

---

# ARBITRABILIDADE OBJETIVA DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS DE PPP E CONCESSÃO: UM ESTUDO DE CASOS

---

*OBJECTIVE ARBITRABILITY OF SANCTIONS IN  
ADMINISTRATIVE CONTRACTS: A CASE STUDY*

*Elisa Schmidlin Cruz<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Contratos administrativos e arbitrabilidade objetiva: brevíssima contextualização do tema à luz da legislação brasileira. 2. Sanções administrativas em contratos de PPP e concessão: conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis?. 3. Análise de casos. 3.1. Galvão v. ANTT e União. 3.2. Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE. 3.3. Águas de Itu v. Município de Itu. Conclusão. Referências

---

1 Presidente da Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná – ARBITAC. Integrante do conselho administrativo da Câmara de Mediação e Arbitragem da OAB/PR. Advogada e Árbitra.

**RESUMO:** A partir do estudo referencial de documentos de acesso público extraídos de três recentes arbitragens envolvendo contratos de concessão e Parceria Público Privada (Galvão v. ANTT e União; Águas de Itu v. Município de Itu; e Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE) – e com especial enfoque nos parâmetros da Lei de Arbitragem brasileira (patrimonialidade e disponibilidade) –, este artigo propõe uma apreciação casuística a respeito da arbitrabilidade objetiva de sanções em contratos administrativos. Ainda que por breve amostragem, os exemplos práticos denotam que a harmonização dos entendimentos a respeito da (in) arbitrabilidade perpassa por necessária maturação do tema, exigindo aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Arbitragem. Administração Pública. Arbitrabilidade Objetiva. Contratos de Concessão. Sanções Administrativas.

**ABSTRACT:** Starting from public access documents extracted from three recent arbitrations involving both public concessions and public-private partnership contracts (Galvão vs. ANTT and Union; Águas de Itu vs. City of Itu; and Sagua vs. City of Guarulhos and SAAE) and with special emphasis on the guidelines of the Brazilian Arbitration Law (transferable property rights), this article proposes a case-by-case assessment regarding the objective arbitrability of sanctions in administrative contracts. Although through a concise sampling, the practical examples demonstrate that the alignment of opinions regarding the (in)arbitrability demands maturation of the subject, as well as doctrinal refinement and jurisprudential consolidation.

**KEYWORDS:** Arbitration. Public Administration. Objective Arbitrability. Concession Contracts. Administrative Sanctions.

## INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Lei 13.129/2015, a autorização extraída do §1º do art. 1º da LBA sedimenta a possibilidade de adoção da via arbitral para resolução de litígios envolvendo o Poder Público. No atual estado da arte, superadas quaisquer discussões pautadas na ausência de previsão legislativa sobre a aptidão e suscetibilidade das pessoas de direito público à arbitragem, a polêmica da arbitrabilidade ganhou novos contornos, não mais atrelada ao sujeito (arbitrabilidade subjetiva), mas à matéria objeto do litígio (arbitrabilidade objetiva).

Determinado pela lei nacional – intencionando, entre outros, a preservação da ordem pública –, o conceito de arbitrabilidade objetiva permite delimitar o conjunto de matérias que, uma vez controvertidas, são passíveis de serem postas à arbitragem. No ordenamento jurídico brasileiro, a definição é sintetizada com clareza e exatidão no caput do já referido art. 1º da LBA: “*direitos patrimoniais disponíveis*”.

No caso dos contratos administrativos, a combinação de argumentos abstratos referentes à supremacia e indisponibilidade do interesse público pode instaurar diversas ordens de desafios a serem transpostos em vista dos limites conceituais de arbitrabilidade. Embora a legislação brasileira venha contribuindo para reforçar a segurança jurídica, explicitando que poderão ser resolvidos em via arbitral temas relevantes como equilíbrio econômico-financeiro; indenizações decorrentes de extinção ou transferência; e inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes,<sup>2</sup> a prática demonstra que outras matérias ainda geram acalorados debates.

É aqui que ganha destaque a arbitrabilidade de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, objeto do presente artigo. Considerando os parâmetros legais da patrimonialidade e da disponibilidade, o estudo referencial de documentos de acesso público extraídos de três recentes arbitragens (Galvão v. ANTT e União; Águas de Itu v. Município de Itu; e Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE) permite, ainda que por breve amostragem, detectar um descompasso que justifica aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

A análise proposta está a seguir dividida em três partes, sendo a primeira destinada à breve contextualização do tema da arbitrabilidade objetiva quando contratos administrativos estão envolvidos na disputa; a segunda dirigida à fixação da problemática envolvendo os requisitos de patrimonialidade e disponibilidade no contexto de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão; e a última reservada à apresentação das conclusões alcançadas em cada um dos casos concretos selecionados.

