do Estado-Regulador.

O exemplo mais clássico desse fenômeno, no Brasil, são os contratos de plano de saúde, que têm boa parte das suas cláusulas predefinidas pelas Leis regentes da matéria<sup>43</sup> e por resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.<sup>44</sup> Em tais avenças, geralmente celebradas apenas por particulares, de igual modo, a fonte direta dessas obrigações não são as normas estatais, mas sim os contratos de prestação de saúde assinados voluntariamente entre as empresas e os seus clientes: sem eles todas aquelas normas permaneceriam eternamente no limbo.

Tratando da questão debatida, Eros Roberto Grau, com a didática que lhe é peculiar, esclarece que, “embora a Administração disponha, no dinamismo do contrato administrativo de poderes que se tomam como expressão de *‘puissance publique’* [alteração unilateral da obrigação, *v.g.*], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros ‘atos de gestão’. Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei [Estado-ordenamento]; ou seja, a Administração não exerce ato de autoridade no bojo da relação contratual”.

Como já registramos, a origem legal de determinadas cláusulas não altera a sua natureza jurídica contratual nem, por conseguinte, suprime a sua arbitrabilidade.

---

43 Além da Lei nº 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde, há outras leis esparsas que cuidam do tema. O Estatuto do Idoso (art. 15, § 3º), por exemplo, veda “a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade” - o que, na prática, proscreve o reajuste das mensalidades devidas aos beneficiários de planos de saúde com mais de 60 anos de idade. No entanto, o tema é regulado, com maiores minúcias, por Resoluções da ANS - a exemplo das que serão citadas na nota de rodapé subsequente.

44 A regulamentação da contratação dos planos privados de assistência à saúde foi feita, em essência, pela Resolução Normativa da ANS nº 195/2009, entretanto diversas outras resoluções tratam de aspectos específicos de tais avenças. A Resolução Normativa da ANS nº 259/2011, por exemplo, estabelece os prazos máximos para a realização de cada tipo de atendimento ao beneficiário de planos de saúde privados. A Resolução Normativa da ANS nº 387/2015, por sua vez, define quais serviços devem ser obrigatoriamente oferecidos pelos planos privados de assistência à saúde. A Instrução Normativa nº 13/2006 define os requisitos e procedimentos para o reajuste da contraprestação pecuniária devida aos planos privados de assistência suplementar à saúde.

Um exemplo paralelo seria a prática existente e muitas empresas multinacionais de grande porte de, por uma questão de governança corporativa,<sup>45</sup> indicar disposições que deverão constar em todos os contratos celebrados pela sociedade, suas *guidelines*. Quem com ela assinar um contrato não estará obrigado diretamente por esses parâmetros, em razão das *guidelines*, mas sim, e apenas, por ter assinado o contrato.

Em todos esses exemplos, o fundamento último das sanções ou cláusulas que confirmam poderes unilaterais a uma das partes<sup>46</sup> é o próprio contrato – ainda que o seu conteúdo seja, em parte, predeterminado por norma geral e abstrata que vincule algum dos contratantes. Sem a aquiescência do outro, contudo, sequer constituída seria a relação negocial e, via de consequência, a potencialidade de aplicação daquelas normas e sanções.

Neste quadrante, cabe esclarecer que os direitos, para serem considerados arbitráveis, embora precisem ser negocialmente erigidos, não precisam sê-lo negociadamente. É a fonte da obrigação que precisa ser contratual (bilateral); sendo, pois, dispensável a verificação se houve ou não efetiva negociação entre as partes para a determinação do conteúdo do pacto. Por esse motivo, o contrato de adesão não deixa de ser um contrato<sup>47</sup> e, por isso mesmo, não se nega a ele a possibilidade de apreciação em sede arbitral.

Consoante esclarece com propriedade José Abreu:

Não importaria saber, como acentua RUGGIERO, nas linhas que transcrevemos, se os efeitos são gerados pela vontade ou pela lei, porque, em verdade, uma não pode subsistir sem a outra, embora a nós pareça que os efeitos são produzidos pelo ato de vontade – que teria feição ou essência normativa, evidentemente que necessitando do beneplácito

45 A expressão governança corporativa compreende “o conjunto de mecanismos (internos ou externos, de incentivo ou controle) que visa a fazer com que as decisões sejam tomadas de forma a maximizar o valor de longo prazo do negócio e o retorno de todos os acionistas”. SILVEIRA, Alexandre di Melici da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo – teoria e prática*. São Paulo: Elsevier, 2010. p. 3.

46 Como demonstrado, apesar do hábito de parte dos administrativistas, poderes unilaterais não necessariamente dizem respeito ao exercício de poder de império do Estado, estando presentes muitas vezes até mesmo em contratos celebrados entre pessoais integralmente privadas e alheias à Administração Pública, tendo como fonte imediata apenas contratos, a exemplo do que se dá paralelamente com o contrato de partilha, contrato de direito privado celebrado pela Administração Pública.

47 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 21: “em certas eventualidades o contrato se celebra pela simples adesão de uma parte ao paradigma já redigido, conforme expressamente admitido pelos arts. 423 e 424 do Código, concluindo-se a avença pela simples atitude do interessado, traduzida como forma tácita de manifestação volitiva. [...] O princípio da liberdade de contratar ostenta-se, não obstante, na faculdade de não adotar aquelas normas-padrão ou aquele modelo pré-moldado”.

do ordenamento. Até mesmo naqueles negócios denominados pela doutrina como ‘negócios-condição’ e ‘negócios forçados’ – em que a autonomia privada sofre rude golpe na sua essência, não se pode prescindir, na sua formação, do elemento volitivo.<sup>48</sup>

A jurisprudência brasileira ainda não logrou consolidar um entendimento a respeito da questão tratada. Em alguns poucos precedentes esparsos, em sua maioria ainda não transitados em julgado, por se confundir o fundamento e a natureza das questões controvertidas, poderes essencialmente contratuais acabaram, pelo simples fato de serem exercidos pela Administração Pública, confundidos com manifestações do poder de polícia e, assim, considerados inarbitráveis.

