

PAULA BUTTI CARDOSO

ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Carlos Alberto Carmona

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2023

PAULA BUTTI CARDOSO

ARBITRABILIDADE OBJETIVA EM CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor Carlos Alberto Carmona.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2023**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

FICHA CATALOGRÁFICA

BUTTI CARDOSO, Paula.

Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos / Paula Butti Cardoso; orientador Professor Doutor Carlos Alberto Carmona – São Paulo, 2023.

326 f.

Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Processual Civil. 2. Direito Administrativo. 3. Arbitragem. 4. Contrato Administrativo. 5. Arbitrabilidade Objetiva. 6. Direito Disponível. 7. Consensualidade.

Nome: BUTTI CARDOSO, Paula.

Título: Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos.

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração Direito Processual, sob orientação do Professor Doutor Carlos Alberto Carmona.

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

Julgamento: _____

Prof. Dr. _____

Julgamento: _____

À minha família, pelo constante apoio e torcida incondicional.

Às colegas do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, pelas incessantes discussões, aprendizado e compreensão da importância do projeto e das minhas necessárias ausências.

RESUMO

BUTTI CARDOSO, Paula. Arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos. 2023. 326 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

A Lei nº 9.307, de 1996, a Lei de Arbitragem, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 13.129, de 2015, passou a prever expressamente que a “Administração Pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Ultrapassadas as discussões em torno da arbitrabilidade subjetiva, a arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo a administração pública ganha papel de destaque. Divergências a respeito do que seriam os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública faz com que a questão seja frequentemente levada ao poder judiciário, em atentado a valores informadores da arbitragem, como a segurança jurídica e a celeridade. Daí a necessidade de se buscar solução para a questão, o que pode ser feito a partir do direito administrativo contemporâneo, que valoriza cada vez mais a atuação consensuada em detrimento da atuação unilateral e impositiva da administração pública.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Arbitragem. Arbitrabilidade Objetiva. Contrato Administrativo. Consensualidade.

ABSTRACT

BUTTI CARDOSO, Paula. Arbitrability in administrative contracts. 2023. 326 p. Thesis (Doctorate Degree) – Law School, São Paulo University, São Paulo, 2023.

Law No. 9,307, of 1996, the Brazilian Arbitration Law, amended by Law No. 13,129, of 2015, expressly provides that the direct and indirect public administration may use arbitration to resolve conflicts relating to renounceable patrimonial rights. Discussions relating to arbitrability regarding the parties in arbitration have given place to discussions regarding subject-matter arbitrability relating to disputes involving public administration. Different understandings about the “renounceable patrimonial rights” of the public administration frequently take the discussion to be ruled by judiciary courts, jeopardizing values that inform arbitration, such as legal certainty and celerity. The current scenario demands that a solution to the issue is provided. That can be done based on modern administrative Brazilian law, which increasingly values consensual action rather than unilateral action by public administration.

Keywords: Administrative Law. Arbitration. Arbitrability. Administrative Contract. Consensuality.

RIEPILOGO

BUTTI CARDOSO, Paula. Arbitrabilità oggettiva nei contratti amministrativi. 2023. 326 f. Tesi (Dottorato) – Scuola di Legge, Università di São Paulo, São Paulo, 2023.

La Legge n. 9.307, del 1996, la Legge sull'arbitrato, con la formulazione ad essa attribuita dalla Legge n. 13.129, del 2015, prevede ora espressamente che “la Pubblica Amministrazione diretta e indiretta può ricorrere all'arbitrato per dirimere i conflitti relativi a diritti patrimoniali disponibili”. Superate le discussioni sull'arbitrabilità soggettiva, assume un ruolo preminente l'arbitrabilità oggettiva delle controversie che coinvolgono la pubblica amministrazione. Le divergenze su quelli che sarebbero i “diritti patrimoniali disponibili” della pubblica amministrazione fanno sì che la questione venga spesso portata alla magistratura, in un attacco ai valori che informano l'arbitrato, come la certezza del diritto e la celerità. Di qui la necessità di cercare una soluzione alla questione, che si può ottenere sulla base del diritto amministrativo contemporaneo, che sempre più valorizza l'azione consensuale a scapito dell'azione unilaterale e impositiva della pubblica amministrazione.

Parole chiave: Diritto Amministrativo. Arbitrato. Arbitrabilità Oggettiva. Contratto Amministrativo. Consensualità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRABILIDADE: PASSADO E PRESENTE.....	23
1.1 Da consolidação da arbitragem como método adequado de resolução de controvérsias com a administração pública à problematização da arbitrabilidade objetiva	23
1.1.1 Arbitrabilidade subjetiva: superação das discussões e consolidação da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos com a administração pública	23
1.1.2 Arbitrabilidade objetiva: novos desafios para a arbitragem envolvendo entes públicos	30
1.1.2.1 <i>Os critérios eleitos pelo legislador: uma visão geral sobre a patrimonialidade e a disponibilidade</i>	<i>30</i>
1.1.2.2 <i>Da superação do mito da indisponibilidade do interesse público como limite para a arbitrabilidade à permanência da indefinição dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública.....</i>	<i>35</i>
1.1.2.3 <i>Novos paradigmas: a regra de arbitrabilidade objetiva do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.....</i>	<i>40</i>
1.2 Caminhos percorridos pela doutrina e tentativas frustradas de identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública	43
1.2.1 Inutilidade prática da dicotomia entre interesses públicos primários e secundários para identificação da arbitrabilidade objetiva	43
1.2.2 As normas de ordem pública de indeclinável aplicação pelo julgador e a ausência de impacto na definição da arbitrabilidade objetiva	48
1.2.3 As diferenças entre a transação e a arbitragem e a inutilidade prática do parâmetro dos “direitos transacionáveis” para identificação da arbitrabilidade objetiva	52
1.2.4 O mérito administrativo: da insindicabilidade como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional e da imprestabilidade como parâmetro de arbitrabilidade.....	56

1.3	Problemática atual: necessidade de revisitação dos critérios de arbitrabilidade objetiva fundados no regime jurídico dos contratos administrativos	65
1.3.1	O regime jurídico dos contratos administrativos, a consensualidade administrativa e o impacto na arbitrabilidade objetiva: noções preliminares	65
1.3.2	A dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva e sua incapacidade de garantir uma prestação jurisdicional efetiva	72
1.3.3	O risco do alargamento excessivo da arbitrabilidade com o critério que apresenta como arbitráveis os direitos contratualizáveis	85
2.	REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	95
2.1	As concessões de serviço público como ponto de partida para análise da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos	95
2.2	Aspectos fundamentais da concessão de serviço público: viabilização de colaboração público-privada, delegação da execução do serviço ao parceiro privado e manutenção da titularidade pública do serviço.....	101
2.3	As cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviço público e sua natureza jurídica contratual.....	110
2.4	As “cláusulas exorbitantes” como competências atribuídas pelo legislador para o atingimento de finalidades específicas	117
2.5	Das prerrogativas da administração pública em espécie.....	126
2.5.1	Prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público	128
2.5.2	Prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste	134
2.5.3	Prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço	143
2.5.4	Prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público	148
2.5.5	Prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato	157

2.5.5.1	<i>Tratamento da matéria na Lei nº 14.133, de 2021</i>	158
2.5.5.2	<i>Tratamento da matéria na Lei nº 8.987, de 1995</i>	163
2.5.5.3	<i>A hipótese do inciso II do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a encampação da concessão</i>	164
2.5.5.4	<i>A hipótese do inciso III do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a caducidade da concessão</i>	167
2.5.5.5	<i>As hipóteses dos incisos IV e V do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a rescisão e a anulação do contrato de concessão</i>	172
2.5.5.6	<i>Breves notas sobre as hipóteses de extinção contratual e sobre a prerrogativa de extinção unilateral do contrato</i>	175
2.6	As cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro	178
2.7	Contrato de concessão de serviço público como instrumento cristalizador de escolhas regulatórias (regulação <i>ex ante</i>) e a regulação <i>ex post</i> pelas agências reguladoras	192
2.7.1	Regulação e agências reguladoras	192
2.7.2	O modelo de dupla regulação	198
2.7.3	Regulação por contrato (<i>ex ante</i>) e estabilização de políticas públicas	200
2.7.4	Contratos incompletos e regulação por agência (<i>ex post</i>).....	206
3.	ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	211
3.1	Arbitrabilidade das disputas relacionadas às cláusulas regulamentares e às “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo	211
3.1.1	Posicionamento da doutrina a respeito da inarbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares e “exorbitantes”	213
3.1.2	Arbitrabilidade objetiva sob a perspectiva do direito administrativo consensual contemporâneo	218
3.1.2.1	<i>Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares</i>	218
3.1.2.2	<i>Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às “cláusulas exorbitantes”:</i> <i>necessidade de análise individualizada das prerrogativas da administração pública</i>	224

3.1.3	Direito disponível da administração pública como aquele capaz de melhor realizar um interesse público tangível	233
3.2	Análise individualizada da arbitrabilidade das controvérsias relativas às prerrogativas da administração pública	238
3.2.1	Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público	238
3.2.2	Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.....	244
3.2.3	Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço	249
3.2.4	Inarbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público	252
3.2.5	Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato: necessidade de análise individualizada de cada hipótese de extinção	258
3.2.5.1	<i>Arbitrabilidade das eventuais controvérsias decorrentes da extinção do contrato por advento do termo contratual</i>	<i>260</i>
3.2.5.2	<i>Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por “razões de interesse público”.....</i>	<i>260</i>
3.2.5.3	<i>Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento do contratado.....</i>	<i>263</i>
3.2.5.4	<i>Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por distrato, caso fortuito e força maior.....</i>	<i>267</i>
3.2.5.5	<i>Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento da administração pública</i>	<i>268</i>
3.2.5.6	<i>Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por anulação</i>	<i>268</i>

3.3	Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes das cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato	271
3.4	Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes do exercício da regulação	279
	CONCLUSÃO.....	285
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	315

INTRODUÇÃO

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

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

Se no período anterior à referida alteração legislativa já havia leis esparsas prevendo o uso da arbitragem (por exemplo, a Lei nº 8.987, de 1995, alterada pela Lei nº 11.196, de 2005, e a Lei nº 11.079, de 2004), tal previsão vinha desacompanhada de regras que permitissem a efetiva utilização do instituto pela administração pública. Atualmente, o que se observa é a superveniência de normativos federais, como a Lei nº 13.448, de 2017, o Decreto Federal nº 10.025, de 2019 e, mais recentemente, a Lei nº 14.133, de 2021, que trazem regras mais detalhadas a reger as arbitragens com o poder público e que alteram significativamente o cenário anterior.

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

Ocorre que, a despeito de toda essa evolução, e ultrapassadas as discussões a respeito da arbitrabilidade subjetiva, ou seja, a respeito da possibilidade de a administração pública utilizar a arbitragem para resolução de conflitos, as discussões se voltam agora aos “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública. O critério de arbitrabilidade objetiva estabelecido pelo legislador, não permite identificação imediata dos conflitos envolvendo a administração pública, que podem ser objeto de uma arbitragem. E isso, mesmo considerando o contexto de um contrato. Noções que permeiam o direito administrativo, como as ideias de supremacia e da indisponibilidade do interesse público, somadas a determinadas características

do contrato administrativo, acabam por gerar questionamentos a respeito da eventual limitação do objeto das arbitragens instituídas em decorrência das cláusulas compromissórias neles inseridas.

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

Diante desse cenário, a proposta do presente trabalho é identificar se, e em que medida, a natureza e as características de um contrato administrativo limitam o objeto das arbitragens com a administração pública. Para tanto, o estudo foi dividido em três capítulos, cujo conteúdo será brevemente explanado a seguir.

O **Capítulo 1** é voltado para a análise de como o instituto da arbitragem evoluiu no âmbito da administração pública nas últimas décadas, para que seja possível compreender o histórico das discussões relativas à arbitrabilidade objetiva e aos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública.

Assim, no **item 1.1**, será demonstrado como a arbitragem se consolidou como método adequado de resolução de controvérsias com a administração pública e chegou ao cenário atual, que tem na arbitrabilidade objetiva sua maior pauta de discussão. Será demonstrado como as discussões a respeito da arbitrabilidade subjetiva foram definitivamente superadas. Será apresentado um panorama sobre a arbitrabilidade objetiva e de que maneira ela se apresenta como o mais novo desafio para o desenvolvimento da arbitragem envolvendo entes públicos, em decorrência do critério eleito pelo legislador para defini-la, qual seja, a referência aos “direitos patrimoniais disponíveis”. Será mostrado, também, que a despeito da grande discussão ocorrida no passado, o princípio da indisponibilidade do interesse público não mais é considerado um limite à arbitrabilidade objetiva de conflitos. E serão relatados, ainda, os significativos avanços do arcabouço normativo que regulamenta a arbitragem com entes públicos, que passou a apresentar regras, inclusive, sobre a questão da arbitrabilidade objetiva, central para o presente estudo.

No **item 1.2**, serão analisadas as linhas doutrinárias que tentaram, nos últimos anos, buscar critérios que permitissem identificar os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Será vista a dicotomia entre interesses públicos primários e secundários, formulada para propósitos muito diversos da identificação de matérias arbitráveis e, portanto, a sua inutilidade prática para esta finalidade. Será demonstrado que as normas de ordem pública não geram impacto na definição da arbitrabilidade objetiva, já que a sua incidência não torna a matéria automaticamente inarbitrável, seja no âmbito do direito público, seja no direito privado. Serão evidenciadas as diferenças entre as matérias que podem ser objeto de transação e as matérias que podem ser objeto de arbitragem, estando estas últimas contidas no universo das primeiras e, assim, a inutilidade prática do parâmetro dos “direitos transacionáveis” para identificação das matérias arbitráveis. E, por fim, será analisado o mérito administrativo e sua insindicabilidade como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional, o que não significa dizer que o mérito administrativo constitua um limite à arbitrabilidade objetiva propriamente dita, seja porque nenhum elemento do ato administrativo, por si só, é passível de valoração pecuniária (não sendo enquadráveis no critério da patrimonialidade), seja porque tal critério seria inconveniente de uma perspectiva de efetividade da prestação jurisdicional.

No **item 1.3**, serão analisadas, por sua vez, as duas principais correntes doutrinárias que buscam definir a arbitrabilidade objetiva dos conflitos decorrentes de um contrato administrativo: a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” e o critério que apresenta como arbitráveis as matérias contratualizáveis.

Como o que distingue uma e outra corrente é, na realidade, o que se entende por contrato administrativo, será apresentada uma introdução ao regime jurídico dos contratos administrativos e, também, a respeito da consensualidade no âmbito da administração pública. Na chamada administração pública consensual é valorizada uma atuação mais horizontal, muitas vezes mais efetiva para o atendimento do interesse público no contexto das relações jurídicas contemporâneas. Será demonstrado que, se antes prevalecia entendimento no sentido de que a melhor forma de realizar o interesse público era pela prática de atos unilaterais e impositivos pela administração pública, o que chegou a levar, inclusive, à negação da possibilidade de administração pública firmar contratos, atualmente essa noção muda radicalmente, o que tem impacto direto na discussão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos decorrentes de um contrato administrativo.

E seguida, será demonstrado que a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva, a despeito de sua inegável importância e contribuição para desenvolvimento do tema, merece ser revisitada diante de sua incapacidade de garantir uma prestação jurisdicional efetiva, ainda mais no contexto do direito administrativo contemporâneo, em que o contrato administrativo é desvinculado da atuação unilateral e impositiva da administração pública. Por fim, será analisado o critério que apresenta como arbitráveis as matérias contratualizáveis, ainda que a questão controvertida se relacione a prerrogativa da administração pública. O critério também possui inegável importância para o desenvolvimento do tema, mas peca ao apresentar um risco de alargamento excessivo da arbitrabilidade objetiva, desconsiderando que algumas prerrogativas da administração pública, embora incidam sobre a relação contratual, são externas ao contrato, merecendo tratamento diferenciado de outras prerrogativas que possuem aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais.

Como as discussões a respeito do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública tem como ponto de partida o que se entende por contrato administrativo, a despeito da introdução ao tema apresentada no Capítulo 1, o **Capítulo 2** será dedicado integralmente à análise do regime jurídico do contrato administrativo.

No **item 2.1** serão explicados os motivos pelos quais optou-se por desenvolver o presente trabalho a partir dos contratos de concessão de serviço público, que apresentam todas as características e elementos que ensejam as discussões a respeito da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos: as cláusulas regulamentares, a incidência de prerrogativas da administração pública, a incompletude, a mutabilidade, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro e a inserção no contexto de setores regulados. No **item 2.2**, serão apresentados os aspectos fundamentais do contrato de concessão de serviço público, contrato que busca viabilizar colaboração público-privada por meio da delegação da execução do serviço ao parceiro privado, mantendo a titularidade pública do serviço e, conseqüentemente, a responsabilidade do concedente pela sua prestação adequada.

No **item 2.3** será apresentada análise a respeito das cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviço público e as razões pelas quais é inadequado negar a sua natureza jurídica contratual. No **item 2.4**, será a vez de analisar as prerrogativas da administração pública, também chamadas de “cláusulas exorbitantes”, competências irrenunciáveis atribuídas pelo legislador para o atingimento de finalidades específicas. Cada

uma das prerrogativas da administração pública previstas na Lei nº 8.987, de 1995, e na Lei nº 14.133, de 2021, será analisada no **item 2.5**, análise esta que se faz relevante uma vez que, para fins de definição de arbitrabilidade objetiva, é necessário levar em consideração características específicas de cada uma delas. No **item 2.6** será apresentada análise sobre as cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e sobre o direito do concessionário à manutenção do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por fim, no **item 2.7**, será demonstrado como o contrato de concessão de serviço público constitui um instrumento de estabilização de escolhas regulatórias e como a atividade de regulação exercida pelas agências reguladoras pode impactar na execução contratual.

Todo o conteúdo desenvolvido nos Capítulos 1 e 2 servirá de fundamento para as conclusões a que se chega no **Capítulo 3**, em que se apresenta, finalmente, uma análise a respeito da arbitrabilidade objetiva nos contratos administrativos.

Assim, no **item 3.1** será analisada a arbitrabilidade das disputas relacionadas às cláusulas regulamentares e às “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo. Será apresentado o posicionamento da doutrina, atualmente majoritária, que declara a inarbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares e “exorbitantes” dos contratos administrativos, já que consistiriam em atos de autoridade ou “atos de império” praticados pela administração pública. Nessa linha, os conflitos delas decorrentes não se enquadrariam como direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, sendo, portanto, inarbitráveis. Será demonstrado, não obstante, que as cláusulas regulamentares e “exorbitantes” do contrato administrativo merecem ser analisadas à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário.

O contrato, como instrumento adequado no contexto do direito público contemporâneo para a efetivação do interesse público, é estabilizador de decisões e escolhas regulatórias, conferindo maior segurança às relações público-privadas e efetividade na persecução do interesse público. Na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras. Nessa linha, as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, que demandam, logicamente, o consentimento do concessionário para produzirem seus efeitos, possuem natureza contratual, e as controvérsias relacionadas ao seu inadimplemento por quaisquer das partes são arbitráveis. Além disso, no que se refere às prerrogativas da administração pública, ainda que se apresentem como competências irrenunciáveis, será possível, no caso concreto, que a administração pública

estabeleça a forma ou limites para o seu exercício e assumir, junto ao contratado, determinadas obrigações. Assim o fazendo, discussões a respeito do adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais relacionadas ao exercício dessas prerrogativas, conforme estabelecido em contrato, serão também arbitráveis.

Será ressaltado, não obstante, que essa conclusão não se aplica a todas as prerrogativas da administração pública indistintamente. Será demonstrado que são inarbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas que se voltam a questões externas ao contrato, ou seja, questões de interesse público, interesse este que é mutável. Em outras palavras, a despeito de a administração pública estar autorizada a dispor de direitos e assumir obrigações em prol da consecução do interesse público, isso sempre se dará em concreto, diante de um interesse público tangível, já revelado perante as partes, havendo, nesses casos, disponibilidade. Mas o mesmo não ocorrerá diante de prerrogativas da administração pública destinadas à consecução de um interesse público futuro e intangível.

No **item 3.2** será analisada individualmente a arbitrabilidade dos conflitos relacionados a cada uma das prerrogativas da administração pública estabelecidas pelo legislador.

No que se refere à prerrogativa de fiscalização, será demonstrado que muito embora a administração pública não possa renunciar, em abstrato, ao exercício da competência estabelecida com a finalidade de assegurar a prestação do serviço público adequado, deverá, conforme determinado pelo legislador, estabelecer em contrato as regras para o exercício dessa fiscalização. Nessa linha, estará dentro da jurisdição dos árbitros a verificação do adimplemento das obrigações contratuais assumidas referentes ao exercício da fiscalização e também referendar ou rechaçar a conclusão do concedente a respeito do inadimplemento contratual.

Será demonstrado que há um consenso a respeito da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas a aplicação das multas contratuais; e controvérsia a respeito da arbitrabilidade das controvérsias decorrentes de outras figuras sancionatórias, que teriam “natureza administrativa”. Mas que, não obstante, para fins de arbitrabilidade, o que deve ser verificado é se a sanção foi aplicada em decorrência de inadimplemento contratual, havendo arbitrabilidade dos conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais sempre que motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste.

Será declarada a arbitrabilidade dos conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço, na mesma linha do que ocorre com os conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público, podendo o tribunal arbitral, diante da constatação de que as causas determinantes da medida não existiam, conferir eventual indenização ao concessionário ou determinar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

No que se refere aos conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público, será demonstrada a sua inarbitrabilidade, já que esta prerrogativa é o instrumento conferido pelo legislador à administração pública para operacionalizar a mutabilidade do contrato, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível. Sendo o interesse público inegavelmente mutável, e sendo impossível identificar um interesse público futuro, também será impossível identificar eventuais instrumentos mais adequados para atingi-lo, o que significa que não haverá, nesse caso, disponibilidade. Além disso, a prerrogativa de alteração unilateral se volta questões externas ao contrato, correspondentes a “finalidades de interesse público” que, impactando no contrato, poderão demandar sua modificação, e não a adimplementos e inadimplementos contratuais.

Por fim, será analisada individualmente cada hipótese de extinção do contrato administrativo, de forma a verificar a arbitrabilidade objetiva dos conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato.

Será declarada, por um lado, a inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por “razões de interesse público”, como é o caso da encampação. A inarbitrabilidade, como será visto, decorre do fato de consistir tal prerrogativa em competência conferida à administração pública pelo legislador com o objetivo de viabilizar a alteração da forma de implementar a política pública definida no contrato. Ou seja, é prerrogativa destinada a assegurar o atingimento de um interesse público futuro e intangível e que não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, correspondentes a “razões de interesse público” e, portanto, não serão revestidas de disponibilidade. Por outro lado, será declarada a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por

inadimplemento, seja do contratado, como é o caso da caducidade, seja da administração pública. Isso nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que afirmou a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”.

Também será analisada a arbitrabilidade relacionada a questões decorrentes da extinção do contrato por advento do termo contratual, por distrato, caso fortuito e força maior, que se manifesta, basicamente, no que diz respeito a eventuais efeitos patrimoniais. Por fim, será analisada a arbitrabilidade em um cenário de anulação do contrato administrativo que, por envolver, potencialmente, vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu, e terceiros não signatários da convenção de arbitragem, não será arbitrável, restando eventualmente para os árbitros competência para a resolução de controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato anulado.

No **item 3.3** será analisada a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes das cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público. Será demonstrado que não há controvérsia relevante acerca da arbitrabilidade dos conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, e que também serão arbitráveis as controvérsias sobre os riscos assumidos por cada uma das partes no contrato e as relativas à indenização por bens reversíveis não amortizados. Mas que, por outro lado, discussões a respeito dos meios utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderão ser permeadas por fatores externos ao contrato e pela necessidade de adotar determinada política pública, casos em que não serão arbitráveis.

Por fim, no **item 3.4**, na mesma linha do quanto afirmado a respeito dos conflitos decorrentes do exercício da prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público, será demonstrada a inarbitrabilidade dos conflitos sobre a pertinência das escolhas regulatórias, uma vez que a regulação também é instrumento que operacionaliza a mutabilidade do contrato administrativo, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público mutável, e que se volta a discussões externas ao contrato.

Com essa análise, e voltando à proposta inicial do trabalho, será demonstrado que a natureza e as características de um contrato administrativo não limitam o objeto das arbitragens instituídas em decorrência das cláusulas compromissórias neles inseridas, sendo arbitráveis os conflitos relativos a adimplementos e inadimplementos contratuais, ainda que decorram do

exercício de prerrogativa da administração pública com o objetivo de assegurar a adequada prestação do serviço. À luz do direito administrativo contemporâneo, é possível a utilização da arbitragem de forma segura pelas partes, em atendimento ao princípio da eficiência.

1. ARBITRAGEM, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ARBITRABILIDADE: PASSADO E PRESENTE

1.1 Da consolidação da arbitragem como método adequado de resolução de controvérsias com a administração pública à problematização da arbitrabilidade objetiva

1.1.1 *Arbitrabilidade subjetiva: superação das discussões e consolidação da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos com a administração pública*

A arbitragem é atualmente regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996. Muito já foi escrito sobre o instituto desde então, que se consolidou como meio de resolução de conflitos alternativo ao poder judiciário e adequado para a resolução de determinadas controvérsias, normalmente complexas e de conteúdo técnico, não apenas jurídico. Conforme Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 43), o instituto ganhou relevância no Brasil por permitir às partes a escolha de árbitros especializados nas matérias objetos dos litígios e por assegurar uma solução de mérito mais célere. Não é difícil encontrar informações em sites especializados que noticiam crescimento exponencial do número de procedimentos administrados pelas principais câmaras de arbitragem do país nas últimas décadas¹.

A Lei nº 9.307, de 1996, em seu art. 1º, declara que as pessoas capazes de contratar podem, livremente, optar pela arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Trata-se do conceito de arbitrabilidade subjetiva ou *ratione personae*, que diz respeito à aptidão de um sujeito de direito se submeter à arbitragem. Para Lemes (2007, p. 119), a arbitrabilidade subjetiva refere-se “aos aspectos da capacidade para poder submeter-se à arbitragem” e “a todas as pessoas capazes na acepção civil, pessoas no gozo de seus direitos e obrigações, sejam físicas ou jurídicas, de Direito Privado ou Público”. Para Carmona (2009, p. 37), “condição *sine qua non* para a utilização da arbitragem é a capacidade dos contratantes, sem o que não pode ser firmada convenção de arbitragem”.

¹ Em notícia de 4.10.2022, foi informado que, de acordo com pesquisa liderada pela Professora Selma Ferreira Lemes, o número de novos casos de arbitragem aumentou 600% em uma década. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/seguranca-juridica-investimento/numero-de-novos-casos-de-arbitragem-em-camaras-aumenta-600-em-uma-decada-04102022>>. Acesso em: 12 jan. 2023. Outros dados da pesquisa “Arbitragem em Números” também foram divulgados na internet: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2022/10/78B3FD4545063E_pesquisa-arbitragem.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2023.

Desde 2015, em decorrência de alteração efetivada pela Lei nº 13.129, o art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, passou expressamente a prever que também a “administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º). A superveniência da Lei nº 13.129, de 2015, e, conseqüentemente, a inserção na Lei nº 9.307, de 1996, de autorização expressa e geral para que a administração pública utilize a arbitragem para a resolução de conflitos (art. 1º, §1º), conforme mencionado acima, colocou fim a discussões que giravam em torno da possibilidade ou não de a administração pública se utilizar desse meio de resolução de controvérsias². Mas nem sempre foi assim.

Como se sabe, a Lei nº 9.307, de 1996, em seu art. 18, dispõe que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário”. Não há atualmente muitas discussões a respeito do exercício de função efetivamente jurisdicional pelos árbitros. Carmona (2009, p. 269) ensina, sobre a redação do art. 18 da Lei nº 9.307, de 1996, que “que o intuito da Lei foi o de ressaltar que a atividade do árbitro é idêntica à do juiz togado, conhecendo o fato e aplicando o direito”. Dinamarco (2013, p. 41), registrando alteração de seu próprio entendimento, declara que eliminada a necessidade de homologação e “sendo a sentença arbitral eficaz por si própria, ela é, tanto quanto a do juiz, um ato de pacificação social e, portanto, jurisdicional”³. Para Alvim (2016, p. 142), a atividade do árbitro “pode, atualmente, inserir-se no próprio conceito de jurisdição, como espécie privada deste gênero”⁴.

² Conforme Pereira (2018, p. 238): “Se em algum momento houve dúvida acerca da legalidade do emprego da arbitragem nesses casos, a reforma legislativa de 2015 eliminou-a por completo”. Também para Batista (2017, p. 154), “à luz do estágio atual do direito brasileiro, a arbitrabilidade subjetiva do conflito acha-se fora de questão. Embora tenha havido no passado relevantes discussões sobre a possibilidade de se prever a arbitragem como método para resolução de litígios derivados de contratos envolvendo entes da Administração Pública, hoje, aparentemente, esse debate se mostra ultrapassado”.

³ Para Dinamarco (2017, p. 194): “Tradicionalmente o tema da tutela jurisdicional é tratado pela doutrina com foco na jurisdição estatal, omitindo-se quanto à arbitral, porque é muito recente a percepção de que também o árbitro exerce a jurisdição, e não somente o juiz estatal. Costuma-se afirmar que o exercício da jurisdição consistiria um monopólio do Estado. Mas hoje, em que prepondera a tese da natureza jurisdicional da arbitragem, esse monopólio fica afastado e em grande parte o que se diz sobre a jurisdição estatal é, *mutatis mutandis*, pertinente também à arbitral.”

⁴ Também a jurisprudência dos tribunais superiores reconhece a natureza jurisdicional da arbitragem. O Superior Tribunal de Justiça já declarou diversas vezes a natureza jurisdicional da arbitragem, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de conflito de competência entre tribunais estatais e tribunais arbitrais ou, ainda, entre tribunais arbitrais. A título de exemplo, no CC n. 185.702/DF, o relator Ministro Marco Aurélio Bellizze (Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 30/6/2022) declarou: “(...) Estabelecida a natureza jurisdicional da arbitragem, tem-se que a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, a partir do *leading case* - CC 111.230/DF - passou a reconhecer que o Tribunal arbitral se insere, indiscutivelmente, na expressão ‘quaisquer tribunais’, constante no

Além disso, de acordo com o art. 3º da Lei nº 9.307, de 1996, as partes “podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem”. Nesse sentido, ensina Dinamarco (2013, p. 48) que “não interfere no reconhecimento de que o árbitro exerce poder o fato de esse poder ter origem em um acordo de vontades celebrado entre as partes”, ou seja, de um acordo que “constitui livre exercício da autonomia da vontade, que por sua vez é filha da liberdade negocial emergente da ampla garantia constitucional da liberdade”. No mesmo sentido, ensina Cahali (2020, p. 135) que a “origem da arbitragem é contratual, pois as partes, no exercício da autonomia da vontade, resolvem subtrair do Judiciário a solução do conflito de interesses, entregando a tarefa ao particular”, de forma que na arbitragem “a jurisdição está disponível apenas àqueles que de comum acordo assim deliberam”.

Fato é que, para alguns, causava certa perplexidade a possibilidade de a administração pública, por meio de um contrato, afastar a resolução de conflitos pela jurisdição estatal, entregando-a a uma jurisdição privada. À primeira vista, opção nesse sentido conflitaria com princípios clássicos do direito administrativo, como a indisponibilidade do interesse público e a supremacia do interesse público sobre o interesse privado. O Tribunal de Contas da União chegou a declarar que haveria “temeridade” e um “inaceitável descumprimento com o interesse público” caso a administração pública entregasse “a terceiro o poder de, por meio de arbitramento, dizer o quanto do patrimônio público deve ser destacado em favor do particular com o qual tenha pendências”, de forma que a opção pela arbitragem pela administração pública constituiria “uma temerária transferência de direitos, immanentemente indisponíveis, ao árbitro escolhido”, sendo “inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público”⁵.

art. 105, I, d, da Constituição Federal. Segundo a compreensão adotada pela Segunda Seção, a redação constitucional não pressupõe que o conflito de competência perante o STJ dê-se apenas entre órgãos judicantes pertencentes necessariamente ao Poder Judiciário, podendo ser integrado também por Tribunal arbitral.” Ainda, no CC n. 184.495/SP, o relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, (Segunda Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 1/7/2022) declarou: “(...) A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que é possível, diante da conclusão de que a atividade arbitral tem natureza jurisdicional, que exista conflito de competência entre Juízo arbitral e órgão do Poder Judiciário, cabendo ao Superior Tribunal de Justiça seu julgamento.”

⁵ Vide caso “Chesf” (TCU, Proc. nº 008.217/93-9, Decisão 286, Rel. Min. Homero Santo, j. 15.7.1993). No mesmo sentido, no caso “DNIT” (TCU, Proc. nº 004.031/2003-0, Rel. Min. Adylson Motta, j. 28.5.2003), foi declarado que a inclusão de cláusulas no edital que estipulam a arbitragem para a solução de conflitos “é incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro” e que o “interesse tutelado na relação jurídica que será estabelecida pelo contrato é inquestionavelmente de natureza pública, sendo, portanto, indisponível”. Ainda, no caso “CBEE” (TCU, Proc. nº TC-005.250/2002-2, Acórdão 537, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 14.3.2006), foi declarada a “ausência de amparo legal para a adoção de juízo arbitral nos contratos administrativos”.

À luz dessa discussão a doutrina dividia-se, então, entre aqueles que entendiam que era necessária a autorização legal específica para a celebração de convenção de arbitragem pela administração pública e, de outro, aqueles que entendiam que era desnecessária previsão legal específica, sendo suficiente a autorização para as pessoas “capazes de contratar”, já prevista no art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, em sua redação original.

Defendendo a primeira corrente, ou seja, a necessidade de autorização legal específica para a celebração de convenção de arbitragem pela administração pública, Salles (2011, p. 237), afirma que “o espaço de liberdade da atuação administrativa é circunscrito à lei, na forma da discricionariedade” e diferentemente do que ocorre em relação aos particulares, “esse espaço de liberdade não se estende àquela zona de possibilidades decorrente da falta de regulamentação pelo ordenamento jurídico”. Assim, o autor declara ser necessário, para a administração pública, “a existência de um comando legal específico, consistente em um permissivo para a prática de determinada modalidade de ato ou atividade” e que esse permissivo legal se apresenta “como um pressuposto de arbitrabilidade, que deve ser atendido a bem da validade da convenção arbitral e da respectiva sentença”⁶.

Lemes (2007, p. 84), por sua vez, defende a segunda corrente, declarando que “a existência de lei específica dispondo sobre a eleição da arbitragem em contratos administrativos não é necessária, pois a ela se aplica a Lei nº 9.307, de 1996, estatuto arbitral brasileiro que não distingue entre pessoas jurídicas, as de direito público ou as de direito privado”. Para a autora, a arbitragem é instituto regulado na legislação civil e processual civil, de forma que quando a legislação administrativa, escorada no princípio constitucional da legalidade, determina que a administração pública está vinculada à lei, isso significa que para utilizar a arbitragem, tão

⁶ No mesmo sentido, Sica (2016): “Parece razoável o entendimento de que os direitos patrimoniais da Fazenda Pública são disponíveis nos limites traçados pelo ordenamento jurídico, baseado na mais simples ideia de princípio da legalidade. Ou seja, é necessária norma jurídica expressa para definir de quais direitos da Fazenda os agentes públicos que a representam podem dispor, e os limites e condições para que o assim façam, sem que com isso se considere ferida a indisponibilidade do interesse público. (...) Nesse passo, pode-se afirmar que a arbitragem sempre foi cabível para solucionar conflitos envolvendo a Fazenda Pública sempre que a lei assim o autorizar.” Também para Bandeira de Mello (2021, p. 907): “(...) interesses começaram a ser edificados para sustentar que a arbitragem seria aplicável à solução de controvérsias nascidas no âmbito de relações jurídicas de cunho patrimonial travadas com o Poder Público, a despeito da inexistência de previsão legal autorizativa. O móvel desse pensamento procurava solapar a ideia longamente consolidada afirmativa da impossibilidade de o Poder Público se submeter à arbitragem sem expressa previsão legal (...). Mas, para alguns, as bibliotecas estão aí para serem derrubadas. É certo que este debate restou superado com o advento da Lei 13.125/2015”.

somente é preciso “perquirir sua existência no ordenamento jurídico e, encontrando-a, nela se escorar”⁷.

Conforme já comentado, essa discussão foi ultrapassada com o advento da Lei nº 13.129, de 2015, que inseriu, na Lei nº 9.307, de 1996, o §1º do art. 1º. O que importa registrar é que, antes do advento da norma autorizando expressamente, e de maneira geral, a utilização da arbitragem pela administração pública, havia insegurança no uso do instituto, principalmente diante do posicionamento do Tribunal de Contas da União. Portanto, a autorização legislativa expressa para a que administração pública opte pela arbitragem, sem dúvida alguma impulsionou o uso do instituto para resolução de conflitos relacionados às contratações públicas⁸. Atualmente, ressalvada doutrina minoritária⁹, a possibilidade de a administração

⁷ No mesmo sentido, Amaral (2012, p. 60): “A exigência de expressa autorização legal não constitui verdadeiro óbice à inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos”. Para Pinto (2004, p. 15) “inexiste qualquer princípio geral que, per se, impeça o Estado e suas empresas de participar de procedimentos arbitrais. Superado este obstáculo, entendemos, entretanto, que, por força do princípio da legalidade, a arbitrabilidade subjetiva esteja a depender de autorização legal. Finalmente, entendemos que essa autorização geral existe e está presente no texto do art. 1º da Lei de Arbitragem”. Também para Sundfeld e Câmara (2013, p. 258): “Na Lei de Arbitragem não há referência expressa aos entes estatais, como também não há em relação a qualquer outra espécie de pessoa. Lei foi dirigida a todas as pessoas, genericamente. (...) A única exigência feita foi a de que a pessoa seja capaz de contratar. (...) Como não se discute a capacidade de contratação das entidades estatais, não há como negar que tais figuras estão incluídas entre as pessoas aptas a fazer uso do procedimento arbitral.” Possuem a mesma opinião, ainda, Grotti (2017, p. 91) e Megna (2019, p. 116).

⁸ Bittar Neves (2021, p. 133) relata, nesse sentido, que as estatísticas revelam que esses movimentos legislativos surtiram bons resultados: “Em se tratando de Minas Gerais, onde ocorreram as primeiras arbitragens envolvendo contratos de parceria público-privadas, verifica-se um constante crescimento do número de procedimentos arbitrais com a participação da Administração Pública (direta e indireta), segundo informações prestadas pela CAMARB (Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, com sede na capital mineira), que teve um aumento de aproximadamente 20% desses casos”. Ainda, é interessante notar, considerando os procedimentos arbitrais envolvendo a União (administração direta) que todos são supervenientes à alteração promovida pela Lei nº 13.129, de 2015, com exceção do “Caso Proteus”, de 2003, que permaneceu suspenso por aproximadamente 15 anos em decorrência de decisão judicial, exatamente em virtude da existência de discussão a respeito da vinculação da administração pública à convenção de arbitragem à luz da legislação vigente à época. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/eadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1>>. Acesso em: 8 abr. 2023.