2 Cf. §4º, do art. 31, da Lei 13.448/2017 e art. 2º do Decreto Federal 10.025/2019.

## 1. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E ARBITRABILIDADE OBJETIVA: BREVÍSSIMA CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

*Ratione materiae*, a arbitrabilidade objetiva refere-se à permissibilidade legislativa para que, por escolha das partes, determinados litígios sejam submetidos à arbitragem. Como antecipado na introdução deste artigo, o conceito de arbitrabilidade objetiva segundo a lei brasileira é extraído da delimitação prevista no caput do art. 1º da LBA,<sup>3</sup> resumindo-se a “*direitos patrimoniais disponíveis*”.<sup>4</sup>

A cumulação de tais condicionantes (patrimonialidade + disponibilidade) limita, no plano da competência, a possibilidade de consentimento das partes para o fim de submeter suas disputas à arbitragem.<sup>5</sup> Isso porque, será passível de decisão por tribunal arbitral apenas a matéria que se enquadre dentro dos limites definidores da arbitrabilidade objetiva. Em sendo outro o caso, preserva-se a exclusividade da jurisdição estatal, como, em tradução livre, explicam Redfern & Hunter (2009, p. 123-124):

[...] é precisamente porque a arbitragem é um processo privado com consequências públicas que alguns tipos de litígios são reservados para os tribunais nacionais, cujos processos são geralmente do domínio público. É neste sentido que eles não são ‘capazes de resolução por arbitragem’. As leis nacionais estabelecem o domínio da arbitragem por oposição ao dos tribunais locais. Cada Estado decide que matérias podem ou não ser resolvidas por arbitragem de acordo com as suas concepções políticas, sociais e econômicas.

Em síntese, dizem-se *arbitráveis* matérias sob as quais não recaiam restrições e/ou limitações impostas por lei nacional. Para Carmona (2023, p. 41), seriam arbitráveis “*as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem*”. Quando se discute a arbitrabilidade objetiva, portanto, está-se buscando determinar a adequação (ou não) da natureza do litígio ao parâmetro legal prefixado.

3 Ampliar em Guandalini (2021, pp. 69-81).

4 O conceito de arbitrabilidade objetiva pode variar de acordo com a legislação nacional de cada país. Enquanto alguns países adotam critérios semelhantes aos do Brasil, outros podem ter definições diferentes ou mais amplas de arbitrabilidade objetiva. Ampliar em LEE (2000, pp.346-358); CARMELO (2010, pp.433-463); e MEGNA (2019, pp.142-143).

5 Na explicação de Mistelis (2009, p.4): “*While party autonomy espouses the right of parties to submit any dispute to arbitration, national laws often impose restrictions or limitations on what matters can be referred to and resolved by arbitration*”.

Ocorre que, diante de dilemas teóricos sustentados por prerrogativas especiais e pela própria natureza dos direitos e interesses postos em jogo (argumentos fundamentados na indisponibilidade, legalidade e supremacia do interesse público), a análise da arbitrabilidade objetiva em casos que envolvam relações jurídicas entre pessoas privadas e Administração Pública requer compreensão ainda mais apurada dos critérios de patrimonialidade e, especialmente, disponibilidade.<sup>6</sup>

A legislação, embora permeada de exemplos que confirmam a arbitrabilidade de disputas no contexto de contratos administrativos, oferece, quando muito, enumerações exemplificativas, admitindo que tantas outras controvérsias – desde que patrimoniais e disponíveis – sejam apreciadas

6 Sem pretender exaurir o tema e apenas para breve referência, os direitos patrimoniais tutelam diretamente interesse econômico. Como o conteúdo de economicidade dá o tom caracterizador da natureza patrimonial das relações jurídicas, seria patrimonial, em síntese, o direito apreciável pecuniariamente. Em definição empregada por Accioly (2019, p. 104) para contencioso envolvendo a administração pública, “[a] natureza patrimonial do direito controvertido deve ser apurada com abstração dos caracteres do direito do qual derive e estará satisfeita no caso de sua violação implicar medidas reativas de índole econômica”. Já em relação à disponibilidade, no direito privado é considerado disponível o direito que seja alienável, transmissível, renunciável e transacionável. Todavia, Aragão (2017, pp. 26-27) ressalva que “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. [...] A consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público 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”. Ainda no âmbito administrativista, a doutrina ensina que “não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível. E em sendo possível ao Estado dispor e gerir seu patrimônio, [...] não se vislumbra, a princípio, qualquer impossibilidade de a Administração Pública figurar como parte em um Tribunal Arbitral” (Junqueira; De Oliveira; e Santos, 2014, pp. 330-331). Nesse sentido, diversas são as correntes doutrinárias que buscam determinar critérios a serem empregados para aferir a arbitrabilidade objetiva: (i) critério do interesse público primário vs. secundário, a sustentar a arbitrabilidade apenas da última categoria (Por todos, Lemes, 2007, pp. 136-137 e 144 e Grau, 2002, pp.146-148); (ii) dicotomia entre atos de gestão e atos de império, defendendo a inarbitrabilidade dos atos que a Administração pratica na condição de superioridade hierárquica e outros, em que a não há margem discricionária na prática do ato administrativo (Por todos, Marolla, 2016, pp.129-130; e Megna, 2019, 162-163); e (iii) determinação da fonte normativa (Por todos, Aragão, 2017; e Moraes e Cruz, 2023). De outro lado, em corrente minoritária, contra a própria concepção de arbitrabilidade objetiva das coisas públicas, argumenta-se que (i) conceitualmente, a Administração Pública não teria direitos disponíveis (Martins, 2011, p. 205); (ii) submeter a resolução de disputas do setor público à métodos privatistas (como a arbitragem) feriria o princípio da supremacia do interesse público (Martins, 2011, pp. 207-208); e (iii) recorrer à via arbitral representaria renúncia à legalidade, por sujeitar à interpretação de particulares aquilo que é público (Bandiera de Mello, 2002, pp.116-126 e 2013, p.732; Martins, 2011, p.200; Arruda Jr., 2012, p.28; e Câmara, 2002, p.149). Por extrapolar seu recorte temático, o presente artigo não densifica a análise das posições doutrinárias identificadas, adotando para todos os fins aquela referida no corpo do texto da próxima página e desenvolvida em outra oportunidade por Moreira e Cruz (2023). Ampliar em Megna (2019, pp.142-164); Sarra de Deus (2021, pp.10-46); e Verzola; e Do Valle (2019, pp.39-49).