Nessa esteira, o e. Tribunal Regional Federal da 2ª Região assim se manifestou: “A Egrégia Oitava Turma Especializada, ao apreciar o Agravo de Instrumento nº 0101145-19.2014.4.02.0000 (2014.00.00.101145-7), sufragou, majoritariamente, entendimento no sentido de que a matéria objeto da RD nº 69/2014, da ANP, concernente à delimitação de campo de petróleo, por envolver atividade fiscalizadora, decorrente de poder de polícia da agência reguladora, configuraria direito indisponível que, por conseguinte, escaparia aos limites da cláusula de compromisso arbitral. Em respeito à decisão majoritária do Colegiado, afigura-se oportuna a concessão do provimento liminar pleiteado, de modo a resguardar a eficácia da decisão que vier a ser tomada nos autos principais”.

Todavia, o colendo Superior Tribunal de Justiça, que ainda apreciará o caso de forma colegiada, pela lavra do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, concedeu liminar contra tal acórdão “para atribuir, provisoriamente, competência ao Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional/CCI”, asseverando “que a cláusula compromissória que serve de suporte à discussão em apreço, além de ser disposição padrão nos instrumentos que regem a espécie conflituosa em causa, mostra-se antiga, de sorte que a sua alteração súbita e unilateral impacta os termos em que se deve desenvolver a fiscalização das atividades da PETROBRAS, além de repercutir na confiabilidade e na credibilidade que se requer no exercício do mercado de prospecção e lavra de petróleo, demandante, como se sabe, de aportes de investimentos hipervultosos, envolvendo, inclusive, aspectos internacionais altamente protegidos pelo princípio da boa fé”.<sup>49</sup>

48 ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 31, grifos nossos.

49 STJ, CC nº 139.519, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 13/04/2015.

Decisões como aquela mencionada do TRF2, com toda a vênia, julgam mais pela aparência do que pelo rigor técnico. Nem todos os poderes exercidos pela Administração Pública podem ser tecnicamente considerados poderes de polícia, que são apenas aqueles incidentes sobre os particulares independentemente da celebração de qualquer contrato.

A Administração Pública quando celebra contratos possui, a exemplo de qualquer particular que também o faça, uma série de poderes sobre a outra parte, muitos deles unilaterais (ex.: a denúncia vazia nos contratos de locação, a imposição de diversas regras pelos franqueadores, a aplicação e a execução de sanções através da caução prestada etc.). Poderes unilaterais *ex contractu* não deixam de sê-lo pelo simples fato de uma das partes ser a Administração Pública.

Note-se, nessa perspectiva, que tal conclusão não é repelida nem mesmo quando as sanções ou poderes unilaterais são incumbidos, pelo contrato, às agências reguladoras ou a qualquer outra entidade administrativa a quem se incumba a função de interveniente ou de representante do ente público contratante – opção institucional corriqueira no quadrante da Administração Pública descentralizada, especializada e multiorganizativa.<sup>50</sup>

No meu livro a respeito das Agências Reguladoras, já havia consignado que:

Seja qual for a classificação da agência quanto à atividade regulada, todas as leis que as instituíram preveem o desempenho por parte delas de competências fiscalizatórias sobre os agentes econômicos que se encontram no seu âmbito de atuação. O fundamento da atividade fiscalizatória poderá, no entanto, variar segundo a agência seja (a) reguladora de serviço público, caso em que será um dever inerente ao Poder Concedente; (b) *reguladora da exploração privada de monopólio ou bem público, quando o fundamento da fiscalização é contratual*; ou (c)

50 CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*. 6. ed. Milão: Garzanti, 2000. p. 189-190:

“A Administração italiana é – como, aliás, todas as Administrações dos países desenvolvidos – multiorganizativa, no sentido de que a amplitude e a variedade das funções públicas não apenas levaram à perda da unidade da organização do Estado, mas levaram-no também a adotar diversos modelos organizativos. Por este motivo, é preferível dizer que a administração é multiorganizativa, antes que pluralística ou policêntrica. Estes termos muitas vezes não se referem a sujeitos, mas individualizam apenas o primeiro (fragmentação), e não o segundo (diferenciação), dos dois caracteres acima indicados”. Para Vital Moreira, “quanto mais a coletividade se especializa técnico-profissionalmente e se pluraliza ético-culturalmente, tanto menor se torna aquilo que é comum a todos e tanto maior é a necessidade de diferenciação político-administrativa para corresponder à diversidade dos apelos feitos aos poderes públicos”. MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997. p. 35.

reguladora de atividade econômica privada, em que a natureza da fiscalização é oriundo do poder de polícia exercido pela agência.<sup>51</sup> (Grifo acrescido).

Assim, as competências fiscalizadoras e sancionadoras que a ANP, por exemplo, exerce sobre as empresas que exploram petróleo e gás (monopólios públicos) no Brasil, por meio de contratos de concessão petrolíferos ou de contratos de partilha de produção, buscam fundamento de validade no próprio contrato de que são partes a própria ANP e os sujeitos fiscalizados (e, eventualmente, sancionados). Sempre que o fundamento e o campo de atuação da ANP estiverem associados a uma relação contratual, arbitráveis serão os atos adotados pela agência.

Ao revés, quando a ANP – ou qualquer outra agência – fiscalizar agentes que exercem, por título próprio (ainda que sujeitos a meras autorizações ou licenças), atividades econômicas privadas, a atuação da Agência calcar-se-á exclusivamente na Lei, caracterizando-se como expressão do poder de polícia.<sup>52</sup> Nessa hipótese, não será dado em princípio submeter os seus atos à instância arbitral.