⁹ Martins, (2010, p. 102): “todas as leis que autorizam a realização de arbitragem pela Administração Pública são, em decorrência da supremacia do interesse público sobre o privado, inconstitucionais”. Arruda Jr. (2012): “Por esse ângulo, o administrador público que concede a um particular – o árbitro – o poder de dirimir uma controvérsia concernente ao Estado nada mais faz que renunciar à legalidade. Entrega a coisa pública a uma ordem normativa paralela, forjada consoante a visão de quem não tem interesse nenhum em resguardar o ordenamento jurídico estatal, tampouco competência constitucional para isso. Pelas mãos desse administrador, a lei é feita objeto de negociação e, então, trocada por aquilo que o árbitro quer que ela seja – isto é, por um simulacro, uma imitação rebaixada, uma perversão da vontade popular, a qual se vê assim, e mais uma vez, degradada e terceirizada com o apoio de doutrinas jurídicas de fácil assimilação, mas de indistigável espírito antidemocrático”. Note-se que o posicionamento desses autores é anterior a 2015, quando a Lei nº 9.307, de 1996 foi alterada para passar a autorizar expressamente o uso da arbitragem pela administração pública.

pública, direta e indireta, firmar convenções de arbitragem não mais é questionada, havendo inclusive diversas obras relevantes destinadas especificamente ao assunto¹⁰.

A experiência demonstra que, de fato, a arbitragem é um meio adequado de resolução de determinados conflitos e que, desde que haja uma estrutura adequada, os entes públicos podem atuar em processos arbitrais defendendo, com eficiência, o interesse público, o que justifica a multiplicação de equipes especializadas no âmbito de advocacias públicas. Na esfera pública federal, por exemplo, a Portaria AGU nº 320, de 2019, instituiu o Núcleo Especializado em Arbitragem, “unidade responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos e de contencioso arbitral em que a União seja parte ou interessada” (art. 1º)¹¹. No âmbito da administração federal indireta, a Portaria Normativa nº 15/PGF/AGU, de 2022, instituiu a Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria Geral Federal¹². Já no âmbito estadual, importante ressaltar a existência da Assistência de Arbitragens da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo¹³ e o Núcleo de Arbitragem da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro¹⁴.

¹⁰ Destaca-se as seguintes obras: Lemes, 2007; Salles, 2011; Marolla, 2016; Schmidt, 2018; Megna, 2019.

¹¹ Referida norma foi substituída pela Portaria Normativa AGU nº 75, de 2022, que “dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, estabelece critérios e procedimentos para a intervenção da União em processos arbitrais, define os requisitos para a escolha de árbitros pela união em processos arbitrais de que seja parte, e disciplina o credenciamento de câmaras arbitrais na Advocacia-Geral da União”. Disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/Atos-Normativos>>. Acesso em: 11 jan. 2023. Desde 2019, quando foi criado do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União (NEA/AGU), a União obteve quatro relevantes vitórias em processos arbitrais: duas definitivas, no “Caso Libra” e no “Caso Proteus”; e duas por meio de sentença parcial, no “Caso Galvão” e no “Caso Viracopos” (no qual apresentou informações relevantes para o julgamento da demanda na condição de interveniente anômala). Informações sobre os processos arbitrais envolvendo a União podem ser obtidas em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1>>. Acesso em: 13 mar. 2023.

¹² Cabe à Equipe Nacional Especializada em Arbitragem da Procuradoria Geral Federal (ENARB/PGF/AGU) “exercer formalmente a representação das autarquias e fundações públicas federais nos procedimentos de arbitragem instalados, praticando os atos processuais pertinentes” (art. 3º, §1º). Disponível em: <<https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/servlet/INPDFViewer?jornal=515&pagina=7&data=18/03/2022&captchaeld=firstAccess>>. Acesso em: 11 jan. 2023.

¹³ Lei complementar estadual nº 1.270 de 25 de agosto de 2015, artigo 23 IV. Conforme comentário de Mastrobuono e Megna (2021, p. 105): “Em 2015, nova legislação disciplinando a organização da Procuradoria-Geral do Estado criou uma “Assistência de Arbitragens”, definindo atribuições que dão amparo a uma atuação eficiente e coordenada no âmbito do Estado, aspectos imprescindíveis à boa defesa dos interesses do estado em procedimentos arbitrais. A criação desse setor específico levou ao desenvolvimento do conhecimento aplicado a essa nova forma de solução de disputas, que veio introduzida nos contratos, mais pela demanda imposta pelos investidores interessados em participar dos processos de licitação (geralmente, para adjudicação de grandes projetos como a construção de obras, a aquisição de serviços e equipamentos), do que propositalmente como uma opção do ente público”.

¹⁴ Resolução PGE nº 4595, de 2020. Disponível em: <<https://pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTM3NzI%2C>>. Acesso em: 14 mar. 2023.

Portanto, ultrapassadas as discussões que giravam em torno da arbitrabilidade subjetiva na arbitragem com a administração pública, houve espaço para novas discussões e significativos avanços no que se refere ao arcabouço normativo que regulamenta a arbitragem com entes públicos. Os normativos anteriores à Lei nº 13.129, de 2015 (a despeito de sua importância, pois trataram do uso da arbitragem em setores estratégicos para a administração pública), possuíam conteúdo modesto¹⁵. Já os normativos supervenientes à Lei nº 13.129, de 2015, mais notadamente a Lei nº 13.448, de 2017¹⁶, o Decreto Federal nº 10.025, de 2019¹⁷ e a Lei nº 14.133, de 2021¹⁸ são mais detalhados, estabelecendo regras que visam pautar a atuação

¹⁵ Assim, por exemplo, a Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, dispõe em seu artigo 23-A, tão somente, que “o contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996”. A Lei nº 11.079, de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, seguiu o mesmo molde, prevendo em seu art. 11: “O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever: (...) III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato”. No âmbito estadual, não se pode deixar de citar que, antes da alteração da Lei nº 9.307, de 1996, em 2015, a Lei nº 19.477, de 2011, a “Lei Mineira de Arbitragem”, “foi cuidadosamente pensada para externalizar de modo inequívoco a declaração de vontade do Estado mineiro, bem como os órgãos e as autarquias contratantes, em se submeter a arbitragem, mediante a pactuação de convenção de arbitragem (...) oferecendo as diretrizes que devem ser observadas para conferir validade a tal escolha nas contratações entre a Administração Pública e os particulares” (BITTAR NEVES, 2021, p. 125). Não obstante, a referida lei estadual apresenta apenas aspectos mais gerais de regulamentação, não entrando em detalhes como fizeram os normativos federais posteriores a 2015, como será analisado adiante. A exemplo da Lei nº 19.477, de 2011, de Minas Gerais, outras foram editadas com conteúdo semelhante como a Lei nº 15.627, de 2015, de Pernambuco, a Lei nº 4.007, de 2017, de Rondônia, e a Lei nº 10.885, de 2018, do Espírito Santo.

¹⁶ A Lei nº 13.448, de 2017, apresenta diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

¹⁷ Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do caput do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Apesar de ser específico para litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, acaba sendo uma importante referência para a atuação do poder público federal em arbitragens em geral. O Decreto nº 10.025, de 2019, revogou o Decreto nº 8.465, de 2015, que regulamentava o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, para dispor sobre os critérios de arbitragem para dirimir litígios no âmbito do setor portuário. Necessário destacar ainda o Decreto Estadual nº 55.996, de 2021, do Rio Grande do Sul, o Decreto Estadual nº 9.929, de 2021, de Goiás e o Decreto Estadual nº 2.241, de 2022, de Santa Catarina, que se assemelham, em termos de conteúdo, ao Decreto Federal nº 10.025, de 2019.

¹⁸ Lei de licitações e contratos administrativos, que revoga a Lei nº 8.666, de 1993, a Lei nº 10.520, de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011.

da administração pública nos procedimentos arbitrais¹⁹. Dentre essas regras, se destaca questão central para o presente estudo: a questão da arbitrabilidade objetiva, que será analisada no próximo tópico.

1.1.2 Arbitrabilidade objetiva: novos desafios para a arbitragem envolvendo entes públicos

1.1.2.1 Os critérios eleitos pelo legislador: uma visão geral sobre a patrimonialidade e a disponibilidade

Conforme registra Pereira (2018, p. 239), aferir a arbitrabilidade objetiva consiste em saber se a matéria objeto do litígio pode ser resolvida por arbitragem, e o critério fundamental é o que está previsto na fórmula contida na segunda parte do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, e no seu §1º: as partes podem submeter a arbitragem conflitos relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”²⁰. Assim, o legislador brasileiro optou por se valer de um conceito jurídico indeterminado para determinação dos conflitos que podem ser submetidos, pelas partes, à arbitragem, sejam elas partes privadas, seja ela a administração pública, direta ou indireta, cumulando o critério da disponibilidade com o da patrimonialidade para definição da arbitrabilidade objetiva.

Note-se que a arbitrabilidade objetiva não se confunde com o escopo da convenção de arbitragem. Para Marolla (2016, p. 195), como a arbitragem assenta-se na premissa da autonomia da vontade e da liberdade contratual, e uma vez que a lei permite que qualquer direito

¹⁹ Para maiores detalhes acerca das novidades implementadas pelos normativos federais, ver artigo de Butti Cardoso e Albuquerque (2021, p. 71), no qual afirma-se que “a despeito do incremento da legislação, não há um engessamento da atuação da administração pública em processos arbitrais imposto pelo legislador. Ao contrário, as normas acabam por trazer mais segurança para a utilização do instituto”. Sobre a importância da regulamentação, Mastrobuono e Megna (2021, p. 106) declaram, ao tecer comentários sobre o Decreto Estadual nº 64.356, de 2019 de São Paulo, que vários temas “necessitavam ser abordados com o intuito de nortear a atuação do gestor público, dando elementos para uma escolha segura e consciente sobre os termos a serem utilizados na cláusula arbitral do contrato”. No mesmo sentido o entendimento de Dias e Andrade (2021, p. 139), ao apresentar comentários sobre o Decreto Estadual nº 46.245, de 2018, do Rio de Janeiro: “(...) já era patente, quando da edição do Decreto, que, com as inovações promovidas pela Lei Federal nº 13.129, de 26 de maio de 2015 (“Reforma da Lei de Arbitragem”), o incentivo à arbitragem público-privada trazido pelo legislador federal reclamava, dos entes federativos, medidas regulamentares para se promover a segurança jurídica.”

²⁰ Também para Lemes (2003) “a arbitrabilidade objetiva refere-se ao objeto da matéria a ser submetida à arbitragem, ou seja, somente as questões referentes a direitos patrimoniais disponíveis”. Para Fichtner; Mannheim e Monteiro (2019, p. 367): “a arbitrabilidade subjetiva procura responder à questão sobre “quem” pode se submeter à arbitragem enquanto, por outro lado, arbitrabilidade objetiva possui como fim responder à pergunta sobre “o que” pode ser submetido ao processo arbitral”.

patrimonial disponível seja submetido ao juízo arbitral, “o administrador público pode, no caso da cláusula compromissória, limitar seu conteúdo, escolhendo, entre os direitos patrimoniais disponíveis, aqueles que serão submetidos aos árbitros”, evitando “infindáveis discussões que podem surgir durante a execução contratual sobre disponibilidade ou indisponibilidade do direito”.

Conforme Baptista (2017, p. 256) podem as partes, na convenção de arbitragem, delimitar o exato âmbito em que este método poderá ser empregado, ou seja, delimitar o seu escopo, estando os envolvidos autorizados a pactuar o uso do procedimento arbitral apenas para determinados assuntos, deixando o restante para ser solucionado perante a jurisdição estatal. Mas, ainda que a convenção de arbitragem esteja redigida de forma abrangente, estará limitada pelas restrições legais em vigor, de forma que “o âmbito de incidência do procedimento arbitral não é extraído apenas da vontade das partes manifestada na cláusula contratual que o prevê, mas também – e principalmente – da ordem jurídica nacional” que, no caso brasileiro, declara que podem ser submetidos à arbitragem os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública.

Pois bem. Em geral, é considerado patrimonial “o direito passível de conteúdo econômico, de valoração pecuniária, que pode ser monetariamente quantificado” (GROTTI, 2017). Para Caio Mário da Silva Pereira (2012, p. 21-22) “a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação”. O autor explica que, em regra, “a prestação apresenta-se francamente revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento” e “como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente ou por via de consequência”. Nessa linha, ainda que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimação pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído, a lei a admite implícita, tanto que converte em equivalente pecuniário a obrigação a que o devedor culposamente falta, ainda que não tenham as partes cogitado do seu caráter econômico originário²¹.

²¹ Também para Roppo (1988, p. 13), a substância real de qualquer contrato é sempre uma operação econômica, de forma que a transferência de riqueza constitui o substrato necessário do contrato e a patrimonialidade seria elemento ínsito a toda relação contratual. Para o autor: “pode-se dizer que existe operação econômica – e portanto possível matéria de contrato – onde existe circulação da riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de ‘riqueza’ não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as ‘utilidades’ susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam ‘coisas’ em sentido próprio: nestes termos, até a promessa de fazer ou não fazer qualquer coisa em benefício de

Para Aragão (2017a), Talamini (2017) e Godoy (2018, p. 154), a natureza patrimonial de um direito não está apenas na hipótese de o seu conteúdo se traduzir monetariamente; a patrimonialidade também se configuraria pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico. Disso decorreria que, mesmo controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica, poderiam, caso tenham repercussões patrimoniais e desde que enquadráveis no segundo critério, da disponibilidade, ser objeto de arbitragem. Para Megna (2019, p. 160) o critério da patrimonialidade não apresenta dificuldade em sua conceituação, constituindo a expressão monetariamente aferível de uma relação jurídica. Assim, não só obrigações contratuais da administração pública poderiam ser objeto de arbitragem, como também as extracontratuais, especialmente as indenizações²².

No que se refere à disponibilidade, declara Carmona (2009, p. 38) que o direito é disponível “quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência”. Assim, seriam disponíveis “aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. Para Mattos Neto (2005) a disponibilidade significa que o titular do direito pode aliená-lo, transmiti-lo *inter vivos* ou *causa mortis*, renunciar ao direito, bem como sobre ele transigir²³.

alguém, representa, para o promissário, uma riqueza verdadeira e própria (...) Isto significa, justamente, por outras palavras, que aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjectivamente, um interesse não econômico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o resultado objectivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação econômica”.

²² Para Schiefler (2016): “O elemento “patrimonial”, também registrado na expressão, restringe o âmbito de aplicação da arbitragem aos litígios relacionados com direitos que podem ser convertidos ou verificados em valores financeiros, ou seja, pretensões resistidas cujo objeto pode pertencer ao patrimônio de alguém ou pode ser financeiramente valorado. Não é possível submeter à arbitragem os litígios que versam sobre deveres jurídicos não patrimoniais, como aquelas tipicamente afeitas ao processo preparatório da contratação pública, por exemplo – a obrigação de cumprir o edital licitatório, a obrigação de publicar o extrato do contrato administrativo em diário oficial, a eventual irregularidade no julgamento da licitação, a ilegalidade de algum dispositivo editalício, o cumprimento das formalidades legais para uma contratação direta, entre outros.”

²³ Já para Ricci (2007, p. 404) “a disponibilidade do objeto da lide não é pressuposto necessário da arbitragem, se considerarmos o tema sob o perfil lógico; trata-se, em vez disso, de pressuposto a ser explicado apenas sob o ponto de vista histórico e da simples oportunidade”. O entendimento parece inadequado, principalmente considerando que, mesmo após a reforma da Lei nº 9.307, de 1996, em 2015, os critérios de patrimonialidade e disponibilidade foram repetidos pelo legislador para enquadrar quais seriam os direitos arbitráveis da administração pública.

Para Aragão (2017a) disponíveis são os direitos que possam ser, a qualquer tempo e independentemente de justificações vinculadas, alienados ou renunciados pelo sujeito que os titule. Para o autor, os direitos patrimoniais são, em regra, disponíveis, constituindo-se a indisponibilidade exceção (Aragão, 2010). Mas, como ressalta Amaral (2012, p. 72), no âmbito do direito público nem todos os bens patrimoniais são disponíveis, havendo “bens patrimoniais em relação aos quais o Estado não possui poder de disposição”, como é o caso dos bens de uso comum do povo e dos bens de uso especial, “que se caracterizam pela inalienabilidade em razão da afetação pública que recai sobre eles”. Assim, para que haja arbitrabilidade em relação a esses bens, “é indispensável que haja lei específica que promova a sua desvinculação à satisfação de uma necessidade coletiva”²⁴.

Pereira (2018, p. 241), expondo posicionamento minoritário, declara que constitui uma compreensão mais adequada de disponibilidade entendimento no sentido de que são disponíveis “os direitos *sobre os quais*, não *dos quais* a parte pode dispor”²⁵. Tal entendimento vem na linha do quanto defendido por Talamini (2017) para quem “cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo”²⁶, de forma que “em todas as situações para as quais o Poder Público possa desenvolver um processo administrativo para a solução do conflito, há de se admitir também o emprego da arbitragem” (TALAMINI e FRANZONI, 2016, p. 579)²⁷. Essa linha de entendimento não se

²⁴ No mesmo sentido, Tonin (2019, p. 137). Para Marolla (2016, p. 235): “A disponibilidade de direito público não pode ser entendida como a disponibilidade no âmbito do direito privado, porque esses regimes jurídicos se assentam em diferentes premissas. O direito privado está calcado na autonomia da vontade e na liberdade do indivíduo enquanto o direito público assenta-se na legalidade; a liberdade da Administração é restrita e delimitada pela lei”.

²⁵ Para o autor, essa conclusão seria “compatível com a circunstância de que a arbitragem não é uma forma de disposição (alienação, renúncia) de direitos, mas de solução de conflitos relativos a eles. Ou seja, tem natureza processual. A parte pode submeter à arbitragem determinada matéria quando é livre para dispor acerca dos meios de solução dos litígios relativos a tal matéria – ou seja, quando não é obrigada pelo ordenamento a submeter esses litígios ao Poder Judiciário.”

²⁶ “Como se disse, cabe a arbitragem sempre que a matéria envolvida possa ser resolvida pelas próprias partes, independentemente de ingresso em juízo. Se o conflito entre o particular e a Administração Pública é eminentemente patrimonial e se ele versa sobre matéria que poderia ser solucionada diretamente entre as partes, sem que se fizesse necessária a intervenção jurisdicional, então a arbitragem é cabível. Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo”. No mesmo sentido, Amaral (2012, p. 81), declara que a arbitragem envolvendo o poder público será admissível “quando a matéria a respeito da qual controvertam as partes seja patrimonial, disponível, e possa ser resolvida independentemente da intervenção do Poder Judiciário.”

²⁷ “Portanto, a Administração Pública pode pactuar a arbitragem - e, tendo-a pactuado, deve a ela submeter-se - sempre que a situação conflituosa for passível de solução que dispense a intervenção de um juiz estatal. Vale dizer: são arbitráveis todos aqueles casos em que, se constatasse que não tem razão, o Poder Público e seus entes descentralizados teriam o dever de desde logo curvar-se à razão do adversário - sem ter de esperar, para tanto, um

sustenta diante da clara redação do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, que declara que a arbitragem é admitida para a resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, ou seja, o pressuposto da arbitrabilidade é, sim, a disponibilidade e a patrimonialidade dos direitos, e não a disponibilidade do “direito à proteção judiciária”²⁸.

Por fim, a respeito da patrimonialidade e disponibilidade dos direitos da administração pública, necessário ressaltar, pois relevante para a discussão que se coloca, o entendimento de Bandeira de Mello (2021, p. 909). Para o autor, “os deveres-poderes constitucionalmente assinalados ao Estado são, em abstrato, patrimonialmente imensuráveis” de forma que “controvérsias decorrentes do legítimo ou ilegítimo exercício de uma competência pública não poderão ser equacionadas em sede arbitral, mas apenas as eventuais consequências patrimoniais delas decorrentes, desde que não sejam qualificáveis como indisponíveis”.

O entendimento do autor no sentido de que controvérsias decorrentes do exercício de competências públicas não poderão ser equacionadas em sede arbitral pavimenta a discussão que justifica a elaboração deste trabalho, pois impacta diretamente na definição da arbitrabilidade dos litígios decorrentes de contratos administrativos, nos quais a administração pública possui determinadas prerrogativas para assegurar o atingimento do interesse público.

comando judicial. Isso se aplica inclusive aos casos em que a Administração Pública pode propriamente transigir, mas não se restringe a esses casos. Aplica-se igualmente a todo e qualquer caso em que Administração Pública possa e deva desde logo definir sua razão no caso concreto, sem ter de aguardar para tanto uma intervenção judiciária. Por força da procedimentalização da atividade administrativa e da vigência da garantia do contraditório, a submissão à razão alheia é em regra antecedida de processo administrativo. Assim, um dos parâmetros de cabimento da arbitragem, envolvendo a Administração Pública pode também ser expresso nos seguintes termos: em todas as situações para as quais o Poder Público possa desenvolver um processo administrativo para a solução do conflito, há de se admitir também o emprego da arbitragem. Afinal, o processo administrativo desenvolve-se com a potencialidade de dar razão à Administração ou ao particular - hipótese essa em que a Administração curvar-se-á à pretensão fundada da parte contrária ou cessará prontamente o exercício de sua própria pretensão infundada. Sob esse aspecto, o cabimento de processo administrativo está indissociavelmente ligado à desnecessidade de intervenção judicial, ou seja, à disponibilidade de pretensão de tutela judiciária. E, não custa repetir, se é desnecessária a intervenção do juiz estatal, é sempre possível a arbitragem.”

²⁸ Para Salles (2014, p. 224): “(...) é preciso reconhecer a diferença entre reserva de jurisdição, no sentido de ser essa indispensável para a produção de determinados efeitos jurídicos, da indisponibilidade relacionada à natureza de determinados bens. No tocante a esta última, é preciso distinguir aquelas situações em que a indisponibilidade gera a impossibilidade de transação, daquelas nas quais os interessados diretos conservam a possibilidade de transacionar. Como dito, essa diferença decorre do regime de afetação do bem indisponível, se exclusiva de um titular direto ou se pertinente, também, a um interesse geral. (...) Observa-se, portanto, uma diferença entre indisponibilidade do bem e a reserva de jurisdição. Mais ainda, verifica-se que a indisponibilidade de determinado bem não se extrai da reserva de jurisdição estatal. Esta ocorrerá, somente, quando a jurisdição não puder ser afastada pela vontade dos interessados e o processo judicial for necessário para a produção de efeitos jurídicos válidos.”

1.1.2.2 *Da superação do mito da indisponibilidade do interesse público como limite para a arbitrabilidade à permanência da indefinição dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública*

Muitos autores já evocaram o princípio da indisponibilidade do interesse público para alegar que a administração pública não seria detentora de direitos disponíveis. Por todos, registra-se o entendimento de Bandeira de Mello (2021, p. 908), para quem a indisponibilidade dos interesses públicos “significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”. Nessa linha, os bens e os interesses públicos não estariam submetidos à livre disposição da vontade do administrador, a quem cabe, tão somente, curá-los. Em outras palavras, a administração pública seria pessoa incapaz de dispor de quaisquer interesses, na medida em que deles não é titular, mas apenas gestora em nome do povo. Haveria, assim, “impossibilidade jurídica de dispor sobre interesses tutelados pelo Estado para, a partir desta qualificação, submeter à arbitragem certa contenda que os tenha por objeto”.

Mas não foi essa linha de entendimento que prevaleceu. Para Sundfeld e Câmara (2013, p. 256), a despeito do princípio da indisponibilidade do interesse público, que reflete importante característica do direito administrativo, qual seja, a de que as autoridades não agem por vontade própria, devendo o administrador obediência à lei na medida em que atua na gestão de interesses cujo titular (a coletividade) se expressa mediante decisões do legislativo²⁹, não teria sido esse o sentido que a Lei nº 9.307, de 1996 empregou ao estabelecer que a arbitragem só se destina a “dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Na mesma linha,

²⁹ No mesmo sentido, Meirelles (2016, p. 113) declara que do princípio da supremacia do interesse público “decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela por seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia”. Para Marolla (2016, p. 100): “Por não agir para a satisfação de interesse individual seu, mas o de todos os indivíduos (predefinido e qualificado pelo Direito), não há, para o administrador público, a possibilidade de disposição: o Direito não lhe atribui poder para escolher entre cumprir e não cumprir o interesse público. A disponibilidade sobre esses interesses está retida nas mãos do Estado em sua manifestação legislativa, sendo este um reflexo da dissociação entre titularidade e exercício do interesse público decorrente do princípio republicano. Quando se cuida de um interesse público, nenhum sujeito ostenta a condição de proprietário, nem mesmo o Poder Público, razão pela qual sua atuação deverá obedecer à lei. Às pessoas administrativas compete apenas executar a função, buscando atingir a finalidade preestabelecida pelo direito. Não há, dessa forma, autonomia da vontade para quem exerce função”. Para Tonin (2019, p. 125), “o princípio do interesse público está expressamente previsto no caput do art. 2º da Lei Federal nº 9.784/99, o qual prevê, para os processos administrativos federais, a observância do critério de *atendimento a fins de interesse geral*, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização legal”, sendo o interesse público irrenunciável pela autoridade Administrativa.

Medauar (2021, p. 138/139) afirma que não seria adequado invocar tal princípio como impedimento para utilização da arbitragem pela administração pública pois “o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional”³⁰. Ainda, de acordo com a lição de Dallari (1995, p. 66) ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem renunciando a instrumentos de defesa de interesses públicos, mas sim, escolhendo uma forma mais expedita ou um meio mais hábil para a defesa do interesse público, que se realiza na correta aplicação da lei e se confunde com a realização concreta da justiça.

Foi nessa linha, inclusive, que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, pela 1ª Seção, do Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 11.308/DF, com relatoria do Ministro Luiz Fux, assentou que não há qualquer relação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade de interesse público. Para o STJ, dentre os diversos atos praticados pela administração pública para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a estipulação de convenção de arbitragem em contratos administrativos³¹.

³⁰ No mesmo sentido, Di Pietro (2015): “O interesse público é sempre indisponível pela administração pública, porque ele é de titularidade da coletividade, e não do poder público. A administração pública apenas o administra, protege e tem o dever de dar-lhe efetividade. Mas não pode dele dispor livremente porque não lhe pertence. Portanto, é correto afirmar que o interesse público é indisponível, mas isso não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser de mais interesse da coletividade do que a sua preservação. A título de exemplo, cite-se o direito do contratado à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Aceita-se essa medida, porque é do interesse público garantir a continuidade dos contratos administrativos”. Também Moreira Neto (2008, p. 16) afirma que “distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita de negociar o interesse público, mas, sim, de negociar os modos de atingi-lo com maior eficiência”. Para Binenbojm (2019, p. 36) “a disponibilidade de direitos patrimoniais, *conditio sine qua non* para a submissão válida do litígio à via arbitral, não é incompatível com a natureza do regime jurídico-administrativo, erigido sobre o princípio da indisponibilidade do interesse público.”

³¹ “Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo. (...) Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial, deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.”

Esse já era o entendimento de Grau:

Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a ‘dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis’, isso não significa que não possa a Administração socorrer-se dessa via visando o mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. (GRAU, 2000)

Para Moreira Neto (2008b, p. 123-134) o fato de serem atribuídos à administração pública a cura de interesses gerais, não envolve supremacia ou superioridade da administração pública em face dos administrados, pois a gestão de tais interesses é instrumental para a efetivação dos direitos fundamentais, de modo que, em última análise, são esses apenas os que gozam da incontestável superioridade constitucional. Para o autor, o próprio conceito de administração pública está, aos poucos, perdendo suas características imperativas, “que a postavam, tradicionalmente, como expressão de um poder do Estado, para entendê-la como nada mais que uma função constitucionalmente vinculada a ser desempenhada pelo Estado e a ser o mais amplamente que possível compartilhada com a sociedade”.

Por fim, relevante registrar a opinião de Palma (2015, p. 59) para quem o princípio da indisponibilidade do interesse público é “de difícil intelecção e, principalmente, de rasa tradução prática”, de forma que seu conteúdo jurídico sequer se apresenta uniforme na doutrina

(MS n. 11.308/DF, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/4/2008, DJe de 19/5/2008). Também no CC n. 139.519/RJ (relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 10/11/2017), o voto vencedor da Ministra Regina Helena Costa declarou que “a Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, não desatende ao interesse público, nem renuncia ao seu atendimento. Diversamente, ao assim agir, prestigia o princípio da indisponibilidade do interesse público, desdobramento que é do sobreprincípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. Também o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema: “EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 253885, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002).

administrativa brasileira. O princípio da indisponibilidade do interesse público, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público, corresponderiam a “lugares-comuns do direito administrativo brasileiro tomados quase como verdade absoluta em sua recente tradição” (2015, p. 150), mas devem ser colocados em questionamento e analisados imparcialmente, “especialmente quanto à aplicabilidade prática de tais construções teóricas, pois resultam do trabalho intelectual de juristas, sem previsão normativa expressa” (2015, p. 176).

De fato, merece ser superado o entendimento que vê restrições na utilização da arbitragem pela administração pública em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público. Não há que se confundir a indisponibilidade do *interesse* público com a disponibilidade ou indisponibilidade de *direitos* da administração pública. Seguindo a linha de Grau (2000), a administração pública atuará sempre tendo como finalidade o atingimento do interesse público, sem jamais dele dispor. Não obstante, poderá atuar dispondo de direitos e assumindo obrigações, para que dessa forma atinja da maneira mais eficiente possível o próprio interesse público. A disposição de objetos e direitos públicos constitui forma, muitas vezes, mais eficiente e apta de se realizar o interesse público, não sendo o princípio da indisponibilidade do interesse público obstáculo para o uso da arbitragem pela administração pública³².

Mas essa discussão foi apenas a discussão inaugural acerca da arbitrabilidade objetiva em arbitragens com a administração pública, permanecendo ainda muitas dúvidas a respeito de quais seriam os direitos patrimoniais disponíveis arbitráveis da administração.

Na doutrina, os entendimentos são diversos. Há quem entenda que, no âmbito dos contratos administrativos, a questão da arbitrabilidade objetiva não gera maiores discussões, pois todas as questões contratualizáveis atenderiam aos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade. Nessa linha, afirma Aragão (2017a) que “o teste a ser feito é o seguinte: este poder, esta prerrogativa ou esta sanção é aplicável ao particular apenas porque ele firmou o contrato com a Administração Pública? Para todas as cláusulas em que a resposta for afirmativa, poderão as partes prever a arbitragem”.

³² Nesse sentido, Marolla (2016, p. 234); Megna (2019, p. 105-109). Também para Tonin (2019, p. 135), “não se pode confundir *disponibilidade* ou *indisponibilidade* de *direitos patrimoniais* com disponibilidade ou indisponibilidade do *interesse público*”. No mesmo sentido Junqueira, Oliveira e Santos (2013): “A dizer, não se pode confundir a indisponibilidade do interesse público (princípio da Administração Pública) com o patrimônio público, o qual é plenamente disponível, desde que atendidos os requisitos legais”.

Para outros, a exemplo de Lemes (2007), no âmbito dos contratos firmados com a administração pública haveria cláusulas que não são disponíveis convencionalmente, como aquelas que decorrem de lei ou encerram poderes discricionários da administração pública, a exemplo das “cláusulas exorbitantes” e regulamentares, sendo a competência para seu exercício irrenunciável, cabendo ao árbitro apenas decidir sobre as repercussões patrimoniais delas decorrentes.

Para outros, ainda, “apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem” tendo em vista que esta seria a única parte verdadeiramente “contratual” de um contrato administrativo (BANDEIRA DE MELLO, 2021, p. 911).

Há ainda questão complexa que leva em consideração as prerrogativas legais das agências reguladoras no exercício da competência regulatória, que poderá gerar “zonas cinzentas quanto ao que é e o que não é arbitrável em um conflito contratual entre reguladora e regulado” (GUERRA, 2022).

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, se posiciona de maneira restritiva a respeito da arbitrabilidade objetiva, já tendo declarado que, no caso específico de contratos de concessão de serviços públicos, “as questões econômico-financeiras são de interesse público e, por conseguinte, são indisponíveis a juízo arbitral em litígios administrativos”³³. A decisão levou em consideração a competência da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT para proceder à revisão e ao reajuste tarifário.

Conforme destaca Baptista (2017, p. 260), o Tribunal de Contas da União parece ter pretendido, no caso, diferenciar a equação econômico-financeira do contrato, que não poderia se submeter à arbitragem, das consequências econômicas das cláusulas regulamentares dos contratos (como as indenizações eventualmente devidas quando da extinção do contrato, inclusive quanto aos bens revertidos), que seriam arbitráveis. Em decorrência dessa decisão, a ANTT manteve a cláusula compromissória no contrato, deixando expresso, não obstante, que:

Não poderão ser objeto da arbitragem questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido, do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado, da discussão sobre o reequilíbrio

³³ Trata-se do Acórdão nº 2573/2012 – TCU – Plenário, Rel. Min Raimundo Carreiro, j. 26.9.2012 (caso “ANTT”)

econômico-financeiro do Contrato, bem como acerca das questões econômico-financeiras entre as Partes³⁴.

Em outra oportunidade, o Tribunal de Contas da União declarou que “as controvérsias advindas da execução de garantias não constam do rol de possibilidades de direitos patrimoniais disponíveis a serem objeto de solução de controvérsias mediante o emprego do mecanismo de arbitragem, previstos na Lei 13.448/2017 e no Decreto 10.025/2019”³⁵.

Conforme Ávila e Nascimento (2022), “a Corte de Contas interpreta que os citados normativos, ao estabelecerem a definição de direito patrimonial disponível, apresentaram um rol taxativo, quando, ao contrário, a interpretação mais adequada é que se trata de rol meramente exemplificativo”. De fato, não parece possível definir um rol taxativo de direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, principalmente considerando a existência de contratos que seguem distintas modelagens, a fim de atender as necessidades dos diversos setores em que há atuação administrativa, como os de infraestrutura, energia e telecomunicações.

Em resumo, conforme Pereira (2018, p. 238), muito embora a arbitrabilidade abstrata dos litígios com a administração pública seja amplamente reconhecida após a reforma de 2015, a discussão agora se volta aos “seus eventuais limites.”

1.1.2.3 Novos paradigmas: a regra de arbitrabilidade objetiva do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021

A definição da arbitrabilidade objetiva depende, em última instância, das condições e limites de cada ordenamento jurídico nacional, o que se mostra ainda de maneira mais clara nas arbitragens envolvendo a administração pública, que obedece ao princípio da legalidade. Assim, as peculiaridades de cada sistema normativo é que apontarão as opções legislativas relacionadas a maior ou menor restrição das questões sujeitas a arbitragem³⁶.

³⁴ Disponível em: <<https://antt-hml.antt.gov.br/documents/359170/1069020/Contrato.pdf/ba874a0f-23e8-9c62-ef21-2124bd5008d7?t=1593278585337>>. Acesso em 16 mar. 2023.

³⁵ Trata-se dos Acórdãos nº 4.036/2020 e 4.037/2020 que trataram, respectivamente, das concessões dos trechos das rodovias federais BR-153/414/080/TO/GO e BR163/230/MT/PA.

³⁶ Baptista, P. (2017, p. 254): “a arbitrabilidade objetiva de um litígio só pode ser analisada à luz de cada ordenamento jurídico. Não há uma regra universal sobre o tema apta a reger a questão em todo lugar. As peculiaridades de cada sistema normativo é que apontarão as opções legislativas relacionadas à maior ou menor restrição do âmbito de litígios sujeitos à arbitragem. (...) A arbitrabilidade objetiva de um litígio, portanto, acha-se dependente das condições e limites de cada ordenamento jurídico nacional. Característica que se mostra ainda mais clara nas arbitragens envolvendo entes públicos, submetidos integralmente às leis do país a cuja Administração Pública pertencem”. Também para Correia (2015, p. 174) “O Direito comparado evidencia, aliás, que a definição do arbitrável e do inarbitrável varia de legislação nacional para legislação nacional. Torna-se claro

Isso quer dizer que, para revelar quais são os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública é preciso analisar o arcabouço legislativo apresentado pelo legislador e interpretá-lo à luz da Constituição Federal de forma a garantir, ao mesmo tempo, uma prestação jurisdicional efetiva e o atendimento do interesse público. Nesse sentido, cumpre destacar importante novidade legislativa, apresentada pela Lei nº 14.133, de 2021, a nova lei geral de licitações e contratos administrativos.

Conforme comentado anteriormente, as normas supervenientes à Lei nº 13.129, de 2015, passaram a estabelecer regras mais detalhadas visando pautar a atuação da administração pública nos procedimentos arbitrais, havendo entre elas, como não poderia deixar de ser, diante da relevância e complexidade do assunto, regras a respeito da arbitrabilidade objetiva dos litígios que envolvem entes públicos. As novas normas passaram a apresentar rol exemplificativo de quais seriam os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública para fins de submissão dos conflitos deles decorrentes à arbitragem.

Assim, o rol inicialmente apresentado na Lei nº 13.448, de 2017³⁷, foi replicado no Decreto Federal nº 10.025, de 2019³⁸. Referido rol de “direitos patrimoniais disponíveis”

que aquilo de que na verdade se trata é de uma escolha legislativa feita de acordo com as políticas de cada Estado”. Também para Valdes (2007, p. 141) “The alleged limits on arbitral power may derive either from the scope of the contract or from public policy. (...) The jurisdiction of arbitral tribunals is limited by the agreement of the parties, and may also be limited by national laws that state that certain matters must be heard by their courts. (...) However, the jurisdictional limits arise not only from the parties’ agreement, but also from the arbitration’s legal framework. Notwithstanding the parties’ desires, arbitration has, on occasions, been limited by public policy reasons or by non arbitrable matters, i.e., when the arbitration is forbidden with respect to sensitive subject matters, such as competition law, security regulations or civil rights violations.” E ainda, para Park (2006): “Notwithstanding the protagonists’ desires, arbitration has on occasion been limited for public policy reasons with respect to sensitive subject matters such as competition law, securities regulation or civil rights violations. An attempt to empower an arbitrator to hear a particular dispute might be impermissible because the state has taken a monopoly on implementation of the law in areas where arbitrators (much like foxes guarding a chicken coop) present too great a risk of getting it wrong. Public policy may be invoked as a catch-all prohibition on the arbitration of certain categories of disputes, as well as to protect the integrity of the arbitral process in matters such as arbitrator bias or lack of due process.”

³⁷ “Art. 31, § 4º Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”.

³⁸ “Art. 2º Poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis. Parágrafo único. Para fins do disposto neste Decreto, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, entre outras: I - as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II - o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e III - o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.” As regras do Decreto Estadual nº 55.996, de 2021, do Rio Grande do Sul, sobre arbitrabilidade objetiva vão no mesmo sentido daquelas estabelecidas pelo Decreto Federal: “Art. 2º A arbitragem de que trata o art. 1º deste Decreto observará as seguintes diretrizes: I - poderão ser submetidas à arbitragem as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis, em especial as advindas de: a) questões relacionadas à recomposição

ganhou ainda mais relevância ao ser previsto na Lei nº 14.133, de 2021, que apresenta regras gerais sobre licitações e contratos administrativos³⁹.

Nesse contexto é que o artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, ao dispor especificamente sobre a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias no contexto dos contratos administrativos, arrola expressamente, em seu parágrafo único, como direitos patrimoniais disponíveis da administração pública: (i) as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e (iii) ao cálculo de indenizações.

Como será aprofundado adiante, mais especificamente no Capítulo 2, os contratos administrativos possuem algumas características que desafiam, à primeira vista, aqueles que precisam determinar se um conflito a eles relacionado é, ou não, arbitrável. A identificação, pela doutrina administrativista clássica, das chamadas cláusulas regulamentares e “exorbitantes”, a intrínseca incompletude desses contratos, que acarreta muitas vezes a necessidade de modificações no seu conteúdo para atendimento de interesses públicos, e a sua inserção em ambientes regulados, cujas normas impactam a execução contratual, trazem à tona inúmeras dúvidas e discussões a respeito da arbitrabilidade objetiva. É nesse contexto que se encaixa a importância da novidade legislativa destacada. No Capítulo 3, será demonstrado que, interpretada no contexto das regras sobre contratações administrativas, a regra do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021 permite que sejam delineados com mais segurança

do equilíbrio econômico-financeiro de contratos; b) indenizações decorrentes de extinção ou de transferência de contratos; e c) inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluída a incidência das respectivas penalidades.” O mesmo pode ser dito a respeito do Decreto Estadual nº 9.929, de 2021, de Goiás: “Art. 1º Este Decreto regulamenta a arbitragem como meio de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, no âmbito da administração pública estadual, nos termos da Lei federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 1º Entendem-se por conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, entre outros: I – as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; II – a inadimplência de obrigações contratuais por qualquer das partes; e III – os cálculos decorrentes de penalidades contratuais, as controvérsias advindas de execução de garantias contratuais e as indenizações contratuais”.