em sede arbitral.<sup>7</sup> Não por outro motivo, a doutrina e a jurisprudência têm importante papel na definição de potenciais fronteiras à arbitragem.

Na lição de Eros Grau (2000, p.20), “*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*”. Segue-se daí que ao firmar a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, de boa-fé, com lealdade e no exercício da competência definida em lei, o ente público está – na prática – marcando a disponibilidade dos direitos e interesses objeto do contrato administrativo.

Ao tratar do tema em outra oportunidade (Moreira; Cruz, 2023, pp. 324-325), afirmamos que se os contratos administrativos são *dispostos* pela própria Administração Pública, pode-se entender que o que neles se origina e o que por eles é criado, salvo exceção expressa (ou remissão imediata às leis), tem como premissa cognitiva a disponibilidade e a possibilidade de ser posto à via arbitral. Isso porque, se a Administração dispõe, desde o edital, como deve ser desenvolvido o contrato administrativo, não pode depois pretender que se trata de assunto indisponível (a prestigiar critério enviesado de “*disponibilidade cronológica*”: ontem disponível; hoje, quando surge o conflito, indisponível).

Ainda assim, por já serem frequentes as relações jurídicas contratualizadas com a Administração Pública que trazem previsão da arbitragem como mecanismo de composição de litígios,<sup>8</sup> é preciso buscar critérios cada vez mais seguros para identificação prática dos *conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*. No caso das sanções administrativas, algumas reflexões a este respeito serão lançadas a seguir.

## **2. SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EM CONTRATOS DE PPP E CONCESSÃO: CONFLITOS RELATIVOS A DIREITOS PATRIMONIAIS DISPONÍVEIS?**

Complementando a construção teórica apresentada no tópico anterior, importa destacar que, contemporaneamente, não se cogita o exercício do direito administrativo brasileiro por meio da simples execução dos textos legais e da prolação de decisões meramente executórias. Isso se dá não apenas pelo avanço legislativo verificado nos últimos anos como também pela paulatina mudança de paradigmas, que instala indeclinável necessidade de cooperação e

7 Nesse sentido, entre outros, art. 23-A, da Lei nº 8.987/1995; art. 11, III, da Lei 11.079/2004; art. 31, da Lei 13.448/2017; art. 2º, do Decreto Federal 10.025/2019; art. 151, da Lei 14.133/2021; art. 18, da Lei Estadual 16.933/2019-SP.

8 Recentíssimo artigo publicado no *Conjur* aponta que em levantamento realizado no ano de 2023, a AGU constatou que os órgãos públicos federais assinaram 216 (duzentos e dezesseis) contratos contendo convenção arbitral (TARJA, 2024).

consensualidade entre partes públicas e privadas, permitindo que regulamentos e contratos sejam alçados à condição de efetiva fonte normativa.

Especialmente quando considerada a complexa realidade dos projetos de infraestrutura conduzidos pela Administração Pública em parceria com a iniciativa privada, os atos e contratos da Administração constituem novas situações jurídicas ao tempo em que instalam as pertinentes relações jurídico-administrativas, que se desenvolvem, sobretudo, nesta sede normativa infralegal. Nesse sentido, mesmo quando a lei dá fundamento à competência sancionatória que pretende assegurar a boa execução dos contratos administrativos, é no contrato (ou em regulamento) que as infrações e sanções são tipificadas; e é apenas em razão da relação contratual que os efeitos sancionatórios são produzidos.

A aferição da arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, portanto, perpassa pela identificação de sua fonte normativa imediata: quando tais sanções têm fundamento direto no próprio contrato, a sua natureza jurídica não é de ato de autoridade, mas contratual. Inicialmente refletindo posição de Eros Grau, é bastante elucidativa a explicação de Aragão (2017, pp.36-41):

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.<sup>2</sup>

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

[...]

O que deve ficar claro é que as reprimendas e os poderes unilaterais outorgados pelo contrato (ainda que previstos mediatemente em Lei) à Administração Pública não se confundem com o poder de polícia e, portanto, não podem ser considerados como insuscetíveis de apreciação em sede arbitral. O seu fundamento imediato e definitivo não é a Lei, muito menos a soberania estatal, mas o negócio jurídico estabelecido pelos contratantes, do mesmo modo que seria (e o é) em relação a agentes particulares.

