

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em 10/10/2022

REGRAS ESPECIAIS DE
ARBITRABILIDADE OBJETIVA
DE LITÍGIOS QUE ENVOLVEM A
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA LEI DE
CONCESSÕES E NA LEI DE PARCERIAS
PÚBLICO-PRIVADAS

*SPECIAL STATUTORY RULES ON OBJECTIVE
ARBITRABILITY FOR DISPUTES ARISING OUT OF
CONCESSION OR PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP
AGREEMENTS*

Fernando Couto Garcia

*Procurador do Município de Belo Horizonte; Mestre e Doutor em Direito do Estado
pela Universidade de São Paulo*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Possibilidade de compromisso arbitral. 3. Conflitos e disputas decorrentes do contrato de concessão. 4. Conflitos e disputas relacionados ao contrato de concessão. 5. Ainda o critério da disponibilidade. 6. A arbitragem em contratos de concessão não é arbitragem especial. 7. Conclusão. 8. Referências.

RESUMO: Os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa, regidos pela Lei nº 8.987/1995 ou pela Lei nº 11.079/2003, incluídos os que versam sobre a legalidade ou a interpretação de atos de entidade reguladora independente, devem ser considerados arbitráveis independentemente da disponibilidade do direito discutido. Contudo, ainda que este critério geral de caracterização da arbitrabilidade objetiva – a disponibilidade do direito – seja considerado aplicável, tais litígios devem ser considerados arbitráveis em razão de sua solução não estar sujeita a reserva de jurisdição, ou seja, considerando que eles podem ser diretamente solucionados pelas partes sem necessária intervenção judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Serviço público. Contrato Administrativo. Concessão. Parceria Público-Privada. Litígio.

ABSTRACT: Disputes arising out of or related to common, sponsored or administrative concession agreements governed by Law No. 8,987 / 1995 or Law No. 11,079 / 2003, including those dealing with the lawfulness, legality or interpretation of independent agency regulations, shall be considered arbitrable regardless of the free disposition of the right discussed. However, even if this general account of objective arbitrability (the free disposition of the right) is considered appropriate, such disputes should be considered arbitrable because adjudication is not the only possible solution for them, that is, they can be directly settled by the parties despite the lack of judicial intervention.

KEYWORDS: Arbitration. Public Utilities. Government Contracts. Concession. Public-Private Partnership. Litigation.

1. INTRODUÇÃO

Ao introduzir na Lei nº 9.307/1996 dispositivo (novo § 1º do art. 1º) que admite expressamente a arbitragem de litígios que envolvem a Administração Pública, a Lei nº 13.129/2015 reafirmou a incidência do critério geral de definição da arbitrabilidade objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, restringindo-a aos “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

O § 1º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 assumiu, portanto, a função de norma autorizativa geral de submissão à arbitragem de litígios ou conflitos que envolvem a Administração Pública. No entanto, sobrevivem em diplomas legais específicos outras normas autorizativas, com conteúdos específicos, o que torna necessário avaliar a relação da nova norma geral com tais normas especiais.

É viável cogitar inclusive de situações em que a nova norma geral facilite a releitura de normas especiais que se caracterizam por certa timidez na definição dos litígios arbitráveis, tal como ocorreu na legislação portuária, que se refere apenas a “inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq” (art. 62 da Lei nº 12.815/2013). Diante do atual quadro normativo sobre o tema, não se justifica a interpretação a contrario sensu do dispositivo acima transcrito, que prevê apenas uma entre várias hipóteses de litígios objetivamente arbitráveis em contratos de arrendamento portuário.

Neste trabalho, no entanto, o tema central não será a análise casuística da legislação setorial, mas sim as disposições legais aplicáveis, a princípio, a contratos de concessão – comum, patrocinada ou administrativa – de quaisquer segmentos econômicos, ou seja, o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003.

Os dois dispositivos citados permitem que os contratos de concessão estabeleçam a submissão de “disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato” (art. 23-A da Lei nº 8.987/1995) e de “conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003) à arbitragem, exigindo que esta ocorra no Brasil e em língua portuguesa.

Antes do advento da Lei nº 13.129/2015, Carlos Alberto de Salles sustentou que estes dois dispositivos legais se afastaram da disponibilidade do direito pleiteado como critério para definição da arbitrabilidade do litígio (SALLES 2011, p. 218-219)¹:

1 O autor volta a abordar o tema nas p. 287 e 303 da mesma obra.

De maneira geral, o presente trabalho sustenta a irrelevância da chamada arbitralidade objetiva para fins de admissão da arbitragem em contratos administrativos. Sendo necessária autorização administrativa [rectius: legislativa] para a Administração poder-se valer da arbitragem em relação a seus contratos – autorização efetivamente existente em nosso sistema jurídico – a questão da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos envolvidos resta inteiramente superada.

Com efeito, diante da existência de lei autorizando a arbitragem, o juízo quanto à adequação jurídica deste instrumento já está estabelecido pelo legislador, independentemente seu emprego de qualquer investigação quanto à natureza dos bens envolvidos.

Considerando que a norma geral não revoga a norma especial (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), o entendimento de Salles é compatível com o advento da reforma introduzida pela Lei 13.129/2015.

Por outro lado, comentando a Lei nº 11.079/2003 mas em lição aparentemente aplicável à Lei nº 8.987/1995, Eduardo Talamini, também antes da reforma legislativa de 2015, sustenta interpretação diametralmente oposta (TALAMINI 2005, p. 335):

Porém, os termos genéricos da lei tampouco autorizam afirmar o cabimento da arbitragem em todo e qualquer caso. A simples alusão ao instituto remete à disciplina geral do tema. E no regime geral da arbitragem interessam especialmente três regras a respeito de sua admissibilidade. A primeira parte do art. 1º da Lei de Arbitragem (Lei 9.307/96) e o art. 851 do Código Civil limitam subjetivamente a arbitragem às pessoas capazes de contratar. Os limites objetivos da admissibilidade do processo arbitral são dados pelas regras da segunda parte do art. 1º da Lei 9.307/96 e do art. 852 do Código Civil. A primeira delas refere-se aos “litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. A segunda veda a arbitragem para a “solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”.

No presente artigo, sustenta-se que o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 e o art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003 estabelecem um critério especial de arbitralidade objetiva que excepciona a restrição do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e do art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, de sorte

que, se o litígio, conflito ou disputa² for decorrente ou estiver relacionado ao contrato de concessão – seja comum, patrocinada ou administrativa³ –, não há espaço para discutir sobre o atendimento do requisito da disponibilidade do direito, que é impertinente, ressalvada a hipótese da própria convenção de arbitragem restringir seu escopo com base neste critério⁴, o que é perfeitamente possível tendo em vista que a previsão de arbitragem é uma faculdade, não uma norma obrigatória que deve constar em todos os editais e contratos de concessão.