Os poderes que a Administração Pública exerce sobre os autorizatários advêm diretamente da lei, não havendo qualquer contrato celebrado entre eles e a Administração Pública que os condicione. Já as atividades econômicas em sentido estrito sujeitas ao monopólio do Estado (art. 177, CF), não são privadas, e nenhum particular tem direito constitucional de livre iniciativa para exercê-las, o que só se cogita se a Administração Pública e ele voluntariamente celebrarem um contrato nesse sentido. É por esta razão que, naquele caso, estamos diante de poderes de polícia, em princípio inarbitráveis, e, neste caso, estamos diante de poderes contratuais, perfeitamente arbitráveis.

Ainda em exemplificação do exposto, tem-se que quando a ANP, integrando um contrato de concessão ou de partilha, delibera sobre a unitização dos blocos de petróleo ou sobre a forma de observância da cláusula de conteúdo local, o fundamento das suas decisões será o próprio

---

51 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 337, grifos acrescidos ao original.

52 Este é o caso, por exemplo, da atuação fiscalizadora ou sancionadora da ANP sobre as distribuidoras de combustíveis, agentes que exercem atividade privada, por direito constitucional próprio de livre iniciativa. Por mais que tenham que pedir uma autorização à Administração Pública, essa autorização não tem natureza contratual, mas sim de um ato de consentimento de polícia, assim como, para esse efeito, uma licença ambiental ou uma licença para dirigir.

contrato – pois a Agência atuará como parte e com base nas cláusulas do referido pacto – e, portanto, serão elas suscetíveis de serem arbitradas.

Por outro lado, como já mencionado, caso o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA constate que o consórcio responsável pela exploração petrolífera cometeu uma infração ambiental, as suas reprimendas fundamentar-se-ão exclusivamente no poder de polícia outorgado diretamente por Lei – e, portanto, independentemente do assentimento do particular – a tal autarquia (que agirá enquanto entidade externa à relação contratual estabelecida entre as petroleiras e a União), de modo que aquelas penalidades devem, em princípio, ser consideradas inarbitráveis.

O que deve ficar claro é que 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<sup>53</sup> e, portanto, não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral. O seu fundamento imediato e definitivo não é a Lei, nem 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.

Nada obstante, apontamos ainda que, diversamente dos poderes unilaterais contratuais avançados entre a Administração e as suas delegatárias, o poder de polícia não pode ser exercido sobre os bens, serviços e monopólios públicos (como é o caso do petróleo), sendo característico apenas das atividades tipicamente particulares. Assim, por todos esses fatores, mister se faz diferenciar e, por conseguinte, conferir tratamento jurídico autônomo à categoria em exame.

Em conclusão, uma vez mais reitere-se que, sempre que afirmada a natureza contratual de dada controvérsia, possível será submetê-la à resolução perante organismos arbitrais, ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela Administração.

No tópico seguinte, trataremos da arbitrabilidade dos efeitos meramente patrimoniais de direitos ou interesses indisponíveis ou insuscetíveis de mensuração econômica.

---

53 Paralelamente, não se desconhece que tem se verificado até mesmo a possibilidade, em certos casos, de negociação a respeito da atividade sancionadora de polícia da Administração Pública, tendência intensamente verificada no Direito Comparado, sobretudo nos setores regulados. A matéria, no entanto, além de possuir requisitos próprios e mais excepcionais, é prescindível para o objeto do presente parecer.

#### 4 A ARBITRABILIDADE DOS EFEITOS PATRIMONIAIS DE DIREITOS EXTRAPATRIMONIAIS OU INDISPONÍVEIS

O presente tópico se destina a ir um pouco além do anterior, para afirmar que, mesmo os direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis, não contratualizáveis e, portanto, em princípio inarbitráveis, podem ter as suas consequências meramente econômicas submetidas à arbitragem.

Discorrendo sobre um instituto próximo (mas bem distinto) ao da arbitragem, a transação,<sup>54-55</sup> cujo objeto também são os “direitos patrimoniais disponíveis”,<sup>56</sup> Caio Mário da Silva Pereira esclarece que tal restrição é relativa apenas aos próprios direitos transacionáveis, não alcançando eventuais efeitos patrimoniais deles decorrentes:

A restrição aqui apontada compreendeu os direitos em si mesmos, sem exclusão dos efeitos patrimoniais que possam gerar. Assim é que se o *status familiae* é insuscetível de transação, os efeitos econômicos respectivos podem ser por ela abrangidos; se o direito a alimentos é intransmissível, é válida a que compreende o montante das prestações respectivas.<sup>57</sup>

No mesmo sentido, Orlando Gomes esclarece que o “interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, a prestação precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a interesse extrapatrimonial”.<sup>58</sup> Temos o célebre exemplo dos alimentos familiares, que não podem em abstrato ser renunciados ou transacionados, mas a sua expressão econômica, em pecúnia, não só pode como deve ser negociada, tanto que há audiência

54 Conforme preceitua o art. 840 do Código Civil, a transação é um negócio jurídico firmado para prevenir ou por fim a litígio, mediante concessões recíprocas das partes.

55 Não se deve confundir a arbitragem com a transação, cuja referência justifica-se apenas para a interpretação da expressão “direitos patrimoniais disponíveis”, que constitui o objeto de ambos institutos. Sobre as diferenças entre a transação e a arbitragem, v. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008, p. 121: “É importante ressaltar que, ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito). Ao se valerem da arbitragem, as partes na verdade escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio. A arbitragem apontará quem tem razão na disputa. Cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante”.

56 Código Civil, art. 841: “Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.

57 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. v. III, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 468.

58 GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 24.



nas varas de família com o objetivo específico de promover a conciliação quanto à matéria.

Em outros termos, embora determinados “fundos de direito”<sup>59</sup> possam ser insuscetíveis de mensuração econômica (extrapatrimoniais) ou indisponíveis e, portanto, inarbitráveis, os seus reflexos meramente patrimoniais, por atender aos dois requisitos cumulativos da arbitrabilidade objetiva, podem ser decididos através desse mecanismo extrajudicial de resolução de controvérsias.