³⁹ “Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.” Também merece destaque o art. 138, que declara: “A extinção do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta; II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração; III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.”

os limites da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, inclusive no que diz respeito às suas cláusulas regulamentares, “exorbitantes” e até ao exercício da regulação.

Antes, entretanto, é necessário olhar para o passado e analisar as construções desenvolvidas pela doutrina ao longo do tempo para orientar o aplicador do direito a, no caso concreto, identificar o conteúdo arbitrável de um litígio com a administração pública. Ressalte-se, desde logo, que não há, ainda, um critério unânime para a identificação do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis nas arbitragens envolvendo entes públicos. Nos próximos tópicos serão analisadas todas as propostas já apresentadas pela doutrina, principalmente sob a perspectiva da sua efetiva utilidade para a identificação, na prática, dos litígios arbitráveis envolvendo a administração pública.

1.2 Caminhos percorridos pela doutrina e tentativas frustradas de identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública

1.2.1 Inutilidade prática da dicotomia entre interesses públicos primários e secundários para identificação da arbitrabilidade objetiva

O primeiro critério apresentado pela doutrina para identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública é baseado, na classificação dos interesses públicos, entre primários e secundários. Conforme Medauar (2020, p. 150), vários significados são usualmente conferidos à expressão “interesse público”, que tem presença ampla no direito administrativo, identificada com a soma dos interesses particulares ou com um interesse específico da sociedade, distinto, por sua essência, dos interesses particulares. De qualquer forma, afirma a autora que, se “é difícil enunciar um conceito jurídico preciso de interesse público, parece, no entanto, possível associá-lo ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”, sendo o “fundamento e o fim do exercício de funções e da tomada de decisões” da administração pública (MEDAUAR, 2017, p. 231)⁴⁰.

⁴⁰ Para Justen Filho (2023, p. 39): “Não é fácil definir interesse público, inclusive por sua natureza de conceito jurídico indeterminado, o que afasta a exatidão de conteúdo. (...) Uma das características do Estado contemporâneo é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjunta de posições subjetivas contrapostas e a variação dos arranjos entre diferentes grupos. Nesse contexto, a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade. (...) A atividade administrativa do Estado Democrático de direito subordina-se, então, a um critério fundamental, que é anterior à supremacia e indisponibilidade do interesse público. Trata-se da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais.” Para Di Pietro (2019, p. 161), no contexto do contrato de concessão de serviço público, “o conceito de interesse público (...) não é tão indeterminado quanto possa parecer, já que tem um conteúdo preciso

Grotti (2017)⁴¹ e Aragão (2017a) citam a clássica doutrina de Renato Alessi⁴² para falar sobre a distinção entre o interesse público primário e o interesse da administração pública, que corresponderia ao interesse secundário. Assim, os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela administração pública e que são resultantes do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade (interesse primário), se diferenciariam do interesse da administração pública enquanto aparato organizacional autônomo (interesse secundário). A peculiaridade da posição jurídica da administração pública residiria precisamente no fato de que, embora seja como qualquer outra pessoa jurídica, proprietária de um interesse secundário pessoal, a sua função precípua não é realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim promover o interesse coletivo, público, primário. Assim, os interesses secundários apenas poderiam ser realizados na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse primário.

Assim é que, para Bandeira de Mello (2021, p. 55-56), “o Estado, tal como os demais particulares, é também ele, uma pessoa jurídica que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito” e dessa forma, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, “pode ter, tanto quanto as

definido na lei de concessões ao exigir serviço adequado e mencionar os requisitos indispensáveis para que essa exigência seja atendida, entre eles o da modicidade das tarifas.”

⁴¹ Grotti (2017): “Entre nós está pacificada a distinção entre interesse público primário e interesse da Administração (interesse secundário). Leciona Renato Alessi que os interesses públicos, coletivos, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não são simplesmente o interesse da Administração enquanto aparato organizacional autônomo, porém aquele que é chamado interesse coletivo primário. Este é resultante do complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade, ao passo que o interesse do aparato organizacional que é a Administração, se pode ser concebido um interesse, desse aparato, unitariamente considerado, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade e que podem ser realizados somente na medida em que coincidam, e nos limites dessa coincidência, com o interesse coletivo primário.

⁴² De acordo com Alessi (1974, p. 226): “La seconda delle peculiarità della posizione della pubblica Amministrazione, quali appaiono in sintesi dalla fórmula usata più sopra per definire l'Amministrazione stessa, si ricollega alla nozione stessa di funzione: funzione, come si è posto in rilievo, e il potere concepito in relazione alla realizzazione di determinati interessi: nella specie, trattandosi del potere sovrano, alla realizzazione di interessi pubblici, collettivi. Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'Amministrazione intesa come apparato organizzativo autonomo, sibbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse dell'apparato, se può esser concepito un interesse dell'apparato unitariamente considerato, sarebbe semplicemente uno degli interessi secondari che si fanno sentire in seno alla collettività, e che possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica Amministrazione sta appunto in ciò, che la sua funzione consiste nella realizzazione dell'interesse collettivo, pubblico, primario. Anche volendosi concepire un interesse, secondario, dell'Amministrazione considerata come apparato organizzativo autonomo, esso non potrebbe esser realizzato se non in vista della coincidenza con l'interesse primario, pubblico.”

demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa”. O autor explica que estes últimos interesses não são interesses públicos, mas sim interesses individuais do Estado. Não obstante, enquanto a generalidade das pessoas pode defender esses interesses individuais, o Estado “só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.”

Para Moreira Neto (2007, p. 278-284) os interesses públicos primários são indisponíveis e o regime público é indispensável, ao passo que os interesses públicos secundários têm natureza instrumental, existem para que os primeiros sejam satisfeitos e resolvem-se em relações patrimoniais. Para fins de arbitrabilidade objetiva o autor equipara os interesses públicos secundários aos interesses e direitos que possam ser quantificados monetariamente e que, por esse motivo, podem ser objeto de contratação, dotando a administração pública dos meios instrumentais para satisfazer o interesse primário. Nas palavras do autor:

(...) a teoria dos fins, distinguindo simplesmente os primários dos secundários, parece ainda a mais indicada para definir a existência ou não da disponibilidade administrativa de interesses e de seus correlatos direitos. São disponíveis, nesta linha, todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial, ou seja, que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio, e que são, por esse motivo e normalmente, objeto de contratação, que vise a dotar a Administração ou seus delegados, dos meios instrumentais que os habilitem a satisfazer os interesses finalísticos que justificam o próprio Estado. (...) Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível. (MOREIRA NETO, 2007, p. 278-284)

No mesmo sentido, Lemes (2007, p. 134) declara que “os interesses públicos primários são indisponíveis e, por sua vez, os interesses públicos derivados têm natureza instrumental e existem para operacionalizar aqueles, com características patrimoniais e, por isso são disponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral”. Para a autora, esta conclusão traz à tona a solução com referência à matéria suscetível de ser submetida à arbitragem, qual seja, os

interesses públicos derivados, de natureza instrumental e com características patrimoniais dispostos em contrato⁴³.

A distinção entre interesses primários e secundários da administração pública é, de fato, critério comum para identificação da arbitrabilidade objetiva, mencionado tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como já fez o Superior Tribunal de Justiça ao declarar a validade de convenções de arbitragem em contratos administrativos e afirmar que “é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração”⁴⁴. O critério foi utilizado inclusive pelo Decreto Estadual nº 46.245, do 2018 do Rio de Janeiro, que no parágrafo único do seu art. 1º declara que devem ser entendidos como “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis as controvérsias que possuam natureza pecuniária e que não versem sobre interesses públicos primários”⁴⁵.

Não obstante, correta está Marolla (2016, p. 118) ao afirmar que este critério, embora difundido, “não se mostra apto para definir a disponibilidade de direitos no que concerne aos litígios arbitráveis, pois não existe regra absoluta que determine que todos os interesses

⁴³ Também para Tibúrcio (2014), enquanto “o interesse público primário é verdadeiramente indisponível por sua natureza, o interesse secundário pode ser – e frequentemente é - objeto de disposição por parte do Estado”. Na mesma linha, Schmidt (2016): “A aquisição de um terreno, a construção de um prédio ou ainda a contratação de pessoal terceirizado não correspondem ao objetivo existencial do Estado. Representam o instrumental necessário para que o interesse finalístico estatal, de caráter primário, seja atendido. O interesse envolvido na contratação é secundário e, por consequência, disponível, podendo ser objeto de arbitragem, em caso de conflito entre os contratantes (particular e Administração Pública). Indisponível é, apenas, o interesse público primário, de que são exemplos a saúde pública, a mobilidade urbana, a livre iniciativa e a livre concorrência, o patrimônio cultural, dentre outros. (...) Por isso é que eventual conflito na definição de políticas públicas, quer na área de saúde, quer em tema de mobilidade urbana ou patrimônio cultural, refoge à competência do juízo arbitral, ainda que surja no seio de um contrato de concessão ou de um contrato de gestão. Envolve direito (leia-se: poder/dever) indisponível e, portanto, é tema que está interdito à via da arbitragem.”

⁴⁴ MS n. 11.308/DF, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/4/2008, DJe de 19/5/2008. Também mencionando a distinção entre interesse público primário e secundário o REsp n. 612.439/RS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 25/10/2005, DJ de 14/9/2006, p. 299: “(...) quando as atividades desenvolvidas pela empresa estatal decorram do poder de império da Administração Pública e, consequentemente, sua consecução esteja diretamente relacionada ao interesse público primário, estarão envolvidos direitos indisponíveis e, portanto, não-sujeitos à arbitragem”.

⁴⁵ Dias e Andrade (2021, p. 143) tecem comentários sobre esse dispositivo específico: “Ao positivar um conceito do que se haverá de entender por ‘conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis’ para excluir da incidência as condutas da Administração Pública pautadas diretamente no interesse público primário, a norma pode criar certa dúvida: tenta-se definir o que é indefinível, já que conceitos jurídicos indeterminados não podem ser objeto de definição ou determinação. No que diz respeito, mais especificamente, ao escopo de incidência da cláusula, as partes podem, no âmbito de sua autonomia, acordar que determinada matéria estará excluída de um contrato contendo uma cláusula compromissória. Por isso, o fato de o ERJ ter buscado excluir do regime do Decreto o interesse público primário pode ser decisivo em um caso concreto, embora não pareça ter um significado normativo geral e abstrato que forneça soluções de antemão. É realmente apenas no caso concreto que a questão pode ser resolvida.”

primários são indisponíveis, ou que todos os secundários são disponíveis”⁴⁶. Megna (2019, p. 156-158) segue o mesmo entendimento e afirma que “o critério, embora abstratamente possa fazer algum sentido, na prática não é útil, pois não descreve de forma objetiva qual é a situação jurídico-administrativa que pode ser levada à arbitragem”, não sendo possível admitir como critério de arbitrabilidade algo tão indefinido⁴⁷.

Também para Sarra de Deus (2021, p. 15) o critério é desprovido de aplicabilidade prática. Para a autora, “quando se transita do plano teórico para o plano prático, permanece muito difícil (senão impossível) a concretização de quais atos da Administração seriam expressão do interesse público secundário”. Frisa que essa dificuldade não é de causar espanto já que “todos os atos da Administração Pública necessariamente são praticados com o objetivo de tutelar o interesse público primário, o que torna a referida dicotomia bastante obscura e questionável” e, além disso, seria incorreta a ideia de que o interesse público secundário estaria no campo da disponibilidade, pois, fosse esse o caso, “deveria ser permitido à Administração dispor livremente de seus bens e direitos – o que não é verdade, visto que a disposição de bens e direitos públicos está sujeita a diversas limitações”.

Adicionalmente, para Aragão (2017a) tanto os interesses públicos secundários como os primários são indisponíveis, não podendo a Administração Pública simplesmente renunciar aos seus bens, ainda que não afetados a qualquer serviço público, ou doar livremente as suas receitas. Para o autor, o interesse público, primário ou secundário, só passaria a ser disponível, e, por conseguinte, passível de ter uma questão a ele relacionada sujeita à arbitragem, na

⁴⁶ Ressalta a autora que a “arrecadação de tributos, indicada pela doutrina como exemplo típico de interesse público secundário é, em regra, indisponível. De outro lado, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pela Administração Pública, que a maior parte da doutrina costuma apontar como direito patrimonial disponível, suscetível de arbitragem, é considerado por Celso Antônio Bandeira de Mello como interesse público primário”. Tonin (2019, p. 132) também declara que “inexiste critério objetivo que permita, com relativa margem de segurança jurídica, diferenciar interesses públicos primários e secundários”.

⁴⁷ “Conforme se viu, o critério utilizado na Itália para identificar as situações jurídico-administrativas arbitráveis é o dos direitos subjetivos (*diritti soggettivi*), que tem em vista a natureza da situação jurídica em que se encontra particular e Estado em uma determinada relação. Interessa ao estudioso brasileiro perceber que não é usada a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, ao contrário do que acontece por aqui. (...) Os autores brasileiros que trouxeram essa classificação da Itália costumam citar Renato Alessi, que afirmava que a peculiaridade da pessoa jurídica administrativa é a de que sua função não é o de perseguir o seu interesse (secundário) enquanto sujeito de direitos, mas o de perseguir os interesses (primários) da coletividade. A partir daí, por resquício da doutrina do fisco (...), passou-se a associar os interesses primários ao soberano e os secundários ao Fisco. Como se ainda vigesse a concepção de que o Estado tem duas personalidades diferentes (o Estado manda e o Fisco paga), o próximo passo foi, equivocadamente, associar os interesses primários (do soberano) à indisponibilidade e os interesses secundários (do Fisco) à disponibilidade. Além de partir de premissas erradas, essas deduções pouco ajudam (e até atrapalham) na construção de um critério objetivo para se aferir o que é direito disponível no âmbito administrativo” (MEGNA, 2019, p. 156-158).

hipótese de haver autorização legislativa, quando o titular do interesse público tutelado (a coletividade através dos seus representantes), outorga poderes extraordinários à mera administração de bens e interesses alheios (2017b, p. 441/442)⁴⁸.

De fato, a distinção entre interesse público primário e secundário foi pensada para outras finalidades. Para fins de identificação de direitos patrimoniais disponíveis e da arbitrabilidade objetiva de um conflito, a despeito da sua inegável importância histórica para a construção de um entendimento do que sejam os direitos arbitráveis da administração pública, o critério não possui utilidade prática. Em primeiro lugar, porque, conforme já analisado no item 1.1.2.2, o interesse público, seja ele “primário”, seja ele “secundário” é indisponível, e isso não se confunde com a disponibilidade de direitos para a consecução do interesse público. Em segundo lugar, porque os interesses públicos secundários devem sempre coincidir com os interesses públicos primários, o que torna impossível identificar os interesses públicos secundários com direitos disponíveis. E, em terceiro lugar, porque não se mostra correta a ideia de que o interesse público secundário estaria no campo da disponibilidade, pois, se assim fosse, todo e qualquer agir do “aparelho estatal enquanto entidade personalizada” seria arbitrável, o que não é verdadeiro.

1.2.2 As normas de ordem pública de indeclinável aplicação pelo julgador e a ausência de impacto na definição da arbitrabilidade objetiva

Como bem nota Aprigliano (2011, p. 15), o Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002), dispõe em seu art. 12 que são “lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes”. Assim, declara o autor que “decorre do direito positivo que em tudo que seja plenamente disponível as partes podem regular suas relações da forma e do modo que quiserem”. Às partes seria vedado, tão somente, “estabelecer regras próprias que confrontem ou estejam em desacordo com princípios jurídicos de caráter obrigatório, contidos em leis imperativas”, ou cogentes⁴⁹. Entre essas normas imperativas ou cogentes, “algumas

⁴⁸ Para Aragão (2017b, p. 441/442): “Basta observar que o Estado não pode dispor dos seus bens dominicais e dos seus créditos pecuniários, salvo mediante prévia lei autorizativa, de acordo inclusive com a Lei nº 8.666/1993 (art. 17, I) e o Código Tributário Nacional (art. 171), respectivamente.”

⁴⁹ Continua o autor: “A doutrina, de modo geral, define as leis imperativas ou cogentes como aquelas cujas disposições não podem ser afastadas ou excepcionadas pela vontade das partes, cuja observância é absolutamente obrigatória, que não permitem estipulação em sentido diverso ao previsto na norma. Sob essa perspectiva, a autonomia privada das partes sujeitas ao ordenamento brasileiro não poderá ser tal que, de suas combinações, decorra a violação a preceitos considerados relevantes e indisponíveis para o Estado Brasileiro. (...) Segundo a

apresentam particular repercussão” na medida em que tutelam interesses que “envolvem aspectos sociais, morais, econômicos e até religiosos de uma determinada sociedade”. Conclui que, todas as vezes em que “se identifica esta relevância sobre determinadas relações jurídicas, se está diante de “normas de ordem pública”⁵⁰.

Para Diniz (2003, p. 179-180), a ordem pública, apesar de “ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço” significa em termos mais concretos um limite à liberdade de contratar, “por consistir em um conjunto de normas essenciais à convivência, que, por serem imperativas ou cogentes, estabelecem princípios indispensáveis à organização estatal, sob o prisma social, político, econômico e moral, seguindo os preceitos de direito”⁵¹. Para Beviláqua (2015) “a lei, umas vezes, impõe-se como preceito rigoroso, submetendo ao seu império a vontade dos particulares; outras vezes, estabelece apenas as normas que têm de vigorar na ausência de declaração da vontade dos interessados” de forma que, no primeiro caso, há leis de ordem pública rigorosamente obrigatórias e coativas e, no segundo caso, há leis tão somente supletivas ou permissivas.

Para Carmona (2009, p. 69) as normas de ordem pública “são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensáveis à organização da vida social”, como

lição do professor emérito das Arcadas, Goffredo Telles Júnior, há leis de imperatividade absoluta, chamadas leis impositivas ou cogentes, que são as que ordenam ou proíbem de maneira absoluta, em determinadas circunstâncias. ‘A imperatividade absoluta das leis impositivas é motivada pela convicção de que certas relações e certos estados da vida social não podem ser abandonados ao arbítrio individual, sob pena de possível prejuízo para a ordem vigente na sociedade. Tais relações e estados exigem regulamentação taxativa, em lei, a fim de evitar que a vontade dos particulares cause perturbações nocivas. As leis impositivas tutelam interesses considerados fundamentais, tidos como enredados nos valores do bem comum.’ As leis imperativas, portanto, indiscutivelmente limitam e condicionam o domínio da autonomia da vontade. No plano do direito material, representam uma limitação à liberdade de contratar, impõem restrições às partes no que toca à disponibilidade de seus direitos.” Para Dinamarco (2017, p. 137): “Ordem pública é o conjunto de valores, princípios e normas transcendentais às esferas individuais de direitos, cuja observância interessa à sociedade como um todo ou às instituições do Estado, que a corporifica (*interest rei publicae*). Normas cujo conteúdo diga respeito à preservação desses valores são, por essa mesma razão, dotadas de imperatividade absoluta, ou seja, são cogentes”.

⁵⁰ Para Aprioglio (2011, p. 17) as “leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.”

⁵¹ Ainda para a autora: “A delimitação conceitual de “ordem pública” (*Gute Sitten*) é um desafio à argúcia e à sagacidade dos juristas, que, apesar disso, são unânimes no entendimento de que é o reflexo da ordem jurídica vigente em dado momento, em determinada sociedade. A ordem pública interessa à vida, à incolumidade da prosperidade da comunidade, à organização da vida social, sendo, por isso, oficialmente reconhecida pela ordenação jurídica. Como sinônimo de ordem social, a ordem pública abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes. A ordem social é a relativa ao interesse geral da sociedade, regido por normas jurídicas, tradições, concepções morais e religiosas, ideologias políticas e econômicas etc. A ordem social é o patrimônio espiritual do povo, por refletir seus hábitos, suas tradições, sua liberdade, suas ideias políticas, econômicas, religiosas, morais, seus direitos fundamentais em determinada época e lugar.”

aquelas que se referem às bases econômicas ou políticas da vida social, as de organização e utilização da propriedade, as de proteção à personalidade, entre tantas outras, ou seja, trata-se “de um conjunto de regras e princípios, muitas vezes fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade em determinada época”.

Pois bem. No que se refere à arbitrabilidade objetiva, não se pode considerar como sinônimos os direitos indisponíveis e aqueles direitos tutelados por leis imperativas. Para Aprigliano (2011, p. 17), “ocorre um fenômeno de continência, pois no universo mais amplo de direitos regulados por leis imperativas ou cogentes uma parcela menor abrange direitos indisponíveis”. O mesmo ocorreria com a ordem pública. Afirma o autor que “nem todas as matérias que se inserem na conceituação de ordem pública envolvem direitos indisponíveis”. Assim, para o autor, “a arbitragem convive tranquilamente com a ordem pública, devendo ser afastada qualquer conclusão no sentido de que, se a matéria envolver normas ou preceitos de ordem pública, não pode ser submetida à arbitragem”. A origem dessa confusão estaria “na mistura de conceitos como a indisponibilidade de direitos e o controle da ordem pública, como se fossem fenômenos idênticos, ou umbilicalmente associados” (APRIGLIANO, 2011, p. 44).

Também para Martins (Pedro A., 2002) não é possível afirmar que a resolução de um conflito que necessite da avaliação, da aplicação ou da interpretação de normas de ordem pública são insuscetíveis de apreciação por árbitros. Para o autor, direito indisponível e regra de ordem pública são princípios distintos, cada qual com vocação própria. Se o direito estiver encampado por normas de ordem pública, não há impedimento à atuação da jurisdição arbitral, devendo o árbitro, contudo, observar a aplicação de tais dispositivos⁵². Na mesma linha, para

⁵² “Enquanto a indisponibilidade é elemento intrínseco ao objeto do direito, a ordem pública é elemento extrínseco de resguardo ou proteção do direito. A indisponibilidade afeta a livre circulação - disposição - do direito em si, enquanto a ordem pública cerca o direito com regras preventivas. A indisponibilidade diz com o núcleo, o próprio objeto do direito. A ordem pública não; ela é um arcabouço ou um invólucro jurídico de preservação da identidade do objeto do direito. Enquanto o primeiro não é passível de disposição espontânea, o direito sujeito a regras de ordem pública pode ser transferido, gravado e alienado livremente, nos limites impostos por tais regras. Nesse sentido, pode-se afirmar, todo direito indisponível é de ordem pública, mas nem toda a ordem pública se insere nas restrições atinentes ao direito indisponível. A disposição ou a regulação do direito indisponível não se insere na esfera da autonomia do seu titular. Ao contrário, o titular de um direito submetido a regras de ordem pública pode dele livremente dispor, independentemente da existência ou não de tais dispositivos de preservação do seu direito. O que lhe é defeso, justamente, é violar a norma de ordem pública que a lei impõe para preservar as relações em sociedade. Enquanto a indisponibilidade afeta diretamente o objeto do direito, retirando do seu titular o poder de autorregulação e de livre disposição, a ordem pública não, é simples regra jurídica de observância obrigatória. Em outras palavras, a ordem pública é previsão legal que deve ser observada quando do trato, pelo julgador, dos conflitos de interesses sujeitos a essa restrição ou proteção”.

Pereira (2018, p. 256), cabe ao árbitro, como juiz de fato e de direito, aplicar “a integralidade do ordenamento jurídico, inclusive as normas de ordem pública⁵³ eventualmente necessárias à solução do litígio”⁵⁴.

Conforme Fichtner, Mannheimer e Monteiro (2019, p. 866 e 867), há “uma confusão razoavelmente comum entre a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) e a inarbitrabilidade”, mas “a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) não torna a matéria inarbitrável, seja no Direito Público, seja no Direito Privado”. A norma “apenas e tão somente impõe a sua indeclinável aplicação pelo julgador, sem espaço para que as partes possam abrir mão de sua incidência ou modificar-lhe o conteúdo e/ou a eficácia” e “nada disso afeta, em tese, a arbitrabilidade das questões postas em jogo”⁵⁵.

Assim, a despeito de ser possível encontrar na doutrina nacional afirmações no sentido de que a incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou de ordem pública) tornariam

⁵³ De fato, a própria Lei nº 9.307, de 1996, em seu art. 2º, §1º, declara que as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem devem respeitar a ordem pública.

⁵⁴ “As premissas estabelecidas se estendem à discussão acerca da aplicação de normas imperativas (de ordem pública) pelo árbitro. A arbitragem é uma instância revisora da conduta da Administração Pública no âmbito das controvérsias cobertas por uma convenção de arbitragem. Por decorrência, observado esse escopo, cabe ao árbitro aplicar as normas que disciplinam a conduta da Administração. Como juiz de fato e de direito (art. 18 da Lei nº 9.307), aplicará a integralidade do ordenamento jurídico, inclusive as normas de ordem pública eventualmente necessárias à solução do litígio” (PEREIRA, 2018, p. 256). Também para Aragão (2010) “Ainda que, em suas razões de decidir, a Corte Arbitral interprete normas de ordem pública/direito público, tal necessidade em nada afasta a possibilidade de a matéria ser submetida à arbitragem (...) Em sendo juiz de fato e de direito, compete à Corte Arbitral não apenas decidir quanto à ocorrência ou não dos fatos narrados, mas, igualmente, aplicar todo o direito vigente, tanto as normas supletivas quanto as normas cogentes, de direito privado ou de direito público, a exemplo os atos editados pelas agências reguladoras”. Para Caldas (2020, p. 109) “aquela corrente que defende ‘atos de império’ como inarbitráveis parece indevidamente relacionar o conhecimento ou não pelo árbitro de determinada matéria, com fato dela derivar ou não de normas cogentes ou de ordem pública. De acordo com essa lógica, o árbitro seria incompetente para examinar o ato administrativo decorrente de norma de ordem pública. Essa relação entre normas cogentes e inarbitrabilidade é equivocada. Tanto o direito privado, quanto o direito público, possuem normas cogentes. Porém, como a Administração Pública é guiada pelo princípio da legalidade, o direito administrativo acaba por possuir um número maior de normas de observância obrigatória. O fato de a norma ser cogente, tanto no direito privado, quanto no direito público, apenas indica que elas não podem ser afastadas por vontade das partes”.

⁵⁵ Ainda, para os autores, “essa diferença entre normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) e normas dispositivas diz muito mais respeito às partes do que ao julgador (árbitro ou Poder Judiciário). Por um lado, as partes não podem alterar consensualmente as matérias sujeitas à incidência de normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública). Por outro lado, as partes podem modificar via consenso os tópicos sob a incidência de normas dispositivas. Para o julgador (árbitro ou Poder Judiciário), contudo, essa distinção é irrelevante, pois ele tem o dever de aplicar tanto as normas cogentes (ou normas imperativas ou normas de ordem pública) quanto as normas dispositivas (alteradas ou não pelas partes). Para o julgador, ambos os tipos de normas são de aplicação imperativa.

a matéria inarbitrável⁵⁶, não parece ser esse o melhor entendimento⁵⁷, seja no âmbito do direito público, seja no âmbito do direito privado, já que o universo das normas de ordem pública é maior e contém o universo de direitos indisponíveis, e a incidência de normas cogentes não torna a matéria automaticamente inarbitrável. Entendimento no sentido contrário significaria, na prática, inviabilizar a utilização da arbitragem no âmbito do direito público, regido pelo princípio da legalidade.

1.2.3 As diferenças entre a transação e a arbitragem e a inutilidade prática do parâmetro dos “direitos transacionáveis” para identificação da arbitrabilidade objetiva

Conforme Tonin (2019, p. 72) “quando as pessoas em conflito buscam a solução consensual, pode haver concessões mútuas, cada qual cedendo um pouco, de forma que a cessação da resistência afasta a necessidade da prestação jurisdicional”. É nesse espírito que o art. 840 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002) declara ser “lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”. Assim, a transação se apresentaria “como um dos contratos mais úteis à obtenção da paz social”, pois tem como principal efeito a extinção da obrigação e do litígio subjacente⁵⁸.

Acerca do objeto passível de transação, necessário registrar que o Código Civil (Lei nº 10.406, de 2002) em seu art. 841, apenas admite a transação “quanto a direitos patrimoniais

⁵⁶ Para Mattos, M. (2001, p. 126), as “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo não podem ser alteradas pelo juízo arbitral, por serem princípios de ordem pública. Para Marolla (2016, p. 120), a ideia de ordem pública para fins de arbitragem confunde-se com a ideia de interesse público, na medida em que tornam indisponíveis todos os bens e direitos da Administração Pública, sendo utilizada por muitos doutrinadores para afastar a possibilidade do uso dessa forma de solução de controvérsias pela Administração Pública. (...) Embora não seja possível o emprego da arbitragem para resolver questões de ordem pública, admite-se sua utilização quando o conflito versar exclusivamente sobre aspectos patrimoniais decorrentes de direitos protegidos pela ordem pública”. Para Baptista (2017, p. 256), “as limitações legais ao procedimento arbitral são normas de ordem pública, que reduzem o espaço de manifestação da autonomia privada” constituindo tais regras “previsões inderrogáveis pela vontade dos contratantes, de forma que, havendo uma vedação legal à arbitragem, de nada valerá uma cláusula expressa no negócio jurídico permitindo o seu manejo para pacificar a disputa.”

⁵⁷ Para Megna (2019, p. 160), o critério da ordem pública, altamente abstrato, não é útil para definir a arbitrabilidade objetiva das relações administrativas.

⁵⁸ De acordo com Tonin, a transação “é instituto tratado no Código Civil como um contrato em espécie. (...) Da definição legal extrai-se que tal negócio jurídico existe como forma de solução amigável de um conflito, mediante concessões mútuas. Portanto, transação é ato jurídico de direito material, não processual. Cândido Rangel Dinamarco define-a como autêntico contrato, isto é, negócio jurídico bilateral, que exige mútuas concessões. Não caracteriza transação a abdicação, a renúncia unilateral ou a concessão feita por uma das partes.” Para o autor, seria comum encontrar como sinônimo de transação o termo “acordo”, mas este possui sentido mais amplo, já que o acordo “não exige necessariamente sua formalização como negócio jurídico, podendo bastar, para sua verificação, o consenso genuinamente estabelecido e declarado entre as partes”.

de caráter privado”. Não obstante, a Lei nº 13.140, de 2015⁵⁹, que dispõe sobre a mediação e autocomposição de conflitos, em seu art. 3º parece ampliar o escopo da transação também para conflitos sobre direitos indisponíveis, na medida em que declara que pode “ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre *direitos indisponíveis que admitam transação*”. Assim, pela letra da lei, parece ter sido admitida a possibilidade de a administração pública transacionar mesmo em relação a direitos “indisponíveis”⁶⁰.

Pois bem. A transação, assim como a negociação, a mediação e a conciliação, são meios consensuais de solução de controvérsias, ou seja, ao utilizá-los, as partes, por meio de concessões recíprocas, colocam fim à questão controvertida e evitam, dessa forma, a necessidade de acesso às vias jurisdicionais, seja ela a estatal ou a arbitral⁶¹. Por isso, é preciso, desde logo, que fique claro não ser possível confundir o instituto da transação com o instituto da arbitragem. Sundfeld e Câmara (2013, p. 258) ressaltam, com propriedade que, “ao submeter uma discussão à arbitragem, as partes não estão abrindo mão de seus direitos ou mesmo transigindo (isto é, aceitando perder parte do seu direito)”. De fato, ao optarem pela via arbitral, as partes escolhem um juízo privado para pôr termo ao litígio e apontar quem tem razão na disputa, não podendo o mecanismo ser confundido com qualquer mecanismo de autocomposição de conflitos⁶².

⁵⁹ “Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.”

⁶⁰ Sobre o assunto, Tonin (2019, p. 145) afirma que não se confundem indisponibilidade e intransigibilidade: “A solução do conflito que verse sobre direito indisponível que admita transação não resultará na disposição do direito, já que este é indisponível. A transação, quando admitida, se dará somente em relação às condições do exercício do direito e do cumprimento da obrigação dele advinda, como prazos, forma de execução, padrões de qualidade etc. (...) Citem-se os termos do compromisso de ajustamento de conduta e os acordos de leniência como exemplos de negociação envolvendo a possibilidade de aplicação de uma sanção e a assunção de obrigações, em razão do descumprimento de uma previsão legal.” Pereira (2018, p. 240), por sua vez, critica o texto legal “pela tentativa de criar uma nova categoria de ‘direitos indisponíveis transigíveis’, quando lhe bastaria haver pressuposto uma compreensão adequada de disponibilidade. Porém, há efeitos concretos na determinação de que mesmo direitos cuja titularidade difusa ou vinculação a valores fundamentais tornem complexa a sua discussão extrajudicial podem ser objeto de solução consensual. Nesses casos, deve ser observado o §2º do art. 3º: “O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público”.

⁶¹ Para Tonin (2019, p. 69) no caso da negociação, da conciliação, da mediação e também da transação “a busca é pela autocomposição do conflito, isto é, as próprias partes chegam à solução do impasse, com ou sem a ajuda de um terceiro facilitador que é o mediador ou conciliador. Por outro lado, na decisão judicial e na arbitragem, ocorre a heterocomposição, quando um terceiro neutro e imparcial, não envolvido nos interesses conflitantes, determina quem tem razão no caso concreto, com força de título executivo judicial”.

⁶² Ainda de acordo com os autores, “cada parte terá oportunidade de expor seus argumentos, defendê-los, produzir prova, enfim, terá oportunidade de influenciar na decisão a ser tomada, de modo a proteger seus interesses. Não se confunde com um mero acordo, com a aceitação passiva da redução de seu patrimônio ou com algo semelhante”.

Conforme Menezes de Almeida (2012, p. 340), é preciso distinguir “entre o fenômeno da Administração consensual e a utilização de módulos convencionais pela Administração”. Para o autor, se é verdade que o consenso integra a essência da figura do contrato, “o espírito de consenso na ação administrativa vai muito além do uso do instrumento convencional propriamente dito”. Conforme já discutido, a arbitragem, a despeito de ter como resultado uma sentença com força de título executivo judicial (daí sua natureza jurisdicional), decorre de uma convenção de arbitragem firmada pelas partes e, portanto, é instituto de origem contratual. Ou seja, é preciso distinguir a atuação consensual da administração pública, mais ampla, da utilização de instrumentos contratuais e, conseqüentemente, da utilização da arbitragem pelos entes públicos.

Reforça esse ponto a informação já exposta, no sentido de que a Lei nº 13.140, de 2015, em seu art. 3º, amplia a possibilidade de utilização da transação para conflitos sobre direitos “indisponíveis”, enquanto a arbitragem é reservada para direitos patrimoniais disponíveis. Assim, parece que o universo de direitos que as partes podem submeter a meios consensuais de solução de controvérsias (que pode incluir direitos “indisponíveis”) é mais amplo e engloba o universo de direitos que as partes podem submeter a arbitragem (que comporta direitos patrimoniais e disponíveis).

Talvez por isso não seja raro encontrar entendimentos de relevantes doutrinadores relacionando a arbitragem com a transação, na tentativa de definir um critério de arbitrabilidade objetiva. De acordo com Lemes (2002) a “arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos referentes a direitos patrimoniais disponíveis, isto é, questões suscetíveis de serem transacionadas”. No mesmo sentido, Carmona (2009, p. 39) declara que são 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”, sendo “arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”. Também para Baptista (2017, p. 258) “o sentido mais evidente de direito indisponível é o de que se trata de direito não transacionável, impossível de ser renunciado, cedido ou alienado”. Para Grotti (2017, p. 80) a Lei nº 9.307, de 1996, “não coloca outro limite à sua exequibilidade a não ser quanto a direitos indisponíveis, a

Também para Tibúrcio (2014) quando “a Administração submete-se à arbitragem, não está transigindo com o interesse público, mas deslocando o litígio do Judiciário para os árbitros”.

saber, aqueles que, por sua natureza, caracterizada em lei, não podem ser objeto de transação”. Para Godoy (2018, p. 155) “os interesses arbitráveis patrimoniais e disponíveis podem ser identificados a partir da possibilidade de transação⁶³.”

Além disso, persiste ainda, na legislação vigente, um ponto de encontro, entre os institutos da transação e da arbitragem, relativo à competência para firmar convenção de arbitragem. O §2º do art. 1º da Lei 9.307, de 1996 (com a alteração implementada pela Lei nº 13.129, de 2015), declarou que a “autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações”. E isso a despeito do quanto disposto no art. 661, §2º, do Código Civil (Lei nº 10.405, de 2002), no sentido de que “o poder de transigir não importa o de firmar compromisso”, e de importantes manifestações doutrinárias em sentido contrário.

Para Lemes (2007, p. 122), desde a redação que prosperou com o Código Civil de 1916⁶⁴ andava bem a técnica legislativa brasileira, já que “o que importa é a capacidade positiva (para contratar)”, não havendo “motivo para confundir capacidade para se submeter à arbitragem (capacidade para contratar) com a capacidade para extinguir obrigações mediante concessões mútuas”. Também para Pereira (2018, p. 238), o critério da capacidade para contratar não se confunde com o da capacidade para transigir e deve-se aferir apenas a capacidade de contratar como critério de arbitrabilidade subjetiva. Contudo, ressalta o autor, com a redação dada ao art. 1º, §2º, da Lei nº 9.307, de 1996, a competência para transigir não mais é inteiramente irrelevante no âmbito da administração pública. Megna (2019, p. 189), numa tentativa de solucionar o *imbróglio*, propõe que “o racional por detrás da norma parece ser o de quem pode o mais (fazer concessões recíprocas em transação) pode o menos (não fazer concessão alguma optando pela arbitragem de direito)”⁶⁵.

⁶³ Tais entendimentos parecem decorrer também de determinadas escolhas legislativas. O art. 1.072 do antigo Código de Processo Civil (Lei nº 5.896, de 1973), por exemplo, declarava, antes de ser revogado pela Lei nº 9.307, de 1996, que “as pessoas capazes de contratar poderão louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais de qualquer valor, concernentes a direitos patrimoniais, sobre os quais a lei admita transação.” Conforme a lição de Carmona (2009, p. 38), o legislador abandonou a fórmula preconizada pelo Código de Processo Civil “preferindo técnica superior”, de forma que, na Lei nº 9.307, de 1996, “a remissão à disponibilidade do direito é objetiva e não oblíqua como ocorria na redação adotada pelo dispositivo indigitado do Estatuto de Processo”.

⁶⁴ “Art. 1.037. As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.”

⁶⁵ Até mesmo a Advocacia-Geral da União manifestou seu entendimento a respeito da redação do art. 1º, §2º, da Lei nº 9.307, de 1996. O Parecer nº 060/2016/Decor-CGU/AGU, de 08.09.2016, à vista de “dúvida acerca da aplicação do procedimento previsto na Lei nº 9.469, de 1997, à formalização de convenções de arbitragem”

Diante de todo o exposto, e principalmente diante do atual arcabouço legislativo que prevê a existência de “direitos indisponíveis que admitam transação” (art. 3º da Lei nº 13.140, de 2015), parece ser impossível deixar de concluir que não são equivalentes os conceitos de transigibilidade e arbitrabilidade. Parece haver uma relação de contingência: o universo dos direitos arbitráveis estaria contido no universo dos direitos transacionáveis. De qualquer forma, para os fins do presente trabalho, cumpre registrar que o estabelecimento de uma aproximação entre os direitos passíveis de serem submetidos à arbitragem e os direitos passíveis de transação com a finalidade de definir o que seja objetivamente arbitrável, não possui utilidade prática. Isso porque, seja no que se refere à arbitrabilidade, seja no que se refere à transigibilidade, penderá resposta para a questão que é o centro da discussão: a identificação dos direitos disponíveis e dos direitos indisponíveis da administração pública.