Os termos genéricos das normas em questão – “decorrentes ou relacionados ao contrato” –, antes de desautorizar, dão fundamento ao entendimento aqui defendido; ainda que genéricos, tais termos são mais claros do que o controverso conceito de disponibilidade de direitos. Não houve simples alusão do legislador ao instituto da arbitragem; houve sim a previsão de que ele pode ser utilizado para dirimir quaisquer conflitos ou disputas que envolvam ou se relacionem ao contrato, sem qualquer referência à sua disponibilidade. Diante destes textos legais, caso se queira evitar a caracterização da relação entre norma especial e norma geral, a única saída é entender que o próprio legislador estipulou como disponíveis todos os direitos decorrentes ou relacionados ao contrato de concessão.

O art. 31, § 4º, da Lei nº 13.448/2017, que trata de relicitação, e o art. 2º, parágrafo único, do Decreto nº 10.025/2019 adotaram esta solução em relação a certos temas neles especificados, possivelmente por não terem considerado a amplitude da regra especial de arbitrabilidade do art. 23-A da Lei de Concessões, até porque a interpretação defendida no presente artigo não é pacífica. Portanto, estes dispositivos não devem ser interpretados como modificações do critério legal, mas como meras soluções pragmáticas no quadro de uma interpretação que não enxerga que as normas da legislação específica se afastaram do critério geral do direito disponível.

2. POSSIBILIDADE DE COMPROMISSO ARBITRAL

A Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2003 tratam da solução de disputas ou conflitos por arbitragem, sem especificar se a convenção de arbitragem deve ser pactuada tão somente por meio de cláusula

2 Não é objeto do artigo diferenciar conflito e disputa, tarefa que não parece ser importante para alcançar as conclusões propostas.

3 A concessão comum é a regida pela Lei nº 8.987/1995. A concessão patrocinada e a concessão administrativa são espécies de parceria público-privada, segundo estabelece o art. 2º da Lei nº 11.079/2003.

4 O que implicaria compressão da arbitrabilidade convencional em relação à arbitrabilidade legal, para usar os conceitos de Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 211-212).

compromissória ou se também é admissível o compromisso arbitral, celebrado após o litígio entre as partes ter emergido.

A necessidade de previsão deste mecanismo de solução de disputas ou conflitos no edital ou no contrato não impede que a Administração Pública opte pela celebração do compromisso após ter conhecimento do objeto do litígio, desde que preveja esta possibilidade no próprio edital ou contrato⁵, conforme explica Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 256):

Dessa maneira, a convenção por compromisso ainda não encontra clara previsão legal de aplicação no âmbito da Administração Pública. No tocante às parcerias público-privadas, está previsto que a arbitragem deverá constar do instrumento convocatório, podendo-se cogitar deste estabelecer – com pouca utilidade prática, ante a maior facilidade no imediato estabelecimento da cláusula junto ao contrato – a hipótese de as partes, na ocorrência eventual e futura de uma disputa contratual, poderem vir a firmar um compromisso de arbitragem.

É possível até mesmo redigir o edital ou contrato de modo a submeter desde logo a arbitragem determinados tipos de controvérsias – ou seja, cláusula compromissória –, reservando outros tipos para futuros compromissos arbitrais a serem firmados apenas quando os contornos e a dimensão econômica do litígio forem conhecidos pelas partes. Esta foi a opção inicialmente tomada no âmbito da legislação portuária, como se vê no art. 6º, § 2º, II, do hoje revogado Decreto nº 8.465/2015:

Art. 6º Os contratos de concessão, arrendamento e autorização de que trata a Lei nº 12.815, de 2013, poderão conter cláusula compromissória de arbitragem, desde que observadas as normas deste Decreto.

§ 1º Em caso de opção pela inclusão de cláusula compromissória de arbitragem, o edital de licitação e o instrumento de contrato farão remissão à obrigatoriedade de cumprimento das normas deste Decreto.

§ 2º A cláusula compromissória de arbitragem, quando estipulada:

I - constará de forma destacada no edital de licitação e no instrumento de contrato; e

5 A distinção entre a previsão no edital – mencionado no art. 11, III, da Lei nº 11.079/2003 – ou no contrato de concessão – mencionado no art. 23-A da Lei nº 8.987/1995 é irrelevante, já que a minuta do contrato que será assinado após a licitação é obrigatoriamente um dos anexos do edital (art. 40, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993, art. 18, VI, da Lei nº 14.133/2021 e art. 18, XIV, da própria Lei nº 8.987/1995).

II - excluirá de sua abrangência as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sem prejuízo de posterior celebração de compromisso arbitral para a solução de litígios dessa natureza, observados os requisitos do art. 9º.

Resta saber se, diante da ausência de previsão editalícia, é viável a posterior celebração de compromisso arbitral⁶, ainda que com base na norma geral permissiva da arbitragem que envolve a Administração Pública (art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996). Esta possibilidade já fora admitida expressamente pela legislação do setor portuário, mais especificamente pelo § 3º do mesmo art. 6º acima transcrito. O dispositivo tinha a seguinte redação:

§ 3º A ausência de cláusula compromissória de arbitragem no contrato não obsta que seja firmado compromisso arbitral para dirimir eventuais litígios abrangidos no art. 2º, observadas as condições estabelecidas no art. 9º.

Esta norma foi ampliada para todo o setor de transportes pelo art. 6º, § 2º, do Decreto nº 10.025/2019.

No mesmo sentido dispõe o art. 3º, § 2º, do Decreto Estadual nº 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro:

§ 2º - Independentemente de previsão no contrato ou no edital de licitação, as partes poderão firmar compromisso arbitral para submeter as divergências à arbitragem no momento de surgimento do litígio, respeitados os critérios objetivos deste artigo e as demais disposições do presente Decreto.

Eduardo Talamini justifica esta possibilidade nos seguintes termos (TALAMINI 2005, p. 351):

Mas se a arbitragem não for prevista no edital (e conseqüentemente também não no contrato), ainda assim será possível que, ao surgir um conflito arbitrável, as partes, de comum acordo, estabeleçam um compromisso arbitral. A não previsão no edital não obsta a posterior opção pela arbitragem. Sustentar o contrário implicaria confundir a esfera processual com a material. A arbitragem não constitui em

6 Há posições doutrinárias em sentido contrário (SALLES 2011, p. 111) (OLIVEIRA 2007, p. 44), mas são anteriores ao advento da Lei nº 14.133/2021, que permitiu o aditamento de contratos administrativos para tal finalidade (art. 153).

si mesma uma vantagem material que precise estar previamente estipulada. Trata-se de mera submissão de um litígio contratual a uma forma legal de solução de conflitos - razão pela qual é dispensável sua previsão em edital.