É o caso de algumas obrigações contratuais que, embora monetariamente intraduzíveis quando abstratamente consideradas, geram efeitos pecuniários aflitivos a qualquer das partes da avença. Convém lembrar, nessa ótica, que a “patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico”.<sup>60</sup>

Sendo assim, ainda que se considerasse, ao contrário do exposto no tópico anterior, que as funções fiscalizatórias e sancionatórias contratuais outorgadas à contraparte administrativa são expressões do poder de império do Estado, do seu poder de polícia, ainda assim seus efeitos meramente pecuniários (ex.: o valor da multa em dinheiro), poderiam ser equacionados pelo método arbitral.

Ainda que se queira impropriamente reconduzi-las ao *ius imperii* do Estado, de qualquer forma ter-se-ia que admitir a abertura da via arbitral para os efeitos pecuniários decorrentes do exercício de tais supostas prerrogativas administrativas. Exemplifica-se.

Pode-se considerar, por exemplo, que os poderes de alterar ou de resilir unilateralmente os contratos administrativos (Lei 8.666/93, art. 58, I e II) constituem faculdades intangíveis da Administração, necessariamente

59 Os fundos de direitos correspondem a uma situação jurídica fundamental, da qual podem decorrer efeitos jurídicos diversos. Da condição de autor de uma obra literária, por exemplo, exsurgem direitos patrimoniais e extrapatrimoniais, sendo certo que os primeiros, diversamente dos últimos, podem ser submetidos à arbitragem. Não é raro que, do mesmo suporte fático, derivem direitos de naturezas distintas. É o que o já saudoso Ministro Teori Zavascki denominava “situações jurídicas heterogêneas”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 46.

60 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. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 99.

tributárias de um suposto regime jurídico administrativo, da própria *puissance* publique de que falava Maurice Hauriou, envolvendo até mesmo, potencialmente, cláusulas de serviço.<sup>61</sup> Ainda que assim se entenda, razão não haveria para negar a arbitrabilidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, em caso de modificação unilateral do pacto (art. 65, § 6º), ou da indenização pelos prejuízos e custos de desmobilização decorrentes da rescisão contratual determinada pela Administração, sem que haja culpa do contratado, pois constituem mero reflexo patrimonial do exercício daquelas supostas *puissances publiques* (art. 79, § 2º).

## **5 A INARBITRABILIDADE DAS OBRIGAÇÕES ORIUNDAS APENAS E DIRETAMENTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO (EXTRACONTRATUAIS)**

No interior de um contrato celebrado pela Administração Pública, não são arbitráveis apenas as cláusulas que lá se encontrem com finalidade exclusivamente didática, aquelas que já seriam de todo aplicáveis a qualquer particular independentemente da celebração de qualquer avença (ex.: obrigação de não poluir ou de assinar a carteira de trabalho do seu pessoal). Na verdade, como essas matérias prescindiriam completamente do contrato, podemos afirmar que são contratuais apenas formalmente.

Como vimos, o escopo de arbitrabilidade do Direito Administrativo abrange todas as matérias suscetíveis de serem contratualmente fixadas ou, melhor dizendo, todas aquelas que tenham em um contrato a sua fonte jurídica imediata e imprescindível.

No entanto, a simples enunciação dessa conclusão seria de pouca valia à essa altura. Portanto, neste tópico, buscaremos distinguir, mais precisamente, as matérias contratuais das incontractuais.

Como vimos, mesmo o poder de polícia admite contemporaneamente alguma abertura à consensualidade (*vide* os Termos de Ajustamento de Conduta). Contudo, além de excepcional, o assentimento particular será sempre acidental e posterior à constituição das prerrogativas insuscetíveis de disposição contratual, que a ele preexistem e continuam a existir na sua falta.

Nesse sentido, em conhecida lição, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, citando Dupuis, sublinha que o “essencial é que as normas unilaterais se imponham aos sujeitos ‘independentemente do seu

---

61 HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. Paris: P. Larose, 1901. p. 227-237.

consentimento’, e não que os particulares afetados tenham estado ou não de acordo com essa decisão, pois, ela não deixaria de regular a sua conduta se eles não lhe tivessem dado o seu acordo”.<sup>62</sup>

Dáí se extrai a inarbitrabilidade dos poderes tipicamente administrativos (cujo traço caracterizador é a heteronomia), que serão melhor examinados no tópico seguinte. Eles decorrem diretamente da Lei e não são moldados nem existem em função de uma relação negocial, ainda que a Administração excepcionalmente, e desde que diante de temas discricionários, possa concertar alguns de seus aspectos, se assim recomendar o interesse público.

Por outro lado, algumas atuações administrativas que, à primeira vista, aparentam ser estritamente unilaterais, a um olhar mais atento, mostram-se de base contratual, a exemplo das sanções oriundas de contrato, como vimos acima.

Como já expusemos no tópico III, onde expusemos que as sanções e os poderes unilaterais da Administração contratante só são instituídos e passam a ser exercitáveis com a aquiescência do particular contratado – elemento indispensável para o advento da própria relação jurídica em que, nos limites do contrato, poderá a Administração intervir de modo unilateral. Ou seja, o assentimento privado, ainda que prévio (dado no momento da assinatura do pacto), é requisito inerente à própria constituição de tais prerrogativas.

Sendo assim, podemos afirmar que apenas as obrigações heterônomas do Direito Administrativo, ou seja, aquelas que se impõem ao particular de maneira inteiramente vertical – sem em nada precisar da sua aquiescência –, não podem ser objeto de contrato e, conseqüentemente, de arbitragem.

No próximo tópico, abordar-se-á a tese da inarbitrabilidade dos chamados atos de império, na verdade detalhando-se dogmáticamente o acima asseverado.