Quando a aplicação de sanções decorre de poderes unilaterais *ex contractu*, não se está diante de expressão do poder de polícia, mas de poder

contratual. Bem vistas as coisas, mesmo que predeterminado por norma geral que vincule a Administração Pública e incorporado por cópia ou remissão, o fundamento último das sanções é o próprio contrato, que constitui a relação negocial originária da controvérsia a ser resolvida por arbitragem. Assim, dado o conteúdo e o objeto material da fonte normativa, inegável a concretização da arbitrabilidade objetiva.

Ancorando a premissa resumidamente exposta nas linhas acima e testada em concreto na seção a seguir, bem observa Wald (2017, p.21): *“também a expressão ‘direitos disponíveis’ não exclui a arbitragem em relação às sanções administrativas, multas, e poderes unilaterais da administração se exercidos de modo abusivo ou desequilibrando o contrato”*.

### 3. ANÁLISE DE CASOS

Traçadas as diretrizes gerais introdutórias do tema, pretende-se conectar a teoria à experiência, tal como revelada na prática. Com o intuito de oferecer uma visão do atual estado da arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas em contratos de PPP e concessão, foram selecionados 03 (três) casos que congregam e sistematizam os principais entendimentos a respeito da questão: Galvão v. ANTT e União (CCI 23433/GSS/PFF); Sagua v. Município de Guarulhos e SAAE (CMA-CIESP/FIESP 611-19-JCA); e Águas de Itu v. Município de Itu (CAMARB A-288/19). A análise descritiva explanatória está abaixo individualizada.

#### 3.1. Galvão V. ANTT e União<sup>9</sup>

O Caso Galvão deriva do Contrato de Concessão nº 01/2014, que tem origem no Edital ANTT nº 001/2014, através do qual a União e a ANTT delegaram à Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S.A. a exploração, por 30 anos (iniciados em 2014), de subtrecho rodoviário de 624,8 km, localizado entre Aliança do Tocantins (TO) e Anápolis (GO).

Em razão da inexecução do contrato, instalou-se, nos idos de 2016, processo administrativo que resultou na aplicação de multas e extinção do contrato administrativo, sendo, em 2017, decretada a caducidade da concessão.

Apresentado pela Concessionária em fevereiro de 2018, o requerimento de arbitragem atribuía a inexecução do contrato a acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, além de fato da administração, sustentando, em resumo, que a quebra na promessa de financiamento pelo BNDES e a

---

<sup>9</sup> Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/caso-galvao>. Acesso em 06 jan. 2024.

crise econômica de 2014 teriam inviabilizado por completo o cumprimento das obrigações contratualmente assumidas.

Por sua vez, a defesa da ANTT e da União foi pautada na matriz de risco contratual, tendo-se alegado que a não obtenção de financiamento era risco alocado à Concessionária. Em pleito contraposto, a União buscava reparação por prejuízos alegadamente sofridos em razão da extinção prematura do contrato por culpa do parceiro privado.

No desenrolar da arbitragem, a Requerente alegou a inarbitrabilidade da pretensão reconvenicional por envolver pretensão indenizatória relativa a direitos indisponíveis e não-patrimoniais, oriundos de danos coletivos, ambientais e arrecadação tributária. Com a desistência da União de referidos pedidos, o Tribunal Arbitral não chegou a decidir a questão.

Privilegiando a eficiência, as Partes requereram a bifurcação do procedimento para que o Tribunal Arbitral decidisse a respeito (i) da responsabilidade pela inexecução do contrato; e, por consequência, (ii) da (in)validade da decretação da caducidade.

Em sentença parcial prolatada à unanimidade aos 10 de setembro de 2020,<sup>10</sup> restou (i) reconhecida a responsabilidade exclusiva da Concessionária pela inexecução do contrato; (ii) declarada a validade da decretação da caducidade; (iii) condenada a Concessionária ao pagamento de multas administrativas e outros valores, bem como perdas e danos; e (iv) condenado o Poder Concedente a indenizar o contratado por eventuais investimentos relativos a bens reversíveis não amortizados. À sentença final foram relegados apenas a metodologia de apuração e liquidação dos valores devidos de parte a parte.

Ao publicar detalhado comentário sobre a sentença arbitral parcial, Vera Monteiro (2021, p. 107) atribui ao Caso Galvão especial importância “*pelo fato de ser a primeira vez que concessionária prestadora de serviço público federal leva a tribunal arbitral decisão do poder concedente de extinguir antecipadamente contrato de concessão por caducidade*”. Dúvida não há de que a discussão versou a respeito de temas afetos às sanções administrativas.

Embora registre expressamente que as Partes em nenhum momento controverteram a respeito da patrimonialidade e disponibilidade da matéria objeto dos pleitos da Requerente, a sentença arbitral parcial, em tópico dedicado à arbitrabilidade dos pedidos (§§208-221), afirma que “*a arbitrabilidade objetiva, no caso, decorre da evidente natureza patrimonial desses pedidos, diretamente relacionados ao contrato firmado*” (§215).