A justificativa é precisa. Ainda que seja desejável a previsão editalícia prévia, a mera potencialidade de submissão futura de um litígio à arbitragem, dependente de consenso entre as partes, não parece ser suficiente para afetar a elaboração das propostas dos proponentes na licitação e nem sua concretização em compromisso arbitral pode ser considerada uma vantagem oculta ou secreta para o contratado, tendo em vista que: a) a rápida solução de litígios interessa, em tese, a ambas as partes e pode ser fundamental para que a própria Administração Pública receba com maior rapidez determinado crédito ou tenha seus argumentos ponderados por árbitros experientes em certo assunto, de sorte que não pode ser configurada como vantagem de apenas uma das partes; b) não há como o edital proibir, por exemplo, que a própria Administração Pública voluntariamente reconheça o direito de determinado contratado ao que pretende, possivelmente antes mesmo que ele o pleiteie; não sendo viável proibir a inexistência da controvérsia - inexistência que seria uma vantagem muito superior à adoção de certo meio para solucioná-la -, não há razão para temer seu equacionamento por meio de arbitragem decorrente de compromisso.

Eventuais abusos devem ser apurados e, se for o caso, reprimidos, mas não há como parametrizar de modo inteiramente objetivo o comportamento da Administração Pública em anos e por vezes décadas de execução contratual. É o que destaca, talvez até com certo exagero retórico, Egon Bockmann Moreira (MOREIRA, 2016, p. 86):

E, a não ser que se esteja diante de profetas ou astrólogos (cargos ainda não criados na Administração brasileira), não existe algo que possa ser chamado de “previsibilidade” em contratos com 35 anos de duração - os quais são naturalmente incompletos.

O binômio previsto/imprevisto traz consigo uma carga extraordinária de subjetividade (ausente no mundo dos fatos). O que existe é um conjunto de circunstâncias objetivas - que constituem a base objetiva do negócio, a ser objetivamente examinada no curso da execução contratual.

Evidentemente, isto não afasta a necessidade de transparência e adequada fundamentação que anteceda a celebração do compromisso

arbitral, que também são necessárias se este estiver previsto no edital. É o que destaca, com acerto, Carlos Alberto de Salles (SALLES 2011, p. 113):

De toda maneira, se relativamente à cláusula arbitral a preocupação central deve ser a manutenção da igualdade e competitividade do certame licitatório, no tocante ao compromisso, o elemento de maior importância deveria ser o próprio processo decisório de seu estabelecimento, com especial destaque à motivação do ato administrativo justificador da formação da convenção de arbitragem, a fim de ficar patenteado o interesse da Administração em sua utilização.

Apesar de juridicamente possível, a celebração de compromisso arbitral sem prévio amparo em previsão do edital ou do contrato assinado em conformidade com a minuta que constituiu anexo do próprio edital implica importante consequência jurídica em relação à arbitrabilidade objetiva do litígio. Por não estar prevista na Lei nº 8.987/1995 nem na Lei nº 11.079/2003, esta modalidade de pactuação da arbitragem encontra amparo legal na permissão subsidiária do art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e do art. 153 da Lei nº 14.133/2021 e, como tal, precisa atender ao requisito de arbitrabilidade decorrente deste regime geral: envolver direito patrimonial disponível. Portanto, nesta situação específica, a depender do conceito de disponibilidade adotado⁷, alguns litígios que seriam arbitráveis se houvesse a previsão editalícia original podem deixar de sê-lo.

3. CONFLITOS E DISPUTAS DECORRENTES DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Os conflitos decorrentes do contrato de concessão são todos aqueles que envolvem sua execução, abrangendo interpretação de fatos, cláusulas contratuais e da legislação aplicável.

Eventual inadimplemento das obrigações de qualquer das partes, descumprimento de deveres laterais e controvérsias sobre a aplicação de penalidades contratuais são bons exemplos de temas de conflitos decorrentes do contrato de concessão.

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato também é tema decorrente do contrato de concessão, pouco importando, em termos jurídicos, o grau de repercussão midiática e social de eventual revisão ou reajuste de tarifas inerentes à concessão ou de adiamentos de investimentos

7 Para uma crítica à insegurança gerada pela utilização do critério da disponibilidade, sugerindo sua substituição pela patrimonialidade adotada no ordenamento jurídico suíço, entre outros, crítica que acabou vitoriosa em Portugal: (CAMELO 2013, p. 278-281).

contratualmente previstos (como a duplicação do trecho de uma rodovia, por exemplo).

A declaração de caducidade da concessão – equivalente a uma rescisão por culpa do concessionário – também é decorrente do contrato de concessão (já que é impossível declarar a caducidade sem prévio contrato), sendo arbitráveis os litígios que a envolvam, tanto em relação a eventual direito à indenização por investimentos não amortizados, por exemplo, quanto à legalidade da própria caducidade, que pode ser anulada pelos árbitros se não observar seus requisitos legais, tanto formais quanto materiais.

O mesmo raciocínio vale para a encampação que, a despeito de não depender da prática de ilícito contratual pelo concessionário (art. 37 da Lei nº 8.987/1995), é um poder contratual, que inexistiria se não houvesse contrato. Portanto, se a indenização prévia – que é requisito legal para a encampação – for considerada insuficiente pelo concessionário, a arbitragem pode dirimir o conflito e eventualmente anular a encampação, o que não caracteriza negativa ou renúncia ao poder do concedente retomar unilateralmente o serviço, mas sim exigência de que este poder seja exercido nos termos da lei e do contrato⁸. O raciocínio é aplicável também à intervenção do concedente no concessionário, que o legislador reconhece explicitamente que pode ser declarada nula se não observar “os pressupostos legais e regulamentares” (art. 33, § 1º, da Lei nº 8.987/1995).

A alteração unilateral do contrato pelo poder concedente também é arbitrável, uma vez que só se altera o que foi previamente contratado, de modo que ela também é decorrente do contrato.