## 6 ATOS DE IMPÉRIO (VERSUS ATOS DE GESTÃO)

Além dos limites gerais à arbitrabilidade objetiva, parte da doutrina sustenta que os atos, de alguma maneira, relacionáveis ao poder de império do Estado seriam insuscetíveis de serem resolvidos pelo mecanismo arbitral.

---

62 SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016. p. 474-475.

Como explica José dos Santos Carvalho Filho, os “atos de império são os que se caracterizam pelo poder de coerção decorrente do poder de império (*ius imperii*), não intervindo a vontade dos administrados para sua prática. Como exemplo, os atos de polícia (apreensão de bens, embargo de obra), os decretos de regulamentação etc. O Estado, entretanto, atua no mesmo plano jurídico dos particulares quando se volta para a gestão da coisa pública (*ius gestionis*). Nessa hipótese, pratica atos de gestão, intervindo frequentemente a vontade de particulares. Exemplo: os negócios contratuais (aquisição ou alienação de bens). Não tendo a coercibilidade dos atos de império, os atos de gestão reclamam na maioria das vezes soluções negociadas”.<sup>63-64</sup>

A classificação das atuações estatais em atos de império e de gestão foi proposta, no final do século XIX, como forma de relativizar a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos,<sup>65</sup> classicamente concebida em termos absolutos. Em 1891, o Instituto de Direito Internacional, por meio da Resolução de Hamburgo, passou a restringir a imunidade de jurisdição dos Estados nacionais às atuações fundadas em seu poder soberano (*ius imperii*), negando-lhe às oportunidades em que ele atua como se particular fosse (*ius gestionis*).<sup>66</sup> Segundo Peter Trooboff,<sup>67</sup> a Corte de Cassação da Bélgica foi a primeira a adotar essa distinção, admitindo que uma ação fosse ajuizada em face dos Países Baixos, sob o fundamento de que envolvia a prática de atos de mera gestão. Logo em seguida, em 1926, a Corte de Cassação da França também excepcionou a imunidade de jurisdição de que gozava uma delegação comercial russa, com base no mesmo fundamento.

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, por exemplo, propõem que o campo de matérias administrativas arbitráveis seja circunscrito com base nesta antiga distinção entre os atos de império e de gestão:

---

63 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 131.

64 Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, os atos de império são “os que a Administração praticava no gozo de prerrogativas de autoridade”, como, por exemplo, “a ordem de interdição de um estabelecimento”. Atos de gestão seriam “os que a Administração praticava sem o uso de poderes comandantes”. Como seria o caso da “venda de um bem” ou “os relativos à gestão de um serviço público” (*Curso de direito administrativo*, 2012. p. 429).

65 A imunidade de jurisdição é uma construção consuetudinária, posteriormente tutelada em tratados internacionais, que se funda na ideia de soberania recíproca e de igualdade entre as pessoas jurídicas de direito internacional. Em linhas gerais, a imunidade de jurisdição “significa a impossibilidade de submissão de um conflito envolvendo um Estado à jurisdição doméstica de outro”. FERRAZ, Rafaela. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 67).

66 Resolução de Hamburgo, art. 4º, § 2º.

67 TROOBOFF, Peter D. *Foreign state immunity: emerging consensus on principles*. Recueil des cours, v. 200, 1986. p. 261-262.

Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses ‘indisponíveis’ do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São atos despidos de prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a Administração e outras pessoas jurídicas. Aproveitando desta vetusta classificação, seria possível afirmar que a intenção da Lei de Arbitragem foi reservar para seu escopo as matérias objeto de atos de gestão. Estariam excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de atos de império.<sup>68</sup>

No mesmo sentido, manifesta-se Selma Maria Ferreira Lemes, ao registrar que “o que não se pode confiar aos árbitros são matérias ou atribuições que importem o exercício de um poder de autoridade ou de império e dos quais não se pode transigir”.<sup>69</sup>

Não discordamos da tese em referência. Consideramos, contudo, que ela já está abarcada pelo critério adotado pela maior parte da doutrina para definir o plexo de matérias administrativas suscetíveis de arbitramento. Assim, a utilidade da classificação dos atos administrativos em de império e de gestão, para os fins ora colimados, é ao menos duvidosa. Isso porque os atos de império não podem ser objeto de disposição contratual, não buscam fundamento de validade nem são aplicáveis no interior de relações negociais.

Quanto a este ponto, o art. 4º, inciso III, da Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) prevê a “indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado”, corroborando o entendimento de que os atos lastreados exclusivamente na soberania estatal, sem nem cogitar que qualquer figura contratual, não podem ser objeto de arbitragem.

Da mesma maneira, o exercício do poder de polícia é tido pelo STF como atividade exclusiva do Estado e, portanto, insuscetível de delegação a particulares. A premissa da decisão prolatada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1717/DF, de relatoria do Min. Sydney Sanches, é justamente essa: de impossibilidade de delegação plena do poder de polícia a entes privados, ainda que integrantes da Administração Pública. De acordo com esse entendimento, o poder de polícia deveria ser exercido

68 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. n. 248, p. 117-126, 2008. p. 121.

69 LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

no âmbito do regime jurídico de direito público, porque este traria as garantias necessárias ao seu exercício isento.

De acordo com a ADI nº 1717/DF, “a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas”.

Temos uma sinonímia no Direito Administrativo: atos de império, *jus imperii*, atos de soberania, atos heterônomos (no sentido de sujeitarem indivíduos através de regras ditadas por outros, heteroditadas), atos tipicamente estatais, atos reservados à Administração Pública.

Os atos de império fundam-se direta e exclusivamente na Lei ou na Constituição, constituem prerrogativas de autoridade, exaradas com verticalidade pelo gestor público, no exercício de poderes tipicamente administrativos (de polícia, disciplinar, hierárquico etc.).