1.2.4 O mérito administrativo: da insindicabilidade como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional e da imprestabilidade como parâmetro de arbitrabilidade

Conforme ensina Medauar (2020, p. 146), o ato administrativo constitui “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”. Para a autora, enquanto a legalidade do ato administrativo diz respeito a sua conformação às normas do ordenamento, a margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade administrativa - que é a faculdade conferida à administração pública de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis, todas igualmente válidas para o ordenamento, desde que atendido o interesse público⁶⁶ - corresponderia ao seu aspecto de mérito. Assim, o mérito do ato administrativo “expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário” (2021, p. 113-114).

concluiu que não há exigibilidade da autorização do Advogado-Geral da União para transigir, prevista na Lei nº 9.469, de 1997, “para formalização de cláusula compromissória ou instalação de juízo arbitral de interesse de ente federal descentralizado”.

⁶⁶ Também para Di Pietro (2021, p. 222), o poder da administração é discricionário quando a autoridade está autorizada pelo legislador a optar por uma dentre várias soluções possíveis e válidas perante o ordenamento jurídico. A escolha é feita “segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”.

Para Di Pietro (2021, p. 222), a discricionariedade justifica-se seja para evitar o automatismo que ocorreria se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente normas preestabelecidas, seja para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar. Para a autora, “a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas, e sempre crescentes necessidades coletivas” pois “a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.”

Como o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade de atuação da administração, ou seja, à discricionariedade administrativa na busca da consecução do interesse público, surge a questão relativa à sua (in)sindicabilidade. Isso quer dizer que, como indica Medauar (2021), em sendo o mérito o aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da administração pública, comumente afirma-se que ao poder judiciário descabe o exame do mérito das decisões da administração.

Ocorre que, nas últimas décadas, houve considerável evolução na matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos. Conforme Di Pietro (2021, p. 226), “após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário”. Explica a autora que o exame dos fatos (motivos do ato), a sua valoração, a sua razoabilidade e proporcionalidade em relação aos fins, a sua moralidade, eram vistos como matéria de mérito, insuscetíveis de controle judicial. Mas que, com o passar do tempo, teorias foram sendo elaboradas para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito. Assim, a teoria do desvio de poder permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento do interesse público⁶⁷; a teoria dos motivos determinantes permitiu o

⁶⁷ “[O] desvio do poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos em lei” (DI PIETRO, 2021, p. 228). Para Medauar (2020, p. 162): “A teoria do desvio de poder, de origem francesa, representou importante passo no sentido de direcionar o exercício do poder discricionário aos fins de interesse público, explícitos ou implícitos, em razão dos quais esse poder foi conferido ao agente administrativo. Os poderes atribuídos aos agentes visam ao atendimento do interesse público pertinente à matéria em que esses agentes atuam. Não se destinam tais poderes à satisfação de interesses pessoais, de grupos, de partidos, nem são instrumentos de represália, vingança ou favorecimento próprio ou alheio. Exemplo: usar o poder de expropriar em represália a declarações formuladas na imprensa por um administrado.”

exame dos fatos ou motivos que levaram à prática do ato⁶⁸; a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados⁶⁹ e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito. Também a chamada constitucionalização dos princípios da administração pública veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sobre os atos discricionários. Houve, assim, uma ampliação da legalidade que “trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito”⁷⁰.

⁶⁸ “[...]Quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência” (DI PIETRO, 2021, p. 228). Para Binenbojm (2014, p. 218), de acordo com a teoria dos motivos determinantes “a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo. Diz-se haver uma vinculação administrativa tanto à realidade como à juridicidade das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Deste modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à existência dos fatos apontados pela Administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à juridicidade de tal escolha”. De acordo com Medauar (2020, p. 149), na teoria dos motivos determinantes “os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar.

⁶⁹ Para Binenbojm (2014, p. 226), a análise dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados destina-se a perquirir se eles estabelecem: “(i) uma área de escolhas puramente discricionárias, a serem feitas pelo administrador em virtude de sua especialização funcional; ou (ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável perante o Poder Judiciário; ou (iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário.” Para Di Pietro (2021, p. 224/225): “No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas. Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro. No entanto, a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. É só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas conclusões. [...] nos conceitos de valor, como os de moralidade, interesse público, utilidade pública etc. a discricionariedade pode existir, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite.” Guerra (2021, p. 199) filia-se “à doutrina que admite mais de uma solução justa na integração de conceitos jurídicos indeterminados, incluindo-se, portanto, esse instituto, nos espaços para escolhas administrativas discricionárias”.

⁷⁰ Também para Binenbojm (2014, p. 211): “(...) é possível identificar, desde o século XIX, um longo percurso no sentido do cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária. Esse balizamento foi, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o núcleo ou mérito do ato administrativo. Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa: (i) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicância dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência e finalidade); (ii) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícito na lei (como desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos

Para Binenbojm (2014, p. 39) as transformações recentes sofridas pelo direito administrativo tornariam imperiosa uma revisão da noção de discricionariedade administrativa. Para o autor, a “emergência da noção de juridicidade administrativa, com a vinculação direta da Administração à Constituição não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários”, mas sim “em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.” A discricionariedade não seria nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderia um maior ou menor grau do controle judicial dos seus atos⁷¹.

Para Marques (2004, p. 246), “a importância do controle judicial está diretamente ligada ao fato de ser a regulação estatal, hodiernamente, exercida por órgãos dotados de crescente autonomia e independência”. Para o autor, “o controle judicial não deve ficar restrito à mera verificação de legalidade, mas deve atingir também, quando provocado, o juízo de proporcionalidade, na avaliação da necessidade, da adequação e da ponderação da medida regulatória em função dos objetivos da regulação”, já que os atos praticados afetam não apenas os interesses regulados (agentes econômicos), mas também os interesses da coletividade em geral.

Para Martins (2001) “o juiz para mensurar se a competência discricionária exercida atendeu ou não à finalidade específica com eficiência deve analisar se a decisão administrativa (conduta, omissão, escolha, juízo) foi aquela que bem e melhor atendeu o interesse público”. Para o autor, isto não significa a eliminação do poder discricionário, mas apenas a ampliação

determinantes); (iii) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados; (iv) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”.

⁷¹ “Com efeito, naqueles campos em que, por sua alta complexidade técnica e dinâmica específica, falecem parâmetros objetivos para uma atuação segura do Poder Judiciário, a intensidade do controle deverá ser tendencialmente menor. Nesses casos, a expertise e a experiência dos órgãos e entidades da Administração em determinada matéria poderão ser decisivas na definição da espessura do controle. Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão. (...) De outra banda, o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais. Assim, se as ponderações feitas pelo administrador (ou mesmo as do legislador) na conjugação entre interesses coletivos e direitos fundamentais revelarem-se desproporcionais ou irrazoáveis, caberá ao Poder Judiciário proceder sua invalidação. Em tal caso, o papel primordial dos juízes no resguardo do sistema de direitos fundamentais autoriza um controle mais acentuado sobre a atuação administrativa, respeitado sempre o espaço de conformação que houver sido deixado pela diretriz normativa” (BINENBOJM, 2014, p. 41).

da extensão do controle judiciário da administração pública, “tendo como parâmetro jurídico objetivo a eficiência a permitir a incursão do mérito da decisão administrativa”.

Di Pietro (2021, p. 227), ressalta, entretanto, que não se deve confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade. Para a autora, as decisões judiciais que invalidam atos discricionários por desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como o da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. Somente seria possível falar em mérito, no sentido próprio e atual da expressão, “quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo judiciário”.

Ainda de acordo com a autora, apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o juiz poderá concluir se foram ou não outorgadas à administração pública diferentes opções. “Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção”. Em outras palavras, afirma a autora (2021, p.227) que “o que o judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade” ou seja, “o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito”.

Nessa linha, diante da inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos, muito embora o ordenamento jurídico reserve espaços para a atuação discricionária da administração pública, não sendo possível confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade, serão poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional. De fato, e citando Palma (2015, p. 289), a premissa de diferenciar análise de mérito e análise de legalidade se mostra “pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade”.

Isto posto, após essas breves considerações, necessário analisar como a questão se relaciona com a arbitrabilidade dos conflitos com a administração pública.

Salles (2011, p. 218) sustenta a “irrelevância da chamada arbitrabilidade objetiva para fins de admissão da arbitragem em contratos administrativos”. Para o autor importa apenas o que ele chama de arbitrabilidade como possibilidade jurídica *lato sensu*, que seria a licitude de submissão de um objeto à arbitragem considerando todo o ordenamento jurídico, e não só a patrimonialidade e disponibilidade do objeto. Assim, havendo autorização legislativa para que a administração pública participe de arbitragem, a questão da patrimonialidade e da indisponibilidade ficaria inteiramente superada, sendo admitida a arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos⁷². Por outro lado, o autor afirma que “há de se reconhecer a existência de limites, próprios do Direito Administrativo, à arbitrabilidade de controvérsias relativas a contratos administrativos”. Um desses limites diria respeito ao mérito administrativo. Para o autor, o mérito do ato administrativo “constitui um espaço de natural exclusão da jurisdição, seja ela exercida pelo juiz ou pelo árbitro” (2011, p. 215). Serve o mérito, portanto, como um limite à arbitrabilidade de controvérsias contratuais envolvendo a Administração Pública, de forma que a “convenção de arbitragem não poderá abranger o mérito do ato administrativo, bem como a sentença arbitral não poderá sobre ele incidir” (2011, p. 260).

Na mesma linha, para Marolla (2016, p. 145), os litígios decorrentes do exercício de poderes discricionários da administração pública “não poderão ser submetidos à decisão arbitral, pois são fruto do julgamento de conveniência e oportunidade, entre as várias opções validamente possíveis ao administrador”. Também Megna (2019, p. 260) declara que o árbitro, assim como o juiz estatal, não poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo, “entendido este como o continente daquilo que encerra o poder-dever discricionário”. Para o

⁷² Nas palavras do autor (2011, p. 215): “A submissão da administração ao princípio da legalidade, por força de mandamento constitucional, condiciona a ação administrativa à existência de prévio permissivo legal. O requisito da autorização administrativa, dessa maneira, constitui, também, uma condição para arbitrabilidade de questões relativas a contratos administrativos. Esse requisito, conforme observado em capítulo específico sobre esse tema, está presente em grande parte da legislação brasileira sobre contratos administrativos, sendo certo que, diante da sua presença, prescinde-se da verificação quanto à natureza dos direitos envolvidos, exigida pela Lei de Arbitragem. O legislador, ao autorizar a arbitragem nessa esfera, já expressou o juízo necessário quanto à pertinência da solução das controvérsias por esse meio”. Marolla (2016, p. 90) comenta a posição do autor: “Não parece ser essa a melhor exegese da norma. Tivesse o legislador exaurido a análise quanto à adequação jurídica da arbitragem às concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, retirando do administrador qualquer margem de discricionariedade ante o caso concreto, a arbitragem não seria facultativa, mas obrigatória. Não obstante, tanto o art. 23-A da Lei 8.987/95, quanto o artigo 11, inciso III da Lei 11.079/04 trazem a arbitragem como uma faculdade conferida ao administrador público. Além disso, as normas fazem remissão expressa à Lei 9.307/96, indicando que o emprego da arbitragem deverá ser feito nos termos dessa lei, o que faz com que o requisito objetivo, segundo o qual o conflito a ser submetido à solução arbitral deve versar sobre direito patrimonial disponível, também seja aplicável à Administração Pública”.

autor, não quer isso dizer que o juiz ou o árbitro não possam conhecer, no sentido de considerar sua existência, o mérito administrativo, até mesmo para usá-lo como fundamento fático de sua decisão. O que não poderiam é alterar o mérito administrativo, pois essa função não é de competência jurisdicional, mas administrativa. O mérito administrativo se apresentaria, assim, como limite negativo ao controle judicial ou arbitral, ou seja, como um núcleo cognoscível, mas imodificável pelo Judiciário ou Tribunal Arbitral⁷³.

Tibúrcio (2018, p. 128) é da mesma opinião, declarando que “assim como não compete ao Judiciário substituir pelas suas as opções legítimas da Administração no exercício de atribuições discricionárias, tampouco o árbitro pode pretender algo semelhante”. Entretanto, ressalta a autora que “a observância da juridicidade não apenas pode, mas deve ser aferida até mesmo pelos tribunais arbitrais”, de forma que mesmo em hipóteses de maior discricionariedade, poderão os tribunais arbitrais declarar a nulidade de atos praticados em desacordo com a ordem jurídica⁷⁴.

Em sentido similar dispõe Caldas (2020, p. 112-117), ao declarar que o mérito administrativo é um limite para a atuação jurisdicional, seja judicial, seja arbitral. Assim, “todos os parâmetros de controle aplicados pelo Judiciário, também devem ser observados na arbitragem” de forma que “mesmo possuindo interpretação pessoal divergente, devem os árbitros guardar deferência e entender legítima a decisão administrativa sempre que esta se mostrar razoável e tiver sido adotada com observância do devido processo legal”. Para o autor, o mérito do ato administrativo se apresentaria como um limite vertical à arbitrabilidade objetiva pois “embora condicione a atuação dos árbitros, não é analisado no âmbito da competência”⁷⁵. Em outras palavras, “estando o conflito contido no escopo de uma convenção arbitral, a

⁷³ “Assim, por exemplo, se a Administração Pública decidiu por exercer sua faculdade de aumentar o objeto do contrato em 25% em relação ao que inicialmente previsto (art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/1993), poderá o árbitro tomar conhecimento desse fato e, sendo ele incontroverso, julgar a respeito das consequências patrimoniais daí advindas, a fim de fixar o justo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Não poderá, porém, interferir na decisão administrativa, alterando, por exemplo, a porcentagem de aumento do objeto do contrato que havia sido fixada pela Administração” (MEGNA, 2019, p. 261).

⁷⁴ Em sentido similar, Sena (2021, p. 50): “O árbitro poderia avaliar aspectos formais, como, por exemplo, a observância do rito legal necessário à edição dos atos normativos de cunho geral produzidos pela Agência Reguladora e aspectos relacionados à observância da legalidade estrita relativa ao conteúdo do ato quando comparado com a política pública definida na lei; entretanto, não poderia revisar aspectos técnicos, de conveniência e de oportunidade ou estabelecer escolhas diferenciadas daquelas escolhas realizadas pela Agência Reguladora para decidir o conflito.”

⁷⁵ Para Caldas (2020, p. 112) o “mérito administrativo, por ser expressão de uma função, não é economicamente valorável e, dessa forma, não pode ser submetido à apreciação pelos árbitros”.

arbitragem é cabível em toda a extensão da matéria, mas, na profundidade da análise, os árbitros não poderão revisar o mérito administrativo”⁷⁶.

Em conclusão, não parece haver dúvidas de que o mérito administrativo – correspondente ao juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, pela autoridade que exerce o poder discricionário – deve permanecer livre de qualquer interferência de natureza jurisdicional, sendo, portanto, insindicável. O árbitro, assim como o juiz estatal, não poderá, por sentença, interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. Nesse sentido, a insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta, sim, como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional. Mas, note-se: isso não significa dizer que o mérito administrativo seja um limite à arbitrabilidade objetiva.

A Lei nº 9.307, de 1996, autoriza a administração pública direta e indireta a utilizar a arbitragem para dirimir “conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Se o mérito administrativo é um espaço de conveniência e oportunidade de escolha pela administração pública, no atendimento do interesse público, sendo insindicável, ou seja, insuscetível de controle jurisdicional, forçoso reconhecer que sobre o verdadeiro mérito administrativo jamais poderá sequer haver, de fato, um conflito. Em outras palavras, se o ordenamento jurídico garante à administração pública um espaço de escolha que não pode ser questionado por quem quer que seja, a ponto de não poder ser objeto de controle por uma autoridade detentora de poder jurisdicional (estatal ou privado), não se pode cogitar da existência de conflito sobre o

⁷⁶ Para o autor, critérios de verificação da arbitrabilidade construídos a partir de dicotomias como “direito administrativo primário vs. secundário” e “atos de império” vs. “atos de gestão” gerariam vedações, a seu ver, indesejadas aos poderes dos árbitros (2020, p. 108). Cita o seguinte exemplo para ilustrar sua posição: “Seguindo o entendimento dessa corrente, mesmo que praticada uma rescisão unilateral do contrato sem observância dos requisitos legais, os árbitros estariam impedidos de analisar essa ilegalidade. A parte privada não poderia pedir a declaração de ilegalidade e nem o tribunal arbitral reconhecer esse vício. Imagine-se o seguinte exemplo: O poder concedente declara a encampação de uma concessão (art. 37, da Lei nº 8.987/95), ou seja, pratica ato visando a retomada do serviço durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, sem que, contudo, tenha sido editada lei autorizativa específica. Ou seja, pratica o Poder Público um ato manifestamente ilegal. Uma expropriação sem base no ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, possuindo o contrato cláusula compromissória, se a concessionária desejar retomar o contrato, estaria ela impedida de fazer esse pedido ao tribunal arbitral? Os árbitros, por sua vez, não poderiam reconhecer a ilegitimidade da medida? Não se vislumbra qualquer motivo para essa vedação. Essa encampação indevida não é expressão do interesse público primário. Há, na verdade, sua violação. O Poder Público não possui um direito patrimonial indisponível de praticar atos ilegais. A impossibilidade de o tribunal arbitral reconhecer a ilegalidade do ato acarretará um prejuízo ainda maior para a sociedade, uma vez que o Poder Público deverá arcar com ampla indenização da concessionária, e, além disso, prestar diretamente ou fazer nova contratação do serviço. Menor prejuízo ao erário seria gerado se, reconhecida a nulidade, o contrato pudesse seguir seu curso natural.”

mérito administrativo, não fazendo sentido identificar o mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade.

Além disso, não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. Em primeiro lugar, porque, conforme Medauar (2020, p. 146), é o ato administrativo (e não qualquer um dos seus elementos considerados isoladamente) que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações. Em segundo lugar, porque nenhum elemento do ato administrativo, por si só, é economicamente valorável ou disponível e, dessa forma, não poderia ser submetido, individualmente, à apreciação pelos árbitros. Em terceiro lugar, se fosse possível afirmar que é o mérito administrativo que corresponde ao “direito indisponível” da administração pública para fins de limitação da arbitrabilidade objetiva, seria impossível pensar na existência de um ato administrativo inarbitrável. Todos os atos administrativos seriam passíveis de submissão à arbitragem. Como será visto no Capítulo 3, esse não parece ser um entendimento correto, havendo atos administrativos que, por não se enquadrarem nos critérios de patrimonialidade e disponibilidade, não são arbitráveis.

Note-se que não se nega que a observância da juridicidade não apenas pode, mas deve ser aferida no âmbito da jurisdição arbitral, ou seja, será possível aos árbitros avaliar a legalidade do ato administrativo. Mas como é o ato administrativo que produz efeitos jurídicos, e não um elemento seu considerado isoladamente, essa análise de legalidade pelos árbitros caberá em relação ao ato administrativo arbitrável, ou seja, apenas em relação a um ato administrativo que se enquadre no critério de arbitrabilidade objetiva será possível aos árbitros analisar a sua legalidade (se foi praticado pelo sujeito competente, se obedeceu a forma prevista em lei, se foi atendida a finalidade do ato ou se houve desvio ou excesso de poder, ou a veracidade dos motivos que levaram à sua prática).

Além disso, pensar no mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade não parece resultar num critério de grande utilidade prática. Identificar a efetiva “parcela” de mérito de um ato administrativo não é uma tarefa trivial. Conforme já relatado, a diferenciação da análise de mérito da análise de legalidade se mostra pouco útil para lidar com o atual modelo de atuação administrativa, especialmente quando levado ao campo da regulação ou, mesmo, da consensualidade, de forma que apenas após interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido é que o juiz ou o árbitro poderão concluir se estão ou não diante de verdadeira

discricionariiedade administrativa. Assim, considerando a necessidade de o julgador proceder a uma série de análises ao longo do procedimento para verificar se foram atendidos os limites da discricionariiedade administrativa (e, assim, identificar a existência ou não do verdadeiro mérito administrativo, insindicável), caso o mérito seja considerado critério de arbitrabilidade, apenas será possível ter uma resposta para a questão da arbitrabilidade do litígio ao final do procedimento arbitral, o que não se mostra nem um pouco conveniente em termos de efetividade da prestação jurisdicional.

1.3 Problemática atual: necessidade de revisitação dos critérios de arbitrabilidade objetiva fundados no regime jurídico dos contratos administrativos

1.3.1 O regime jurídico dos contratos administrativos, a consensualidade administrativa e o impacto na arbitrabilidade objetiva: noções preliminares

Se atualmente os contratos constituem meio relevante de que se vale a administração pública para cumprir suas atribuições, sendo firmados em setores estratégicos como telecomunicações, energia, infraestrutura aeroportuária, rodoviária, portuária, apenas para citar alguns, nem sempre foi indisputada a possibilidade de a administração pública ser parte de um contrato. Ensina Menezes de Almeida (2017, p. 329) que é “clássica, no Direito Administrativo, a discussão sobre a natureza contratual dos ditos contratos administrativos”. Tal afirmação causa certa perplexidade, ao mencionar a existência de discussão a respeito da natureza jurídica contratual de um contrato, ainda que se trate de um “contrato administrativo”. Não obstante, essa foi uma grande discussão no passado e é uma discussão que se coloca, em certa medida, ainda hoje.

Para Menezes de Almeida, a teoria civilista, que desenvolveu a noção de contrato no contexto da ideologia individualista que se fez dominante no século XVIII, teve como ênfase a autonomia da vontade e seu poder criador de obrigações. A visão individualista do contrato “tomava como essenciais da substância contratual a autonomia da vontade e elementos dela decorrentes, tais como a igualdade das partes e o estrito respeito à máxima *pacta sunt servanda*” (2012, p. 67). Essa visão impedia, para alguns, a aplicação do contrato às relações em que a administração pública fosse parte, entendimento fundamentado numa visão de superioridade do Estado em relação aos indivíduos (soberania estatal), sendo corolários dessa superioridade a ausência de isonomia entre eventuais vontades pública e privada dos contratantes e a

impossibilidade de o Estado negociar interesses soberanos (2012, p. 151)⁷⁷. No mesmo sentido é a lição de Medauar:

[...] nos primórdios da elaboração da teoria do contrato administrativo - início do século XX -, houve fortes resistências a essa ideia: alegava-se que a Administração não poderia celebrar contratos em virtude de sua posição de supremacia em relação ao particular; por outro lado, o atendimento do interesse público impediria todo tipo de vínculo contratual contínuo; e, ainda, as relações entre Administração e particulares só nasciam mediante atos administrativos. Essa resistência explicava-se pelas concepções que predominavam, no século XIX, a respeito da figura contratual, concepções essas elaboradas para o contrato entre particulares, regido pelo direito privado. Tais concepções centravam a essência do contrato na autonomia da vontade; por isso, o contrato vinha conceituado como acordo de vontades destinado a produzir efeitos jurídicos, havendo igualdade entre as partes e imutabilidade. (MEDAUAR, 2021, p. 227)

Assim, a noção de contrato administrativo é uma solução teórica, decorrente de uma progressiva construção, ou seja, de uma evolução histórica do modo de pensar da doutrina administrativista⁷⁸ “voltada a explicar a relação entre entes estatais e pessoas privadas para uma ‘colaboração voluntariamente consentida’, visando ao desempenho de funções estatais” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 154). Essa evolução teria, aos poucos, levado à aceitação pacífica da noção de que o Estado celebra contratos, de forma que algumas das principais teses a sustentar o contrário “encontram hoje raros apoiadores” (DI PIETRO, 2021, p. 259-260)⁷⁹.

⁷⁷ “Esta posição tende a separar de modo absoluto a esfera pública da esfera privada, tomando, explícita ou implicitamente, a noção de contrato como aquela individualista de certo período do Direito privado. E, por não vislumbrar seus tradicionais elementos ideológicos – autonomia da vontade, igualdade das partes e estrito respeito à máxima *pacta sunt servanda* - na relação da Administração com os particulares colaboradores no desempenho das funções estatais, afasta dessa relação a noção de contrato” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 151).

⁷⁸ Para Menezes de Almeida (2012, p. 152), a possibilidade de afirmação teórica do contrato administrativo pressupõe a troca, como fundamento do direito público, da noção de soberania, pela noção de serviço público. Edifica-se, assim, sobre elementos jurídico-estruturais herdados da teoria geral e do pensamento civilista francês de fins do século XIX e começo do século XX, desenvolvendo-se com o apoio de desdobramentos específicos trazidos por autores que conseguem desvencilhar-se de visões marcadas pelos elementos ideologicamente individualistas do contrato e pelo fundamento da soberania estatal para o direito administrativo: “Importante marco teórico para superação desse modo de se ver o Direito Administrativo centrado no viés autoridade surgiu no início do século XX, com Léon Duguit. Propôs tal autor, em essência, que a noção de soberania (*puissance publique*) do Estado fosse substituída pela noção de serviço público, como fundamento do Direito público, trocando assim a ênfase na ideia de um poder (direito) do Estado em si superior, pela ideia de governantes exercendo uma função social. Aliás, Duguit, em matéria de atos administrativos — substrato teórico a partir do qual se desenvolve a noção de contrato —, refuta o postulado da *puissance publique*, ou de *imperium*, para explicar a produção de seus efeitos de Direito. Em seu lugar, invoca a “conformidade do ato, em seu objeto e em sua finalidade, ao direito objetivo do grupamento social no interior do qual ele se produz” (MENEZES DE ALMEIDA, 2017, p. 327).

⁷⁹ Di Pietro (2021, p. 259-260) registra que os adeptos da corrente negacionista da existência de contratos administrativos “argumentam que o contrato administrativo não observa o princípio da igualdade entre as partes, o da autonomia da vontade e o da força obrigatória das convenções, caracterizadores de todos os contratos. Com relação ao primeiro, afirma-se não estar presente porque a Administração ocupa posição de supremacia em relação ao particular. Quanto à autonomia da vontade, alega-se que não existe quer do lado da Administração, quer do

Com o tempo, a ideia inicial de que o Estado não celebraria contrato (mas praticaria um ato unilateral, após o consentimento, também unilateral, do particular contratado), evoluiu para o entendimento de que o Estado, ao contratar, praticaria um misto de ato unilateral (quanto às cláusulas regulamentares) e contrato privado (quanto às cláusulas financeiras), chegando, atualmente, conforme menciona Menezes de Almeida (2017, p. 329-330), à afirmação de existência de um verdadeiro “contrato administrativo”.

De fato, no direito administrativo contemporâneo nada parece justificar a existência de controvérsia relevante na doutrina, a respeito da existência dos contratos administrativos quando leis específicas, como a Lei nº 8.987, de 1995, a Lei nº 14.133, de 2021 (que revogou a Lei nº 8.666, de 1996), dentre tantas outras, e até mesmo a própria Constituição Federal (a exemplo do art. 175)⁸⁰ estabelecem regras a disciplinar a pactuação de contratos pela administração pública. A existência de contratos administrativos é não apenas uma realidade como são eles instrumentos relevantíssimos que a administração pública dispõe para cumprir suas múltiplas funções. É certo, entretanto, que muito ainda se discute sobre as diferenças entre os contratos de direito administrativo e os contratos de direito privado, de modo geral a doutrina afirma a existência de um “contrato administrativo” sujeito a um regime especial, de direito público, exorbitante do direito privado, caracterizado pela existência de determinadas prerrogativas públicas, ao lado de contratos de direito privado celebrados pela administração pública⁸¹.

lado do particular que com ela contrata: a autoridade administrativa só faz aquilo que a lei manda (princípio da legalidade) e o particular submete-se a cláusulas regulamentares ou de serviço, fixadas unilateralmente pela Administração, em obediência ao que decorre da lei. Mesmo com relação às cláusulas financeiras, que estabelecem o equilíbrio econômico no contrato, alegam os adeptos dessa teoria que não haveria, nesse aspecto, distinção entre os contratos firmados pela Administração e os celebrados por particulares entre si. Quanto ao princípio da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*), seria também desrespeitado no contrato administrativo, em decorrência da mutabilidade das cláusulas regulamentares, que permite à Administração fazer alterações unilaterais no contrato. A autoridade administrativa, por estar vinculada ao princípio da indisponibilidade do interesse público, não poderia sujeitar-se a cláusulas inalteráveis como ocorre no direito privado”.

⁸⁰ Em posição contrária, Bandeira de Mello (2021, p. 686) declara que “no Direito Brasileiro, a concessão, e especificamente a de serviço público, tem sido sempre nominada, ainda que impropriamente, de *contrato*, quer na doutrina, quer nos textos positivos. Quanto a estes, é o que ocorre, e.g., na própria Constituição (art. 175, parágrafo único) e na Lei 8.987, de 13.2.1995, diploma que regula o instituto entre nós”.

⁸¹ Di Pietro (2021, p. 260) destaca que vários são os critérios apontados para distinguir o contrato administrativo do contrato de direito privado: “1. alguns adotam o critério subjetivo ou orgânico, entendendo que no contrato administrativo a Administração age como poder público, com poder de império na relação jurídica contratual; não agindo nessa qualidade, o contrato será de direito privado; 2. para outros, o contrato administrativo tem sempre por objeto a organização e o funcionamento dos serviços públicos; se tiver por conteúdo a prestação de atividade privada, será contrato de direito civil; 3. há quem diferencie o contrato administrativo pela finalidade pública, o que é contestado, sob a alegação de que a Administração, mesmo agindo sob regime jurídico privado, tem que agir

Assim, atualmente, de acordo com Di Pietro (2021, p. 260) a maioria dos administrativistas brasileiros “admite a existência dos contratos administrativos, com características próprias que os distinguem do contrato de direito privado”⁸². Para Medauar (2021, p. 227), a teoria do contrato administrativo firmou-se sob bases próprias, de forma que a igualdade das partes e a imutabilidade deram lugar a um contrato em que uma das partes dispõe de determinadas prerrogativas, a fim de assegurar o interesse público, sendo uma delas a possibilidade de alterar unilateralmente o contrato. Para Bacellar Filho (2019, p. 156), o contrato é categoria jurídica que se insere no Direito, portanto não pertence com exclusividade nem ao ramo do direito privado, nem ao ramo do direito público, antes resulta de acordo de vontades e importa criação de obrigações. Entretanto, quando o estudo do contrato se dá na esfera do direito público “é inobjetablel sua subordinação às regras e às peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições”. Para Justen Filho (2023, p. 297), a evolução do pensamento jurídico conduziu ao reconhecimento de que “o contrato administrativo apresenta natureza específica, sem se identificar com o contrato de direito privado”, de forma que “as duas figuras apresentam alguns pontos em comum”, mas “o contrato administrativo é dotado de peculiaridades próprias”. Para Bandeira de Mello (2004, p. 573), o contrato administrativo é uma avença em que a “permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”. Já para Menezes de Almeida, a “diferença a caracterizar o regime publicístico decorre, essencialmente, do caráter unilateral autoexecutório das medidas, menos marcada, é certo, no caso da fiscalização” (2012, p. 223)⁸³.

com esse objetivo, sob pena de incidir em desvio de poder; 4. outros entendem que é o procedimento de contratação que caracteriza o contrato administrativo, o que também não corresponde à verdade porque existem algumas formalidades que são exigidas, não pela natureza do contrato, mas pela presença da Administração e pela finalidade pública que ela tem que atender; é o caso da licitação, da forma, da motivação, da publicidade; 5. Finalmente, há aqueles para os quais o contrato administrativo se caracteriza pela presença de cláusulas exorbitantes do direito comum, assim chamadas porque estão fora da órbita (ex orbita) do direito comum e cuja finalidade é a de assegurar a posição de supremacia da Administração em relação ao particular; assim são as cláusulas que asseguram o poder de alteração unilateral do contrato, a sua rescisão unilateral antes do prazo, a imposição de penalidades administrativas e tantas outras analisadas além.”

⁸² Para Di Pietro (2021, p. 268) é possível definir os contratos administrativos como “os acordos de que a Administração Pública é parte, sob regime jurídico publicístico, derogatório e exorbitante do direito comum. São suas características (1) presença da administração pública como Poder Público; (2) finalidade pública; (3) obediência à forma prescrita em lei; (4) procedimento legal; (5) natureza de contrato de adesão; (6) natureza *intuitu personae*; (7) presença de cláusulas exorbitantes; (8) mutabilidade”.

⁸³ “Estas prerrogativas inerentes às relações de Direito público sintetizam-se na ideia de autoexecutoriedade da ação administrativa” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 352).

Mas a doutrina dos contratos administrativos está longe de ser estática. Para Estorninho (1990, p. 151), aos poucos foi sendo consolidada a consciência de que os contratos administrativos não possuem um carácter tão exorbitante quanto num primeiro momento se tinha pensado e, ao mesmo tempo, foi verificada a necessidade de sujeitar os contratos jurídico-privados da administração pública a determinadas vinculações de direito público, de forma que a doutrina caminha rumo à “uniformização do regime jurídico aplicável a todos os contratos da Administração”.

Também para Menezes de Almeida (2012, p. 67-68), o “aumento da complexidade dos ‘contratos administrativos’ deve levar a um novo patamar de convergência teórica na essência substancial do contrato”. Devem ser entendidos como elementos substanciais do contrato, do ponto de vista estrutural, a existência de um acordo de vontades de partes diversas, com o objetivo de criar uma situação jurídica individual e, do ponto de vista funcional “o respeito à palavra consensualmente dada, garantindo-se a confiança dela decorrente e, em última análise, a paz social”. E essas considerações valem tanto para o contrato administrativo como para o contrato civil. Para o autor:

[...] pode-se dizer que esse fazer e cumprir promessas com condão de trazer segurança ante as incertezas do futuro e de manter a coesão das relações humanas; essa coerência pacificadora, tomada como fidelidade à norma pactuada; esse consenso tácito quanto à pertinência à comunidade humana, levando ao respeito às leis, daí se compreendendo o *pacta sunt servanda* como fundamento do Direito; esse sentido convencional da constituição do ordenamento jurídico, todos esses elementos correlacionados têm como desdobramento específico, numa escala reduzida, o fenômeno do contrato”. (MENEZES DE ALMEIDA, 2021, p. 100)⁸⁴

Não se pode ainda deixar de ressaltar que vivemos um momento no qual tem sido altamente valorizada, por ser reconhecidamente mais efetiva para o atendimento do próprio interesse público, a atuação mais consensual e menos impositiva da administração pública.

Para Moreira Neto (2008, p. 2), é inegável que a renovada preocupação com o consenso, como forma alternativa de ação estatal, representa para a política e para o direito uma benéfica renovação, pois contribui para aprimorar a governabilidade (eficiência), propicia mais freios contra abusos (legalidade), garante a atenção de todos os interesses (justiça), proporciona

⁸⁴ Também para Grau (2013) os contratos instrumentalizam a instalação de segurança nas relações negociais travadas entre as partes que dele participam e por ele se obrigam, vinculando-se, em termos jurídicos, entre si. “A consecução dessa segurança, em relação aos vínculos contratuais – todos eles, contratos privados ou administrativos – presta-se o contrato, instituto primordial do chamado direito moderno”.

decisão mais sábia e prudente (legitimidade), evita os desvios morais (licitude), desenvolve a responsabilidade das pessoas (civismo) e torna os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecido (ordem).

Conforme lição de Marques (2015, p. 386) os comandos legais, diante das complexas relações a serem disciplinadas, não servem mais para planificar e reger, plena e satisfatoriamente a atuação administrativa, que está condicionada também aos mais diversos pactos, contratos, termos de ajuste de conduta e pactos regulatórios, travados dentro do que se convencionou chamar de “módulos consensuais”. Há um deslocamento do ato de autoridade para a negociação, que passa a plasmar o procedimento, que por sua vez se convola em processo administrativo, com a participação potencialmente aberta de todos os interesses enredados na atividade administrativa. Tal característica, para além de reforçar a importância da atividade administrativa na composição e no arbitramento dos diferentes interesses públicos e privados, coloca o instrumento contratual em posição de central importância para o direito administrativo.

Para Menezes de Almeida (2017, p. 326-329), o consenso tem íntima relação com a democracia e o Estado, como fenômeno político, e a administração pública, como parte desse fenômeno, deve dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade, de forma que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo deve ser a substituição dos mecanismos de imposição unilateral (tradicionalmente ditos de “império”) por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, respeitando-se os limites da legalidade. Os mecanismos jurídicos de consenso são praticados pela administração pública e cada vez mais se fazem presentes na ação administrativa⁸⁵.

Também para Lemes (2007, p. 51) a administração pública foi democratizada, “com participação dos cidadãos nos órgãos de deliberação e de consulta e pela colaboração entre público privado na realização das atividades administrativas do Estado”. Num contexto de privatização com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e permitir que a administração Pública atue com eficiência “iniciam-se diversas formas de contratações públicas, entre elas as

⁸⁵ Para Menezes de Almeida, “o consenso, como elemento das ordens social e política, reflete-se na ordem jurídica em alguns mecanismos, dos quais se destaca a convenção. Convenção é expressão usada em geral pela doutrina para designar, como gênero, os acordos de vontade, de dois ou mais sujeitos, geradores de efeitos de Direito. Nesse sentido, convenção inclui tanto os contratos — fenômeno de Direito interno — como tratados internacionais. Ocorre que, para alguns autores, no plano do Direito interno, todo contrato é uma convenção, mas nem toda convenção é um contrato. Poderíamos, assim, ver entre convenção e contrato uma relação de gênero e espécie”.

parcerias público-privadas; substitui-se a Administração Pública de atos unilaterais (a Administração Pública autoritária), verticalizada e hierarquizada, para transformá-la na Administração Pública consensual.”

E, para Grotti (2017), o “movimento da contratualização diz respeito à passagem da Administração autoritária à Administração soberana consensual”, de forma que estamos diante de “uma nova mentalidade que está em expansão, onde o acordo aparece em substituição aos atos unilaterais de autoridade, trazendo à lume o que se tem chamado de Administração Pública consensual”.

Assim, parece que, se antes havia uma noção de que a melhor forma de realizar o interesse público era pela prática de atos unilaterais e impositivos pela administração pública, ou seja, pelo exercício de poderes ou competências sem os quais a administração pública não conseguiria atingir seus objetivos⁸⁶, o que chegou a levar, inclusive, à negação da possibilidade de administração pública firmar contratos, atualmente essa noção muda radicalmente. É bastante claro, no contexto das relações jurídicas contemporâneas, e diante de uma sociedade extremamente complexa e dinâmica, que a concretização do interesse público é mais eficientemente alcançada por meio da atuação consensual da administração pública, atuação esta que tem no instrumento contratual uma de suas mais significativas expressões⁸⁷. É nesse

⁸⁶ Para Bielsa (1950, p. 112-114): “Es decir, que la Administración pública no se inviste de su calidad de poder administrador por sólo conservar ese privilegio y su carácter de persona pública, sino porque él le permite ejercer medios de derecho público, de poder en suma, para asegurar la mejor ejecución del contrato (así la multa, la ejecución por substitución, la revocación, etc.), es decir, la mejor realización del interés público”. O entendimento do autor tem reflexos diretos no seu entendimento a respeito das matérias arbitráveis, mesmo num contexto contratual: “En principio, la Administración pública no debe someter la interpretación de los contratos ni la determinación de las obligaciones a la decisión arbitral, pues ello contraría la naturaliza misma de los actos administrativos, que son manifestaciones de voluntad dirigidas a crear, modificar o extinguir derechos administrativos. Por eso, aun en los casos en que no se ha previsto totalmente el régimen de ejecución del contrato, o bien cuando el incumplimiento de la parte que ha contratado con la Administración pública pide una especial determinación, la Administración decide por sí misma. (...) Así, pues, según lo expuesto no puede ser sometida a la decisión arbitral la determinación del régimen de prestación de un servicio público cuando ese régimen se ha organizado en consideración a una necesidad pública (*necessitas suprema lex est*); ni tampoco puede serlo la forma de ejercicio del poder de policía general, ni del poder de policía del servicio público; ni las tarifas básicas de precios del servicio al público; y menos aún la forma de control que la Administración debe ejercer sobre el otro contratante (sea concesionario, contratista de obra o proveedor). En suma: todo lo que entra en el concepto del poder de policía y de poder impositivo es extraño a la decisión arbitral. No se excluye tampoco de este concepto general la elección de los medios de contralor y de vigilancia de la Administración pública, el examen de los libros del concesionario, si ello es presupuesto de revisión de las tarifas, etc. El poder administrador (poder de policía, financiero, de organización jerárquica y disciplinaria) es manifestación de imperio y, por lo tanto, irrenunciable por convenio o pacto. Es la protección del orden público lo que impone esta solución.”