Pouco importa que alguns destes atos sejam frequentemente enquadrados pela doutrina ou pela jurisprudência como exercício de poderes de império ou cláusulas exorbitantes. A legislação brasileira, ao tratar da arbitrabilidade, não excluiu atos de império, aplicação de cláusulas exorbitantes ou tutela de interesses públicos supostamente primários. No silêncio da lei e da convenção de arbitragem, não se pode pretender importar, por exemplo, a disposição do art. 3º da Ley de Arbitraje Comercial (nº 36.430 de 1998) da Venezuela:

Artigo 3º. Poderão se submeter a arbitragem as controvérsias suscetíveis de transação que surjam entre pessoas capazes de transigir. Ficam excepcionadas as controvérsias: (...) b) diretamente concernentes às

⁸ No mesmo sentido, mas com base em argumentos distintos: (PEREIRA 2006, p. 116).

atribuições ou funções de império do Estado ou de pessoas ou entidades de Direito Público.⁹

A circunstância de alguns destes atos serem tradicionalmente considerados como prerrogativas da Administração Pública não interfere na arbitrabilidade, mas é questão de mérito¹⁰ a ser julgada pelo árbitro¹¹. Em outras palavras, na hipótese de arguição, pelo concessionário, de ilegalidade de algum destes atos, poderá ser deduzida pelo poder concedente, como matéria de defesa, sua discricionariedade na prática do ato e, portanto, sua insindicabilidade pelo órgão jurisdicional, seja ele judiciário ou arbitral¹².

A hipótese não difere substancialmente da alegação, pelo locador particular, de prerrogativa contratual de denúncia vazia (art. 6º da Lei nº 8.245/1991), por exemplo. Se, em uma demanda arbitral envolvendo o exercício desta prerrogativa, o locador requerido alega dispor do poder legal e contratual de rescindir este contrato sem indicar o motivo, caberá aos árbitros decidir se está presente a hipótese de incidência desta faculdade e se ela foi exercitada na forma da lei; caso a resposta seja positiva, certamente os árbitros reconhecerão a prerrogativa do locador, o que não tem qualquer interferência na arbitrabilidade do litígio.

O poder de alteração unilateral do contrato também não é desconhecido no Direito Privado, sendo descabido tratá-lo como “exorbitante”, conforme explica Fernando Dias Menezes de Almeida (ALMEIDA 2012, p. 333-335, com grifos do autor):

9 Tradução livre. No original, o texto é o seguinte: “Artículo 3º. Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir. Quedan exceptuadas las controversias: (...) b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público”.

10 A equivocidade do termo “mérito” inspira cuidados na interpretação da assertiva. Saber se determinado ato administrativo decorrente de um contrato de concessão envolve elementos de mérito administrativo, sendo portanto discricionário e insindicável, é questão concernente ao mérito do processo, seja ele judicial ou arbitral.

11 Em sentido contrário, equiparando a insindicabilidade de determinados atos do Poder Público à inarbitrabilidade: (SALLES 2001, p. 260-261).

12 É descabido qualquer preconceito em relação à suposta disposição de árbitros invadirem espaço decisório reservado pela Constituição e pela lei à Administração Pública. Aliás, quanto a este ponto ressoam as palavras de Thiago Luis Sombra: “Caberá aos atores estatais e à sociedade definir a identidade e os contornos da arbitragem com a Administração Pública, em contraste ao modelo de superego vivenciado pelo Poder Judiciário. O árbitro, além da obrigatória imparcialidade e confiabilidade, não deve estar acima das questões a ele submetidas, como se verifica, não raras vezes, no voluntarismo judicial. O árbitro há de ser o anverso do arbítrio neste cenário de crenças e mitos mal contados e reiteradamente repetidos. As portas que ora se abrem à Administração Pública na via arbitral requerem maturidade institucional, política e gerencial, visto que poderão ensejar várias mudanças de paradigma nos gestores públicos e nos órgãos de controle/fiscalização, mas em especial no próprio Poder Judiciário com a alternância do protagonismo.” (SOMBRA 2017, p. 72).

Mesmo em contratos privados, ou seja, contratos celebrados entre pessoas privadas, em torno de interesses privados, pode haver um regime jurídico de prerrogativas de ação unilateral, que não decorrerá do fato de serem *privados*, ou não, os interesses, mas sim das circunstâncias que envolvem aquele determinado *objeto* contratual – circunstâncias estas que o fazem sabidamente mais sujeito à necessidade de mudanças, o que, portanto, leva o Direito a entender como adequado um regime mais flexível no tocante ao modo de se interpretar e aplicar o *pacta sunt servanda*.

Diversos exemplos neste sentido podem ser extraídos, no Brasil, do Código Civil.

Assim, um contrato que, pela *natureza de seu objeto*, tipicamente inclui regras de mutabilidade em seu regime é o de *empreitada*. Tem o dono da obra o direito de suspendê-la, pagando ao empreiteiro os serviços já feitos, bem como indenizando-o pelos ganhos que teria se concluída a obra (art. 623), ou mesmo respondendo por perdas e danos de modo mais abrangente se destituída de justa causa a suspensão (art. 624). Tem, a seu turno, o empreiteiro o direito de suspender a obra por certas causas, dentre as quais “dificuldades imprevisíveis de execução” (art. 625). Também se tem como normal no regime jurídico da empreitada que sejam introduzidas modificações no projeto (art. 619). E mesmo há regras que seguem lógica similar à do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 619, parágrafo único; art. 620).

[...]

Há outros casos em que a evidente *preponderância de interesse de uma das partes* na execução do objeto contratual leva a que tenha determinados poderes de caráter unilateral. Isso se passa na *comissão*, em que o comitente pode, a qualquer tempo, alterar as instruções dadas ao comissário (art. 704) e mesmo encerrar o contrato, não sem remunerar e indenizar o comissário (art. 705). É também o caso do *mandato*, que pode ser unilateralmente revogado pelo mandante (art. 682, I, com as ressalvas e exceções previstas nos arts. 684 a 689), ainda que eventualmente mediante indenização, caso haja “cláusula de irrevogabilidade” (art. 683). Ou ainda o caso do *transporte de pessoas*, em que o passageiro, em certas condições, pode rescindir unilateralmente o contrato, tendo o direito a ver restituído o valor da passagem, eventualmente descontado o valor de uma multa (art. 740 e §§).

[...]

Em suma, o que quer sustentar é que, seja em face de interesses públicos, seja em face de interesses privados, um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar mutabilidade contratual, deve decorrer das circunstâncias que concretamente envolvem o *objeto* da prestação, mas não, *a priori* e em abstrato, da natureza pública ou privada dos interesses em questão.

Vale notar que não há qualquer controvérsia sobre a arbitrabilidade de conflitos envolvendo a aplicação de todos estes poderes de alteração ou extinção unilateral de contratos privados, não havendo razão justificada para que ela exista nos contratos administrativos. Enfim, não se deve confundir arbitrabilidade com a existência de prerrogativas contratuais previstas em lei ou no próprio contrato, cuja licitude e aplicabilidade podem ser debatidas pelas partes e se tornar objeto de decisão jurisdicional, seja ela judicial ou arbitral¹³.