Tais prerrogativas são heterônomas, porquanto prescindem do consentimento do particular para serem impostas (ainda que, excepcionalmente, mesmo nessa seara, a Administração possa, a seu critério, admitir alguma abertura à consensualidade como instrumento do seu processo de decisão, que permanece sendo *in fieri* unilateral).

Sendo incontratualizáveis (justamente, por serem heterônomos), os atos de império são também inarbitráveis. Nenhum deles precisam de qualquer base contratual para poderem ser praticados. Basta lembrarmos da distinção já vista entre sanções de polícia administrativa e as sanções contratuais administrativas: aquelas diretamente aplicáveis pela Administração Pública, e estas só cogitáveis se previamente anuídas pelo particular mediante a sua voluntária adesão a um contrato do Estado.

Em seguida, abordaremos o papel que os contratos celebrados pela Administração Pública não só podem, como, visando ao incremento da segurança jurídica para ambas as partes, devem ter na definição ou, ao menos, na exemplificação das matérias apreciáveis em instância arbitral.

Trata-se de conferir aos contratantes o poder de, no interior da (consideravelmente fluída e controversa) moldura legal, determinar quais

controvérsias poderão ser levadas à arbitragem, mantendo-se naturalmente dentro dessa moldura, mas densificando-a, detalhando-a.

## 7 A FUNÇÃO DENSIFICADORA DOS CONTRATOS NA DEFINIÇÃO DA ARBITRABILIDADE DE LIDES ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como preleciona Caio Mário Da Silva Pereira, “todo contrato parte do pressuposto fático de uma declaração volitiva, emitida em conformidade com a lei, ou obediente aos seus ditames. O direito positivo prescreve umas tantas normas que integram a disciplina dos contratos e limitam a ação livre de cada um, sem o que a vida de todo o grupo estará perturbada”. Contudo, como a linguagem raramente é inequívoca<sup>70</sup> e os comandos legais frequentemente são permeados por elevado grau de generalidade e abstração, reserva-se aos contratantes, de um modo geral, a faculdade de concretizar e minudenciar as regras e os princípios, com maior ou menor vagueza, enunciados pelo legislador.

Nessa linha, recupera-se clássica lição de Hans Kelsen: “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial”.<sup>71</sup>

No campo administrativo, como expõe Paulo Modesto: “Muitas vezes a redução da incerteza, a densificação da imprecisão legal, interessa tanto a Administração quanto aos particulares. A autovinculação não concorre com a legalidade. A rigor, a desenvolve e densifica, ampliando o alcance prático dos princípios da igualdade e da proteção da confiança para âmbitos nos quais falta precisão ou determinabilidade para os preceitos legais.”<sup>72</sup>

---

70 Como alerta Carlos Maximiliano, a “linguagem, como elemento de Hermenêutica, assemelha-se muitas vezes a certas rodas enferrujadas das máquinas, que mais embaraçam do que auxiliam o trabalho”. Desse modo, são “inevitáveis os extravasamentos e as compressões; resultam da pobreza da palavra, que torna esta inapta para corresponder à multiplicidade das ideias e à complexidade da vida”. (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 92-98).

71 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962. p. 123, grifamos.

72 MODESTO, Paulo. Autovinculação administrativa. Salvador: *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 24, 2010. p. 7.

Ressalvadas as zonas (positiva e negativa) de certeza,<sup>73</sup> todo conceito jurídico indeterminado é preenchido por uma área grísea,<sup>74</sup> cujos flúidos contornos podem (e devem) ser indubitavelmente fixados, em nome da segurança jurídica, por atos ou negócios jurídicos posteriores.<sup>75</sup>

Celso Antônio Bandeira De Mello, em conhecida lição, esclarece que “ao lado de conceitos unissignificativos, apoderados de conotação e denotação precisas, unívocas, existem conceitos padecentes de certa imprecisão, de alguma fluidez, e que, por isso mesmo, se caracterizam como plurissignificativos. Quando a lei se vale de noções do primeiro tipo ter-se-ia vinculação. De revés, quando se vale de noções aí tanto vagas ter-se-ia discricionariedade. Sendo impossível à norma legal - pela própria natureza das coisas - furtar-se ao manejo de conceitos das duas ordens, a discrição resultaria de um imperativo lógico, em função do que sempre remanesceria em prol da Administração o poder e encargo de firmar-se em um dentre os conceitos possíveis.”<sup>76</sup>

73 As zona de certeza de um conceito jurídico indeterminado são constituídas por “fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa)”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

74 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 990: “É certo que todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o quê a comunicação humana seria impossível. Por isso, ainda quando recobrem noções elásticas, estão de todo modo circunscrevendo um campo de realidade suscetível de ser apreendido, exatamente porque recortável no universo das possibilidades lógicas, mesmo que em suas franjas remanesça alguma imprecisão. Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno, uma ‘zona de certeza positiva’, ao lado da ‘zona de certeza negativa’, em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam, isto é: ‘el de certeza positiva (lo que es seguro que es) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es)’”.

75 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a regulamentação da Lei cumpre “a imprescindível função de, balizando o comportamento dos múltiplos órgãos e agentes aos quais incumbe fazer observar a lei, de um lado, oferecer segurança jurídica aos administrados sobre o que deve ser considerado proibido ou exigido pela lei (e, *ipso facto*, excluído do campo da livre autonomia da vontade), e, de outro lado, garantir aplicação isonômica da lei, pois, se não existisse esta normação infralegal, alguns servidores públicos, em um dado caso, entenderiam perigosa, insalubre ou insegura dada situação, ao passo que outros, em casos iguais, dispensariam soluções diferentes” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 367). À página 370 da obra citada, arremata o autor: “os regulamentos serão compatíveis com o princípio da legalidade quando, no interior das possibilidades comportadas pelo enunciado legal, os preceptivos regulamentares servem a um dos seguintes propósitos: (I) limitar a discricionariedade administrativa, seja para (a) dispor sobre o *modus procedendi* da Administração nas relações que necessariamente surdirão entre ela e os administrados por ocasião da execução da lei; (b) caracterizar fatos, situações ou comportamentos enunciados na lei mediante conceitos vagos cuja determinação mais precisa deva ser embasada em índices, fatores ou elementos configurados a partir de critérios ou avaliações técnicas segundo padrões uniformes, para garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica; (II) decompor analiticamente o conteúdo de conceitos sintéticos, mediante simples discriminação integral do que neles se contém”.