⁸⁷ Para Schirato e Palma (2011), a “tomada de decisões, exercício da função administrativa e resolução de conflitos travados na esfera pública, embora passíveis de atos administrativos unilaterais, podem ser objeto de incidência de consensualidade (...) cada vez mais se entende não haver, necessariamente e em todos os casos, a supremacia

contexto que se insere a problemática da arbitrabilidade objetiva dos litígios surgidos no âmbito de contratos administrativos.

A doutrina dos contratos administrativos, com todas as suas peculiaridades, será aprofundada no Capítulo 2 para que seja possível, no Capítulo 3, chegar a conclusões a respeito da questão da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a administração pública. Por enquanto, essa breve apresentação se presta a introduzir a discussão, relevante, atual e de aplicação prática, pois fundamenta as principais correntes doutrinárias que propõem soluções para a identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Em linhas gerais, afirma-se que é arbitrável aquilo que pode ser objeto de contratação pelo ente público. Ocorre que há ainda significativa controvérsia a respeito de qual seria o conteúdo do contrato administrativo que possui natureza efetivamente contratual. Assim, enquanto alguns doutrinadores afirmam que as prerrogativas da administração pública, as chamadas “cláusulas exorbitantes”, assim como as cláusulas regulamentares dos contratos administrativos, devem ser deixadas fora do alcance da arbitrabilidade objetiva por constituírem “atos de império” da administração, pois despidos de natureza jurídica contratual, outros afirmam que, no âmbito de uma relação contratual a administração pública não pratica “atos de império”, mas tão somente “atos de gestão”, de forma que todas as controvérsias relacionadas a um contrato administrativo seriam arbitráveis. Esses posicionamentos serão analisados a seguir.

1.3.2 A dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva e sua incapacidade de garantir uma prestação jurisdicional efetiva

Ensina Bandeira de Mello (2021, p. 308) que no Brasil, “como em geral ocorre nos vários países, não há definição legal de ato administrativo”. Na ausência de lei que o defina, a noção de ato administrativo acaba sendo fruto de concepção ideológica e só existe nos países em que se reconhece a existência de um regime jurídico-administrativo, a que se sujeita a administração pública. Onde não existe o reconhecimento de um regime jurídico-

da Administração Pública sobre particulares na realização das funções precípua da Administração Pública.” Também para Megna (2019, p. 102-105) para se valer de fórmulas de direito privado, negociais, é indispensável que a administração pública entre em acordo de vontades com o particular, sendo possível afirmar que há integração de vontades nos negócios da administração (assim, quando se diz que na administração pública não há liberdade nem vontade, quer-se dizer que a administração é animada pelo interesse de toda a coletividade, desconectado de razões pessoais).

administrativo, os atos praticados pela administração pública são atos de direito comum, iguais aos praticados pelos particulares sob o regime jurídico de direito privado.

Assim, a definição do que seja o ato administrativo acaba sendo uma construção doutrinária. Para Di Pietro, o ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle do Poder Judiciário” (2021, p. 209)⁸⁸. Para Medauar (2020, p. 146), o ato administrativo constitui “um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”. Para Bandeira de Mello (2021, p. 315), ato administrativo é “declaração do Estado (ou de quem lhe faça a vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

Na doutrina dos atos administrativos uma classificação se destaca, especialmente para os fins do presente trabalho: aquela que divide os atos administrativos entre “atos de império” e “atos de gestão”.

Os “atos de império” seriam os praticados pela administração pública “com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum” (DI PIETRO, 2021, p. 212)⁸⁹. Muitas atuações administrativas seriam dotadas de imperatividade, que seria o atributo pelo qual os atos administrativos podem ser impostos a terceiros, independentemente de sua concordância. *Imperium* significaria, em essência, a possibilidade de emitir comando dirigido a outrem e de executar coativamente o próprio comando. Nesse sentido, a autoexecutoriedade consistiria “em atributo pelo qual o ato

⁸⁸ Para Di Pietro (2021, p. 205) “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da administração”. Dentre tais atos da administração encontram-se atos de direito privado, atos materiais, atos de conhecimento, opinião ou juízo de valor, atos políticos, atos normativos e também os contratos e os atos administrativos propriamente ditos. Ainda de acordo com a autora, a depender do critério mais ou menos amplo que se utilize para conceituar o ato administrativo, nele se incluirão ou não algumas das categorias de atos da administração. Isso faz com que os conceitos de ato da administração e ato administrativo sejam circulares, podendo estar um contido no outro.

⁸⁹ Para Meirelles (2016, p. 89): “‘Ato de império’ é todo aquele que contém uma ordem ou decisão coativa da Administração para o administrado, como o é um decreto expropriatório, um despacho de interdição de atividade ou uma requisição de bens”.

administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2021, p. 212)⁹⁰.

Para Medauar (2021, p. 110-111), para que a administração pública possa realizar o conjunto das atividades que lhe cabem no cumprimento de seu papel na vida coletiva, o ordenamento jurídico lhe confere poderes e, no aspecto relacional da administração pública com particulares, “o poder da primeira sobre os segundos acarreta a imposição de condutas, de ônus, de encargos, de sanções, e a restrição ao exercício de direitos e atividades, sempre com fundamento legal”. Para Medauar, a autoexecutoriedade do ato se justificaria pela “necessidade de que o atendimento imediato e contínuo do interesse público não seja retardado por manifestações contrárias de quem quer que seja” (2020, p. 140-152).

Os “atos de gestão”, por sua vez, para Di Pietro (2021, p. 229) “são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços”. Como não diferem a posição da administração pública e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. De acordo com Grotti (2017) a distinção entre “atos de império” e “atos de gestão” “leva em conta serem os atos praticados no gozo de prerrogativas de autoridade no primeiro caso e sem o uso de poderes comandantes no segundo”⁹¹. Ou seja, conforme Bandeira de Mello (2021, 350),

⁹⁰ De acordo com Di Pietro (2021, p. 212-213), a autoexecutoriedade não existe em todos os atos administrativos, sendo possível apenas quando expressamente prevista em lei ou quando se trata de medida urgente. Declara que “em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, a encampação etc.” Ensina que alguns autores desdobram a autoexecutoriedade em duas: a exigibilidade, pela qual a administração toma decisões executórias criando obrigação para o particular sem necessitar ir preliminarmente a juízo; e a executoriedade, que permite à administração executar diretamente a sua decisão pelo uso da força. “O que é importante ressaltar é que, em ambas as hipóteses, a Administração pode autoexecutar as suas decisões, com meios coercitivos próprios, sem necessitar do Poder Judiciário. A diferença, nas duas hipóteses, está apenas no meio coercitivo; no caso da exigibilidade, a Administração se utiliza de meios indiretos de coerção, como a multa ou outras penalidades administrativas impostas em caso de descumprimento do ato. Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive de força.” Assim, embora “se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminarmente a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial a posteriori, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo”. Para Justen Filho (2021, p. 1286), a autoexecutoriedade “retrata um modo de autotutela administrativa que obedece estritamente ao princípio da legalidade e, em virtude de sua lesividade potencial, obedece ao princípio da proporcionalidade. Para o autor, não há autoexecutoriedade sem lei que a preveja e quando existir alternativa útil e igualmente eficaz às finalidades de execução e menos lesiva aos diversos interesses em jogo. “Significa que, fora de situações emergenciais e daquelas em que a lei tenha autorizado a Administração a valer-se do uso da força, não há autoexecutoriedade na atividade administrativa”.

⁹¹ Sundfeld e Câmara (2013, p. 257): “É tradicional no direito administrativo a distinção entre ‘atos de império’ e ‘atos de gestão’. Os primeiros dizem respeito a matérias inerentes ao Estado, que corresponderiam ao plexo de interesses “indisponíveis” do Poder Público. Os outros envolvem os atos de mera administração. São despidos de

apenas os “atos de império”, e não os “atos de gestão”, seriam “verdadeiramente atos administrativos”.

Como conceituado por Meirelles:

“*Atos de gestão*” são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. Esses atos serão sempre de *administração*, mas nem sempre *administrativos típicos*, principalmente quando bilaterais, de alienação, oneração ou aquisição de bens, que se igualam aos do Direito Privado, apenas antecedidos de formalidades administrativas para sua realização (autorização legislativa, licitação, avaliação, etc.). (MEIRELLES, 2016, p. 191)

Bandeira de Mello (2021, 350), entretanto, ressalta que a distinção entre “atos de império” e “atos de gestão” “está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata, e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do Estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos)”⁹². Na mesma linha, Di Pietro (2021, p. 230) ressalta, ainda, a dificuldade de enquadrar como “ato de gestão” todos os atos praticados pelo poder público na administração do patrimônio público e dos seus serviços, sendo admitida a aplicação do regime jurídico de direito público quando a administração celebra contratos para o uso de bens públicos ou a concessão de serviços públicos ou quando impõe normas para a realização dos serviços concedidos⁹³.

A despeito disso, muitos doutrinadores adotaram a classificação para fins de determinação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública.

prerrogativas especiais, cujo objetivo é fixar relações jurídicas normais (de direito comum) entre a administração e outras pessoas jurídicas”. Também para Godoy (2018, p. 152) “Os ‘atos de império’ são aqueles que a Administração pratica com caráter coercitivo sobre os administrados. São exemplos a interdição de um estabelecimento e a desapropriação por interesse público ou social. Já os ‘atos de gestão’ são praticados sem poderes de comando, revestindo-se de caráter eminentemente privado, bem ilustrados pela alienação de bens da Administração e pela locação de imóveis para servir como sede de órgãos ou entidades”.

⁹² No mesmo sentido, Grotti (2017).

⁹³ Bandeira de Mello (2021, 350), sobre a classificação dos atos administrativos entre “atos de império” e “atos de gestão”, declara que: “(...) anacronicamente, e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de direito privado. Hoje, com certa similaridade, porém maior precisão, fala-se em atos de Direito Privado praticados pela Administração e atos regidos pelo Direito Público.” Tonin (2019, p. 141) ressalta: “Assim como a distinção entre interesses públicos primários e secundários, apartar ‘atos de império’ e ‘atos de gestão’, cuja classificação se origina do direito francês, restou dificultada na prática, além de não abranger todos os atos que a administração pratica.” Para Marolla (2016, p. 119): “A imprecisão e a inexatidão da distinção também motivaram o abandono do critério. Na prática, mostra-se extremamente difícil, quiçá impossível, enquadrar como ‘ato de gestão’ todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e de seus serviços, pois num e noutro caso a Administração pode agir com seu poder de império”.

Lemes (2007, p. 146), declara que em decorrência de “disposição legal aplicável aos contratos administrativos, a Administração Pública goza de certos poderes que destoam das regras atinentes às contratações eminentemente privadas”. Nessa linha, afirma que são insuscetíveis de arbitragem as questões que dizem respeito às atribuições de *jure imperii* e, indo ainda um pouco mais longe, declara que “a administração pública não deve submeter a interpretação dos contratos nem a determinação das obrigações à decisão arbitral, pois contrariam a própria natureza dos atos administrativos, que são manifestações de vontades dirigidas a criar, modificar ou extinguir direitos administrativos⁹⁴”(1999, p. 193).

Assim, para a autora, não são matérias que possam ser submetidas à arbitragem decisões da administração pública “quanto à pertinência ou legitimidade de particularidades dos contratos administrativos, tais como as que giram em torno das denominadas “cláusulas exorbitantes”, como a decisão de rescindir unilateralmente o contrato, a de rever seu objeto e escopo”. Em outras palavras, as prerrogativas da administração pública estariam fora do alcance da jurisdição dos árbitros. Isso porque são “decorrentes das necessidades da Administração na consecução das finalidades públicas e podem advir de decisões discricionárias, que não compete, ao árbitro, como igualmente ao juiz, discutir e avaliar a conveniência ou oportunidade da sua adoção” (2007, p. 146). Nos “atos de gestão”, por outro lado, haveria “ampla margem para a utilização da arbitragem” (2007, p. 135).

Seguindo esse raciocínio, não sendo possível ao árbitro examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, a autora admite que administração pública pode se submeter à arbitragem, mas declara que seria conveniente que o fizesse quando se tratasse das consequências patrimoniais dos seus atos⁹⁵. Em outras palavras, nada impediria o árbitro de

⁹⁴ Para Ferreira e Oliveira (2019, p. 155) a validade dos atos administrativos não é suscetível de arbitragem no Brasil. Também para Andrade e Magalhães (2020): “Nesse contexto, é possível visualizar as controvérsias entre o poder concedente e a concessionária sob vários aspectos, como exercício do poder administrativo por parte da Administração, exercício de opções discricionárias por parte da Administração, mas, de todas essas condutas administrativas no âmbito da concessão, tem-se a perspectiva da arbitrabilidade focada exclusivamente no cenário patrimonial, aferível diretamente da controvérsia contratual, de modo que a arbitragem vai abranger, na solução da controvérsia, apenas a temática patrimonial direta, o aspecto econômico-financeiro da atuação das partes e não, por exemplo, a anulação de ato administrativo ou a declaração de nulidade de ato administrativo.”

⁹⁵ Para Lemes (2003): “nos contratos de concessão de serviço público, tudo que diga respeito, tenha reflexo patrimonial e esteja relacionado ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato será suscetível de ser dirimido por arbitragem. Seja quando o objeto do contrato de concessão referir-se a obras de construção civil ou à prestação de serviços públicos (efeitos patrimoniais). Por outro lado, as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível e, portanto, sujeitas à dirimência da jurisdição estatal.” No mesmo sentido já dispunha Bielsa (1950, p. 293-294), afirmando que seriam “nulas todas las cláusulas de los contratos de concesión que sometían a la jurisdicción arbitral las materias o

decidir sobre as consequências patrimoniais advindas do exercício das prerrogativas da administração pública, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁹⁶. Afinal,

[...] apesar dessas particularidades (“cláusulas exorbitantes”), estes contratos quanto ao mais são, nas relações obrigacionais com consequências econômicas, idênticos aos contratos em geral regulados na área cível. (...) Assim, pode-se dizer que as questões referentes à interpretação dos contratos na fase de execução, bem como após, em sede de rescisão, são matérias de ressonância patrimonial e sujeitas a arbitragem. (...) Constitui, igualmente, mister do árbitro interpretar a abrangência das cláusulas contratuais no que concerne aos seus efeitos econômicos e patrimoniais. Assim, pode o árbitro ser instado a decidir se determinados serviços estão ou não previstos e abrangidos pelo contrato. (...) Não há nesta área contratual espaço para a atuação da Administração Pública como “poder”, mas como simples “contratante privada”. É em torno desta órbita que gravita a competência do árbitro. (LEMES, 2007, p. 148).

Para Sundfeld e Câmara (2013, p. 257), seria possível afirmar que a intenção da Lei nº 9.307, de 1996, foi reservar para seu escopo as matérias objeto de “atos de gestão”, excluídos de sua abrangência aqueles temas que são objeto de “atos de império”. Ressaltam que a titularidade do serviço público é irrenunciável e, estando fora do plexo de direitos negociáveis do Estado, constitui matéria inarbitrável. Assim, é passível de contratação e, conseqüentemente, submissão à arbitragem, tudo que estiver relacionado à exploração econômica do serviço⁹⁷,

atribuciones que importan el ejercicio de un poder de autoridad o imperio, y respecto de las cuales no se puede transigir. (...) Toda atribución *jure imperii* del Estado (propia o común); todo lo que emane del poder de policía, se ejerce en bien de la seguridad pública (o la higiene, o la moralidad o el bienestar) y, por consiguiente, no es renunciable ni objeto de transacción; por ello tampoco puede someterse a árbitros. (...) la Administración pública no debe someter la interpretación de los contratos ni la determinación de las obligaciones a la decisión arbitral, pues ello contraría la naturaleza misma de los actos administrativos, que son manifestaciones de voluntad dirigidas a crear, modificar o extinguir derechos administrativos.” Também para Dinamarco (2013, p. 88): “Prevalece sempre, porém, a ressalva de certos direitos ou relações nas quais o Estado aparece no exercício do *imperium* que lhe é próprio, figurando os indivíduos em uma situação de sujeição aos atos da autoridade. Nesses casos, sendo indisponível o direito do Estado, exclui-se a arbitragem, não em direta contemplação da presença do ente estatal, mas em razão do objeto do litígio”.

⁹⁶ Para Andrade e Magalhães: “(...) deve-se reconhecer, na esteira da melhor doutrina italiana, que a dificuldade de traçar limites precisos dos confins entre disponibilidade e indisponibilidade de direitos não deve levar ao esvaziamento da arbitragem envolvendo a Administração Pública, mas, sim, encorajar o intérprete a superar as barreiras teóricas tradicionais para caminhar na direção do reconhecimento da possibilidade da arbitragem em todas as questões jurídicas de caráter patrimonial, tal como ocorre nos cenários ora apresentados no âmbito de controvérsias surgidas em contratos de concessão, especialmente porque, nos casos destacados anteriormente, trata-se de decidir sobre aspectos patrimoniais ou indenizatórios, ainda que decorrentes do exercício do poder administrativo”.

⁹⁷ Tácito (2014) segue o mesmo entendimento, declarando que se é permitido à administração pública pactuar relações com terceiros, especialmente mediante a estipulação de cláusulas financeiras, nem todos os contratos administrativos envolvem, necessariamente, direitos indisponíveis da administração, e a solução amigável é fórmula substitutiva do dever primário de cumprimento da obrigação assumida. Portanto, assim como é lícita, nos termos do contrato, a execução espontânea da obrigação, “a convenção da arbitragem será meio adequado de tornar efetivo o cumprimento obrigacional quando compatível com a disponibilidade de bens”.

quando “não há qualquer tratativa sobre questões de império, ou seja, sobre temas insuscetíveis de negociação”⁹⁸.

No mesmo sentido, Marolla (2016, p. 237-240) afirma que os “atos de império” são praticados com prerrogativas em relação aos particulares, em um regime exorbitante do direito comum ou privado, e os “atos de gestão” são atos de mera administração, que decorrem do poder de gerência dos bens e serviços públicos, em relação aos quais a atuação do ente público se dá sem o uso de prerrogativas especiais, aplicando-se o direito comum. Assim, os “atos de império”, em razão das prerrogativas, não poderiam ser submetidos à arbitragem, enquanto seriam abrangidos pela arbitrabilidade objetiva os “atos de gestão”⁹⁹. Mas a limitação à arbitragem “cinge-se à discussão da atuação da Administração, não abrangendo as decorrências patrimoniais do *ius imperium* na órbita jurídica dos contratados ou administrados”. Para a

⁹⁸ “Como se sabe, a titularidade do serviço público é irrenunciável. Este aspecto de seu regime jurídico está realmente fora do plexo de direitos negociáveis do Estado. Isso, porém, não significa dizer que tudo o mais que seja relacionado à prestação de serviços públicos não possa vir a ser objeto de contratação e, conseqüentemente, de compromisso arbitral. Ninguém discute que a prestação de serviços públicos pode ser objeto de delegação a particulares, o que se faz mediante contratação. Logo, os direitos oriundos da exploração do referido serviço por terceiros são, indiscutivelmente, passíveis de negociação. Preços, condições de pagamento, cronograma de investimento, financiamentos, enfim, tudo que estiver relacionado à exploração econômica do serviço pode ser objeto de contratação e, nesta condição, ter seus conflitos dirimidos por arbitragem, se as partes assim pactuarem. As condições de exploração são objeto de negociação desde um primeiro momento, quando o poder concedente delega o serviço do qual é titular para ser explorado por terceiros. As condições econômicas de prestação do serviço são determinadas contratualmente entre o poder concedente e as empresas. Depois, no relacionamento de tais empresas com outros agentes de mercado, mais uma vez, o que se tem é a livre disposição sobre condições econômicas. Nesses casos, não há qualquer tratativa sobre questões de império, ou seja, sobre temas insuscetíveis de negociação. As partes envolvidas definem, fazendo uso de seu respectivo poder de autotutela, quais as condições econômicas do relacionamento. A duração do contrato, a remuneração do contratado e as condições de pagamento, multas pecuniárias e, se assim dispuserem, a sujeição do contrato à arbitragem são exemplos de temas que, embora digam respeito à prestação de um serviço público, podem perfeitamente ser objeto de negociação entre as partes envolvidas. Trata-se do que, na terminologia empregada na Lei de Arbitragem, é denominado de “direito disponível”, isto é, direito negociável, passível de estipulação em contrato e, conseqüentemente, de ser objeto de procedimento arbitral. A sujeição desse tipo de pacto a uma decisão arbitral não interfere minimamente em questões de império (fora do comércio) relativas ao serviço público. Deveras, nenhum aspecto da titularidade dos serviços é posto em xeque com a sujeição desses contratos a um juízo arbitral.” (SUNDFELD; CÂMARA, 2013, p. 263-264).

⁹⁹ Para a autora (2016, p. 129): “Dessa forma, todas as vezes em que a atuação administrativa decorrer dos poderes que foram outorgados à Administração, a arbitragem estará afastada, porque, nesses casos, o Estado age no exercício do *imperium* que lhe é próprio, figurando os indivíduos em uma relação de sujeição aos atos de autoridade. De outro lado, quando a atuação administrativa puder se dar sem o uso de prerrogativas de autoridade, a arbitragem será cabível. As prerrogativas outorgadas à Administração visam à consecução do interesse coletivo, sendo desconhecidos na esfera do direito privado. Por se tratar de parcela do poder soberano do Estado materializado e ato emanado de autoridade, somente podem ser analisados e julgados por outra autoridade, também investida de parte do poder estatal. Não se admite que particulares, destituídos de poder, decidam sobre medidas de polícia ou sobre o poder de expropriar, de requisitar bens e serviços, de ocupar temporariamente imóvel alheio ou de alterar e rescindir unilateralmente o contrato em razão do interesse público. Daí porque apenas o Poder Judiciário teria legitimidade para apreciar conflitos de interesses decorrentes da atuação estatal realizada em razão das prerrogativas”.

autora, também as cláusulas econômicas “identificam-se com os ‘atos de gestão’ em razão de sua natureza contratual, sendo disponíveis nos termos da lei”.

Para Megna (2019, p. 161) “no âmbito contratual há cláusulas que não são disponíveis convencionalmente, como aquelas que decorrem de lei e/ou encerram poderes discricionários da Administração”, por exemplo, as “‘cláusulas exorbitantes’ e cláusulas regulamentares, cuja competência para seu exercício, como toda competência, é irrenunciável”¹⁰⁰. Ressalvados esses casos, “as demais cláusulas obrigacionais admitem, a princípio, julgamento por arbitragem”. Para o autor, essa ideia remete à classificação que separa os “atos de gestão” dos “atos de império”, que são critérios que se preocupam em verificar, objetivamente, a situação jurídica da administração em determinada relação. A diferenciação entre “atos de império” e “atos de gestão” teria utilidade por excluir todos os “atos de império” da solução arbitral (o que, note-se, não significaria excluir suas repercussões patrimoniais, como a respectiva indenização). Assim, o objeto de investigação da arbitrabilidade objetiva ficaria reduzida aos “atos de gestão”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Esse também parece ser o entendimento de Bockmann (2022, p. 50): “Muito embora existam cláusulas expressamente previstas em lei, as quais criam competências públicas, o que se dizer das definidas diretamente no contrato? A resposta dependerá do conteúdo dessas cláusulas: se forem densificações do regime estatutário a competência já existia e é confirmada pela cláusula; se forem extrapolações contrárias a esse regime, serão ilegais; se forem meras cláusulas negociais ordinárias, sem consequências quanto ao regime administrativo-funcional do contrato, não gerarão competências públicas. Afinal, o contrato não é o instrumento normativo primário hábil para conferir deveres-poderes extraordinários à Administração. A conclusão está na natureza do ato que resulta de tais cláusulas: se estatutárias, gerarão atos administrativos (princípio da legalidade); se meramente contratuais, resultarão em atos meramente contratuais praticados pela Administração (isto é, não administrativos, com todas as implicações daí resultantes). As cláusulas contratuais são, portanto, peça fundamental para se compreender cada uma das concessões de serviço público. Caso reproduzam o conteúdo de preceitos estabelecidos em lei, instituirão deveres às partes contratantes (prestações cuja fonte é imediatamente legal e, por isso mesmo, indisponível). Mas se definirem e/ou criarem prestações próprias, advindas da conjugação do edital com a proposta vencedora, gerarão meras obrigações (prestações cuja fonte é imediatamente contratual e, por isso mesmo, disponível). Essa constatação tem consequências diretas nos temas mais sensíveis dos contratos administrativos concessionários, afetando desde a mutabilidade contratual até sua arbitrabilidade objetiva. Basta constatar a fonte normativa da cláusula e de seu conteúdo: os mandamentos legais de aplicabilidade injuntiva são não negociáveis e, portanto, experimentam limites firmes tanto quanto à mutabilidade como à arbitrabilidade”. Também para Sarra de Deus (2021, p. 16), são “atos de império” aqueles que a administração pública pratica em condição de superioridade hierárquica, sendo o que ocorre “nas fiscalizações e aplicações de sanções em matéria de direito ambiental e urbanístico, assim como nas cláusulas regulamentares ou exorbitantes dos contratos administrativos”.

¹⁰¹ Não obstante, o autor ressalta (2019, p. 245) que nem todos os “atos de gestão” são negociáveis (por exemplo, nomeação dos aprovados em concurso em ordem de classificação ou a adjudicação do contrato ao vencedor da licitação, atos vinculados a um só resultado possível, sem margem para que a administração dele disponha para atingir outro resultado). Ressalta, ainda, que há direitos e deveres que decorrem de negociação, mas não são arbitráveis, pois envolvem poder de império (por exemplo, acordos substitutivos de sanção administrativa que, em si, não guardam patrimonialidade). A conclusão do autor é no sentido de que, como nem todos os “atos de gestão” são passíveis de solução arbitral seriam necessários outro(s) critério(s) complementar(es). Assim, seriam objetos arbitráveis no Brasil, por aferição sucessiva: (i) os direitos sujeitos à censura jurisdicional (seja estatal seja arbitral, o que exclui o poder de polícia e o mérito da discricionariedade administrativa e as cláusulas regulamentares que

Esse entendimento tem sido acolhido pela jurisprudência dos tribunais nacionais. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais já declarou que os contratos administrativos possuem particularidades específicas capazes de impor limitação à solução de pendências pela via do juízo arbitral¹⁰² e que a administração pública “pode submeter-se a procedimento de arbitragem e é até recomendável que assim o faça, não para exame da legitimidade dos atos administrativos, mas o de suas consequências patrimoniais”¹⁰³. O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, já declarou que a “fiscalização da execução do contrato, a aplicação direta de sanções e as restrições à oposição da exceção do contrato não cumprido são prerrogativas de direito público da administração contratante (“cláusulas exorbitantes”), configurando direito indisponível” e que, portanto, a “matéria não deve ser submetida ao juízo arbitral, que poderá dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis apenas”¹⁰⁴.

Ocorre que o entendimento, no sentido de que não seriam arbitráveis as controvérsias decorrentes do exercício de prerrogativas pela administração pública, mas seriam arbitráveis os

os instrumentalizam); (ii) destes, os que apresentem patrimonialidade, aferida da expressão econômica da relação jurídica (o que exclui o poder de império, embora não sua repercussão patrimonial), e (iii) destes, os que admitem disponibilidade, aferida da negociabilidade do objeto (o que inclui parte importante dos “atos de gestão”, mas não todos eles), sempre se pressupondo, claro, (iv) que o objeto seja lícito, possível e determinado ou determinável, pois não se presta a arbitragem de instrumento de fraude à lei (deve haver arbitrabilidade como possibilidade jurídica “lato sensu”).

¹⁰² “Conquanto os contratos administrativos tenham particularidades específicas capazes de impor limitação à solução de pendências pela via do juízo arbitral, ou de arbitragem, buscando o contratante a solução de pendências financeiras derivadas da entrega da obra em função do equilíbrio econômico financeiro da contratação, mostrando-se válida a cláusula compromissória imposta ao particular que venceu concorrência pública como meio para a solução de pendências existente entre as partes, estas que estão situadas dentro do interesse secundário da Administração Pública, não se comportando como direito indisponível insuscetível de albergar a obrigação, de modo que se mostra lícito à Administração, a recusa da eficácia da condição por ela própria eleita em função do desentendimento entre as partes ao final da contratação, o que legitima a imposição da obrigação, tal como determinado pelo art. 7º da Lei Federal 9.307/96. Não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.06.994444-5/001, Relator(a): Des.(a) Judimar Biber, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 08/02/2013)”

¹⁰³ “Os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e normas de direito público, nos quais se aplicam, supletivamente e em certos casos, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições que regem o direito privado. - A Administração pode submeter-se a procedimento de arbitragem e é até recomendável que assim o faça, não para exame da legitimidade dos atos administrativos, mas o de suas consequências patrimoniais. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.06.930972-2/002, Relator(a): Des.(a) Wander Marotta, 7ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/02/2012, publicação da súmula em 02/03/2012)”;

¹⁰⁴ “APELAÇÃO CÍVEL – Medida Cautelar inominada – Contrato Administrativo - Decisão que determinou remessa ao Juízo arbitral – Discussão que não versa sobre direito patrimonial disponível - Matéria discutida nos autos que não deve ser submetida ao juízo arbitral – Deferimento da medida cautelar que exige demonstração de *fumus boni iuris*, não demonstrado pela autora - Recurso da requerida provido. (TJSP; Apelação Cível 1016607-87.2015.8.26.0053; Relator (a): Maria Laura Tavares; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 3ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/08/2016; Data de Registro: 04/08/2016).

efeitos patrimoniais decorrentes do exercício dessas prerrogativas, vem gerando distorções e dificuldades práticas. Por exemplo, no Procedimento Arbitral CAMARB 04/2004¹⁰⁵, um dos pedidos foi o “reconhecimento da ineficácia e da invalidade da notificação n. Of. 165/ 2013”, ato administrativo do Estado que impediu a cessão da posição contratual da parte privada do contrato de concessão. Na sentença arbitral o tribunal arbitral afirmou que não obstante “as Requerentes concentrarem seu pleito na validade ou não da revogação da autorização para transferência do controle acionário da SPE para a DAG, não se discute na arbitragem a legalidade do ato administrativo, mas sim suas consequências patrimoniais”, declarando, portanto, a arbitrabilidade objetiva. Não obstante, para proferir sua decisão, o tribunal arbitral acabou por analisar a legalidade do ato administrativo¹⁰⁶, medida imprescindível para que fosse possível proferir uma decisão a respeito de suas eventuais consequências patrimoniais.

Trata-se de questão relevantíssima, que tem impacto na própria efetividade da prestação jurisdicional. Conforme bem destaca Sarra de Deus (2021, p. 45), o critério de arbitrabilidade fundado na dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” cria “um sistema dúplice de análise, em que determinados atos deverão ser submetidos ao Poder Judiciário, enquanto outros (muitas vezes relacionados aos primeiros ou deles resultantes), poderão ser julgados em arbitragem”¹⁰⁷.

¹⁰⁵ O procedimento teve como partes Advance Construções e Participações Ltda. e Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção Ltda. vs. Estado de Pernambuco. A sentença data de 10 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.slideshare.net/JamildoMelo/caso-itaquitinga-veja-sentenca-arbitral-de-merito>>. Acesso em: 18 mar. 2023. O caso também foi analisado por Caldas (2010, p. 108-110), que declarou sua opinião no sentido de que os critérios de verificação da arbitrabilidade construídos a partir de dicotomias como “direito administrativo primário vs. secundário” e “atos de império” vs. “atos de gestão” gerariam vedações indesejadas aos poderes dos árbitros.

¹⁰⁶ No parágrafo 122 da sentença, afirma o tribunal que “não se poderia admitir como provada a antijuridicidade do ato administrativo que é considerado, pelas Requerentes, como a principal causa dos prejuízos sofridos”. No parágrafo 127, conclui da seguinte forma: “Portanto, este Tribunal entende não estar provada a ilicitude na conduta do Poder Concedente, já que algumas fundadas razões para a reversão da anuência anteriormente concedida são verificadas na espécie.” Ilustrativo também o ocorrido no âmbito do Procedimento Arbitral CCI 23433/GSS/PFF (Concessionária de Rodovias Galvão BR-153 SE S/A vs. Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e União), no qual discutiu-se a responsabilidade pelo inadimplemento de contrato de concessão. No caso, nas palavras do Tribunal Arbitral, “o ato que decretou a caducidade não é questionado por nenhuma das partes na presente arbitragem”, mas a sentença teve “por finalidade apontar a parte que deu causa à inexecução do Contrato, definindo as responsabilidades e os efeitos dela advindos”. Sentença disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/arquivos/casogalvaioicc23433sentencaarbitralparcial.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2023).

¹⁰⁷ Nesse sentido, afirma a autora: “Imagine-se o seguinte exemplo: na pendência de um procedimento arbitral cujo objeto envolve a responsabilidade pela rescisão de um contrato, a Administração Pública conclui seu procedimento administrativo sancionatório e procede à aplicação de sanção de inidoneidade ao particular. Tratando-se de sanção por infração administrativa (inarbitrável), o particular precisará ingressar com medida judicial para desconstituir ou suspender a aplicação da referida sanção. Surge, então, não só uma situação de

Também Marolla (2016, p. 129) parece reconhecer a existência desse sistema dúplice de análise, ao afirmar que “a limitação à arbitragem cinge-se à discussão da atuação da Administração, não abrangendo (...) questões de fato que sejam pressupostos da atuação administrativa, ainda que valendo-se de prerrogativas”. A autora cita como exemplo dessas “questões de fato” os casos de rescisão unilateral do contrato por caducidade, pois que, segundo ela, nestes “não se pode discutir o poder da Administração de rescindir o contrato quando verificada a ocorrência de uma das hipóteses legais de rescisão”, porém, a “configuração dessas hipóteses, contudo, é questão de fato, que não depende dos poderes da Administração, podendo ser objeto de submissão ao juízo arbitral”.

É certo que, para proferir uma decisão a respeito das consequências patrimoniais de um ato administrativo, o tribunal arbitral deverá, necessariamente, analisar a legalidade desse ato administrativo. Não poderia ser diferente, na medida em que os eventuais efeitos patrimoniais de um ato poderão variar a depender da sua legalidade ou ilegalidade. É dizer, não serão devidos valores em decorrência da aplicação de uma multa cujo fundamento tenha sido a apuração, pela administração pública, de um inadimplemento contratual pelo contratante privado se, ao final, o tribunal arbitral constatar que, na verdade, inadimplemento contratual não houve¹⁰⁸.

Para Acciolly (2020), não obstante a anulação de ato administrativo pelo tribunal arbitral seja medida imprópria, caberia aos árbitros, tendo como fundamento o reconhecimento da invalidade do ato impugnado, a neutralização dos efeitos patrimoniais que dele decorreram. Partindo da premissa de que um fato ou ato inarbitrável praticado pela administração pública é ilegal ou inconstitucional, os árbitros teriam o condão de impedir a produção dos seus efeitos pecuniários. Mas como o entendimento firmado pelos árbitros acerca das questões

insegurança jurídica para as partes, mas também o risco de decisões conflitantes. A sistemática legal vigente não endereça claramente essas situações.”

¹⁰⁸ O Tribunal de Justiça de São Paulo já declarou entendimento nesse sentido: “(...) se o contrato prevê a possibilidade de ser qualquer controvérsia entre as partes dirimida por arbitragem, nada impede que esta controvérsia verse exatamente sobre o quanto foi considerado (inadimplemento contratual) para ser expandida pela requerida decisão administrativa veiculadora de sanção ou pena. Ou seja, não se tem de impedir a requerida de exercer seu poder de polícia, pois este agir em nada obsta nem prejudica a arbitragem em si. Exercita-se-o, portanto, embora sob fundamentação passível de revisão na arbitragem e que, revista que seja, levará à necessidade de desconstituição do quanto restar concretizado pelo poder de polícia exercitado, mas não for compatível com o que ficar decidido soberanamente na arbitragem.” (TJSP; Agravo de Instrumento 2215845-35.2015.8.26.0000; Relator (a): Ponte Neto; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 14ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 16/12/2015; Data de Registro: 17/12/2015).

prejudiciais¹⁰⁹ inarbitráveis não é passível de formar coisa julgada, a parte derrotada na arbitragem poderia “propor ação judicial com vistas a discutir, como principal, a questão prévia inarbitrável incidentalmente decidida pelos árbitros” podendo o autor da demanda, ainda “requerer indenizações em face das obrigações pecuniárias impostas pela sentença arbitral com base na questão inarbitrável”¹¹⁰.

Conforme Dinamarco (2017, p. 196) “proteger a esfera jurídica da pessoa contra as incertezas decorrentes de futuras demandas é também ministrar-lhe tutela jurisdicional, na medida do imenso valor que tem a certeza jurídica na vida das pessoas”. De acordo com o autor, tem muito valor a formação de uma convicção única em relação a duas ou mais demandas, “o que concorre para evitar soluções contraditórias – em prejuízo de alguma das partes e para desprestígio da Justiça”. Além disso, a par da harmonia entre julgados, também importaria o aspecto econômico do processo (um só processo, uma só sentença, uma só produção de provas), sendo necessário dar a devida importância ao “binômio harmonia-economia” (DINAMARCO, 2017, p. 780).

Em outras palavras, é preciso garantir que a arbitragem, como meio alternativo ao poder judiciário para resolução de controvérsias, se apresente como um meio que garanta uma prestação jurisdicional efetiva¹¹¹. É preciso extrair do conceito jurídico indeterminado “direitos

¹⁰⁹ Para Dinamarco (2013): “Prejudicialidade é uma especial relação entre duas ou mais causas, questões ou pontos em virtude da qual o pronunciamento judicial acerca de uma delas exerce forte influência sobre o teor do julgamento de outra ou outras. Diz-se que uma causa, questão ou ponto é prejudicial quando, no plano lógico e no jurídico, sua decisão determina ou limita o modo como será julgada outra causa, questão ou ponto. Daí o clássico ensinamento de Barbosa Moreira no sentido de que a prejudicialidade consiste em um liame de dependência entre duas causas, uma delas se qualificando como prejudicial e outra como prejudicada”.

¹¹⁰ Para o autor: “Como o art. 503 do CPC exige que o juízo sentenciante seja competente em razão da matéria para que a decisão por ele proferida a respeito de questões prejudiciais possa adquirir eficácia de coisa julgada, nem mesmo a invocação subsidiária de tal norma seria capaz de tornar imodificável a conclusão dos árbitros acerca de prejudiciais inarbitráveis. Assim, o caminho natural para a reversão da conclusão alcançada pelos árbitros quanto a essas questões prejudiciais inarbitráveis seria a propositura de nova ação, com tal escopo, perante o órgão judicial competente”.