Além de não encontrar amparo na legislação, esta segregação de temas contratuais arbitráveis com base em distinções vagas como ato de gestão e ato de império, cláusula ordinária e cláusula exorbitante, interesse público primário e interesse público secundário, é inconveniente, pois provavelmente levaria a uma multiplicação de demandas e a uma forte insegurança jurídica, o que a utilização da arbitragem visa justamente a combater.

Para percebê-lo, basta projetar o que ocorreria em um contrato de concessão de rodovia em que o poder concedente tenha identificado grave inadimplemento da concessionária, impedindo-a de cobrar o pedágio, multando-a e por fim declarando a caducidade do contrato de concessão. Se o contrato segregasse atos de gestão de atos de império como critério da arbitrabilidade convencional – ou se o intérprete o fizesse com base em interpretação equivocada da lei –, provavelmente teríamos uma arbitragem para julgar os pedidos da concessionária de indenização pela perda de receita e um processo judicial para discutir a validade da declaração da caducidade, sendo que a anulação das multas ficaria em zona cinzenta, podendo ser pleiteada judicialmente ou arbitralmente, seguindo-se provável demanda judicial para discutir a validade da sentença arbitral com base em extrapolação da convenção de arbitragem (art. 32, IV, da Lei nº 9.307/1996).

13 Em sentido semelhante, no Direito português, a partir do advento do novo CPTA – Código de Processo dos Tribunais Administrativos: ANDRADE 2008, p. 952-954.

Em um contexto como este, ao invés de demanda judicial longa e de desfecho incerto, as partes passariam a enfrentar uma demanda arbitral sobre o tema controvertido considerado arbitrável, uma demanda judicial sobre o tema controvertido considerado inarbitrável e outra demanda judicial para discutir a extensão da arbitrabilidade adotada na primeira demanda (a arbitral), com alto de risco de decisões contraditórias entre si. É evidente o contrassenso que isto provocaria. Fosse este quadro inevitável, seria melhor excluir a cláusula compromissória do contrato de concessão e deixar que todos os litígios fossem resolvidos pelo Poder Judiciário.

4. CONFLITOS E DISPUTAS RELACIONADOS AO CONTRATO DE CONCESSÃO

O art. 23-A da Lei de Concessões e o art. 11, III, da Lei de Parcerias público-privadas não se limitam a permitir a submissão à arbitragem de disputas ou conflitos decorrentes do contrato, mas incluem também aqueles que podem ser considerados relacionados a este.

Assim, são arbitráveis, por exemplo, as controvérsias que digam respeito à nulidade do próprio contrato, salvo se envolverem terceiros que não subscreveram a convenção de arbitragem, hipótese que envolve arbitrabilidade subjetiva, e não objetiva.

Além disso, são arbitráveis controvérsias sobre atos extracontratuais relacionados ao contrato, como as decorrentes da aplicação de penalidades administrativas e as controvérsias sobre a legalidade e a interpretação de atos de entidade reguladora¹⁴.

A rigor, as penalidades administrativas poderiam ser consideradas até mesmo tema “decorrente” do contrato, pois, a despeito do art. 23, VIII, da Lei nº 8.987/1995 distinguir entre “penalidades contratuais e administrativas”, ele também estabelece que o contrato disporá sobre ambas. No entanto, para evitar dúvidas desnecessárias sobre seu enquadramento, é mais racional – em termos pragmáticos – considerá-las apenas “relacionadas”

14 Eventualmente, a depender de especificidades do setor regulado e da divisão de competências entre entidade concedente e reguladora, esta questão pode envolver problemas de litisconsórcio e arbitrabilidade subjetiva (entendida de modo amplo, envolvendo não apenas a aptidão de ser parte em convenção de arbitragem, mas a efetiva condição de parte, ou seja, arbitrabilidade subjetiva convencional, não apenas legal), que escapam do objeto deste trabalho.

à concessão, o que já basta para configurar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos que as envolvam¹⁵.

A regulação da atividade exercida pelo concessionário por uma entidade reguladora independente, ainda que não possa ser equiparada *tout court* à atividade de execução contratual, é, sem dúvida, “relacionada ao contrato”, o que implica sua arbitrabilidade objetiva, afastando discussões desnecessárias sobre unilateralidade, indisponibilidade, poder extroverso e poder de império. Aliás, embora sem se valer deste argumento, o Superior Tribunal de Justiça considerou arbitrável controvérsia sobre a validade de regulação da Agência Nacional de Petróleo a respeito de campos de exploração petrolífera no julgamento do Conflito de Competência nº 139.519/RJ pela Primeira Seção em 11 de outubro de 2017; o acórdão foi assim ementado:

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL E ÓRGÃO JURISDICIONAL ESTATAL. CONHECIMENTO. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO. DEVER DO ESTADO. PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA. PRECEDÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL EM RELAÇÃO À JURISDIÇÃO ESTATAL. CONTROLE JUDICIAL A POSTERIORI. CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O DIREITO PATRIMONIAL DISPONÍVEL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O INTERESSE PÚBLICO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA JULGADO PROCEDENTE.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

15 Em sentido contrário, distinguindo sanções tipicamente contratuais, como as decorrentes de atraso e inexecução contratual, que seriam arbitráveis, de sanções administrativas, como a declaração de inidoneidade para participar de licitações, que teriam efeitos externos ao contrato e por isso seriam inarbitráveis: (SALES 2011. p. 265-266). A distinção não se sustenta, já que a declaração de inidoneidade também é sanção decorrente do inadimplemento de um contrato (art. 87, IV, da Lei n 8.666/1993). Não será arbitrável, contudo, salvo se for firmado compromisso arbitral específico, a controvérsia sobre a penalidade de impedimento de participar de licitações aplicada em decorrência de comportamento pré-contratual, como deixar de celebrar o contrato ou deixar de apresentar documentação exigida como requisito para tal celebração (art. 7º da Lei nº 10.520/2002, que rege a modalidade de licitação denominada pregão); neste caso, a dificuldade é que o imputado não subscreveu o contrato dotado de cláusula compromissória, não tendo relação com a arbitrabilidade objetiva legal. Também em sentido contrário: OLIVEIRA 2012, p. 106-107.

II - Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.

III - O conflito de competência não se confunde com os pedidos e causa de pedir da ação originária, na qual se objetiva a declaração de indisponibilidade do direito objeto da arbitragem e consequente inaplicabilidade da cláusula arbitral e a declaração de nulidade do procedimento arbitral em decorrência da Resolução da Diretoria n. 69/14, alterando a área de concessão controvertida, cumulado com pedido de anulação do processo arbitral, qual seja, de *anti-suit injunction*, destinada a evitar seu processamento junto ao Juízo Arbitral.