76 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 983.



Se é dos conceitos jurídicos indeterminados que, em grande medida, advém a discricionariedade, é no campo das competências discricionárias em que se dá, por excelência, o exercício consensualizado dos poderes administrativos.

Nesse sentido, manifesta-se com clareza Luciano Parejo Alfonso: “A programação legal da atividade administrativa confere a esta, paradoxalmente, certa margem de manobra (conceitos jurídicos indeterminados, margem de apreciação) e, desde logo, faculdades discricionárias – que, justamente, permitem à Administração a introdução de elementos volitivos próprios à fixação do conteúdo do ato administrativo consensual. É óbvio que a discricionariedade não é uma técnica de extensão do Direito, mas somente de reconhecimento de uma competência de decisão capaz de estabelecer, para cada caso, a regra jurídica pertinente, que, contudo, deve se circunscrever ao marco legal preestabelecido. Portanto, a capacidade de fixação, por decisão própria, do conteúdo do ato consensual deve mover-se em conformidade com o aludido marco, pressupondo, em todo caso, um exercício legítimo da discricionariedade”.<sup>77</sup>

Assim, o legislador ao positivar um conceito jurídico indeterminado a ser aplicado pela Administração – como o faz a Lei de Arbitragem em relação aos “direitos disponíveis” –, implicitamente lhe confere um poder, de índole discricionária, para reduzir as possibilidades interpretativas franqueadas pela Lei. Essa prerrogativa de densificação das categorias legais pode ser exercida de forma vertical e abstrata, por meio de um decreto regulamentar, ou de forma horizontal (negocial) e específica, por meio de um contrato, que produzirá efeitos apenas *inter partes*.

Um dos exemplos de densificação regulamentar do conceito de “direitos disponíveis” da Lei de Arbitragem, ocorreu recentemente, quando a Presidência da República editou o Decreto nº 8.465/2015, que minudencia as normas para a realização de arbitragens no setor portuário. Em prestígio da segurança jurídica, optou-se por especificar, em um elenco não exaustivo, algumas das matérias que podem ser objeto de arbitragens no setor. Confira-se, portanto, o dispositivo pertinente do Decreto nº 8.465/2015:

*Art. 2º-Incluem-se entre os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis que podem ser objeto da arbitragem de que trata este Decreto:*

*I - inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes;*

77 ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.

*II - questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; e*

*III - outras questões relacionadas ao inadimplemento no recolhimento de tarifas portuárias ou outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq.*

As partes, em sede negocial,<sup>78</sup> valendo-se da função densificadora dos contratos, também podem definir o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis”, ou decompor, a partir de tal categoria legal, alguns dos litígios que consideram integrá-la, desde que não penetrem, ressalva-se uma vez mais, a zona de certeza negativa do referido conceito.

Isso porque, como bem diagnostica José Abreu, os contratantes exercem “uma verdadeira atividade de conteúdo preceitual, pelo negócio jurídico, resultando de tal atuação uma função tipicamente normativa”.<sup>79</sup> Em sequência, o autor inclui “o negócio jurídico como instrumento da autonomia privada, ao lado da lei e do regulamento, como uma das fontes normativas, ou seja, como um meio idôneo à criação de normas jurídicas”, lembrando, porém, que essa atividade negocial “estaria delimitada pelo ordenamento jurídico, que traçaria os limites dentro dos quais o indivíduo exerceria este poder”.<sup>80</sup>

De acordo com o clássico Vicente Ráo, a autonomia das pessoas físicas ou jurídicas, de direito privado ou público, “pode ser concebida através de duas funções distintas: a) como fonte de normas destinadas a formar parte integrante da própria ordem jurídica que a reconhece como tal e por meio dela realiza uma espécie de descentralização da função normogênica, fonte, esta, que poderia ser qualificada como regulamentar, por ser subordinada à lei e b) como pressuposto e fato

---

78 Essa forma de atuação administrativa estaria em consonância com o que Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva chama de “Administração Pública concertada”. Para o autor lusitano, o “recurso à concertação com os particulares é a consequência da condenação ao fracasso da tentativa de utilização de meios autoritários nos domínios da Administração prestadora e conformadora ou infraestrutural. [...] De autoritária e agressiva, a Administração habitua-se a procurar o consenso com os particulares, quer mediante a generalização de formas de actuação contratuais, quer pela participação e concertação com os privados, ainda quando estejam em causa actuações unilaterais. Existe aqui, como escreve RIVERO, a ‘procura de um fator de obediência à regra diferente da simples coacção: a adesão dos atingidos pela aplicação da decisão tomada, quer dizer, a participação na sua elaboração’”. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Edições Almedina, 2016. p. 466-467.

79 ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 23, grifamos.