Ainda que a (in)arbitrabilidade objetiva de sanções administrativas não tenha sido objeto direto da arbitragem, as pretensões submetidas pela

10 Tribunal Arbitral: Anderson Schreiber (Coárbitro); Patrícia Ferreira Baptista (Coárbitra); e Sergio Nelson Mannheimer (Presidente)

Requerente à análise do Tribunal Arbitral voltavam-se “ao reconhecimento da inexistência de descumprimentos contratuais que pudessem justificar a aplicação da penalidade de caducidade”.<sup>11</sup> Para além disso, em sentença parcial os árbitros confirmaram a legitimidade da decretação da caducidade e, forte na lei e no contrato, decidiram condenar a Concessionária, entre outros, ao pagamento das multas administrativas aplicadas pela ANTT no curso da execução contratual por seu descumprimento. A arbitrabilidade objetiva de sanções, portanto, restou incidentalmente reconhecida.

### 3.2 Sagua V. Município de Guarulhos e Saae<sup>12</sup>

Decorrente do Contrato de Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa nº 056/2014, que tinha por objeto a prestação dos serviços públicos de transporte, tratamento e destinação final de esgotos sanitários da área urbana do município de Guarulhos (SP), o Caso Sagua foi travado entre Sagua Soluções Ambientais de Guarulhos S.A e o Município de Guarulhos e a autarquia Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos – SAAE.

De um lado, Sagua sustentava o reiterado descumprimento de obrigações pelos Requeridos desde o início da contratação, notadamente em relação à pagamentos, mecanismos de garantia, liberação de áreas e obtenção de licenças necessárias à consecução do objeto do contrato, bem como a inobservância de acordos pactuados a fim de viabilizar a plena execução contratual. De outro, em processo administrativo instaurado em 2017 para apuração de supostas violações que poderiam ensejar caducidade do contrato, que tramitou por mais de 15 (quinze) meses sem a ciência da Sagua, o SAAE e o Município decretaram a intervenção na concessão e adjudicaram a terceiros (Estado de São Paulo e SABESP) a prestação dos serviços.

Em abril de 2019, buscando impedir iminente decretação de caducidade do contrato de PPP e obter cópia de processos administrativos e documentos relacionados à execução contratual, Sagua apresentou o requerimento de arbitragem de emergência CMA 598-P-19-JCA. Tendo todos os seus pleitos indeferidos, buscou então instalar nova arbitragem de emergência em julho do mesmo ano (CMA 610-P-19-JCA), mas, às vésperas da decisão do árbitro, o Município de Guarulhos fez publicar em edição extraordinária (e noturna) do Diário Oficial a caducidade da concessão.

11 Ata de Missão, fl. 15.

12 Disponível em: [https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA\\_20210219\\_Sentenc%CC%80A7a\\_Arbitral\\_Parcial\\_0.pdf](https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%80A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf) Acesso em 09 jan. 2024.

Tendo deixado de obter o principal provimento desejado (por ter o árbitro nomeado acolhido preliminar de violação à coisa julgada), aos 26 de julho de 2019, Sagua apresentou sua solicitação de arbitragem reiterando e robustecendo os já conhecidos pleitos e argumentos.

Em suas manifestações no curso do procedimento arbitral, os Requeridos alegaram, entre outros, a inarbitrabilidade objetiva das decretações de intervenção e caducidade. Sob o fundamento de caracterização de “*direito indisponível da administração*” e necessária observância à supremacia do interesse público e legalidade, requereram ao Tribunal Arbitral que “*se abstenha de analisar a validade ou legalidade da decretação de caducidade e de intervenção*”.<sup>13</sup>

Em sentença parcial densamente fundamentada,<sup>14</sup> o Tribunal Arbitral resumidamente assim decidiu a disputa sobre a arbitrabilidade objetiva:

265. Diante do exposto, entende o Tribunal Arbitral que, para os fins do Art. 1º, §1º, da Lei de Arbitragem, direitos patrimoniais disponíveis são aqueles que, em regra, decorram de contratos ajustados pela Administração (i.e., direitos contratualizáveis) de acordo com a legislação de regência. Tais direitos (e deveres respectivos) podem ser submetidos à arbitragem.

[...]

267. Por meio da Cláusula 49.3, as Partes convencionaram que todas as matérias reguladas pelo Contrato – com exceção das indicadas na Cláusula 49.4 – e controvérsias dele oriundas seriam submetidas à arbitragem.

268. Logo, no âmbito da sua própria autonomia negocial e, como se verá mais adiante, em rigorosa obediência à legislação de regência, as próprias Partes disponibilizaram todos os direitos e deveres objeto da Concessão, com exceção dos expressamente indicados na Cláusula 49.4 do Contrato. Assim – ocioso dizer – as Partes pactuaram a arbitrabilidade de todos os direitos contratuais (salvo os expressamente excluídos do âmbito da cláusula arbitral).

[...]