V - O CPC/2015 trouxe nova disciplina para o processo judicial, exortando a utilização dos meios alternativos de solução de controvérsia, razão pela qual a solução consensual configura dever do Estado, que deverá promovê-la e incentivá-la (art. 3º, §§ 1º e 2º). A parte tem direito de optar pela arbitragem, na forma da lei (art. 42).

VI - A Lei n. 13.129/15 introduziu no regime jurídico da arbitragem importantes inovações, com destaque para os princípios da competência-competência, da autonomia da vontade e da cláusula compromissória (arts. 1º, 3º e 8º, parágrafo único).

VII - No âmbito da Administração Pública, desde a Lei n. 8.987/95, denominada Lei Geral das Concessões e Permissões de Serviços Públicos, com a redação dada pela Lei n. 11.196/05, há previsão expressa de que o contrato poderá dispor sobre o emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive a arbitragem. No mesmo sentido a Lei n. 9.478/97, que regula a política energética nacional, as atividades relativas à extração de petróleo e a instituição da ANP (art. 43, X) e a Lei n. 13.129/15, que acresceu os §§ 1º e 2º, ao art. 1º da Lei n. 9.307/96, quanto à utilização da arbitragem pela Administração Pública.

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição

da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes.

IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15).

X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.

A despeito da ementa acima transcrita sugerir que o tema da arbitrabilidade seria decidido inicialmente pelo tribunal arbitral, cabendo tão somente a revisão judicial a *posteriori*, a análise do voto da relatora para o acórdão, Ministra Regina Helena Costa, à luz dos demais votos, demonstra o contrário. De início, o relatório do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho registra o seguinte:

Afirma-se, ainda, que, em se tratando de direito indisponível a matéria objeto da RD 69/2014, à luz do art. 1.º da Lei 9.307/96, não se submete esta à competência da Justiça Arbitral, conforme teria decidido a Justiça Federal da 2.ª Região.

Como se vê, foi alegada falta de arbitrabilidade objetiva, com base no art. 1º da Lei nº 9.307/1996. O próprio voto vencido do relator original, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, rejeitou este argumento, acolhendo outro que não será objeto de consideração por extrapolar o escopo deste trabalho. Lê-se no voto vencido¹⁶:

10. Direito indisponível é aquele que impõe limites à vontade do próprio titular, que se vê privado da sua disposição, seja por expressa previsão em lei, ou por sua natureza inalienável.

11. Salvo melhor juízo, não se vislumbra a indisponibilidade do direito discutido no presente Processo Arbitral. As alterações definidas na RD/ANP 69/2014, analisadas pela Nota Técnica 131/2013/SDP, têm caráter eminentemente patrimonial, não se revelando inalienável ou impossível de se proceder e ajustar de maneira diversa. Tanto é que foi fruto de deliberação da Diretoria da ANP, no uso do poder discricionário.

12. Embora envolva interesse público, que se confundiria com um conceito mais vago de ordem pública, essa questão não deve ser tida como um óbice à aplicação da cláusula compromissória firmada entre a PETROBRAS e a ANP.

13. Com efeito, a consideração como um único Campo dos limites do Parque das Baleias não é medida indisponível ou de caráter indispensável e imprescindível à ordem pública, notadamente pelo fato de que as mudanças incidirão em Contrato de Concessão assinado em agosto de 1998, ou seja, com vigência superior a 15 anos na época do ato impugnado no Juízo Privado (RD/ANP 69/2014), sem que, até então, fosse determinante a adoção das medidas deliberadas na Resolução. Ou seja, passados mais de 15 anos sem que a medida fosse tida como essencial, não há plausibilidade em reconhecê-la agora como imperativa à ordem pública.

14. Nesse ponto, portanto, não há falar em ilegalidade da cláusula compromissória.

16 Convém lembrar que a cláusula compromissória foi inserida em contrato celebrado em 1998, portanto anterior à inserção do art. 23-A no texto da Lei nº 8.987/1995, que foi feita pela Lei nº 11.196/2005, razão pela qual a referência ao critério da disponibilidade não é incompatível com o argumento desenvolvido neste trabalho, ainda que a necessidade de fazê-lo seja discutível à luz da legislação setorial da indústria petrolífera, em especial o art. 43, X, da Lei nº 9.478/1997, já vigente à época da celebração do contrato.

Por sua vez, a Ministra Regina Helena Costa, no voto condutor do acórdão, registrou que “*Em consequência, sempre que a Administração contrata há disponibilidade do direito patrimonial, podendo, desse modo, ser objeto de cláusula arbitral, sem que isso importe em disponibilidade do interesse público.*”

Em outro trecho, reafirma a Ministra Regina Helena Costa:

Com efeito, em meu voto-vista, firmei a distinção e a possível convivência de direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público e, concluí no sentido de que o direito patrimonial objeto do contrato de concessão (fls. 44/95e) é direito disponível da Administração, podendo ser objeto de jurisdição arbitral.

A despeito da fundamentação sucinta, fica claro que o argumento da indisponibilidade da decisão regulatória, que constituiria manifestação do poder de polícia, não impressionou – e nem deveria – o Superior Tribunal de Justiça, que se manifestou pela disponibilidade do direito em debate e consequentemente pela sua arbitrabilidade objetiva. Por meio do argumento central deste trabalho, chega-se à mesma conclusão e com argumentação mais simples e direta.

Evidentemente, há situações em que o concessionário pode sofrer a aplicação de penalidades administrativas no exercício da atividade objeto do contrato, mas que não guardam qualquer relação com este, hipótese em que a cláusula compromissória não abrangerá eventuais litígios referentes a estas penalidades. Seria o caso, por exemplo, da concessionária de obra pública de estádio que sofresse multa por poluição sonora gerada pela obra, aplicada pela fiscalização ambiental do Estado-membro, que é o próprio poder concedente, ou da concessionária de telecomunicações cujo veículo automotor é multado pela Polícia Rodoviária Federal ao cometer infração de trânsito em rodovia federal. Nestes casos, ainda que a penalidade de multa tenha sido aplicada pela mesma entidade pública que se relaciona com o concessionário – nos exemplos acima, o Estado-membro e a União –, não guarda qualquer conexão com a relação contratual e por isso os litígios a ela referentes não podem ser abrangidos por eventual cláusula compromissória contida no contrato de concessão.