¹¹¹ Para Marolla (2016, p. 229): “Duas são as principais razões que militam em favor da utilização da arbitragem em matéria administrativa, uma conjuntural e outra estrutural. A conjuntural diz respeito ao asoberbamento da jurisdição estatal, fruto da democratização do acesso à Justiça, que permitiu com que um maior número de pessoas passasse a ter acesso ao Poder Judiciário. O aumento da demanda não foi acompanhado do incremento de recursos materiais e humanos, tornando a prolação das decisões cada vez mais demorada, eternizando os conflitos de interesse em flagrante prejuízo à pacificação social. (...) A Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, elevou a status de direito fundamental a adoção de meios que garantam a celeridade na tramitação de processos administrativos ou judiciais, incluindo-o no inciso LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal (princípio da duração razoável do processo). No Brasil alternativas para racionalizar a justiça estatal vêm sendo estudadas e fomentadas pelo próprio Poder Judiciário. A criação do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2004, robusteceu essa tendência, com o estabelecimento de metas para a redução de estoque de processos e o incentivo aos meios alternativos de resolução de controvérsias, como a arbitragem.”

patrimoniais disponíveis”, eleito pelo legislador como critério de arbitrabilidade objetiva, um significado que garanta ao jurisdicionado a obtenção de uma decisão não apenas célere e técnica, mas que também seja segura¹¹².

Isso não acontece quando o critério que define os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública dá causa a uma repartição de competências e reserva à jurisdição estatal o controle de legalidade de determinados atos administrativos, permitindo à jurisdição privada tão somente a análise dos seus eventuais efeitos patrimoniais. Seguir a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” para a definição da arbitrabilidade objetiva significa, em última instância, abrir espaço para prolação de decisões contraditórias pela jurisdição estatal e pela jurisdição arbitral, em prol de uma situação de total insegurança jurídica.

Além disso, a negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato administrativo parece ser decorrente de um apego à ideia de que a administração pública deve agir sempre em posição de superioridade em relação ao particular, impondo condutas por meio de atos administrativos unilaterais, o que não é condizente com o arcabouço legislativo atual e tampouco necessário para que se garanta à administração pública ferramentas para a adequada consecução do interesse público. Ao contrário, entendimento nesse sentido, ao negar natureza contratual, acaba contrariando o próprio atendimento do interesse público, na medida em que restringe o âmbito de atuação consensual da administração pública, necessária para a garantia de uma atuação administrativa e prestação jurisdicional eficientes¹¹³.

¹¹² Para Dinamarco (2013): “Constitui fenômeno muito comum na vida das pessoas em sociedade a existência de relações jurídicas que se entrelaçam e se inter-relacionam ou interagem, apresentando elementos comuns capazes de gerar alguma dependência de uma em relação a outra ou ao menos a conveniência de um coerente e harmonioso trato comum de todas elas. Essas relações entre direitos ou obrigações podem também gerar uma relação entre as demandas a serem propostas em sede contenciosa a seu propósito. (...) Em todas essas classes de relações entre demandas, a conveniência de formar o juiz uma convicção única para julgar (Enrico Redenti) leva a lei a determinar, em hipóteses e medidas que variam, a reunião de todas sob um juiz só ou até mesmo em um só processo – e isso precisamente pela existência de elementos concretos em comum”. Ainda para o autor (2017, p. 198): “o valor de todo sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo (...). Falar em processo civil de resultados é, portanto, lançar o foco sobre a garantia constitucional da efetividade do processo (Const., art. 5º, inc. XXVV, em sua leitura atual). Assim, deve também ser interpretado o art. 8º do novo Código de Processo Civil quando inclui a eficiência entre os predicados que devem estar presentes nos provimentos jurisdicionais – sendo essa uma projeção do propósito de assegurar à ordem processual o maior rendimento possível, para otimização dos resultados”.

¹¹³ Para Marolla (2016, p. 231-232) “há razões de natureza estrutural a demandar a utilização da arbitragem no âmbito administrativo”. A autora relata que a “sociedade sofreu modificações importantes ao longo do século XX”, de forma que as relações entre indivíduos são atualmente “mais dinâmicas e bem mais complexas do que as travadas na sociedade industrial do século anterior, época em que o direito administrativo ganhou autonomia como ramo do direito”. Nesse novo cenário, “a consecução do interesse público passa a demandar uma maior participação dos particulares, bem como a aplicação de novas ferramentas, que garantam uma maior celeridade e

Também, no que se refere às “cláusulas exorbitantes” é necessário fazer uma releitura, à luz de um direito administrativo menos autoritário e mais consensual. Conforme Marolla (2016, p. 144), quando “a solução da controvérsia submetida à arbitragem demandar manifestação acerca da interpretação a ser dada ao contrato, o árbitro deverá fazê-lo”, podendo “definir o sentido das declarações das partes e a extensão das obrigações por elas assumidas”. De fato, cabe ao árbitro analisar o contrato e verificar em que medida as partes agiram em acordo ou em desacordo com o quanto pactuado (o que, aliás, foi reafirmado pelo parágrafo único do artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que declarou a arbitrabilidade de controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”). Assim, não pode ser admitido critério de identificação de direitos patrimoniais disponíveis que considera inarbitráveis controvérsias decorrentes do exercício de determinadas prerrogativas da administração pública que possuem aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais.

Dessa forma, a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva possui extrema relevância para a construção do entendimento a respeito do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Mas, com a evolução legislativa, teórica e prática das questões relacionadas à utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias no contexto do direito público merece ser revisitada, principalmente à luz dos entendimentos acerca da natureza jurídica do próprio contrato administrativo e diante da necessidade de garantir que a arbitragem seja não apenas um meio célere e técnico de solução de conflitos, mas também um meio efetivo e seguro de prestação jurisdicional.

1.3.3 O risco do alargamento excessivo da arbitrabilidade com o critério que apresenta como arbitráveis os direitos contratualizáveis

Há, na doutrina, divergência relevante a respeito do enquadramento, no contexto de uma contratação administrativa, das prerrogativas da administração pública como “atos de

eficiência, sem abrir mão da legalidade. Os contratos administrativos ganham relevo como forma de atuação administrativa. Os modelos tradicionais de contratos administrativos bastante centralizadores e impositivos, com forte participação da Administração Pública na definição das obrigações do contratado, passam a não mais atender as demandas sociais”. Aponta, assim, como ponto relevante dessa evolução, o incremento da consensualidade nos contratos administrativos”. Para a autora, as “mudanças nos contratos administrativos são um reflexo das novas demandas sociais, ligadas à busca de celeridade e tecnicidade e da necessidade do Estado de lhes fazer frente”.

império” ou “atos de gestão”. Aragão (2017a), por exemplo, não discorda da tese no sentido de que o campo de matérias administrativas arbitráveis é circunscrito com base na distinção entre os “atos de império” e de gestão. Ressalta, contudo, que a utilidade da classificação dos atos administrativos em de “império” e de “gestão”, para os fins ora colimados, é ao menos duvidosa, pois arbitráveis seriam os atos que podem ser objeto de disposição contratual, e os “atos de império” não buscariam fundamento de validade nem seriam aplicáveis no interior de relações negociais¹¹⁴.

Para o autor, os “atos de império” que compõem prerrogativas de autoridade, exaradas com verticalidade pelo gestor público no exercício de poderes tipicamente administrativos (de polícia, disciplinar, hierárquico etc.), fundam-se direta e exclusivamente na Lei ou na Constituição. São “obrigações heterônomas do Direito Administrativo, ou seja, aquelas que se impõem ao particular de maneira inteiramente vertical – sem em nada precisar da sua aquiescência”. Na opinião do autor, como os “atos de império” decorrem diretamente da Lei, não são moldados nem existem em função de uma relação negocial, não são, portanto, contratualizáveis (justamente, por serem heterônomos), e tampouco arbitráveis.

Ainda para Aragão (2017a) os poderes unilaterais *ex contractu* não deixam de sê-lo pelo simples fato de uma das partes ser a administração pública. Ainda que algumas prerrogativas possam ser exercidas de modo unilateral e parte das cláusulas de um contrato administrativo esteja predisposta em diplomas legislativos, é o encontro de vontades que constitui aqueles poderes e obrigações aludidos pela Lei – que será fonte apenas indireta do negócio jurídico¹¹⁵. Assim, seria o contrato (e não a lei) que constituiria a fonte direta de tais prerrogativas e sanções, legitimando a sua aplicação. Como a fiscalização e as sanções aplicáveis pela administração contratante derivam, diretamente, do próprio contrato, seriam suscetíveis de serem apreciadas em juízo arbitral¹¹⁶. Nessa linha de raciocínio, sempre que

¹¹⁴ Em sentido similar, Godoy (2018, p. 152): “Embora ainda úteis em certa medida, essas classificações revelam-se, atualmente, insuficientes e induzem a conclusões inadequadas (ou melhor, precipitadas) para o processo de identificação dos interesses da Administração patrimoniais e disponíveis, tendo em vista a variedade e complexidade das relações jurídicas entre entes públicos e particulares”.

¹¹⁵ Ressalta o autor que “apesar do hábito de parte dos administrativistas, poderes unilaterais não necessariamente dizem respeito ao exercício de poder de império do Estado, estando presentes muitas vezes até mesmo em contratos celebrados entre pessoas integralmente privadas e alheias à Administração Pública, tendo como fonte imediata apenas contratos” (2017a, p. 25).

¹¹⁶ Neste ponto, Aragão (2017a) diferencia as sanções contratuais do poder de polícia: “O Poder de Polícia, de acordo com a definição contida no Código Tributário Nacional (art. 78), consiste na ‘atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato,

afirmada a natureza contratual de dada controvérsia será possível submetê-la à arbitragem, ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela administração pública.

Conclui, assim, que “o campo de arbitrabilidade envolvendo a Administração Pública – e, assim, o conceito de disponibilidade para esse efeito no Direito Administrativo – corresponde às matérias contratualizáveis” e, portanto, se determinada prerrogativa ou sanção é aplicável ao particular em decorrência do contrato firmado com a administração pública, a matéria é arbitrável:

(...) o que deve ser focado para a definição da arbitrabilidade de um direito administrativo é a sua procedência normogênica. Se a prerrogativa examinada decorrer diretamente da lei (ou de qualquer outra fonte heterônoma), ela será insuscetível de apreciação em instância arbitral. Por outro lado, caso o direito sub judice, ainda que previsto mediatamente em Lei (ou em outro ato normativo estatal), demandar o assentimento particular para a sua constituição, não necessariamente para o seu exercício, ele poderá ser objeto de arbitragem¹¹⁷. (ARAGÃO, 2017a)

O entendimento acima exposto segue a linha do entendimento de Grau (2000, p. 16-17). Para o autor, “não há distinção jurídica entre contrato administrativo e contrato privado” e, portanto, “inexiste um ‘regime jurídico dos contratos administrativos’”. E, tratando da questão debatida, esclarece que:

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

em razão de interesse público’. O poder de polícia, diferentemente das prerrogativas contratuais da Administração, fundamenta-se diretamente na soberania que o Estado exerce sobre todas as pessoas e coisas no seu território, que faz com que toda atividade ou propriedade esteja, observado o ordenamento jurídico-constitucional, condicionada ao bem-estar da coletividade e à conciliação com os demais direitos fundamentais. O poder de polícia, ademais, revela-se extroverso. O seu único campo de aplicação são as atividades e propriedades privadas, de modo que a Administração não exerce poder de polícia sobre os serviços, monopólios ou bens públicos – ainda que eles sejam explorados por particulares. Conceitual e tecnicamente, o poder de polícia e as sanções administrativas propriamente ditas são necessariamente aplicáveis em relação à esfera privada da sociedade, jamais em relação à esfera pública das atividades ou bens, ainda que contratualmente exercidas por particulares.”

¹¹⁷ Em outra oportunidade, Aragão reitera seu entendimento (2017c, p. 415): “Se a Administração Pública pode celebrar contratos e [deve] cumprir voluntariamente suas obrigações nos termos pactuados, pela mesma lógica deve-se entender possível a contratação da solução por arbitragem das controvérsias deles decorrentes. Não faz sentido entender que os direitos são ‘disponíveis’ para poderem ser estabelecidos mediante um acordo de vontades (contrato) e, de outro lado, entender que são ‘indisponíveis’ para vedar que as controvérsias dele oriundas possam ser submetidas à arbitragem”

ato de autoridade no bojo da relação contratual. (...) Daí porque, 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 arbitragem¹¹⁸. (GRAU, 2000, p. 16-17)

Esse entendimento parece ter sido o adotado em um caso concreto, o Procedimento Arbitral CMA n. 611 (Soluções Ambientais de Guarulhos S.A. vs. Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Guarulhos e Município de Guarulhos). Nesse caso, foi elaborado pedido expresso para que o Tribunal Arbitral declarasse “inválidos e ineficazes, no âmbito do Contrato de PPP, os atos praticados pelos Requeridos (...) inclusive em relação à invalidade e à ineficácia da decretação de Caducidade”, bem como para que fossem os Requeridos condenados “a adotar outras medidas ou providências que o Tribunal Arbitral entenda pertinentes para possibilitar a reintegração da SAGUA na condição de responsável pela prestação dos serviços concedidos, a continuidade da execução do Contrato de PPP e a sua revisão”. A Requerente parece ter desistido de tais pedidos no curso do procedimento, uma vez que não foram objeto da sentença parcial. Não obstante, o Tribunal Arbitral declarou 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”¹¹⁹.

¹¹⁸ “E assim é porque a circunstância de um contrato ser regido pelo direito público – isto pelo ‘regime de direito público’ – no que equivocadamente insistem muitos, ainda que fosse veraz não importaria em que os atos de uma das partes no dinamismo da relação contratual, a Administração, deixassem de caracterizar ‘atos de gestão’ e pudessem ser concebidos como ‘atos de soberania’. Desejo dizer, com isso, que, embora a administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se toma como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação, v.g.), essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulação de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício da liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados, sob a égide do chamado dirigismo contratual, o caráter de contratos. Não seriam contratos, destarte, mesmo os celebrados entre agentes privados em um regime de controle de preços; e também não o seriam aqueles cujas condições de validade dependem de preceitos normativos ou atos administrativos externos à vontade das partes. Da mesma forma contratos não seriam aqueles dotados de cláusulas padronizadas por ato estatal, dos quais fazem exemplo os contratos de loteamento, de seguro, as convenções condominiais, inúmeras fórmulas contratuais praticadas no mercado financeiro; nesta última hipóteses, sem dúvida, efetivamente surgem modelos contratuais inteiramente padronizados – tal como no caso de contratos celebrados com o BNDES e com o extinto BNH. Em todos esses casos, bem assim naqueles nos quais é afetada a própria liberdade de contratar, as partes estão entre si relacionadas por vínculo obrigacional. Permanecem a celebrar contratos, ainda que vinculados também pelo dever de adotar determinadas estipulações contratuais ou mesmo de contratar, o que significa dever de assumir obrigação perante terceiro.” O autor reitera seu entendimento em artigo publicado em 2002, afirmando novamente que a circunstância de um contrato ser regido por um suposto “regime de direito público” não alteraria a natureza jurídica dos atos praticados no dinamismo da relação contratual que, da perspectiva da administração pública, são “atos de gestão” (GRAU, 2000, p. 16-17).

¹¹⁹ https://www.guarulhos.sp.gov.br/sites/default/files/CMA611-19-JCA_20210219_Sentenc%CC%A7a_Arbitral_Parcial_0.pdf

Monteiro, A. (2020, p. 51), vai na mesma linha e afirma que “há certa dose de disponibilidade do ente público no uso de ‘cláusulas exorbitantes’, tanto na fase de negociação quanto na fase de execução do contrato administrativo, o que afasta, em definitivo, concepções de que a suposta natureza ‘de ordem pública’ das ‘cláusulas exorbitantes’ tornaria a matéria inarbitrável”. Para Wald (2009, p. 37), embora “os contratos de concessão tenham algumas peculiaridades características dos contratos administrativos, que contém elementos de direito público”, os direitos e obrigações a eles relativos “são de natureza patrimonial e podem ser objeto de transação entre as partes, sendo, portanto, disponíveis”, de forma que “quaisquer questões relativas aos contratos de concessão e à relação entre a Administração e o concessionário podem ser resolvidas por arbitragem”.

Também para Guerra (2021a, p. 310), o que for passível de contratualização pela agência reguladora com o agente privado pode ser submetido à arbitragem. Para Guerra (2022), todas as questões que envolvem a aplicação de sanções contratuais (quando passam da sede legal, como fase do poder de polícia, para o campo negocial), decretação de caducidade, reequilíbrio econômico e financeiro, e outras da mesma natureza jurídica e contratual, são arbitráveis. Afirma que pensar em sentido contrário, em que parte do que foi pactuado no contrato seria considerado direito indisponível, seria criar um impasse insuperável, pois impediria a própria contratação.

Entretanto, o autor apresenta importante ressalva a esse raciocínio, quando diz que não faz parte do contrato a função de regulação e correspondente categoria de escolha administrativa (regulatória)¹²⁰. Isso porque a atuação das agências, congregando diversas funções (executiva, normativa e adjudicatória) é voltada à implementação de políticas públicas no campo econômico e na realização dos direitos sociais, por meio da regulação da execução de serviços públicos e atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos¹²¹, de

¹²⁰ Para Guerra (2022), escolha regulatória é “uma espécie de escolha administrativa que viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica, voltada à implementação de políticas públicas e à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. A escolha regulatória, de forma transparente, deve perseguir o equilíbrio sistêmico, adotando os mecanismos que permitam, sempre que necessário, a efetiva participação popular. Nas questões complexas, a regulação deve ser precedida e motivada com base em estudos prévios que apontem os custos e benefícios da escolha, demonstrando os seus efeitos prospectivos”.

¹²¹ “Além disso, a base das escolhas regulatórias deve ser a preponderância técnica (e não a preponderância política), baseando-se em standards e princípios inteligíveis previstos nas normas legais propositadamente abertas, reduzindo-se o espaço para as escolhas absolutamente vinculadas, relativamente vinculadas e escolhas discricionárias. (...) Com base na Constituição Federal de 1988, a função de regulação fundamenta-se na atuação

forma que tudo que envolve a competência das agências reguladoras constitui direito indisponível e indelegável¹²². Assim, se houver algum conflito entre as partes contratantes (agência reguladora e ente regulado) em que não haja consenso sobre a interpretação de dispositivo legal ou regulamentar que envolva a promoção de políticas públicas, com repercussão direta na execução do contrato, deve remanescer íntegra a escolha regulatória por ser matéria indisponível, sendo defesa sua submissão à arbitragem (2021, p. 313-314)¹²³. Conclui, assim, que a existência de convenção de arbitragem não torna arbitrável toda e qualquer questão advinda da celebração de contrato administrativo, ou seja, o Tribunal Arbitral não deve perscrutar a juridicidade das escolhas regulatórias:

Não se trata, no caso, de ausência de isonomia ou quebra de paridade de armas num contrato de parceria, haja vista que a função regulatória não faz parte do negócio contratado sujeito à arbitragem comercial. Há matérias e escolhas regulatórias, que são prospectivas e vinculam terceiros, que não são alcançadas pela norma pactual; só questões contratualizáveis podem se sujeitar ao escrutínio arbitral. (...) Deste modo, ressaltando-se que as conclusões aqui registradas só podem ser identificadas no caso concreto, com avaliação dos fatos, peculiaridades e os dados necessários à confirmação ou não de que o tema se subsume a questões típicas da função regulatória, entende-se, regra geral e em tese, que matérias afetas à escolha regulatória, com características sistêmicas atreladas à políticas públicas e efeitos prospectivos vinculantes para terceiros, são reservadas e privativas, por força de lei, à competência

do Estado sobre decisões e atuações empresariais, com fundamentos técnicos e científicos, que visem atender ao interesse geral substantivo, devendo sopesar os efeitos dessas decisões no subsistema regulado com os interesses de segmentos da sociedade e, até mesmo, com o interesse individual no caso concreto. Tem, portanto, como fundamento jurídico, buscar soluções reflexivas que apontem para o menor sacrifício possível dos interesses constitucionalmente protegidos e, secundariamente, com o menor dispêndio de recursos públicos” (GUERRA, 2021a, p. 313-314).

¹²² O autor destaca a previsão legal, expressa, quanto à indelegabilidade de funções estatais, nos contratos de parceria público-privada. Lei nº 11.079/2004: Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: [...] III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado.

¹²³ Para Guerra (2022) “(...) a dificuldade em se estabelecer limites claros e objetivos sobre o que é e o que não é arbitrável, em casos em que a Agência Reguladora é parte, está diretamente relacionada a dois fatores. O primeiro, está relacionado às políticas públicas e peculiaridades do regime jurídico de direito público ao qual as Agências Reguladoras estão vinculadas, envolvendo princípios constitucionais, regras legais, regulamentos e prerrogativas públicas que consubstanciam o poder extroverso e as funções administrativas. Em segundo lugar, some-se o fato de que as Agências Reguladoras devem atuar em estruturas sistêmicas e autopoiéticas dos ordenamentos setoriais regulados. Isso quer dizer – com relação às normas positivadas – que as Agências Reguladoras devem exercer suas funções administrativas em meio a regras flexíveis, dúcteis e reflexivas em sistemas altamente complexos.” Baptista (2017, p. 295), em sentido similar, destaca que a “adoção do modelo de regulação por contrato não exclui a possibilidade de exercício pela agência de poderes regulatórios externos ao contrato”, não sendo possível confundir litígios referentes à competência regulatória de uma agência reguladora, que seriam inabitáveis, de litígios contratuais.

do ente autárquico regulador. Portanto, por serem indisponíveis, não são arbitráveis¹²⁴. (GUERRA, 2021, p. 313-314)

A problemática abordada pelo autor decorre de caso concreto. A Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP celebraram contrato em 1995 para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, contrato este que continha cláusula compromissória. No curso da execução do contrato, em fevereiro de 2014, a ANP editou a Resolução de Diretoria nº 69, de 2014, que determinava a unificação dos campos de petróleo que estavam sendo explorados pela Petrobras. A referida resolução determinou ainda a cobrança da diferença nos valores devidos a título de participação especial decorrentes da unificação dos campos. A Petrobras deu início a processo arbitral para declarar a nulidade da Resolução de Diretoria nº 69, de 2014 e ajuizou ação cautelar pleiteando a suspensão dos efeitos da resolução.

Foi nesse contexto que O Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2) em sede de agravo de instrumento, declarou que a delimitação do conceito legal de campo de petróleo, contido no art. 6º, XIV, da Lei nº 9.478, de 1997, é “nitidamente, exercício da função regulatória executiva, através da interpretação técnica inserida na competência administrativa constitucional e legalmente atribuída à agência reguladora”, não sendo possível “discutir a imperatividade dos atos administrativos no juízo arbitral”. Prevaleceu o entendimento de que a delimitação de campo de petróleo seria “matéria concernente à atividade fiscalizadora,

¹²⁴ “Toda essa complexidade dos setores regulados de infraestrutura pode impactar determinados *claims* submetidos por empresas reguladas, em procedimentos arbitrais institucionais, em face de ações ou omissões das Agências Reguladoras. Diante da complexidade apresentada, o Tribunal Arbitral – que deverá ser formado por profissionais que conheçam as peculiaridades jurídicas e a complexidade da função de regulação e dos setores regulados – deve observar, com muita precisão, se eventual pleito se subsume a questões sistêmicas atreladas a políticas públicas de efeitos prospectivos e vinculantes com alcance sobre terceiros (agentes regulados, usuários e consumidores). (...) Registre-se, para clareza da presente pesquisa, que a confirmação da hipótese quanto à possibilidade de haver questões não alcançadas pela competência arbitral, se apresenta em tese, só podendo ser confirmada no caso concreto. Nenhuma arbitragem é idêntica à outra, ainda que se relacione ao mesmo setor regulado. Somente no caso concreto o Tribunal Arbitral apreciará as matérias submetidas pelas partes e concluirá se são ou não reservadas e privativas, por força de lei, à competência regulatória do ente autárquico. Assim, em situações especiais decorrentes de zonas cinzentas, o Tribunal Arbitral deverá proceder a uma profunda avaliação do contrato, dos fatos e do direito material invocado pelas partes, para decidir se as questões controversas pelas partes são indisponíveis por se subsumirem a questões típicas e exclusivas da função regulatória de caráter sistêmico e vinculantes para terceiros.”

decorrente de poder de polícia da agência reguladora¹²⁵, logo um direito indisponível que refoge aos limites da cláusula de compromisso arbitral¹²⁶”.

¹²⁵ A utilização do conceito de poder de polícia pelo TRF2 parece decorrer do fato de a expressão ser usada para referir-se ao poder regulatório da agência. Como explica Mendes (2000, p. 128), regulação “é um termo não muito usado na doutrina do Direito Administrativo. Costuma-se encontrá-lo com maior frequência nos livros de Direito Econômico. A expressão que geralmente se usa para designar a atividade estatal de ingerência ou delimitação da esfera da autonomia privada é a muito criticada ‘poder de polícia’”.

¹²⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento nº 0101145-19.2014.4.02.0000. 8ª Turma Especializada, Relatora Desembargadora Vera Lúcia Lima, J. 10.12.2014. Em crítica à decisão, Aragão (2017a): “A jurisprudência brasileira ainda não logrou consolidar um entendimento a respeito da questão tratada. Em alguns poucos precedentes esparsos, em sua maioria, ainda não transitados em julgado, por se confundir o fundamento e a natureza das questões controvertidas, poderes essencialmente contratuais acabaram, pelo simples fato de serem exercidos pela Administração Pública, confundidos com manifestações do poder de polícia e, assim, considerados inarbitráveis. (...) Decisões como aquela mencionada do TRF2, com toda a vênia, julgam mais pela aparência do que pelo rigor técnico. Nem todos os poderes exercidos pela Administração Pública podem ser tecnicamente considerados poderes de polícia, que são apenas aqueles incidentes sobre os particulares independentemente da celebração de qualquer contrato. (...) as competências fiscalizadoras e sancionadoras que a ANP, por exemplo, exerce sobre as empresas que exploram petróleo e gás (monopólios públicos) no Brasil, por meio de contratos de concessão petrolíferos ou de contratos de partilha de produção, buscam fundamento de validade no próprio contrato de que são partes a própria ANP e os sujeitos fiscalizados (e, eventualmente, sancionados). Sempre que o fundamento e o campo de atuação da ANP estiverem associados a uma relação contratual, arbitráveis serão os atos adotados pela agência. (...) Ainda em exemplificação do exposto, tem-se que quando a ANP, integrando um contrato de concessão ou de partilha, delibera sobre a unitização dos blocos de petróleo ou sobre a forma de observância da cláusula de conteúdo local, o fundamento das suas decisões será o próprio contrato – pois a Agência atuará como parte e com base nas cláusulas do referido pacto – e, portanto, serão elas suscetíveis de serem arbitradas. (...) O que deve ficar claro é que as reprimendas e os poderes unilaterais outorgados pelo contrato (ainda que previstos imediatamente 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.” Oposto é o entendimento Baptista (2017, p. 266): “Logo, como (i) o litígio submetido à arbitragem pela Petrobras não é primariamente contratual, dado que se refere à competência regulatória da agência na interpretação de norma legal (...) e (ii) impacta o atingimento de interesses e fins públicos relevantes, apenas instrumentalizados pelo contrato e, dessa forma, indisponíveis pela ANP (signatária do ajuste), aponta-se aqui no sentido da inarbitrabilidade objetiva do conflito instaurado.” O STJ, por sua vez, decidiu, no caso pela competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência. A esse respeito, Megna (2019, p. 234): “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, porém, não é atenta à diferença entre cláusulas econômicas e cláusulas regulamentares, em contratos administrativos. Mais uma vez passando por cima desta questão, no Caso ANP/Petrobras (STJ, 2017), ignorou o aspecto regulamentar de determinadas cláusulas do contrato mantido entre as partes — as quais envolviam questões, típicas do setor regulado, de política de combate a comportamentos predatórios contra a sustentabilidade econômica e ambiental da exploração de petróleo, como unitização ou individualização da produção — para aplicar seu favor arbitral. Conquanto, por ora, o Superior Tribunal de Justiça não tenha decidido sobre a arbitrabilidade da questão, mas apenas sobre a precedência do próprio Tribunal Arbitral na análise desta questão preliminar (competência-competência), chama atenção o fato de o julgado sequer considerar a diferenciação entre o juízo sobre as consequências patrimoniais do conflito, geralmente vertido em reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e a direta censura ao poder de polícia regulatória, como normalmente ocorre”. Em julho de 2018, Petrobras e ANP solicitaram ao tribunal arbitral, de comum acordo, a suspensão do procedimento arbitral e iniciaram tratativas para uma possível reavaliação do mérito da questão, chegando a um acordo sobre a delimitação dos campos baseado em critérios técnicos e celebrar acordo para encerramento de todos os processos judiciais, arbitrais e administrativos relacionados. Minuta de acordo para encerramento da controvérsia envolvendo as áreas do contrato de concessão BC-60 disponível em: <https://www.gov.br/anp/pt-br/assuntos/consultas-e-audiencias-publicas/consulta-audiencia-publica/arquivos-consultas-e-audiencias-publicas-2018/cp-34-2018/minuta-acordo-pa-pos-apap.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2023.

O critério da contratualidade, assim como a dicotomia entre “atos de império” e de “atos de gestão” é critério bastante relevante para a construção do entendimento do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Mas, como é possível perceber, é um critério que leva ao resultado oposto. Enquanto o critério baseado na dicotomia entre “atos de império” e de “atos de gestão” restringe os limites da arbitrabilidade objetiva, a ponto de gerar um risco à efetividade da prestação jurisdicional, o critério da contratualidade possui o risco de alargar indevidamente os limites da arbitrabilidade objetiva e, conseqüentemente, os litígios sujeitos à jurisdição privada. Para que isso não ocorra, é preciso que sejam definidas as matérias que, de fato, são passíveis de contratualização pela administração pública.

Se de fato, como já afirmado, a negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato administrativo parece ser equivocada, no que se refere às prerrogativas conferidas à administração pública - as chamadas “cláusulas exorbitantes” -, é preciso reconhecer que, embora todas elas incidam sobre a relação contratual, algumas delas não são exercidas em decorrência da relação contratual ou do inadimplemento de obrigações contratuais. A possibilidade de modificação unilateral do contrato, por exemplo, tem como fundamento a melhor adequação do contrato às finalidades de interesse público, fundamento este que não decorre do quanto pactuado pelas partes, mas de circunstâncias externas ao contrato.

Assim, não parece ser possível afirmar que eventuais controvérsias decorrentes de um ato de alteração unilateral do contrato possuam natureza contratual, sendo passível de submissão à arbitragem, ainda que o contrato reproduza, em seu texto, a disciplina legal. Há ainda, conforme já apontado, discussão relevante a respeito da escolha administrativa regulatória, que tampouco teria natureza contratual. Isso não significa, ressalte-se, que também as prerrogativas conferidas à administração pública pelo legislador não mereçam uma releitura, à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário, como já afirmado, até porque muito já se questiona a respeito da efetividade de tais prerrogativas para garantir o atendimento do interesse público. As questões relativas ao regime jurídico do contrato administrativo serão analisadas no Capítulo 2 para que seja possível, no Capítulo 3, apresentar uma releitura da arbitrabilidade objetiva, partindo de ambos os critérios acima analisados.

2. REGIME JURÍDICO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1 As concessões de serviço público como ponto de partida para análise da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos

Conforme ensina Menezes de Almeida (2012, p. 198), o regime jurídico específico a caracterizar o contrato administrativo, de matriz francesa, foi introduzido no direito legislado no Brasil com o Decreto-Lei 2.300, de 1986, prevalecendo na Lei nº 8.666, de 1993 e na Lei nº 14.133, de 2021, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que regulamenta o art. 37, inciso XXI¹²⁷ da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública.

A Lei nº 14.133, de 2021¹²⁸, estabelece “normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”¹²⁹. Nos termos do seu art. 2º, seus dispositivos aplicam-se às alienações e concessões de direito real de uso de bens; compras, inclusive por encomenda; locações; concessões e permissões de uso de bens públicos; prestação de serviços, inclusive os

¹²⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹²⁸ Dispõe o art. 190 da Lei nº 14.133, de 2021, que o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da sua entrada em vigor continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada. Nos termos do art. 191, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.167, de 2023, até “o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, desde que I - a publicação do edital ou do ato autorizativo da contratação direta ocorra até 29 de dezembro de 2023; II - a opção escolhida seja expressamente indicada no edital ou no ato autorizativo da contratação direta”. O parágrafo 1º dispõe que, na hipótese do caput, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193, o respectivo contrato será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência e o parágrafo 2º veda “a aplicação combinada desta Lei com as citadas no inciso II do caput do art. 193”. O art. 193, por sua vez, revoga os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação da Lei nº 14.133, de 2021; e em 30 de dezembro de 2023, a Lei nº 8.666, de 1993; a Lei nº 10.520, de 2002; e os art. 1º a art. 47-A da Lei nº 12.462, de 2011. O art. 194, por fim, declara que a Lei nº 14.133, de 2021, entra em vigor na data de sua publicação.

¹²⁹ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange: I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa; II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. § 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.”

técnico-profissionais especializados; obras e serviços de arquitetura e engenharia; e contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

Ocorre que, a despeito de estabelecer normas gerais de contratação, a Lei nº 14.133, de 2021, não esgota a disciplina dos contratos administrativos. E nem poderia. Para Menezes de Almeida (2012, p. 236), até mesmo a teoria do contrato administrativo é insuficiente para explicar completa e adequadamente o complexo fenômeno contratual contemporâneo da administração pública¹³⁰. Para Roppo (2009, p. 4) há uma crescente perda de centralidade da figura e da disciplina geral do contrato, concebida de modo unitário, enquanto ganha espaço uma lógica pluralista e multipolar, “que prefere pensar no ‘contrato’ como uma galáxia de diferentes tipos ou classes de contratos, cada um com a sua disciplina diferenciada da dos outros tipos ou classes”.

Nesse contexto, Medauar (2021, p. 228) destaca a existência de diversos tipos de contratos utilizados pela administração pública contemporânea: os contratos administrativos clássicos, regidos pelo direito público (como o contrato de obras, o contrato de prestação de serviços, o contrato de compras e o contrato de concessão); os contratos regidos parcialmente pelo direito privado (como a locação); e as figuras contratuais mais recentes, regidas pelo direito público ou por mesclas de direito público e de direito privado (como os convênios, os contratos de gestão e os consórcios públicos). A autora inclui todos eles naquilo que chama de “módulo contratual”:

Na verdade, tanto os contratos administrativos clássicos como os novos tipos contratuais incluem-se numa figura contratual, num módulo contratual. Tal afirmação

¹³⁰ Menezes de Almeida (2012, p. 236) propõe, assim, uma nova sistematização, que gira em torno do que chama de “módulos convencionais”. Explica que os módulos convencionais podem abranger tanto os casos em que uma nova situação jurídica é criada necessariamente a partir do acordo de vontade das partes envolvidas; como casos em que a administração pública, embora tivesse poder unilateral de decisão para criar uma nova situação jurídica independente do acordo de vontades, substitui o exercício do poder pelo acordo de vontades (situação que, de acordo com o autor, vem ganhando amplitude na prática administrativa contemporânea). No primeiro grupo (casos em que uma nova situação jurídica é criada necessariamente a partir do acordo de vontade das partes envolvidas), o autor enquadra três categorias. A primeira, que chama de “módulos convencionais de cooperação”, dos quais seria elemento essencial “a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas (são exemplos o contrato de gestão celebrado com organizações sociais, nos termos da Lei nº 9.637, de 1998, e o termo de parceria, pactuado com organizações da sociedade civil de interesse público, nos termos da Lei nº 9.790, de 1999). A segunda, que chama de “módulos convencionais de concessão”, consistiria em fenômeno convencional pelo qual a administração pública transfere à outra parte o exercício ou o uso de elemento que lhe é e continuará sendo próprio, por se vincular a função pública. E a terceira, que chama de módulos convencionais instrumentais, cujos objetos contratuais não são específicos, nem mesmo típicos da função pública (como obras, serviços, compras, alienações e seguro) e, por isso, não possuem objeto que justifique tratamento diferenciado, de direito público, desde o plano legislativo (o que não significa que o legislador não tenha feito opção diversa, como se passa na Lei nº 8.666, de 1993 e, atualmente, com a Lei nº 14.133, de 2021).

pode ser feita se for deixada de lado a concepção restrita de contrato, vigente no século XIX, centrada na autonomia da vontade, na igualdade absoluta entre as partes e na imutabilidade de sua vontade inicial. Se for retomada a ideia básica de contrato predominante na Grécia clássica e no direito romano mais antigo, centrada no ‘intercâmbio de bens e prestações’, regido pelo direito, pode-se cogitar de um módulo contratual formado por vários tipos de contrato, com regimes jurídicos diversos. (MEDAUAR, 2021, p. 228)

No que se refere especificamente aos serviços públicos, Aragão (2006, p. 7) destaca que constituem um ramo do direito extremamente setorizado, sem que haja um único sistema normativo que abranja todos eles, mas sim uma série de microssistemas jurídicos, cada um para uma espécie de serviço público. Monteiro (2010, p. 173) faz observação similar em relação ao contrato de concessão ao afirmar que a legislação infraconstitucional tem ampla margem para fixar regras sobre o fenômeno contratual da administração pública, de forma que a decisão quanto ao uso de seus bens e à forma de prestação dos serviços públicos e atividades sob sua responsabilidade constitui matéria própria dos entes políticos, ou seja, cabe a eles definir o melhor modelo contratual para o caso concreto, do que decorre a existência de diversas espécies de concessão.

De fato, são diversos os normativos que disciplinam concessões no ordenamento jurídico brasileiro. Medauar (2020, p. 335) apresenta, a título de exemplo, a Lei nº 8.977, de 1995 (concessão de serviço de TV a cabo); a Lei nº 9.472, de 1997 (concessão para serviços de telecomunicações); Lei nº 11.079, de 2004 (concessão patrocinada e administrativa); a Lei nº 12.815, de 2013 (concessão de porto organizado); e a Lei nº 11.284, de 2006 (concessão florestal).

Diante da complexidade do fenômeno contratual contemporâneo da administração pública, para os fins do presente trabalho o foco será a análise da Lei nº 14.133, de 2021, em conjunto com a Lei nº 8.987, de 1995, que disciplina o regime geral das concessões de serviço público no Brasil. A Lei nº 8.987, de 1995 trata da figura da concessão, e concebe um regime que pode ser aplicado subsidiariamente a concessões especiais disciplinadas por leis de abrangência temática específica¹³¹, além de ser aplicável praticamente na íntegra aos contratos

¹³¹ Para Menezes de Almeida (2012, p. 264): “A concessão de serviço público é hoje tratada no Brasil, em termos de um regime geral, pela Lei n. 8.987/95, complementada pela Lei n. 9.074/95. Regime geral no sentido de tratar da figura da concessão, traçando um regime que se aplica subsidiariamente a casos de concessões especiais disciplinadas por leis de abrangência temática específica”. Também a Lei nº 14.133, de 2021, prevê, em seu art. 184, que: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.” Justen Filho (2023, p. 346), à luz do disposto no

de concessão de serviços públicos firmados por estados e municípios¹³². De acordo com o seu art. 1º, *caput*, e parágrafo único, as concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, pela Lei nº 8.987, de 1995, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos, ficando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios responsáveis por promover a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições da lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

A opção pelo desenvolvimento do estudo com base na Lei nº 14.133, de 2021 e na Lei nº 8.987, de 1995 se justifica na medida em que foi a partir do contrato de concessão de serviço público que se edificou a teoria do contrato administrativo, sendo a concessão de serviço público “o contrato cujo objeto é o mais tipicamente público - até porque, por definição, serviço

§4º, art. 1º da Lei nº 11.107, de 2005 e do art. 31 da Lei nº 13.800, de 2019, declara que é necessário “examinar as peculiaridades, o conteúdo e as finalidades do acordo de vontades de que participa a Administração para determinar o regime jurídico aplicável. Certos dispositivos das Leis 8.666, de 1993 e 14.133/2021 são incompatíveis com as peculiaridades desses outros acordos da Administração. Mas há algumas de suas disposições que comportam aplicação supletiva”.