271. Por outro lado, tanto a Intervenção na Concessão pelo Poder Concedente, como a decretação de sua Caducidade, acham-se disciplinadas no Contrato de PPP, em particular no tocante aos seus motivos e

13 Sentença Arbitral Parcial, fl. 71.

14 Tribunal Arbitral: Lauro da Gama e Souza Jr. (Coárbitro), Fernando de Oliveira Marques (Coárbitro); e Selma Maria Ferreira Lemes (Presidente).

procedimento em geral. Enquanto a Cláusula 40 do Contrato de PPP trata da Intervenção do Poder Concedente, a Cláusula 44 regula as situações que ensejam a decretação da Caducidade da Concessão.

272. Entende o Tribunal Arbitral que o Contrato de PPP em disputa foi celebrado em estrita conformidade com a legislação de regência as Leis de PPP (Lei Federal de PPP - Lei nº 11.079 de 2004, o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado de São Paulo – Lei nº 11.688 de 2004, o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas de Guarulhos – Lei 6750 de 2010), a Lei Federal de Concessões - Lei 8.987 de 1995 e a Lei do Estado de São Paulo sobre Concessões – Lei nº 7.835 de 1992. Em nenhum momento, aliás, os Requeridos questionam a legalidade ou a juridicidade do referido Contrato de PPP.

[...]

275. Para o Tribunal Arbitral, não há dúvida de que a fonte direta para a aplicação de sanções ao Concessionário - como a Intervenção e a Caducidade – é o próprio Contrato de PPP. Por meio de suas cláusulas e condições, as Partes manifestaram livremente seu pré-entendimento sobre a natureza disponível de tais matérias, submetendo-as à jurisdição arbitral. Daí porque tais normas, livremente pactuadas pelas Partes à luz do ordenamento em vigor, devem ser rigorosamente observadas.

[...]

280. Assim, o Tribunal Arbitral entende que as Partes ajustaram no Contrato PPP que todas as matérias ali contidas - inclusive os temas da Intervenção e da Caducidade - são disponíveis e, portanto, arbitráveis, exceto as indicadas expressamente na Cláusula 49.4. De outro lado, nenhuma norma legal aplicável à espécie proíbe tal pactuação.

Como se vê, com fundamento na lei e no contrato – e adotando o conceito de direitos contratualizáveis, bem como considerando o contrato como fonte normativa direta das sanções –, o Tribunal Arbitral afastou *in totum* as alegações de inarbitrabilidade objetiva e reconheceu sua jurisdição sobre as controvérsias relacionadas à decretação de intervenção e caducidade pelo Poder Concedente. No mérito, declarou infundados e insubsistentes os fundamentos empregados para decretação da caducidade no âmbito da PPP.

Irresignado, o Município buscou anular a sentença e renovou, perante a 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos, os argumentos

a respeito da inarbitrabilidade objetiva. Na sequência dos eventos, a ação anulatória foi julgada improcedente.

Ao analisar a questão, o d. Juízo registrou entendimento de que “*não se pode afirmar que a sentença arbitral [...] tratou de direitos indisponíveis, tendo em vista que os pontos decididos se relacionam com a execução do contrato e decretação da caducidade*”, e arrematou “[n]o caso em exame discute-se interesse patrimonial da administração relacionado a contrato firmado entre as partes, não sendo o caso de se falar em impossibilidade de arbitragem por se tratar de direito indisponível”.

Sem recurso, a ação anulatória transitou em julgado no ano de 2022.

### 3.3. Águas De Itu V. Município De Itu<sup>15</sup>

No Caso *Águas de Itu*, movido por Águas de Itu Gestão Empresarial S.A – em recuperação judicial, em face de Município Instância Turística Itu, a arbitragem teve origem no Contrato de Concessão nº 146/2007, que, contendo convenção arbitral patológica, foi submetido à ação de execução específica da cláusula compromissória, onde definiu-se que o procedimento arbitral seria processado em conformidade com o Regulamento de Arbitragem da CAMARB.

Em síntese, o conflito instaurado entre as partes remonta ao ano de 2015, e deriva da edição de sucessivos decretos de intervenção nos serviços públicos concedidos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em âmbito municipal, que culminaram na decretação da caducidade do contrato 146/2007, por alegado descumprimento imputável à Concessionária.

Na arbitragem, as pretensões da Águas de Itu estavam centrada na (i) rescisão do contrato por inadimplemento culposo do Município Requerido; (ii) declaração de que não houve descumprimento contratual e/ou irregularidades atribuíveis a si e, por consequência, (iii) o reconhecimento da invalidade do Decreto que declarou a caducidade da concessão; (iv) a reintegração da Águas de Itu na condição de concessionária; e a retomada da prestação dos serviços objeto do contrato, com a concomitante promoção do reequilíbrio econômico-financeiro, ou, em sucessão eventual; (v) a condenação do Município a promover a indenização integral da Requerente, englobando todos os “*investimentos não amortizados e demais efeitos patrimoniais vinculados à extinção da concessão*”,<sup>16</sup> inclusive perdas e danos.

Por seu turno, sustentando prerrogativas da Administração e sob alegação de que os pleitos da Requerente não versariam a respeito de direitos

15 Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/pt-aguas-de-itu-gestao-empresarial-s-a-em-recuperacao-judicial-v-municipio-de-itu-acordao-do-tribunal-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-monday-2nd-october-2023>. Acesso em 14 jan. 2024.