A referência legal a disputas ou conflitos relacionados ao contrato de concessão goza da vantagem de potencialmente abranger litígios resultantes do manejo atípico de poderes administrativos extracontratuais com o objetivo de atingir, por via transversa, efeitos contratualmente vedados ou que só seriam possíveis mediante o atendimento de requisitos diversos. Seria o caso, por exemplo, da desapropriação, pelo poder concedente, das

ações – no sentido societário – da concessionária, com o objetivo de obter seu controle e assim extinguir indiretamente a concessão. Ainda que a ação de desapropriação em si, em circunstâncias usuais, estivesse fora do escopo da convenção de arbitragem¹⁷, o desvio de finalidade demonstra que ela é, em verdade, uma tentativa de exercício transverso de poder contratual e por isso sua legalidade pode ser decidida pelo tribunal arbitral a ser constituído na forma do contrato. A hipótese não é cerebrina, pois uma tentativa de desapropriação nestes moldes já ocorreu em concessões rodoviárias no Estado do Paraná, tendo sido revertida pelo Poder Judiciário¹⁸.

17 Ainda que seja possível arbitragem em desapropriação (art. 10-B do Decreto-lei nº 3.365/1941, acrescentado pela Lei nº 13.867/2019), ela não costuma constar das convenções de arbitragem contidas em contratos administrativos.

18 O Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu sobre o tema em acórdão assim ementado: “ADMINISTRATIVO. PROPRIEDADE DE EMPRESA QUE EXPLORA SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL. REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE BEM FEDERAL. POSSIBILIDADE DE DESAPROPRIAÇÃO DE BEM DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL POR ATO UNILATERAL DE ENTE ESTADUAL. INTERESSE JURÍDICO DA UNIÃO E DO DNIT - DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES. LEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REVOGAÇÃO DA EFICÁCIA DO DECRETO EXPROPRIATÓRIO Nº 2.462/2004 DO ESTADO DO PARANÁ. MEDIDA QUE SE IMPÕE. PROVIMENTO DO AGRAVO. 1. Dispõe a norma do artigo 2º, §3º do Dec - lei nº 3.365/41 (que cuida das desapropriações por utilidade pública) que é vedado aos Estados expropriar ações de empresas afetadas à prestação de serviço federal sem autorização do Presidente da República. 2. Aplica-se analogicamente ao caso *sub judice* a Súmula 157 do Supremo Tribunal Federal no sentido que ‘é necessário prévia autorização do Presidente da República para desapropriação, pelos Estados, de empresa de energia elétrica’. Exatamente pelo motivo de que o decreto expropriatório é da autoria de Estado é que há necessidade da União figurar na lide porque está posta em decisão as suas prerrogativas na concessão federal. A União é parte legítima *ad causam* porquanto é titular da relação jurídica de direito material controvertida (direito de propriedade e sua delegação da concessão de serviço público federal). 3. O vínculo jurídico, pela circunstância da União ser a proprietária do bem objeto da concessão e a concedente, fará com que os limites subjetivos da coisa julgada recaiam sobre a União, é mais do que suficiente para reformar a decisão *a quo* na parte que a exclui da lide. 4. O DNIT, sucessor do extinto DNER, é parte no convênio de delegação e no contrato *ex vi* da lei 84, § 2º da Lei 10.233/2001. Compete ao DNIT supervisionar os convênios de delegação, podendo denunciá-los ao verificar o descumprimento de seus objetivos e preceitos. Trata-se do órgão responsável pela administração dos programas de operação, manutenção, conservação das rodovias federais e a supervisão dos convênios delegados. O objeto da lide diz respeito às atribuições legais da autarquia federal. Deve, o mesmo, ser mantido na lide e declarada a competência do juízo da 2ª Vara Federal da Seção judiciária do Distrito Federal para conhecer e julgar a demanda. 5. Presente o *periculum in mora*, portanto, porque a qualquer momento a agravante pode perder o controle acionário da empresa para o Estado do Paraná e seus acionistas poderão ter confiscadas as suas participações na concessionária de serviço público federal. Efetivamente, o governo estadual poderá emitir-se na posse das ações mediante alegação de urgência (dec. N. 2.462/2004, art. 3º, dec.-lei n. 3.365/41, art. 15). 6. Plausível, também, a argumentação para a revogação da eficácia do decreto estadual expropriatório nº 2.462/04 porque o DER já publicou no D.O. do Estado a portaria para dar execução à desapropriação. Ademais, é patente o gravame às esferas jurídico-econômicas das agravantes e da União Federal se ocorrer exaurimento do ato impugnado. 7. A matéria objeto da discussão é exclusivamente jurídica e os fatos são incontroversos. O ordenamento jurídico ampara a pretensão das agravantes. 8. Agravo de instrumento provido para reconhecer a competência do juízo recorrido, suspender a eficácia do decreto expropriatório nº 2.462/2004 e tornar sem nenhum efeito qualquer ato de desapropriação do capital votante da Rodonorte.” (AG 0000839-21.2004.4.01.0000, DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, TRF1 - QUINTA TURMA, DJ 15/08/2005 PAG 57.)

5. AINDA O CRITÉRIO DA DISPONIBILIDADE

Mesmo que se considere que as normas contidas no art. 23-A da Lei de Concessões e no art. 11, III, da Lei de Parcerias público-privadas não sejam normas especiais em relação ao art. 1º, § 1º, da Lei nº 9.307/1996 e ao art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021, ou seja, que elas não dispensam nem excepcionam, para fins de caracterização da arbitrabilidade objetiva, a configuração do requisito da disponibilidade do direito controvertido, todos os litígios exemplificados como objetivamente arbitráveis nos itens anteriores deste trabalho continuam a se enquadrar nesta categoria, desde que o requisito da disponibilidade seja corretamente interpretado.

A interpretação que parece mais adequada ao requisito da disponibilidade é de que ele se confunde com as hipóteses de jurisdição necessária, ou seja, aquelas em que, ainda que estejam de acordo, as partes não podem dispensar o concurso judicial, tal como ocorre, por exemplo, no processo penal, nas ações de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992)¹⁹ e na anulação do casamento. Neste sentido expõe Eduardo Talamini (TALAMINI 2005, p. 340):

É a segunda acepção de indisponibilidade extraível do direito material que ora interessa. Trata-se da impossibilidade, que apenas se põe em determinadas e excepcionais hipóteses, de o sujeito, constatando que não detém razão, curvar-se à pretensão alheia, essa sim fundada, procedente.

Vale dizer, proíbe-se o próprio reconhecimento espontâneo e extrajudicial de que não se tem razão e impõe-se como necessário e imprescindível o concurso da Jurisdição: apenas a esta caberá dizer quem tem razão.

Essa hipótese excepcionalíssima é melhor designada como necessidade da intervenção jurisdicional.