¹³² Para Menezes de Almeida (2011, p. 264): “(...) as Leis n. 8.987/95 n. 9.074/95, enquanto leis federais, conforme norma constitucional a respeito das competências dos entes federativos, (art. 22, XXVII), deveriam estabelecer normas gerais aplicáveis a todos os níveis da Federação, além de normas específicas aplicáveis à própria União. Todavia, assim como já se observou em relação à Lei n. 8.666/93, não se nota maior preocupação nas referidas leis com a observância de critérios que respeitem, na prática, essa margem de autonomia dos demais entes federativos. Disso resulta o entendimento de ser seu regime praticamente aplicado na íntegra aos contratos de concessão de serviços públicos celebrados por Estados e Municípios.” Sobre o assunto, Bacellar Filho (2009, p. 160): “A lei de concessões (Lei nº 8.987/1995), no Brasil, quanto às suas normas gerais, é dirigida à toda Nação não sendo restrita a uma ou mais entidades federadas (Estados e Municípios). Nesses termos, pode ser considerada, portanto, uma Lei nacional, que tem a virtude de enunciar conceitos e definições, assumindo seus emissores, de plano, o entendimento de que a Classe Jurídica não é a única destinatária da Lei quanto à sua interpretação e à sua compreensão. Antes, seus comandos, redigidos de maneira inteligível, devem estar voltados para toda a coletividade, e, em especial, para o cidadão”. No mesmo sentido, Monteiro (2010, p. 121), declara que apenas as normas gerais das leis federais que versam sobre licitação e contratação podem ser consideradas nacionais. Segundo a autora, “[...] uma coisa é dar um regramento geral sobre licitação e condições para a celebração de contratos públicos que, de resto, decorre diretamente da Constituição. Outra, bem diferente, é enxergar nos arts. 22, inc. XXVII, e 175, poder para a União restringir a competência constitucionalmente garantida às esferas federativas de se auto-organizarem. A partir dessa visão, a conclusão é que a Lei nº 8.987/95, quando trata do regime do contrato, dos direitos dos usuários, da política tarifária e da obrigação de manter serviço adequado, não estabelece ‘norma geral’ alguma, nem mesmo em matéria de concessão de serviço público. Ela estabelece regras para uma espécie de concessão, das quais Estados e Municípios podem se valer, mas não estão vinculados a elas necessariamente. Os entes políticos podem editar leis próprias para viabilizar negócios baseados em outros usos da concessão, que não o modelo específico da Lei nº 8.987/95”. Para Justen Filho (2023, p. 305) as Leis federais 8.987/1995 e 11.079/2004 “veiculam normas gerais sobre contratos de delegação”. Mas ressalta que “norma geral não é instrumento de restrição de autonomia federativa. Daí se extrai que todas as regras acerca de organização, funcionamento e competências dos organismos administrativos não se incluem no âmbito de normas gerais”. Já para Marques (2015, p. 176), a Lei nº 8.987, de 1995, não é propriamente uma lei nacional, e sim uma lei federal de concessões, aplicável, a rigor, às concessões de serviços públicos de titularidade da União e que não sejam objeto de leis federais específicas.

público é um elemento inerente ao Estado e excluído da titularidade privada” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 262)¹³³. Na concessão de serviço público há a delegação da prestação de um serviço público a um particular, mediante uma relação jurídica estabelecida pela via contratual. Mas o Estado permanece titular do serviço concedido, do que decorre sua responsabilidade pela prestação adequada do serviço.

Conforme Aragão (2017b, p. 429), a concessão de serviço público é “um contrato de direito administrativo, com a peculiaridade de nem todas as suas condições constarem do instrumento de contrato”, e ressalta que determinadas disposições atinentes ao serviço público a ser prestado pelo concessionário “podem constar de leis ou regulamentos já editados ou a serem editados no futuro”. A natureza contratual decorreria exatamente do fato de que a submissão a esse estatuto dinâmico do serviço “se dá com o assentimento de ambas as partes e tem a sua expressão econômica – o equilíbrio econômico-financeiro – imodificável”. Para o autor, “essa combinação entre a garantia dos interesses do contratado e a modificabilidade exigida pelos interesses do serviço é um dos principais fatores que dá à concessão a natureza de um contrato administrativo”, no sentido de ser um contrato no qual “uma das partes possui poderes exorbitantes e unilaterais que não seriam admissíveis em um contrato de Direito Privado”.

Para Menezes de Almeida (2012, p. 184), o regime especial dos contratos administrativos “à francesa”, mantido até hoje, comporta ideias de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, mutabilidade do contrato e desigualdade das partes no tocante a medidas inerentes à execução contratual, havendo direitos de direção e controle e direitos de sanção pela administração pública. Por outro lado, comporta um contraponto para essas prerrogativas, qual seja, a imutabilidade do equilíbrio financeiro do contrato. Também conforme Monteiro (2010, p. 43) o regime tradicional da concessão de serviço público reconhece ao Estado, titular do serviço ou bem dado em concessão, o poder de dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público demandar, bem como o poder de retomar o serviço concedido sem que caiba oposição do concessionário. Em contrapartida ao reconhecimento de tais prerrogativas, ao contratado é garantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro.

¹³³ Para Bielsa (1950, p. 112): “En la concesión de servicio público, el Estado aparece con todo su poder: regula; vigila; interviene en las tarifas; revoca por incumplimiento de cláusula determinada; substituye al concesionario cuando éste presta deficientemente el servicio.”

No Brasil, costuma-se chamar tais prerrogativas de “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem o que seria “normal” em termos de direito privado. Diante da responsabilidade pela tutela do interesse público, o chamado “regime das exorbitâncias” faz mais sentido na concessão de serviço público do que em qualquer outra modalidade contratual¹³⁴, não sendo sequer objeto de críticas relevantes da doutrina, como ocorre em outras situações.

Em outras palavras, a Lei nº 14.133, de 2021 e a Lei nº 8.987, de 1995 concentram todas as regras do chamado “regime jurídico de direito público” que culminam nas discussões acerca da definição da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos: a existência de cláusulas regulamentares (entendidas, por muitos, como inarbitráveis, por decorrerem de um poder unilateral, e não contratual, da administração pública de ditar as normas do serviço concedido) ao lado de cláusulas financeiras (estas sim, arbitráveis, por construírem o núcleo “verdadeiramente contratual” do contrato administrativo) e a existência de prerrogativas da administração pública, as chamadas “cláusulas exorbitantes” (também alegadamente inarbitráveis, por constituírem manifestação de “poder de império”). Além disso, os contratos por elas regidos estão frequentemente inseridos no contexto de setores regulados, o que leva à discussão dos limites da arbitrabilidade no que se refere ao exercício das competências das agências reguladoras.

Dessa opção não decorre, entretanto, que as conclusões do presente trabalho serão restritas aos contratos regidos pelas Leis nº 14.133, de 2021 e nº 8.987, de 1995. Ressalvadas eventuais peculiaridades da legislação que rege cada tipo contratual (peculiaridades que deverão ser analisadas caso a caso), considerando que os contratos de concessão de serviço público são os “mais administrativos” dentre os contratos administrativos, é certo que a identificação dos limites da arbitrabilidade objetiva, a partir das regras estabelecidas nas Leis

¹³⁴ Gonçalves (1999, p. 236): “dentro da categoria dos contratos administrativos, a concessão de serviços públicos ocupa seguramente o primeiro plano, razão por que o ‘regime das exorbitâncias’ faz mais sentido aqui do que em qualquer outro tipo contratual”. Acerca de outros tipos contratuais e a aplicação das prerrogativas públicas, que chama de “competências anômalas”, Justen Filho (2023, p. 346) ressalta: “Nos contratos de direito privado, não incidem algumas das competências anômalas da Administração. A alteração unilateral dos contratos é incompatível com o funcionamento dessas atividades. Não será admitida a imposição compulsória de alterações contratuais – o particular poderá a tanto se opor, preferindo a rescisão do contrato. Assim, por exemplo, uma seguradora particular não pode ser constrangida a manter um contrato de seguro se a Administração deliberar ampliar o objeto segurado ou os riscos incidentes. Mas as demais competências anômalas – tal como a fiscalização reforçada, o regime especial de recebimento de bens e a própria extinção por decisão unilateral da Administração pública – podem ser exercitadas, uma vez que não geram risco de comprometimento da iniciativa privada”.

nº 14.133, de 2021 e nº 8.987, de 1995, serão limites que levarão em consideração todos os aspectos do “regime jurídico de direito público” que impactam na análise da arbitrabilidade objetiva e que incidirão, com mais ou menos intensidade, sobre todos os contratos que forem firmados pela administração pública.

2.2 Aspectos fundamentais da concessão de serviço público: viabilização de colaboração público-privada, delegação da execução do serviço ao parceiro privado e manutenção da titularidade pública do serviço

Variadas razões levam a administração pública a optar, desde o século XIX, pela descentralização de determinadas atividades, buscando o apoio do setor privado para a execução de determinados projetos, como a realização de obras e prestação de serviços públicos.

Menezes de Almeida (2012, p. 262) ressalta que o que se verifica na evolução histórica é que a concessão, e mais notadamente a concessão de serviços públicos, acompanha com proximidade os movimentos do Estado. Constatam-se que em épocas de tendências estatizantes, há declínio no uso da concessão, e em momentos de desestatização, sua expansão. Também para Medauar (2021, p. 334), a concessão de serviço público tem sido usada para a transferência da execução ao setor privado de serviços que exigem grandes investimentos e pessoal técnico e especializado, encargos que o poder público nem sempre pode assumir. A partir da década de 80 ressurgiu o interesse pelo instituto “num contexto de reforma do Estado, de privatização, mas com justificativa idêntica àquela que norteou sua elaboração no século XIX: execução de serviços públicos sem ônus financeiro para a administração” (MEDAUAR, 2021, p. 334)¹³⁵.

Atualmente, diante do complexo fenômeno contratual da administração pública, já mencionado, há grande discussão a respeito dos elementos definidores de um contrato de concessão, que não mais gira em torno, tão somente, da concessão de serviço público¹³⁶. Para

¹³⁵ Aragão também anota (2017b, p. 428): “Com o movimento de estatização verificado, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, as concessões perderam espaço para a criação de empresas públicas e sociedades de economia mista que, por lei, recebiam a outorga para a prestação dos serviços públicos. Era o próprio Estado (*lato sensu*) prestando os serviços de sua titularidade. Com a crise do Estado do bem-estar social e os sucessivos déficits destas empresas estatais começou-se a viver, a partir da década de 80 do século passado, um retorno do pêndulo, um processo de desestatização com a alienação de estatais e a delegação de serviços públicos à iniciativa privada”. Registrando o histórico do contrato de concessão: Monteiro, 2010, p. 17-27.

¹³⁶ Monteiro (2010, p. 152) registra que as definições doutrinárias mais tradicionais do que seja uma concessão “sempre tiveram por base a concessão de serviço público”, de forma que, em geral, os autores definem concessão por aquilo que consideram ser seus elementos essenciais: “(1) o caráter administrativo do contrato para fazer incidir o regime jurídico de direito público na relação, (2) onde há a transferência de poderes públicos ao concessionário,

Marques (2015, p. 27) o instituto se construiu como um instrumento para os diferentes arranjos contratuais ensejadores do concurso dos particulares para a consecução de finalidades coletivas, por meio do qual se dão diversas combinações entre interesses públicos e privados. Assim, a concessão visaria a delegação, aos particulares, do exercício de uma atividade ou de um direito especial com vistas a atingir objetivos públicos, ou seja, seria um instrumento de envolvimento dos particulares na consecução de finalidades públicas.

Também para Monteiro (2010, p. 32) o instituto da concessão admitiria diferentes arranjos contratuais a depender da utilidade concedida ou dos seus objetivos justificadores, sendo também as consequências da concessão distintas a depender do seu objeto e finalidade. A autora declara seu entendimento no sentido de que os elementos tradicionalmente tidos como essenciais para a caracterização da concessão (que partem da análise da concessão de serviço público) nem sempre acompanham a constante adaptação das suas espécies às formas de atuação do Estado, e conclui que a concessão deve ser identificada por sua função, qual seja “viabilizar a realização de investimentos significativos para promover a disponibilização de bens e serviços à sociedade” (2010, p. 172).

A despeito dos respeitáveis entendimentos exarados no sentido de não ser possível, atualmente, definir um regime jurídico único do que seja a concessão, para fins do presente trabalho importa notar que parece, ainda, haver convergência de entendimentos no sentido de que a essência da concessão gira em torno da “outorga, a diversa pessoa, de um direito relativo a algo que seja inerente à Administração”¹³⁷ com vistas a uma colaboração público-privada para a consecução de finalidades coletivas. A concessão, portanto, se apresenta como importante instrumento da administração pública para a realização do interesse público¹³⁸ em parceria com

(3) onde o objeto envolve sempre a exploração de um serviço público ou a realização de uma obra pública, (4) o qual é executado em nome próprio do concessionário, (5) que o explora por sua própria conta e risco, (6) sendo que sua remuneração se dá diretamente pelos usuários; (7) numa relação trilateral (poder concedente, concessionário e usuários); (8) e, em geral, de longo prazo, para permitir a amortização dos investimentos realizados.”

¹³⁷ Esse é o entendimento de Menezes de Almeida (2012, p. 262) que, por sua vez, diante da discussão doutrinária a respeito da atribuição de um sentido mais amplo ou mais restrito da expressão “concessão”, opta, “por ser consagrado na legislação”, por um sentido intermediário, que admite a concessão, como gênero, aplicada aos serviços públicos, obras públicas e uso de bens públicos.

¹³⁸ Para Marques (2015, p. 67-68) o instituto da concessão, com a delegação, pela administração pública, da implantação e a operação de utilidades e a oferta delas sob compromissos de serviço público, viabilizaria o cumprimento dos deveres que lhe são imputados pela ordem jurídica, já que o fato de uma utilidade ser considerada de provimento essencial à população obriga o Estado a assegurar o seu provimento em condições não necessariamente supérveis pelo mercado, como a oferta universal, a limitação no valor de remuneração (inclusive em condições de subsídio) e o dever de manter permanentemente a oferta e padrões mínimos de qualidade.

aqueles que, detentores dos conhecimentos técnicos e do capital necessário, tenham interesse em contratar com a administração pública e investir para o desenvolvimento da atividade em questão, visando, como contrapartida, o lucro.

No que se refere aos serviços públicos, da mesma forma que ocorre com a concessão, não é tarefa simples chegar a uma definição incontroversa. A Constituição Federal não é precisa ao utilizar a expressão “serviço público”¹³⁹. Assim, é possível pensar em serviço público dentro de uma concepção amplíssima, que equipara o serviço público a todas as atividades exercidas pelo Estado, sendo um “sinônimo da própria Administração Pública”¹⁴⁰; e é possível pensar em serviço público dentro de uma concepção restritíssima, decorrente dos artigos 145, II¹⁴¹ e 175¹⁴² da Constituição Federal, que excluem do conceito de serviço público a polícia administrativa, o fomento¹⁴³, os serviços sociais (que não são titularizados pelo Estado com exclusividade e podem ser prestados livremente pela iniciativa privada, sem delegação, como saúde e

¹³⁹ Aragão (2017b, p. 121) ressalta que a Constituição “não chega a ser precisa na utilização da nomenclatura, ora se referindo a serviços públicos em sentido apenas econômico, como atividades da titularidade do Estado que podem dar lucro (ex., arts. 145, II, e 175), ora como sinônimo de Administração Pública (ex., art. 37), ora para tratar do serviço de saúde prestado pelo Estado (ex., art.198). Outras vezes se refere apenas a “serviços” (ex., art. 21) e a “serviços de relevância pública” (ex., arts. 129, II, e 197).”

¹⁴⁰ Aragão (2017b, p. 121), explica que numa versão levemente mais restritiva dessa concepção amplíssima, “serviços públicos seriam todas as atividades exercidas pelo Estado *em regime jurídico de Direito Público* por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado”. Especificamente sobre o “regime jurídico de Direito Público”, registra que “(...) é muito comum na doutrina dizer-se que os serviços públicos se caracterizam pelo regime jurídico especial de Direito Público, mas poucos chegam a realmente dizer o que isso significa. O máximo a que a doutrina parece ter chegado é, como faz Jèze, a enunciação de indícios, ou à necessidade de atendimento de alguns princípios, como a universalidade, continuidade etc., princípios também, por si próprios, bastante fluidos e também aplicáveis, ainda que parcialmente, a atividades privadas (ex., os planos de saúde não podem ser interrompidos abruptamente), mormente em razão da publicização dos contratos privados; da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também incidem sobre as relações privadas, podendo até chegar a impor a celebração de contratos interprivados (p. ex., quando a empresa é a monopolista de fato no mercado, quando a empresa discrimina seus clientes por critérios ilegítimos etc.); e das imposições de ordem pública da legislação consumerista. Além de haver casos em que esses princípios (universalidade, continuidade, igualdade...) podem ser aplicados a atividades privadas, a sua aplicação na Administração Pública é comum a todas as atividades estatais e administrativas, e não apenas aos serviços públicos, pelo menos em um conceito deles que não seja tão amplo. Portanto, a colocação desses princípios como os princípios peculiares reitores dos serviços públicos só faria sentido se equiparássemos os serviços públicos a todas as atividades estatais.”

¹⁴¹ “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de *serviços públicos específicos e divisíveis*, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

¹⁴² “Art. 175. *Incumbe ao Poder Público*, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, *a prestação de serviços públicos.*”

¹⁴³ Sobre a polícia administrativa e o fomento, Aragão (2017b, p. 124) declara: “Ficariam de fora do conceito apenas a polícia administrativa, que, em vez de prestar utilidades aos indivíduos, lhes restringe a esfera de liberdade; e o fomento, que apenas visa a incentivar a sociedade e o mercado a, eles próprios, atuarem no sentido da realização do interesse público.”

educação¹⁴⁴) e os serviços *uti universi* (inespecíficos e indivisíveis, insuscetíveis de serem remunerados pelos seus beneficiários diretos)¹⁴⁵. A classificação mais adequada às finalidades do presente trabalho é a concepção restritíssima¹⁴⁶. Ou seja, nos termos do art. 145, II e 175 da Constituição Federal, são serviços públicos aqueles específicos e divisíveis cuja prestação incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação¹⁴⁷. Dessa forma, é da administração pública a responsabilidade pela prestação dos serviços públicos, estando vinculada a essa atividade¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Para Bandeira de Mello (2021, p. 685): “(...) não caberia cogitar de outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado.” Para Justen Filho (2023, p. 424) “o direito permite que os particulares assumam certas atividades de interesse coletivo, tal como se passa com as atividades de educação, de saúde, de assistência social. Nessas hipóteses, é usual o entendimento de que haverá serviço público quando o Estado assumir a sua prestação. Se os particulares explorarem essas atividades, haveria atividade econômica. Esse entendimento se funda na explícita previsão constitucional de que essas atividades são configuradas como serviço público, admitindo-se a sua exploração pela iniciativa privada. Portanto, a qualificação jurídica da atividade (como serviço público ou como atividade econômica) dependeria da identidade do sujeito que a explorar.”

¹⁴⁵ Para Justen Filho (2023, p. 419), “há forte tradição em classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli e uti universi*”, mas tal questão da fruição individual ou coletiva da utilidade tem relevância apenas para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público.

¹⁴⁶ Aragão (2017b, p. 128), após analisar as concepções amplíssima, ampla, restrita e restritíssima de serviço público, declara que “não há classificação ou conceito que por essência seja correto ou errado, mas sim mais ou menos adequado às finalidades metodológicas perseguidas.”

¹⁴⁷ Justen Filho (2023, p. 421) bem nota que a Lei nº 13.460, de 2017, que dispõe “sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública”, adota uma definição ampla e abrangente de serviço público, no inciso II do seu art. 2º: “serviço público - atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”. Para o autor, como decorrência, “as regras da Lei 13.460/2017 são aplicáveis amplamente às atividades da Administração Pública, inclusive em hipóteses em que se configura atividades de outra natureza, tal como o exercício do poder de polícia. Isso não significa que a definição da Lei 13.460/2017 seja incorreta. Trata-se de uma definição adotada para fins determinados, não aplicável fora do âmbito de vigência do referido diploma”.

¹⁴⁸ Ao analisar o que seria serviço público, Aragão (2013, p. 153) se depara com a figura da autorização. Ressalta que em razão do contexto liberalizante em que nos encontramos e da disciplina constitucional que trata de atividades meramente autorizadas como serviços públicos, a depender da disciplina a ser dada pelo Legislador, poderia até ser sustentável em nosso Direito que os serviços públicos possuíssem um conceito amplo, identificado com todas as atividades de interesse da coletividade sujeitas aos princípios da continuidade e universalidade, sejam elas titularizadas pelo Estado ou pela iniciativa privada. Não obstante, diante das grandes diferenças de regime jurídico entre as atividades titularizadas pelo Poder Público (em que a competição não é a regra, mas sim uma forte regulamentação *e jus variandi*); e as atividades privadas de interesse coletivo, sujeitas à autorização (em que a competência e a abertura ao mercado são a regra), conclui que o serviço público tradicional e as atividades privadas de interesse público possuem disciplinas distintas, e o serviço público um regime jurídico próprio. Para Justen Filho (2023, p. 426), considerando a redação do art. 170 da Constituição Federal, é possível identificar uma “modalidade de autorização, que se destina a remover um impedimento ao desempenho de atividades privadas, em casos em que assim for exigido por lei. Nessas hipóteses, a autorização envolve certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Quando o vocábulo for utilizado nessa acepção, a autorização não versará sobre serviço público”.

Já no que se refere à identificação dos serviços públicos, ou seja, de quais serviços serão colocados sob responsabilidade da administração pública, Medauar (2020, p. 329-330) afirma que está no “plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei e na tradição”. Em outras palavras, para a autora, saber “quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”¹⁴⁹. Para Aragão (2017b, p. 133) “não há que se falar em serviço público, por mais essencial que seja para a coletividade, apenas em razão da “natureza das coisas”, da sua importância para o liame social, sendo imprescindível, além desse dado, o reconhecimento pelo direito positivo da responsabilidade do Estado pela atividade”. Também para Câmara (2009, p. 23), apenas por intermédio da análise do ordenamento jurídico será possível responder se determinada atividade é serviço público, ou seja, serviço público é aquilo que é eleito como dever do Estado, de forma que “mesmo quando houver prestação por particulares de serviços públicos, juridicamente é o Estado que estará desempenhando tal atividade através de delegatário”. Assim, ainda quando realizada por particulares, a prestação de serviços públicos “é exemplo típico do exercício de função administrativa” (Câmara, 2009, p. 137), devendo a administração pública exercer controle permanente sobre o executor do serviço¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Conforme Medauar (2020, p. 329-330) a “Constituição pátria considera como serviços públicos, por exemplo: o transporte coletivo (art. 30, V); serviços telefônicos, telegráficos (art. 21, XI); energia elétrica (art. 21, XII, “b”). Por sua vez, a Lei nº 9.074, de 07.07.1995, indica os serviços públicos federais de barragens, contenções, eclusas, diques e irrigações como serviços públicos. Tradicionalmente existe o chamado ‘núcleo pacífico dos serviços públicos’: água, luz, iluminação pública, coleta de lixo, limpeza de ruas, correio”. Também para Justen Filho (2023, p. 422-424), discutir serviço público “conduz a enfrentar questões políticas e jurídicas essenciais” de forma que o “elenco de serviços públicos reflete determinada concepção política”, ou seja, “a Constituição de cada país identifica a disciplina adotada para o serviço público e a atividade econômica”, de forma que não existe serviço público “sem ato estatal formal assim o reconhecendo”. Não obstante, complementa o autor que “o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de atividades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. Há um vínculo direto entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, não se configurará um serviço público”. Em conclusão, “um serviço é público porque se destina à satisfação de direitos fundamentais e não por ser de titularidade estatal nem por ser desenvolvido sob regime de direito público”. Ainda, no entendimento do autor, a qualificação de uma atividade como serviço público pressupõe a “inadequação dos mecanismos da livre-iniciativa privada para a satisfação das necessidades correspondentes” e “configura-se como uma intervenção direta do Estado no domínio econômico”. Assim, sempre que uma certa atividade é qualificada como serviço público afastam-se “os princípios da livre-iniciativa (porque a exploração daquela atividade passa a ser de titularidade do Estado) e da livre concorrência (eis que, em princípio, o serviço público é um monopólio estatal)”.

¹⁵⁰ Registre-se ainda a definição de Bandeira de Mello (2017, p. 22): “Serviço público é a atividade material que o Estado assume como pertinente a seus deveres em face da coletividade para satisfação de necessidades ou utilidades públicas singularmente fruíveis pelos administrados cujo desempenho entende que deva se efetuar sob a égide de um regime jurídico outorgador de prerrogativas capazes de assegurar a preponderância do interesse

Pois bem. As notas características da concessão de serviço público decorrem, exatamente, do fato do seu objeto consistir na prestação de serviço público, de titularidade do Estado. Nos termos da Lei n. 8.987, de 1995, art. 2º, II, a concessão de serviço público é definida como sendo a “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”¹⁵¹. Ou seja, na concessão de serviço público há a delegação da prestação de um serviço a um particular¹⁵², que vai desempenhá-lo por sua conta e risco, mediante uma relação jurídica estabelecida pela via contratual, mas o Estado permanece titular do serviço concedido, em linha com o disposto no art. 175 da Constituição Federal, “até porque não pode renunciar a competência constitucionalmente estabelecida” (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 265). Também para Bandeira de Mello (2017, p. 106) “serviço e função pública são *res extra*

residente no serviço e de imposições necessárias para protegê-lo contra condutas comissivas ou omissivas de terceiros ou dele próprio gravosas a direitos ou interesses dos administrados em geral e dos usuários do serviço em particular.” Para o autor (2017, p. 55), “fundamentalmente há dois conceitos de serviço público. Um é metajurídico e se expressa através dos elementos materiais e orgânicos que compuseram a noção tradicional. Outro é jurídico e corresponde à definição formal”. Ainda, para Grau (2003, p. 267): “serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) - ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima)”.

¹⁵¹ Menezes de Almeida (2012, p. 264) ressalta que além da modalidade geral denominada pela Lei de “concessão de serviço público”, também é prevista a “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública”, que abrange a possibilidade de concessão da obra, cuja exploração, independentemente de estar associada ao serviço propriamente dito, é a forma de remuneração do concessionário, como ocorre na concessão de rodovias. Essa modalidade está prevista no inciso III do art. 2º: “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado.” Aragão (2017b p. 432) ressalta, sobre o assunto, que os autores “não são unânimes quanto à exata caracterização das concessões de obra pública. Alguns não a distinguem da concessão de serviço público, já que em toda prestação de serviço há também, em menor ou maior escala, a realização de obra pública, e vice-versa. O que haveria na concessão de obra pública seria apenas a preponderância desse elemento. Outros entendem que nela há uma duplicidade de objetos: a realização da obra pública e a posterior prestação do serviço.” Justen Filho (2023, p. 445) ressalta que, rigorosamente, essa hipótese de concessão de obra pública não está compreendida no art. 175 da Constituição Federal. Para o autor, isso não implica vedação à sua adoção ou a aplicação do regime da concessão de serviço público pois não haveria “necessidade de autorização constitucional para a adoção dessa variedade de figuras”.

¹⁵² Justen Filho (2023, p. 446) ressalta que “somente há concessão de serviço público em sentido próprio quando a delegação for feita a um particular. A delegação em prol das entidades da Administração direta (e, em alguns casos, relativamente também a empresas estatais) não configura uma concessão propriamente dita, cabendo aludir a uma concessão imprópria”.

commercium, inegociáveis”, ou seja, mesmo quando exercido por concessionários, o serviço permanece sempre público e sob controle do concedente.

Gonçalves (1999, p. 138 e 175) igualmente ressalta que a concessão não retira da administração pública o direito à titularidade do serviço público, permanecendo “dona do serviço”, e assim, “nos termos da partilha de responsabilidade promovida pela concessão, ao concessionário vai caber a incumbência de gerir o serviço público e à Administração a responsabilidade por se alcançarem os objetivos do serviço público”. Aragão (2017b, p. 431) lembra que no contrato de concessão de serviço público o direito que é concedido (de gerir um serviço público) deriva e faz parte de um direito da administração pública, de ser o senhor do serviço em todos os seus aspectos. O conteúdo daquele corresponde ao conteúdo de uma das faculdades que integram esse. Há, então, a segregação daquela faculdade de gestão e a sua autonomização em um outro direito, correspondente ao direito do qual o concessionário passa a ser o titular enquanto viger o contrato de concessão.

Da titularidade pública do serviço concedido decorre consequências importantíssimas. Justen Filho (2023, p. 442) ressalta que a concessão de serviço público é “um instrumento de implementação de políticas públicas” e também “para a realização de valores constitucionais fundamentais” (e não, “pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado”)¹⁵³. Menezes de Almeida (2012, p. 265) destaca que dessa titularidade decorre não apenas a responsabilidade da administração pública pela eventual não prestação, mas também seu poder de impor ao concessionário regras inerentes à definição do serviço e seu modo de prestá-lo¹⁵⁴. E, para tanto, a administração pública precisa de determinados instrumentos. Para Bandeira de Mello (2021, p. 704) uma vez que a concessão é “um instituto oriundo da necessidade de satisfazer pelo melhor modo possível o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito” ou seja,

¹⁵³ Para Justen Filho (2023, p. 420): “A natureza funcional da atividade de serviço público e a indisponibilidade dos direitos fundamentais acarreta usualmente a atribuição da titularidade do serviço público ao Estado. Admite-se possível a delegação do serviço público, sem que isso afete a sua existência. O serviço público permanecerá como público, ainda que seja executado por delegatários privados”.

¹⁵⁴ Câmara (2009, p. 23), acerca das normas próprias de regime público que podem vir a ser adotadas na disciplina de determinado serviço, ressalta a limitação do número de prestadores (inibindo o exercício da livre iniciativa, típica das atividades econômicas em sentido estrito); a definição de aspectos inerentes à própria gestão econômica da atividade, como metas de investimento, atualização de equipamentos e expansão de serviços; e a instituição de regime tarifário como forma de disciplinar a contraprestação dos serviços.

o concedente “tem, permanentemente, sobre o serviço prestado pelo concessionário plena disponibilidade, a qual se traduz na titularidade de um conjunto de poderes”.

Para Gonçalves (1999, p. 176) o contrato de concessão de serviço público é um meio para a prossecução de um interesse alheio que a administração pública tem o encargo de curar. Assim, do dever institucional da administração pública de proteger e salvaguardar o interesse público relacionado à prestação do serviço decorrem os “poderes” que ela detém sobre a concessão e sobre o concessionário, enquanto gestor do serviço público. Tais “poderes” seriam os “instrumentos que a ordem jurídica põe à sua disposição para cumprir essa sua atribuição”¹⁵⁵.

Para Aragão (2017b, p. 431), embora perca a faculdade de gerir o serviço, a administração pública mantém todas as demais faculdades inerentes ao seu direito sobre o serviço (de fiscalizá-lo, de alterar as condições de sua prestação, de retomá-lo etc.). Em outras palavras, para que a manutenção da titularidade estatal sobre o serviço público se materialize, não sendo meramente nominal, com o que a atividade deixaria de ser serviço público, a Constituição e a Lei nº 8.987, de 1995, asseguram uma série de prerrogativas do Estado sobre o serviço concedido, tais como a de alterar as condições de sua prestação, encampá-lo, intervir e controlar as tarifas cobradas pela concessionária.

Também para Marques (2015, p. 126), a titularidade estatal implica num dever imposto pela ordem jurídica no sentido de oferecer ou desenvolver, direta ou indiretamente, uma atividade de interesse comum. A titularidade prevista na Constituição ou na lei sobre uma atividade para um ente estatal seria o correspondente à atribuição de uma competência que acarreta um dever de atuar, associado aos poderes (prerrogativas) necessários ao exercício daquela atividade titularizada¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Para Gonçalves o “regime da concessão deve assegurar à Administração os poderes necessários para que a função ou programa que o concessionário deve executar seja efectivamente executado, de modo a satisfazer o interesse público”. Ainda, a “concessão do serviço público modifica seguramente o tipo de responsabilidade que a Administração tem em relação ao serviço público, que deixa de ser uma responsabilidade pela gestão (‘administração de prestações’) e passa a ser uma responsabilidade por garantir que o gestor cumpre os deveres que assumiu (‘administração de garantia’). Assim, a posição de garante (Garantenstellung) do interesse público que a Administração ocupa na relação emergente da concessão de serviços públicos é ao mesmo tempo a causa que legitima e o factor que exige o reconhecimento da sua supra-ordenação em relação ao concessionário.”

¹⁵⁶ Em sentido similar, Chevallier (2008): “A visão de um serviço público concebido como um universo à parte, separado do resto da sociedade, quiçá erigido em bastião inatingível, sobreviveu; se ele continua investido de missões específicas, essas não são mais capazes de dotá-lo de um estatuto privilegiado, mas lhe impõem zelar pela qualidade de seu desempenho. O fim dos privilégios de que se beneficiavam os serviços públicos não implica que seu regime jurídico perca todo elemento de especificidade. Significa somente que as derrogações das regras do direito comum devem ser justificadas pela natureza própria de suas missões, indispensáveis à sua execução e estritamente dosadas em função de seu particularismo”.

Assim, a concessão de serviço público, a despeito de pretender viabilizar uma colaboração público-privada, como ocorre em outras espécies de concessão, tem a peculiaridade de possuir um objeto especial, o serviço público¹⁵⁷. O serviço público é aquele que assim é declarado pelo legislador e, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, é de titularidade pública. A administração pública pode delegar a execução do serviço público por meio contrato de concessão a um parceiro privado, mas jamais abdicar à titularidade do serviço¹⁵⁸. E dessa titularidade irrenunciável decorre a sua responsabilidade pela prestação adequada do serviço. Para bem desempenhar sua função a administração pública necessita de determinados instrumentos, que lhe são fornecidos pelo legislador. Esses instrumentos são muitas vezes descritos como “poderes” da administração, e são manifestados por meio das cláusulas regulamentares e das “cláusulas exorbitantes” dos contratos de concessão de serviço público¹⁵⁹. Passemos então à sua análise.

¹⁵⁷ Para Justen Filho (2023, p. 443), a prestação de serviço público adequado e satisfatório “se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela sociedade civil e pelo concessionário. A concessão é um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de serviços públicos. O intento de realizar o bem comum autoriza o Estado a estabelecer unilateralmente as regras acerca do serviço e a fiscalizar a atividade do concessionário. Mas o concessionário não é um “inimigo” da Administração.”

¹⁵⁸ Bandeira de Mello (2021, p. 684): “Só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e como privativo do Poder Público. Em rigor, por ser público e privativo do Estado, o serviço público é *res extra commercium*, inegociável, inamovivelmente sediado na esfera pública, razão por que não há transferências da titularidade do serviço para o particular. Só as pessoas de natureza pública podem ser titulares, ter como próprias as atividades públicas. Um particular jamais poderá reter (seja pelo tempo que for) em suas mãos, como senhor, um serviço público. Por isso, o que se transfere para o concessionário – diversamente do que ocorre no caso das autarquias – é tão só e simplesmente o exercício da atividade pública. O Estado mantém, por isso mesmo, sempre e permanentemente, total disponibilidade sobre o serviço concedido. Daí segue que o concessionário o desempenhará se, quando, como e enquanto conveniente ao interesse público”. Aragão (2017b, p. 422): “Na forma descentralizada de prestação de serviço público, o poder público transfere a sua titularidade, ou simplesmente a sua execução, por outorga ou delegação, a entidade da Administração Indireta ou a particular. Haverá transferência da titularidade e da execução do serviço se a entidade para a qual for transferido tiver personalidade jurídica de direito público (autarquias e fundações públicas de direito público). Se for pessoa jurídica de direito privado, integrante da Administração Indireta (fundações públicas de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista) ou não (basicamente concessionários ou permissionários), a transferência será apenas da execução do serviço.” Para Schirato (2005): “Em que pese, no regime de concessão de serviços públicos, haver a prestação de um serviço público por um particular, a natureza da atividade continua a ser pública, uma vez que subjaz ao exercício desta atividade o interesse público, que demanda a prestação contínua e com qualidade do serviço concedido (art. 175 da Constituição Federal).” Para Justen Filho (2023, p. 300): “Os contratos administrativos de delegação visam à atribuição a um particular do exercício de poderes de titularidade da Administração Pública. Não se trata de transferir a competência propriamente dita (o que não é juridicamente possível), mas de investir um sujeito privado do exercício de poderes específicos e determinados.” Também declarando a irrenunciabilidade da titularidade do serviço público, Sundfeld e Câmara (2013, p. 263-264).

¹⁵⁹ Para Bandeira de Mello (2017 p. 63) “serviço público, do ponto de vista jurídico, é aquele que se consubstancia através de regime jurídico especial, instituído pelo Estado no interesse direto dos fins que consagrar como próprios. Este regime especial instaura procedimentos exorbitantes do direito privado, é derogatório das regras do chamado direito comum e constitui uma situação privilegiada em favor de uma das partes (o Poder Público), excepcionando a igualdade comutativa das situações e vontades jurídicas, assim como estabelece também, paralelamente,

2.3 As cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviço público e sua natureza jurídica contratual

Conforme já visto, nos termos da Lei nº 8.987, de 1995, a concessão de serviço público consiste na delegação da prestação de um serviço público a um particular (o qual vai desempenhá-lo por sua conta e risco), mediante uma relação jurídica estabelecida pela via contratual. Como a administração pública permanece sendo a titular do serviço concedido (conforme competência constitucionalmente estabelecida), possui responsabilidade pela sua prestação. Em outras palavras, a administração pública mantém o vínculo com a atividade e, por conta desse vínculo de ordem constitucional, o legislador confere a ela instrumentos para garantir a adequada prestação de serviços, ainda que por via da delegação.

Assim, o regime tradicional da concessão de serviço público, refletido na Lei nº 8.987, de 1995, reconhece ao titular do serviço dado em concessão o poder de determinar as condições de sua prestação. Cabe à administração pública fixar as normas para a definição do serviço, para a sua execução e prestação aos usuários em prol do dever institucional de proteger e salvaguardar o interesse público¹⁶⁰. As cláusulas regulamentares constituem, assim, o

restrições especiais no desempenho da atividade para proteger os superiores interesses nela residentes, impondo cerceios seja ao sujeito credenciado pelo Estado para prestá-lo, seja ao próprio Estado, quer como prestador direto, quando o seja, quer como organizador do serviço e das condições para seu desempenho.” Já para Gonçalves (1999, p. 239) o “reconhecimento de um feixe de ‘prerrogativas’, de *potestas imperii*, à Administração concedente (responsável pelo do serviço público) não constitui (...) a mera projecção necessária de uma supremacia natural da Administração sobre os particulares (que o contrato deva reflectir), representando, em vez disso, uma exigência colocada ao serviço de finalidades de interesse público: por um lado, evitar que a estabilidade do contrato se transforme num obstáculo à dinâmica exigida pelo serviço público e, por outro lado, prevenir eventuais desvios que a gestão privada do serviço possa causar.” Justen Filho (2023, p. 298), entretanto, ressalta que a “existência de fins de interesse coletivo e público não legitima o desvirtuamento da finalidade das competências anômalas (ditas prerrogativas extraordinárias)”, que se destinariam, tão somente, a “propiciar meios de o Poder Público satisfazer adequadamente as necessidades coletivas”. Ressalta o autor que prefere a terminologia “competências anômalas” para “acentuar a concepção de que, num Estado Democrático de Direito, existem apenas competências instituídas e delimitadas pela lei”.