16 Termo de Arbitragem, item 4.1.1.4.

patrimoniais disponíveis, a tese de defesa do Município estava, desde o início do procedimento arbitral, alicerçada na inarbitrabilidade objetiva. Em sede reconvenção, requereu ao Tribunal Arbitral a condenação da Águas de Itu “ao ressarcimento de todos os prejuízos causados ao Requerido por conta na falha da prestação dos serviços objeto da concessão”<sup>17</sup> [SIC].

As alegações relativas à arbitrabilidade foram, em conjunto com outras preliminares suscitadas pelas Partes, apreciadas pelos árbitros em sentença parcial.<sup>18</sup> A partir dos argumentos lançados e dos critérios previstos no art. 1º, §1º da LBA (patrimonialidade + disponibilidade), o Tribunal Arbitral assim enfrentou a questão da suposta ausência de jurisdição “*para decidir acerca da validade das sanções e atos administrativos do Município de Itu*”:<sup>19</sup>

81. [...] a consagração, na esfera do Direito Administrativo, do princípio da indisponibilidade do interesse público acabou introduzindo, para alguns, a falsa ideia de que não haveria disponibilidade dos direitos de que a Administração Pública é titular, o que os tornaria, portanto, “inarbitráveis”.

82. Assim, numa interpretação restritiva, alguns chegam ao ponto de afirmar a impossibilidade de incluir cláusula compromissória em contratos administrativos, porque isso só confrontaria a disponibilidade proibida. Outros entendem que só é admissível a adoção da arbitragem quando a disputa versar sobre interesses públicos secundários (ou derivados), pois, por terem natureza instrumental, existem para que os interesses primários sejam satisfeitos, resolvendo-se em relações patrimoniais e, por isso, tornar-se-iam disponíveis.

83. Tais raciocínios não se coadunam com a lei.

[...]

85. A impossibilidade de a Autoridade Pública renunciar a direitos da Administração

Pública não impede que os litígios administrativos possam ser resolvidos por arbitragem, assim como não impossibilita a realização de acordos ou, simplesmente, o cumprimento espontâneo de suas obrigações contatuais.

17 Termo de Arbitragem, item 4.1.2.17.

18 Tribunal Arbitral: Gustavo Fernandes de Andrade (Coárbitro), Eduardo de Albuquerque Parente (Coárbitro); e Carlos Suplicy de Figueiredo Forbes (Presidente).

19 Sentença Arbitral Parcial, §28.

86. Também não se afirme, como alegado pelo Requerido, que as sanções aplicadas à Requerente não podem ser objeto de arbitragem, porque seriam derivadas do Poder de Polícia.

87. O Poder de Polícia, conforme definição do 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 (...)”. Tal Poder, diferentemente das prerrogativas contratuais da

Administração, está relacionado à soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas em seu território, sendo seu campo de aplicação as atividades e propriedades privadas.

[...]

90. Os poderes exercidos sobre particulares pela Administração Pública advêm diretamente da lei, não havendo qualquer contrato celebrado entre eles. É por esta razão que, naquele caso, se está diante de poderes de polícia, em princípio inarbitráveis, e, neste caso, se está diante de poderes contratuais, perfeitamente arbitráveis.

91. E, em assim sendo, as sanções aplicáveis pela Administração contratante derivam, direta e indissociavelmente, do Contrato administrativo celebrado e, portanto, podem ser objeto de apreciação por um Tribunal Arbitral.

92. Ainda que determinadas sanções contratuais sejam prévia e detalhadamente reguladas em sede legislativa, sua aplicação não deixa de ser uma relação jurídica negocial e o ato que lhe motiva não deixa de ser um evento contratual. A aplicação da

sanção tem como fundamento o contrato, sendo a lei a origem deste fundamento.

[...]

94. Por tudo quanto exposto, entende o Tribunal Arbitral que as Partes ajustaram no Contrato que todas as matérias ali contidas, inclusive os temas de Intervenção e Caducidade, seriam resolvidas por arbitragem, inexistindo vedação legal ou exceção contratual que o impeçam.

Uma vez mais, com fundamento na legislação aplicável e no instrumento contratual, bem como adotando o racional do contrato como fonte normativa direta das sanções, o Tribunal Arbitral afastou integralmente as alegações de inarbitrabilidade objetiva, reconhecendo sua jurisdição para apreciar e julgar todos os pedidos formulados pela Requerente. Inconformado com o resultado, o Requerido recorreu à propositura de ação anulatória.

Embasada na tese de indisponibilidade do direito – sobretudo pela suposta afronta ao exercício do poder de polícia –, a ação anulatória foi julgada improcedente em primeira instância. Replicando as razões consignadas pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Guarulhos ao decidir a anulatória do Caso Sagua, a sentença afastou a pretensão do Município de Itu e manteve íntegra a sentença arbitral parcial.