Segundo o citado autor, esta situação não existe em litígios envolvendo a Administração Pública (TALAMINI 2005, p. 342)²⁰:

Nesse ponto, cabe fazer um contraste com determinadas situações de direito material para as quais o processo judicial é verdadeiramente

19 Ainda que a legislação preveja acordos de não persecução civil e penal, sua eficácia depende de homologação judicial, o que mostra que subsiste a reserva de jurisdição (art. 17-B, § 1º, III, da Lei nº 8.429/1992, acrescentado pela Lei nº 14.230/2021 e art. 28-A, §§ 4º a 8º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 13.964/2019).

20 No mesmo sentido: (PEREIRA 2006, p. 116) e (SALLES 2011, p. 93-94 e 104).

indispensável. O exemplo normalmente lembrado é o da persecução penal.

Vigora o princípio da necessidade do processo penal. Por mais que o acusado esteja convencido de que é culpado e deve ser punido, é indispensável um processo judicial para tanto. O mesmo se passa no âmbito civil, com determinadas situações que envolvem o estado das pessoas, tais como a separação judicial, o divórcio ou mesmo a falência e a insolvência. Em todos esses casos, a ação judicial é necessária; o processo judicial é indispensável. Não basta a própria parte reconhecer que não tem razão, que deve, que é culpada... Apenas uma sentença judicial poderá produzir o resultado devido.

Em regra, nas relações da Fazenda Pública isso não acontece. Vale dizer: a ação judicial e a intervenção jurisdicional, em princípio, não são necessárias no âmbito das relações de direito público. Os direitos eventualmente existentes podem e devem ser cumpridos independentemente da instauração de um processo judicial.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu em sentido semelhante em ao menos um precedente, embora não se possa qualificar esta interpretação como pacificada. Trata-se do Recurso Especial nº 904.813/PR, julgado pela Terceira Turma em 20 de outubro de 2011, relatado pela Ministro Nancy Andrighi e assim ementado, no que interessa ao presente debate:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

(...)

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.

7. A previsão do juízo arbitral, em vez do foro da sede da administração (jurisdição estatal), para a solução de determinada controvérsia, não vulnera o conteúdo ou as regras do certame.

8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável.

9. A controvérsia estabelecida entre as partes - manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato - é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido.

Esta interpretação, embora construída há mais de dez anos, se fortaleceu significativamente diante do advento da Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), cujo art. 3º fez expressa menção a direitos indisponíveis, porém transacionáveis, locução aparentemente contraditória cujo único sentido parece ser o de direitos objeto de transações que devem ser obrigatoriamente homologadas pelo Poder Judiciário, como ocorre com a guarda de filhos menores e, no âmbito criminal, com acordos de delação premiada e de não persecução penal. Assim, neste dispositivo a expressão “direitos indisponíveis” foi utilizada no sentido de direitos cujo exercício depende necessariamente de ato judicial, o que fortalece bastante a interpretação acima descrita para o art. 1º da Lei nº 9.307/1996 e para o art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021.

Adotada esta leitura para a locução “direitos patrimoniais disponíveis”, todos os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão – comum, patrocinada ou administrativa – serão objetivamente arbitráveis,

já que mesmo o exercício de autoridade no âmbito destes contratos não depende de ato judicial, não constituindo hipótese de indisponibilidade no sentido de jurisdição necessária.

6. A ARBITRAGEM EM CONTRATOS DE CONCESSÃO NÃO É ARBITRAGEM ESPECIAL

Analisando a relação entre a Administração Pública e a arbitragem, Antonio Briguglio constrói interessante tipologia de situações (BRIGUGLIO 2003, p. 83-84): a) proibição da arbitragem em litígios que envolvem a Administração Pública; b) permissão incondicionada da utilização da arbitragem nas referidas controvérsias; c) arbitragem obrigatória em certos temas; d) *arbitrato da legge*, ou seja, facultativo na sua adoção pelas partes, mas regulado previamente pela lei, por vezes de modo bastante detalhado, em relação ao modo como deve se dar o procedimento.

Em qual destes tipos se enquadra a arbitragem em contratos de concessão no ordenamento jurídico brasileiro?

A meu ver, no tipo da letra b, uma vez que a inserção da cláusula compromissória nos editais é facultativa, de modo que não há criação de uma espécie de justiça especial que retire por completo da apreciação judicial uma classe de temas, e, por outro lado, não há regulação detalhada nem exaustiva do procedimento a ser adotado, limitando-se o legislador a estabelecer a língua da arbitragem e o local onde ela deve ocorrer, o que mantém a ampla flexibilidade procedimental que caracteriza a arbitragem e que é uma das razões para sua adoção para solução de litígios de alta complexidade.

Assim, os litígios em contratos de concessão contam com regra especial de arbitrabilidade objetiva, mas não constituem uma arbitragem especial no sentido de procedimento especial e discrepante da arbitragem considerada como um todo, tal como regulada na Lei nº 9.307/1996.

7. CONCLUSÃO

Os litígios decorrentes ou relacionados a contratos de concessão comum, patrocinada ou administrativa, regidos pela Lei nº 8.987/1995 ou pela Lei nº 11.079/2003, devem ser considerados arbitráveis independentemente da caracterização da disponibilidade do direito discutido. Contudo, ainda que este critério geral de caracterização da arbitrabilidade objetiva – a disponibilidade do direito – seja considerado aplicável, tais litígios devem ser considerados arbitráveis em razão de sua solução não estar sujeita a

reserva de jurisdição, ou seja, considerando que eles poderiam ter sido diretamente solucionados pelas partes sem necessária intervenção judicial.

8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ANDRADE, José Robin de. Arbitragem e contratos públicos. In: CEDIPRE (Centro de Estudos de Direito Público e Regulação). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: 2008, p. 943-966.

BRIGUGLIO, Antonio. Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Milano, anno LVII, n. 1, p. 81-107, mar./2003.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de Arbitrabilidade dos Litígios. Revisitando o Tema. In: *Temas de Direito da arbitragem*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 255-290.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: _____. *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 79-88.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha de. *A Arbitragem nos Contratos de Parceria Público-Privada*. 2012. 155 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, v. 4, n. 12, p. 29-58, jan./mar. 2007.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e a Administração Pública: comentário ao acórdão do STJ no Resp nº 612.439/RS («Caso AES Uruguaiana»). *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 3, n. 12, p. 106-120, 2006.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011

SOMBRA, Thiago Luis. Mitos, crenças e a mudança de paradigma da arbitragem com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 54, p. 54-72, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e pareceria público-privada (PPP). In: ____; JUSTEN, Monica Spezia (Coord.). *Parcerias público-privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 333-358.