80 *Ibidem*, p. 37.

gerador de relações jurídicas já disciplinadas, em abstrato e geral, pelas normas da ordem jurídica”.<sup>81</sup>

Em idêntico sentido, Vincenzo Roppo leciona que, como manifestação de autonomia, o contrato tem a função de criar regulamentos: regras que os próprios contratantes impõem a si mesmos, com base na legislação vigente. Daí o autor italiano se valer da expressão “*regolamento contrattuale*”. Para ele, o regulamento contratual possui duas fontes distintas: a autônoma e a heterônoma. A fonte autônoma se sintetiza na vontade das partes, operando no âmbito interno do contrato: o acordo volitivo. A fonte heterônoma (ou externa), por seu turno, corresponderia essencialmente a duas categorias distintas: a lei e a decisão judicial.<sup>82</sup>

Em essência, expôs-se neste tópico que cabem às partes de um contrato, dentro da moldura que lhes foi deixada pelo legislador, definir quais controvérsias relacionadas à avença poderão ser resolvidas no foro arbitral. Essa faculdade decorre do poder de autovinculação das pessoas físicas e jurídicas, bem como do grau de indeterminação linguístico do conceito legal que deve ser aplicado ao contrato. Em algum momento, seja em regulamento ou em uma posterior decisão judicial, esse conceito será densificado; nada melhor que o próprio edital de licitação já o faça previamente, evitando surpresas futuras para ambas as partes e permitindo que o mercado possa avaliar as propostas a serem apresentadas à Administração dispendo de todas as variáveis necessárias.

## 8 BREVES APONTAMENTOS CONCLUSIVOS

Em linhas gerais, pode-se afirmar que todos os direitos e obrigações que decorram, em última análise, de contratos celebrados pela Administração Pública podem, também por disposição negocial nesse sentido (cláusula compromissória ou compromisso arbitral), ser submetidos à arbitragem.

O campo de arbitrabilidade objetiva, no Direito Administrativo, não fornece guarida apenas às disposições efetivamente heterônomas, ou seja, constituídas sem o necessário concurso volitivo do administrado. Nesse sentido, vimos que, ainda que algumas prerrogativas possam ser exercidas de modo unilateral e parte das cláusulas de um contrato administrativo estejam predispostas em diplomas legislativos, é o encontro de vontades que

81 RÁO, Vincenzo. *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 50. Grifamos.

82 ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè Editore, p. 430.

constitui aqueles poderes e obrigações aludidos pela Lei – que será fonte apenas indireta do negócio jurídico. Na verdade, o que a Legislação faz nessas hipóteses é prever uma obrigação, para a Administração Pública, de inscrever nos contratos que celebre determinadas cláusulas – essa obrigação, contudo, não alcança nem poderia por si só alcançar os particulares que não venham a contratar com o Estado.

Vimos também que os reflexos pecuniários de direitos extrapatrimoniais ou indisponíveis podem ser apreciados perante os Tribunais arbitrais, a exemplo do que ocorre no instituto da transação. Por fim, destacamos a possibilidade – e a conveniência, já que esta solução promove a segurança das relações jurídicas – de se densificar, por meio de atos normativos regulamentares ou dos próprios contratos, o que se deve entender por “direitos patrimoniais disponíveis” para fins de fixação das matérias que podem ou não ser apreciadas em arbitragens envolvendo o Estado.

Em suma, o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a Administração Pública? Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem.

## REFERÊNCIAS

- ABREU, José. *O Negócio Jurídico e sua Teoria Geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Dott. Antonio Giuffrè Editore, 1953.
- ALFONSO, Luciano Parejo. Los actos administrativos consensuales. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional A & C*, Belo Horizonte, v. 13, 2003.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, v. 236, 2004. p. 51-64.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Empresas Estatais: O Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista Forense*, v. 358, 2001.

- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações Administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- BERNADES, Edson Garcia. *Administração contratual e claim*. Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícias de Engenharia de Minas Gerais. Disponível em: <<http://ibape-mg.com.br>>. Acesso em: 09 fev. 2017.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASSESE, Sabino. *Le Basi del Diritto Administrativo*. 6. ed. Milão: Garzanti, 2000.
- COSTA, Almeida. *Direito das obrigações*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. A tradição da Arbitragem e sua Valorização Contemporânea. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.
- FERRAZ, Rafaela. *Arbitragem em litígios comerciais com a Administração Pública*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernandes. *Curso de Derecho Administrativo*. 5. ed. v. II, Madrid: Civitas, 1998.
- GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 32.
- HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public général: à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*. Paris: P. Larose, 1901.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: RT, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sujeição passiva tributária*. Belém: CEJUP, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 2. ed. Coimbra: Armenio Amado, 1962.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na Administração Pública. A empresa estatal, o Estado e a concessão de serviço público. In: MARTINS, Pedro Antônio Batista *et alli* (ORGS.). *Aspectos Fundamentais da Lei da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 193.

LIMA, Alcides de Mendonça. O Juízo Arbitral em face da Constituição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 27, p.383-385.

LOPES, Serpa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. v. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MATTOS NETO, Antônio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei de arbitragem. *Revista de Processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 122, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEDAUAR, Odete. Poder de Polícia. *Revista de Direito Administrativo*, 199:89-96, 1995.

MENDES, Renato Geraldo. *Lei de Licitações e Contratos Anotada*, 3. ed. Curitiba: Znt Editora, 1998.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado - parte especial: direito das coisas: direitos reais de garantia, hipoteca, penhor, anticrese*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MODESTO, Paulo. Autovinculação administrativa. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 24, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, Arbitragem nos Contratos Administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul./set. 1997.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra, 1997.

NANNI, Giovanni Ettore. *Direito Civil e Arbitragem*. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. II. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RÁO, Vincenzo. *Ato Jurídico*: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RIVERO, Jean. *Droit Administratif*, Paris: Dalloz, 1977.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè.

SCHIRATO, Vitor Rein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 24, 2011.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2016.

SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança Corporativa no Brasil e no Mundo – teoria e prática*. São Paulo: Elsevier, 2010.

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. *Revista de Processo*, v. 264, ano 42, p. 83-107, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TROOBOFF, Peter D. *Foreign state immunity: emerging consensus on principles*. Recueil des cours, v. 200, 1986.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. v. 1. 7. ed. Coimbra: Almedida, 1991.

WALD, Arnaldo. As novas regras de arbitragem: maior eficiência e transparência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 33, p. 239-244, abr./jun. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