Em surpreendente reviravolta (e sem sequer analisar a amplitude da convenção arbitral), o TJSP afastou a competência do Tribunal Arbitral para dispor diretamente sobre o mérito da aplicação das penalidades – “*porquanto matéria circumsrita ao juízo de formação do ato administrativo*”. Assim, sustentando que “*a decisão violou os limites estabelecidos pela arbitrabilidade objetiva na hipótese, nos termos dos arts. 1º, §1º da Lei de Arbitragem e 151 da Lei 14.133/21*”, invocou o art. 32, IV da LBA (“*proferida fora dos limites da convenção de arbitragem*”), para dar parcial provimento ao recurso. É o acórdão da 7ª Câmara de Direito Público:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. Ação anulatória de sentença arbitral parcial que afirmou a competência para dispor sobre a inexecução parcial de contrato de concessão, e subsequentes sanções. Admissibilidade, em parte. A jurisdição arbitral relativa à aplicação de sanções é limitada ao exame de seus reflexos patrimoniais, porquanto irradiadas do exercício do poder de polícia, constituindo prerrogativa indelegável do poder público. Inteligência do art. 151, p.u., da Lei 14.133/21. Hipótese de anulação parcial do pronunciamento, de modo a adequá-lo a tais parâmetros. Recurso provido em parte.

Por expressamente afastar a possibilidade de que seja objeto de arbitragem a aplicação de sanções administrativas para além de seus reflexos patrimoniais, o acórdão em análise destoa de todas as demais decisões referidas no curso deste artigo. A conclusão, a seguir verticalizada, é a de que a harmonização dos entendimentos a respeito da (in)arbitrabilidade perpassa por necessária maturação do tema, exigindo aperfeiçoamento doutrinário e consolidação jurisprudencial.

## CONCLUSÃO

Ao buscar responder o teste de arbitrabilidade objetiva segundo os parâmetros da legislação brasileira (“*direitos patrimoniais disponíveis*”),

as sanções administrativas em contratos de concessão e PPP transitam por zona de incerteza e insegurança. Sem maiores reflexões, questões relacionadas à natureza dos direitos e interesses envolvidos são invocadas a fim de desnaturar a arquitetura jurídico-econômica própria destes ajustes, o que desafia (mas não desautoriza) a concepção de que seriam plenamente arbitráveis os pressupostos da aplicação da sanção administrativa, sua adequação aos princípios regentes e estrita observância à legalidade.

Ainda que por breve amostragem, os casos examinados permitem vislumbrar a compreensão de que o tema ainda enfrenta disparidades doutrinárias e jurisprudenciais. Sem a pretensão de exaurir o assunto e/ou trazer respostas definitivas, este artigo pretende contribuir para o aprofundamento da questão que, certamente, suscitará futuros debates e interessantes reflexões.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, João Pedro, *Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a administração pública*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 65, n° 17, pp. 7-42, abril. 2020. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/17.65/RBA2020060>. Acesso em 12 jan. 2024.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Arbitragem no Direito Administrativo*. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 03, p.19-58, jul./set. 2017.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin.

*Redfern & Hunter on International Arbitration* – 5ª ed. Oxford/New York: Oxford University Press, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996* – 4ª ed. São Paulo, Atlas, 2023.

GRAU, Eros Roberto. *Arbitragem e Contrato Administrativo*. Revista Trimestral de Direito Público n° 32.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; DE OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu; e SANTOS, Michelle Manaia, *Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação*, In ‘Parcerias Público-Privadas’ (Org. Cristina Margarete Wagner Mastrobuono; e Mariângela Sarrubbo Fragata), São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2014.

MISTELIS, Louks A. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. The Hague: Kluwer Law International, 2009.

MONTEIRO DE BARROS, Vera Cecília, *Arbitrabilidade da extinção de contrato de concessão rodoviária por inadimplemento da concessionária Brasil. Sentença arbitral parcial. Procedimento arbitral CCI 23433/G.SS/PFF Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SPE S/A (Requerente) v. Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT e União Federal (Requeridas)*. 10.09.2020, (2021), 18, Revista Brasileira de Arbitragem, Issue 69, pp. 79-111, Disponível em: <https://klawerlawonline.com/journalarticle/Revista+Brasileira+de+Arbitragem/18.69/RBA2021004>. Acesso em 15 jan. 2024.

MOREIRA, Egon Bockmann; Cruz, Elisa. *Regulação e Arbitragem – Caso Petrobras vs. ANP: CC no 139.519-RJ-STJ*. In ‘Dinâmica da Regulação. Estudo de casos da jurisprudência brasileira: a convivência dos tribunais e órgão de controle com agências reguladoras, autoridades de concorrência e livre iniciativa’ – 3ª ed. (Org. Floriano de Azevedo Marques Neto; Egon Bockmann Moreira; e Sérgio Guerra), Belo Horizonte: Fórum, 2023.

TARJA, Alex. *Arbitragem que envolve administração pública avança com processos bilionários*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-jan-29/arbitragem-que-envolve-administracao-publica-avanca-com-processos-bilionarios/>. Acesso em 29 jan. 2024.

WALD, Arnaldo. *A arbitragem e a administração pública*. Evolução. Aspectos legislativo, jurisprudencial e práticos. Revista Comercialista, v. 7, n. 17, 2017.