¹⁶⁰ Nesse sentido dispõe o art. 23 da Lei 8.987, de 1995: São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

regulamento do serviço público tal como, no entender da administração pública concedente, deve ser prestado. Diante do regime da concessão de serviço público, que reserva para a administração pública a titularidade do serviço, e da prerrogativa de fixar suas normas, parte significativa da doutrina declara que o contrato de concessão de serviço público não teria, pelo menos não em sua inteireza, natureza contratual.

A ideia de que a concessão tem sua natureza contratual restrita às suas cláusulas econômicas, aparece no pensamento de Bandeira de Mello. Para o autor (2021, p. 686), a concessão é uma relação jurídica complexa, composta de um ato regulamentar do Estado que fixa unilateralmente condições de funcionamento, organização e modo de prestação do serviço (ou seja, as condições em que o serviço será oferecido aos usuários); de um “ato-condição”, por meio do qual o concessionário voluntariamente “se insere debaixo da situação jurídica objetiva estabelecida pelo Poder Público”; e de contrato, por meio do qual é garantida a manutenção da sua equação econômico-financeira. Dessa forma, o Estado teria todas as garantias necessárias à boa prestação do serviço público, podendo “dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e modificá-las sempre que o interesse público o reclamar”. Estariam inseridos no ato regulamentar tudo que diz respeito ao modo de prestação do serviço e à fruição pelos usuários, como as disposições sobre a sua organização, funcionamento, prazo e tarifas. Ao concessionário, por sua vez, caberiam as garantias da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro avençado por ocasião da concessão. Em outras palavras, “o Estado dispõe, com plena liberdade e do modo que entender mais conveniente para o interesse público, sobre a parte regulamentar do serviço e está peado no que concerne ao elemento verdadeiramente contratual da concessão, que é o equilíbrio econômico-financeiro”.

Para Di Pietro (2019, p. 97) a parte do contrato que é disciplinada unilateralmente pela administração pública, que diz respeito à forma gestão do serviço, consta das chamadas cláusulas regulamentares do contrato concessão e “impõe-se ao particular não tanto como decorrência do contrato, mas por tratar-se de normas que decorrem do poder regulamentar da Administração”. Para a autora, “essas normas constam da própria lei que disciplina o serviço, de tal modo que, ao assinar o contrato de concessão, o concessionário está se sujeitando a uma

Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente: I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.”

situação estatutária, regulamentar, que não admite qualquer discussão ou alteração”, ainda que com a concordância das partes. Ou seja, ainda que tais normas constem do contrato, “na realidade mantêm-se sua natureza regulamentar e não contratual”.

Menezes de Almeida (2012, p. 281), por sua vez, também identifica a existência de três diferentes atos jurídicos relacionados à concessão. O primeiro corresponderia ao ato que cria o regulamento objeto da concessão que decorre de leis, decretos regulamentares ou, ainda, atos inferiores ao decreto, mas sempre unilaterais (isso porque o objeto da concessão é elemento inerente ao Estado, cujo atendimento lhe é constitucionalmente imposto, não cabendo ao Estado convencionar com qualquer outro sujeito o seu modo de ser). O segundo corresponderia ao ato pelo qual se convencionam as cláusulas regulamentares da concessão. Assim, os contratos de concessão incorporariam as normas que constituem o regulamento da concessão, e o que se convencionou é tão somente a vinculação do concessionário a essas cláusulas (em outras palavras há “reprodução das normas de caráter objetivo de regência do objeto da concessão, seja em documento apartado do texto contratual, mas anexo a ele, seja no próprio corpo do texto contratual na forma de cláusulas”, mas isso “não as torna substancialmente contratuais”)¹⁶¹. O terceiro corresponderia ao ato pelo qual se convencionam as cláusulas econômicas da concessão, este sim verdadeiramente contratual, pois correspondente ao acordo de vontades sobre a equação econômico-financeira da concessão, versando elementos que não estão previamente definidos em ato unilateral editado pelo Estado¹⁶².

Gonçalves (1999, p. 193-200), entretanto, possui posicionamento diverso. O autor português detecta a divergência existente acerca da atribuição da natureza contratual às cláusulas regulamentares, decorrente do fato de a administração pública definir unilateralmente

¹⁶¹ Para Menezes de Almeida (2012, p. 283): “Os contratos de concessão, ao incorporarem (em seu corpo de cláusulas, ou em texto anexo) as normas que constituem o regulamento da concessão, não lhes transforma a natureza de ato objetivo legal ou regulamentar, para ato subjetivo convencional. Por outras palavras, a reprodução das normas de caráter objetivo de regência do objeto da concessão, seja em documento apartado do texto contratual, mas anexo a ele, seja no próprio corpo do texto contratual na forma de cláusulas, não as torna substancialmente contratuais. Formalmente, podem até apresentar-se como cláusulas regulamentares. Mas substancialmente, em que pese tenham forma de cláusulas, não são convencionais. O que se convencionou não é sua criação, mas sim a vinculação a elas por parte do concessionário. E essa convenção é necessária, pois o regramento objetivo (de índole legal ou regulamentar), quanto ao objeto da concessão vincula, em princípio, apenas o próprio Estado, como titular do objeto da concessão. O concessionário apenas estará obrigado a seguir tais regras no momento em que consinta em receber a concessão. Ou seja, o consentimento em ser concessionário implica conjuntamente o consentimento com vincular-se ao regulamento do objeto da concessão”.

¹⁶² Câmara (2009, p. 48), dispõe mesmo sentido, assumindo que a concessão de serviço público tem “natureza híbrida”, sendo parte contratual e parte regulamentar.

as bases ou o “caderno de encargos da concessão”, ou seja, do fato de o conteúdo dessas cláusulas não ser definido por acordo entre concedente e concessionário, mas por adesão deste último¹⁶³. Não obstante, para o autor, “a regra é a da contratualidade ou bilateralidade da concessão, enquanto acto que opera a transferência do direito de gerir um serviço público”. Ressalta que a natureza contratual não demanda que exista um “acordo na estipulação do respectivo conteúdo”. O necessário é que o conteúdo não possa ser imposto contra a vontade de uma das partes e, nesse sentido, “o candidato a concessionário aceita-o voluntariamente”. Além disso, a natureza jurídica contratual seria “obviamente a mais adequada para traduzir o acto constitutivo de uma relação dissimétrica (em que cada uma das partes é simultaneamente titular de direitos e deveres perante a outra), como é a relação de concessão”¹⁶⁴. Dessa forma, sem embargo da sua dimensão normativa ou regulamentar, o contrato de concessão de serviços públicos seria, antes de tudo, um contrato, ou seja, um instrumento voluntário de criação de direitos e de deveres para as partes:

Como qualquer outro, o contrato de concessão de serviços públicos é, nesse sentido, a “*loi des parties*”, já que todas as suas cláusulas têm, pelo menos, uma eficácia parcial, fixando direitos e deveres para as “partes”. Dessa natureza parcial ou relativa não ficam sequer excluídas as cláusulas (constantes de bases ou de cadernos de encargos) que a Administração tenha estabelecido previamente. Tais cláusulas regulamentares, uma vez incorporadas ao contrato, passam a ser, nas relações entre as partes, “cláusulas contratuais”, que estabelecem os direitos e deveres de cada uma delas perante a outra. Nesses termos, todas as disposições estabelecidas até ao momento da celebração do contrato e nele incorporadas têm, entre as partes, natureza e eficácia meramente contratual. (GONÇALVES, 1999, p. 200)

Também para Di Pietro (2021, p. 261) o contrato administrativo “ainda que as cláusulas regulamentares ou de serviço sejam fixadas unilateralmente, só vai aperfeiçoar-se se a outra parte der o seu assentimento”. Além disso, para a autora, o contratado não é titular de

¹⁶³ Para Gonçalves (1999, p. 195), a distinção entre ato e contrato administrativo “tende a complicar-se, por força, por um lado, da consensualização do acto administrativo (que, em certa medida, expressa a penetração da contratualidade na formação do acto) e, por outro, do fenómeno da mera adesão ao contrato administrativo (que reduz a participação do particular na formação do contrato a uma mera ‘aceitação’, que lembra a aceitação de um acto administrativo favorável)”.

¹⁶⁴ Para Gonçalves (1999, p. 262): “Como é óbvio, os deveres do concedente consistem genericamente no cumprimento das obrigações que assumiu no contrato; trata-se assim de um conjunto de deveres de recorte extremamente variado. Sem embargo, podem distinguir-se dois tipos fundamentais: por um lado, deveres positivos que exigem um *facere* do concedente (por exemplo: dever de retribuir ao concessionário, dever de lhe entregar determinadas áreas, dever de construir, em tempo determinado, vias de acesso a uma estação de caminho de ferro em concessão), e por outro lado, deveres negativos, que lhe exigem um *non facere* (por exemplo: dever de não atribuir uma concessão a um concorrente - *pactum de non licitando*, dever de incitar os utentes a não pagar as quantias pedidas pelo concessionário)”.

mera faculdade outorgada pela Administração, como ocorre nos atos negociais. Ao contrário, assume direitos e obrigações perante o poder público contratante. Isso porque faltaria “às cláusulas fixadas unilateralmente pela Administração a imperatividade que caracteriza os atos administrativos unilaterais, pois aquelas não têm, como estes últimos, a capacidade de impor obrigações ao particular, sem a sua manifestação de concordância”. Assim, o fato de a administração pública estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retiraria a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral, de forma que os contratos administrativos se enquadram no conceito geral de contrato como acordo de vontades gerador de direitos e obrigações recíprocos.

Marques (2015, p. 142-145) igualmente declara que a natureza jurídica da concessão é a de contrato. A participação da administração pública em uma relação contratual não significaria que ela esteja se despojando da autoridade ou renunciando ao poder extroverso. Significaria que, para aquele específico cometimento ou para aquela satisfação do interesse coletivo, o Estado entende ser mais eficiente recorrer ao instrumento consensual (obrigacional) do que a mecanismos de autoridade (unilaterais). Ao se decidir por conceder uma utilidade pública, o Poder Público aceita travar relação obrigacional, exercitando uma prerrogativa que a lei lhe assegura, de se vincular ao particular para a satisfação do interesse público.

Na mesma linha, Schirato (2005) declara que o contrato de concessão de serviços públicos tem natureza jurídica contratual, considerando que “a formação do vínculo jurídico da concessão de serviço públicos somente ocorre quando da expressa manifestação de vontades concordantes das partes (Poder Concedente e concessionário), o que, inegavelmente é um traço típico dos contratos”¹⁶⁵. Além disso, “é de muito tempo aceitável em nosso sistema jurídico a figura do contrato de adesão (tal qual é o próprio contrato administrativo *lato sensu*), na qual a maioria das cláusulas e condições são estabelecidas unilateralmente por apenas uma das partes, cabendo à outra parte apenas, se lhe for conveniente, aderir ao contrato pronto”¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Para Cavalcanti (1961, p. 323): “A natureza contratual da concessão se nos afigura manifesta porque a sua existência e obrigatoriedade decorrem de uma dupla manifestação da vontade, do poder concedente e do concessionário. É indispensável, assim, o acordo de vontades”.

¹⁶⁶ Para Schirato (2005): “Desta forma, entendemos ter o contrato de concessão de serviços públicos inegável natureza jurídica contratual, podendo tal contrato ser classificado como (i) oneroso, já que impõe às partes sacrifícios financeiros, (ii) bilateral, já que ambas as partes têm direitos e obrigações, (iii) sinalagmático, já que deve haver exata correspondência entre as prestações e contraprestações das partes, (iv) comutativo, já que as partes desde a assinatura do contrato anteveem seus direitos e obrigações existentes ao longo do da vigência do contrato, (v) perfeito de adesão, já que o concessionário simplesmente adere às cláusulas pré-estipuladas pelo

Dessa forma, nota-se que para alguns doutrinadores o contrato de concessão de serviço público não teria natureza inteiramente contratual, uma vez que as cláusulas regulamentares previstas seriam unilateralmente estipuladas pela administração pública, inexistindo o caráter negocial (na sua visão, essencial à natureza contratual). Assim, apenas as questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato teriam natureza contratual, uma vez que seriam estipuladas a partir do consenso das partes. Para outros doutrinadores as cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviços públicos teriam natureza jurídica contratual, uma vez que a simples estipulação da maioria das cláusulas e condições unilateralmente pela administração pública não seria fato bastante para desfigurar essa natureza, já que a manifestação expressa de vontade das partes seria o elemento fundamental à formação do vínculo jurídico. Em outras palavras, a natureza contratual decorreria do fato de o vínculo jurídico se formar após a manifestação de vontade das partes neste sentido.

Como é possível observar, a definição da natureza jurídica do vínculo entre a administração pública concedente e o concessionário “serve para afirmar certas prerrogativas da Administração concedente”, ou seja, “o reconhecimento de efeitos exorbitantes do direito civil” (MONTEIRO, 2010, p. 36). Ocorre que a negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviços públicos parece não ser mais possível diante do arcabouço legislativo atual e tampouco necessária para que se garanta à administração pública ferramentas para a adequada prestação do serviço público de que é titular e, conseqüentemente, para assegurar a consecução do interesse público. Essa visão parece ser decorrente de um apego à ideia de que a administração pública deve agir sempre em posição de superioridade em relação ao particular¹⁶⁷ e impor condutas por meio de atos administrativos

Poder Concedente, e (v) realizado *intuitu personae*, já que é formado após processo que individualiza a figura do concessionário (processo licitatório).”

¹⁶⁷ Para Megna (2019, p. 34) há um novo direito administrativo que pressupõe um Estado profissionalizado, que não tem medo de se valer de novas ferramentas. O objeto de estudo do direito administrativo requer, atualmente, nova perspectiva. Mas “não se trata de abandonar os vínculos públicos, nem de seus princípios, mas de reencontrá-los (perdidos que estão) nessas novas situações jurídicas. Dessa forma, princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, não pode ser lido como necessariamente incompatível com o interesse privado. Se por um lado o interesse público deve prevalecer, é ilusório acreditar que exista um só interesse público, uno, objetivamente identificável, autônomo aos interesses privados e consagrados exclusivamente pela via estatal. A satisfação do interesse público está na ponderação adequada entre os interesses públicos e privados presentes em cada hipótese. Assim, não se deve falar em supremacia do interesse público sobre o privado, mas simplesmente em supremacia do interesse público, já que este pode representar a proteção a um interesse de um ou alguns administrados apenas. Para o autor (2021, p. 90-94), a recolocação do princípio da supremacia do interesse público é concebida num contexto de uma administração contratual, pensando em relações comutativas, e também de uma administração

unilaterais, tendo como justificativa adicional, no caso específico da concessão de serviço público, a titularidade do serviço declarada constitucionalmente¹⁶⁸.

Ora, como relata Justen Filho (2023, p. 420), o fato de o serviço público constituir “atividade desenvolvida sob regime de direito público”, não se aplicando as normas próprias das atividades privadas, e o fato de a administração pública permanecer titular do serviço a ser delegado, não tem como consequência imediata a vedação do uso do instrumento contratual para a regulamentação do serviço. Realmente, não há nenhum dispositivo legal vigente que permita levar à essa conclusão. Ao contrário, a própria Constituição Federal declara que ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos diretamente por meio de contrato de concessão ou permissão. E, complementarmente, o legislador infraconstitucional apresenta o conteúdo que a administração pública deve regulamentar por contrato, qual seja, as “cláusulas essenciais do contrato de concessão”. Não parece possível, a partir das normas em vigor, aferir que, por ser a titular do serviço, a administração pública deve “impor” o seu regulamento ao concessionário por meio de um ato administrativo unilateral, revestido de “poder de império”¹⁶⁹. Até porque imposição não haverá. O pretendente a concessionário, se assim desejar, poderá aceitar as condições propostas pela administração pública concedente e firmar o contrato de concessão de serviço público, ficando responsável pela sua execução.

Conforme já exposto no Capítulo 1 (item 1.3.1), há tempos os atos administrativos têm perdido campo de aplicação para outras formas de atuação mais consensuais da administração

consensual, aberta ao diálogo com os administrados e que prestigie soluções concertadas de boa-fé a litígios judiciais.

¹⁶⁸ Gonçalves (1999, p. 176), mesmo defendendo a natureza jurídica contratual da concessão de serviço público, e declarando que a teoria da unilateralidade da concessão de serviço público possui “ligação genética a concepções já ultrapassadas sobre o Estado e sobre a autoridade” revela, em outra passagem de seu texto, o apego à ideia de supremacia da administração pública: “O regime da concessão deve assegurar à Administração os poderes necessários para que a função ou programa que o concessionário deve executar seja efectivamente executado, de modo a satisfazer o interesse público. Assim, a operação de tutela do interesse público, que deverá começar logo ao nível da lei que prevê a possibilidade de concessão, pressupõe que se reconheça à Administração concedente uma posição de supremacia sobre o concessionário, posição que, devendo ser definida e pormenorizada no instrumento da concessão, é o reflexo de um poder de supremacia geral da Administração sobre os privados que com ela colaboram e é a projecção de uma ideia de prevalência do interesse público sobre os interesses privados”.

¹⁶⁹ Gonçalves (1999, p. 187): “Como seus adversários notam e seus defensores reconhecem, a concessão-contrato foi fundamentalmente um expediente para explicar a “contratação administrativa” num ambiente dogmático e cultural que, em geral, continua a não aceitar negociações sobre “objectos públicos” entre sujeitos públicos e privados (...) Prossegue, portanto, esta teoria o claro objetivo de manter intocado o princípio da incontratualidade do poder público, eternizando a regra de uma administração autoritária: a “invenção” de um acto administrativo prévio ao contrato, que o suporta e que sobre ele prevalece, é precisamente um meio de continuar a respeitar um momento de *imperium* ou de autoridade nas relações contratuais da Administração.”

pública. O uso do processo administrativo, que permite uma maior participação do administrado na decisão final da administração pública, de meios autocompositivos de solução de conflitos como a mediação e a conciliação, e os próprios contratos administrativos refletem uma forma de atuação mais moderna e condizente com a efetivação do próprio interesse público, diante de uma sociedade dinâmica e extremamente complexa.

Mas há ainda outras questões que demonstram de forma clara que as cláusulas regulamentares de um contrato de concessão de serviço público não podem ser consideradas um ato unilateral, exercício de poder de império, da administração pública. Os contratos de concessão de serviço público são atualmente importantes instrumentos cristalizadores de escolhas regulatórias, por meio dos quais a administração restringe, inclusive, parcela da sua própria discricionariedade, em prol de conferir maior segurança às relações público-privadas e efetividade na persecução do interesse público. Esses aspectos serão desenvolvidos no item 2.7. Por enquanto, cumpre ainda abordar, em seguida, a natureza jurídica das “cláusulas exorbitantes” dos contratos de concessão de serviço público.

2.4 As “cláusulas exorbitantes” como competências atribuídas pelo legislador para o atingimento de finalidades específicas

Para Menezes de Almeida (2012, p. 184), o regime dos contratos administrativos “à francesa”, com forte influência até hoje no Brasil, tem como característica a presença de prerrogativas conhecidas como “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem o que seria “normal” em termos de direito privado. Essas prerrogativas consistiriam, por exemplo, na possibilidade de rescisão unilateral do contrato por razões de interesse público, na mutabilidade do contrato e na desigualdade das partes no tocante a medidas inerentes à execução contratual, com direitos de direção e controle e direitos de sanção pela administração pública.

As chamadas “cláusulas exorbitantes” são identificadas por boa parte da doutrina administrativista como “atos de império”, por meio da qual a administração pública faria prevalecer sua superioridade em relação ao concessionário, a quem caberia, tão somente, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. Nesse sentido é a já mencionada lição de Bandeira de Mello (2004, p. 573), para quem o contrato administrativo é uma avença em que a “permanência do vínculo e as

condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”¹⁷⁰.

Na mesma linha, Medauar (2021, p. 232-233) declara que a “defesa do interesse público levou à atribuição de prerrogativas à Administração”. Explica a autora que, no passado, prevalecia entendimento no sentido de que “que nem todos os preceitos da teoria do contrato privado aplicavam-se ao contrato administrativo”. Assim, os aspectos que fugiam daquela teoria “foram então denominados cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum”, ou seja, cláusulas que aboliam, excediam ou se desviavam de preceitos vigentes para o contrato privado. Assim, com o tempo, “a expressão foi reduzida para ‘cláusulas exorbitantes’ e se consagrou como tal, designando as notas características do contrato administrativo, os aspectos essenciais do seu regime jurídico”.

Também para Di Pietro (2021, p. 263-264) as “cláusulas exorbitantes” “podem ser definidas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra”. Para a autora, quando a administração pública celebra contratos administrativos, “as ‘cláusulas exorbitantes’ existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”¹⁷¹.

Para a autora, cláusulas como as que preveem a aplicação de penalidades administrativas, a retomada da concessão, ou a responsabilização do contratado sem

¹⁷⁰ Para Guimarães (2003, p. 105): “A noção de ‘cláusula exorbitante’ como elemento constitutivo do contrato administrativo é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos. Todo contrato administrativo está regulado por um regime jurídico exorbitante, o qual contempla determinadas cláusulas exorbitantes, que nada mais são do que efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhes empresta o direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos”.

¹⁷¹ Também para Justen Filho (2023, p. 298): “O regime jurídico dos contratos administrativos em sentido restrito caracteriza-se pela atribuição à Administração Pública de competências extraordinárias peculiares, que se aplicam independentemente de previsão explícita no instrumento contratual”. Bandeira de Mello (2021, p. 707) vai ainda mais longe e afirma que os poderes do concedente (com exceção do poder de aplicar sanções, que “tem sua existência atrelada à prévia estatuição das específicas medidas aplicáveis”) “correspondem a inerências do instituto da concessão e poderiam ser presumidos independentemente de previsão legal, pois decorrem de sua própria compostura jurídica”. Também Guimarães (2003, p. 105) declara que a noção de “cláusula exorbitante” como elemento constitutivo do contrato administrativo “é a de algo implícito ao pacto e que mesmo que não externado há de ser assumido pelas partes como norma. Não é a causa do contrato administrativo, mas um de seus efeitos. Todo contrato administrativo está regulado por um regime jurídico exorbitante, qual contempla determinadas cláusulas exorbitantes, que nada mais são do que efeito da imposição de normas jurídico-públicas injuntivas. Jamais cláusulas contratuais, no sentido que lhes empresta o Direito. Constituem, em suma, poderes jurídico-públicos.”

necessidade de recurso ao Poder Judiciário, seriam ilícitas nos contratos entre particulares porque conferem a uma das partes “poder de império, autoridade, de que é detentora apenas a Administração”, estando presente o atributo da executoriedade. Entretanto, admite que algumas dessas cláusulas poderiam existir nos contratos de direito privado, considerado o princípio da autonomia da vontade, como é o caso das “cláusulas que asseguram a uma das partes o poder de alterar unilateralmente o ajuste ou de rescindi-lo, também unilateralmente, antes do prazo estabelecido, o de fiscalizar a execução do contrato, o de exigir caução” (DI PIETRO, 2021, p. 263-264).

Pois bem. Conforme ensina Menezes de Almeida (2012, p. 152), a teoria do contrato administrativo em muitas situações sofreu distorções, sobretudo em sua aplicação prática. Declara o autor que, em que pese o fenômeno crescente da contratualização da ação administrativa, a doutrina, tradicionalmente, ainda é presa excessivamente à ideia de que o contrato administrativo constitui uma espécie caracterizada pela sujeição a um regime jurídico especial, “de direito público”. Tal regime, ensina, traz como característica fundamental a previsão de certas prerrogativas exclusivas da administração enquanto parte contratante, ditas, portanto, “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem do que seria normal em termos do direito privado, em que vigora a noção essencial de igualdade jurídica das partes (2017, p. 330).

Na opinião do autor, os que sustentam essa posição o fazem com a intenção de conferir à administração instrumentos para a consecução do interesse público. No entanto, seriam questionáveis os fundamentos teóricos dessa distinção de regimes (de direito público) aplicáveis à administração e (de direito privado) aplicáveis aos particulares enquanto partes contratantes (2017, p. 330). Para Menezes de Almeida, ainda, a tradição brasileira de um poder executivo da União nitidamente preponderante em termos de poder político em relação aos demais acabou por acolher o regime de prerrogativas como reforço de uma tendência autoritária da administração. Teria sido criada no país, sobretudo na mentalidade da administração e seus agentes, a ideia de que o reforço do poder da autoridade pública é sinônimo de garantia de respeito ao interesse público. Esta mentalidade poderia ser um dos principais fatores a explicar

a dificuldade de se alterarem os dogmas em matéria de contratos administrativos (2012, p. 320)¹⁷².

Também para Corvalán (2013, p. 63-69) as prerrogativas da administração e o regime exorbitante se relacionam diretamente com a distinção entre direito público e direito privado, que possui como sustento imediato as construções de “exorbitância”, a superioridade jurídica ou hierárquica e a imperatividade. Entretanto, declara que o esquema descrito já não se ajusta ao novo paradigma que rege o Estado Constitucional de Direito, propondo assim a reconstrução e justificação da autoridade e do exercício de certas prerrogativas por parte dos órgãos estatais. Assim, as prerrogativas devem, em sua perspectiva, ser “equilibradas” pelos direitos fundamentais ou os direitos e garantias conferidos aos cidadãos, que constituem o ponto de referência e, eventualmente, as limitações ou modulações às prerrogativas da Administração Pública. Esse novo paradigma colocaria em crise a própria existência e a justificação da existência das prerrogativas clássicas e históricas concebidas à luz do paradigma anterior¹⁷³.

Menezes de Almeida pondera, inclusive, se tais “cláusulas exorbitantes” seriam, de fato, aptas a garantir o atendimento do interesse público¹⁷⁴ (2017, p. 330). Também para

¹⁷² Ainda, para o autor (2012, p. 320): “Há que se reconhecer que a teoria do contrato administrativo tem sua lógica interna: encontrar justificativa para que se possa melhor defender ‘o interesse geral do funcionamento regular do serviço público’, para usar a expressão de Jèze. Mas também há que se admitir que, em sua aplicação atual, está pondo a perder até mesmo essa função. Impõe-se, pois, que se estimule a teoria a evoluir – e, ao mesmo tempo, a induzir a evolução da realidade jurídica a que se refere, compreendendo-se que seu objeto ‘transita em um meio dinâmico que evolui ao compasso das alterações tecnológicas e das exigências da economia social de mercado’ - , todavia, sem alterar-se ‘o núcleo que fundamenta sua substância que não é outro senão a causa do interesse público relevante ou os fins públicos que persegue a função administrativa’, nas palavras de Juan Carlos Cassagne”.

¹⁷³ Para Corvalán (2013, p. 69-70), “o novo paradigma não admite a existência das prerrogativas pelo mero fato de que sejam apresentadas como ferramentas válidas para concretizar o interesse público a serviço da Administração Pública. Isso é uma condição necessária, mas não suficiente, sob uma perspectiva sistêmica protetora dos direitos fundamentais. Já não se presume *iuris tantum* que o Estado requeira uma série de prerrogativas *ab initio*. Ademais, devem se configurar um plus de exigências prévias e posteriores em relação à sua existência, implementação e funcionamento. (...) A prerrogativa deve fundar-se no reconhecimento e no respeito dos direitos das pessoas, e não em conceitos evanescentes ou de corte autoritário”.

¹⁷⁴ Para Menezes de Almeida (2017, p. 332): “Ao invés, observando a prática brasileira, vislumbro facilmente o regime de prerrogativas especiais nos contratos administrativos como instrumento: a) de estímulo à ineficiência da Administração, muitas vezes acomodada, v.g., na facilidade de poder alterar ou rescindir unilateralmente os contratos — o que pode induzir a celebração de contratos insuficientemente planejados, com objetos mal dimensionados, em suma, com elementos que dificultam sua boa execução; b) de geração de contratos mais onerosos para a Administração, pois evidentemente nos preços das contratações estatais está incluído o custo adicional decorrente da incerteza gerada pelas cláusulas exorbitantes; c) de legitimação de práticas autoritárias dos governantes, incompatíveis com o Estado de Direito; tais práticas podem se caracterizar tanto pelo uso das medidas unilaterais — de índole autoritária, ainda que fundamentadas na lei , ou, pior ainda, na coação moral decorrente da ameaça do uso de tais medidas; e mesmo d) de facilitação de desvios em relação à probidade administrativa, no curso da execução dos contratos, posto que ao administrador resta aberta a possibilidade de, por exemplo, alterar ou não certas cláusulas contratuais; nesse caso, o agente ímprobo tanto pode receber vantagens indevidas para não

Monteiro (2010, p. 48) o regime de prerrogativas tende a perpetuar uma especial desatenção do órgão público contratante com relação às especificidades do caso concreto, uniformizando, assim, um padrão de negociação teórico que estimula a ineficiência da administração pública, a geração de contratos mais onerosos, a legitimação de práticas autoritárias e um ambiente propício para desvios em relação à probidade administrativa.

Para Megna (2019, p. 235-236) há uma desatualização dos poderes contratuais “exorbitantes”, que perdem sentido no contexto da constitucionalização do direito administrativo e da publicização do direito civil. A desatualização da lei dá sinais de que já não encontra mais suporte no mundo dos fatos e de que é hora de se superar o complexo de “exorbitância”, não para desproteger o interesse público, mas, ao contrário, para concretizá-lo de modo mais realista. Não obstante, para Megna, ainda que passíveis de crítica, os poderes “exorbitantes” previstos na lei são lícitos e só podem ser suprimidos ou alterados por lei de igual hierarquia, descabendo seu afastamento por meio de convenção contratual.

Também para Menezes de Almeida (2017, p. 330), posto que o ordenamento jurídico brasileiro acolheu as “cláusulas exorbitantes”, caracterizadoras de um regime especial dos contratos administrativos, é preciso interpretá-las de modo coerente com o contexto constitucional de um Estado que se pretende democrático e de Direito, e reconhecer que não decorrem de um poder específico da administração em si superiores aos dos indivíduos, mas sim da necessidade de que a administração adequadamente desempenhe sua função social¹⁷⁵. Nessa linha, para o autor “não haveria propriamente ‘exorbitância’, mas aplicação de regime

o fazer, como para fazê-lo, atendendo exclusivamente ao interesse do particular contratado, em detrimento do interesse público.” Moreira Neto (2017) igualmente lista desvantagens do regime de prerrogativas: (i) imprecisão e insegurança de direitos resultantes do manejo público das prerrogativas da administração pública nas transações em decorrência ambivalência de sua origem e justificativa, ou seja, o fato de decorrerem ou da natureza dos contratos (relativas) ou da natureza da própria administração pública (absolutas); (ii) o agravamento dos custos de transação pelo aumento do risco, enquanto a redução e a abolição dessas cláusulas minimizaria o chamado risco soberano; (iii) o déficit de transparência da transação, pois as prerrogativas são genericamente estabelecidas nas leis, sem evidente relação com as situações fáticas específicas e as peculiaridades de cada contrato; e (iv) o sacrifício da confiança legítima do administrado na transação, pois as prerrogativas tanto poderiam servir a propósitos legítimos como disfarçar intenções ilegítimas, “como a difundida e gravosa corrupção pelo temor”.

¹⁷⁵ Para Menezes de Almeida (2012, p. 153): “Portanto, no contexto de um Estado democrático – isto é, no contexto de um sistema democrático de produção de normas jurídicas gerais -, caso se opte, por justificáveis razões de política legislativa, pela adoção de um regime especial publicístico para os contratos administrativos, há que se atentar para que seja ao máximo preservada a índole democrática do contrato, incidindo no mínimo necessário o caráter autocrático (unilateral) das prerrogativas da Administração.” Também para Corvalán (2013, p. 66-69), o novo cenário não determina a eliminação ou derrogação das prerrogativas, que desempenhariam um papel essencial no exercício do poder público; o Estado Constitucional de Direito apenas refuncionalizaria ou reformularia o ponto de partida das prerrogativas da administração pública.

específico”. Assim, as prerrogativas existem no direito brasileiro e se aplicam, devendo, não obstante, ser entendidas como instrumentos para a satisfação de necessidades coletivas, e não como privilégios (2012, p. 218).

Neste ponto, necessário fazer um comentário, antes de dar seguimento à discussão. Nos termos do direito legislado, mais especificamente, nos termos da Lei nº 14.133, de 2021, as prerrogativas ou “cláusulas exorbitantes” aplicam-se a todos os contratos administrativos por ela regidos. Ocorre que, conforme já exposto no item 2.1, diante do complexo fenômeno contratual contemporâneo da administração pública, descrito por Roppo (2009, p. 4) como “uma galáxia de diferentes tipos ou classes de contratos, cada um com a sua disciplina diferenciada da dos outros tipos ou classes”, as críticas que recaem sobre a existência das “cláusulas exorbitantes” normalmente são feitas de maneira mais incisiva em relação a sua aplicação generalizada para todo e qualquer tipo de contrato firmado pela administração pública.

Não obstante, no que se refere especificamente à concessão de serviço público e seu regime específico, refletido na Lei nº 8.987, de 1995, que atribui a titularidade do serviço à administração pública, a doutrina não costuma criticar a existência dessas prerrogativas, encaradas como ferramentas conferidas pelo legislador para que a administração pública possa cumprir o dever institucional de proteger e salvaguardar o interesse público.

Note-se que isso não significa, em absoluto, que a doutrina encara pacificamente e sem divergências entendimentos como os expostos acima, no sentido de que essas cláusulas seriam cláusulas derogatórias do regime jurídico de direito privado, que designam os aspectos essenciais do regime jurídico público dos contratos administrativos, que são expressão de um poder de império, de uma posição de supremacia da administração pública sobre o contratado e da prevalência do interesse público sobre o particular.

Nesse sentido, Moreira Neto (2017) declara que, inclusive, evita usar a expressão “cláusulas exorbitantes”, “porque implicitamente evoca o caráter revocatório do Direito Privado e, destarte, a ultrapassada teoria que lhe atribuía substantividade principiológica, preferindo-se utilizar expressões que se limitam a acentuar o seu assento legal ou mesmo contratual”. Para o autor, “as ‘exorbitâncias’ nada mais representam que meras modulações contratuais, que são inseridas sempre que motivadamente exigíveis pela matéria administrativa.” Assim como Di Pietro, ressalta que algumas dessas prerrogativas, como a possibilidade de alterar unilateralmente contratos, não são sequer prerrogativa exclusiva da

administração pública em contratos administrativos, pois nada impede que “possam ser comodamente incluídas em contratos privados”.

Para Gonçalves (1999, p. 239-241), a existência de prerrogativas da administração pública concedente não se confunde com “uma supremacia natural da Administração sobre os particulares”. Na verdade, trata-se de “uma exigência colocada ao serviço de finalidades de interesse público”. Assim, as posições de que a administração pública é titular no âmbito do contrato de concessão não se confinam a poderes de autoridade. A administração pública pode adquirir, por força do contrato, direitos contratuais, isto é, posições simétricas de deveres que o concessionário assume (por exemplo, direito a uma retribuição, ou renda, pela concessão). Neste domínio, a administração pública não possuiria, em princípio, quaisquer prerrogativas ou poderes especiais, pelo que devem ser consideradas meras declarações negociais aquelas em que ela se pronuncia sobre a necessidade de o concessionário cumprir os deveres correspondentes. O contrato de concessão também criaria deveres para a administração pública (por exemplo, o dever de indenizar o concessionário por eventuais danos que os efeitos dos atos de autoridade possam provocar)¹⁷⁶.

Para Guimarães (2003, p. 18), no âmbito da contratação administrativa verifica-se o surgimento de um ambiente restritivo ao uso de prerrogativas especiais. Para o autor, tais poderes de interferência no contrato não são mais concebidos como fruto de “simples direitos da Administração, não decorrendo, assim, de juízos de conveniência e oportunidade, mas se põem nos estritos lindes de competências funcionalizadas, vinculadas e dirigidas ao atingimento das indisponíveis finalidades coletivas”. Para Marques (2015, p. 142-145) o fato de “haver desigualdade entre as partes, em razão de um contratante dispor de poderes exorbitantes da esfera do outro, não é suficiente para desnaturar a relação contratual” já que no direito privado “existem inúmeros contatos em que uma das partes exerce relação de superioridade ou de hipersuficiência em relação à outra”¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Nesta linha, recupera-se clássica lição de Hans Kelsen (1998, p. 284): “Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos, que lhe estão subordinados, o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária, através de normas criadas pela via jurídico-negocial.”

¹⁷⁷ Ressalta o autor que isso “não impede a caracterização da relação contratual, ainda que a lei possa oferecer uma proteção especial à parte hipossuficiente. É o que ocorre no âmbito dos contratos de consumo, de locação (especialmente residencial), de trabalho ou de prestação de serviços de saúde suplementar.”

Para Justen Filho (2021, p. 1280), uma das características do regime jurídico do contrato administrativo reside na atribuição à administração pública de competências peculiares. A denominação dessas competências como “prerrogativas”, entretanto, não deveria induzir o aplicador do direito a uma interpretação literal. O autor declara que não existem, num Estado Democrático de Direito, prerrogativas nem privilégios, devendo estas serem compreendidas como “competências subordinadas ao Direito e cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública”. Assim, para o autor, o direito atribui competências anômalas à administração pública para que esta possa, por meio delas, cumprir os deveres a si impostos, do que decorre que não há “vínculo de subordinação hierárquica entre o poder concedente e o concessionário”. As competências anômalas tão somente reduzem a autonomia do concessionário relativamente à prestação do serviço público (Justen Filho, 2023, p. 462).

Por fim, cite-se a já invocada lição de Grau (2013), para quem a existência de prerrogativas da administração pública num contrato de concessão de serviço público não significa que possa a administração atuar, no bojo da relação contratual, como Estado-poder. Para o autor a administração “não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual”. Assim, os atos que a administração pública vier a praticar no dinamismo da relação contratual não seriam concebíveis como atos de soberania, mas como “atos de gestão” e “embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes concebíveis como expressão de *puissance publique* (alteração unilateral da relação, v.g.), essa relação não deixa de ser contratual”. Tais poderes seriam contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal¹⁷⁸.

É fácil perceber, portanto, que há grande divergência doutrinária a respeito da natureza jurídica das chamadas “cláusulas exorbitantes”, havendo ainda muitos autores que defendem a sua existência e aplicação dentro de uma lógica de superioridade do interesse público, da existência de um regime jurídico de direito público exorbitante do privado, do agir administrativo por meio de atos de autoridade ou de “império”. De acordo com essa linha de raciocínio, a existência e aplicação dessas prerrogativas, manifestadas com unilateralidade e superioridade pela administração pública, se justificariam na medida em que isso seria

¹⁷⁸ Parecer disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/08/eros-.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2022.

necessário para a defesa do interesse público. Para alguns, as prerrogativas seriam, inclusive, “ilícitas” nos contratos entre particulares, já que atribuiriam a uma das partes um “poder de império” dotado do atributo da executoriedade.

Mas as “cláusulas exorbitantes” não constituem verdadeiras “exorbitâncias” decorrentes da supremacia do interesse público. Simplesmente decorrem da aplicação de um regime jurídico específico eleito pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades. Em outras palavras, trata-se da atribuição de competências específicas à administração pública para que esta possa, por meio delas, cumprir os deveres a si impostos. Isso significa reconhecer que a existência de tais prerrogativas decorre, simplesmente, da percepção do legislador de que a administração necessita de ferramentas para desempenhar adequadamente sua função, no caso, a prestação adequada do serviço público.

Mas não há necessidade de enquadrar as prerrogativas da administração pública como “atos de império” para garantir a consecução do interesse público. Aliás, ao contrário, é necessário conferir a essas prerrogativas, previstas que são no nosso ordenamento jurídico, um significado que leve ao efetivo atendimento do interesse público, considerando, inclusive, que já há questionamentos a respeito da sua aptidão para tal finalidade. É preciso compreendê-las não como “exorbitâncias” ou privilégios, mas como instrumentos previstos em lei para o atingimento de determinados objetivos e para a satisfação de necessidades coletivas.

Note-se que não se está aqui discutindo a pertinência ou não da existência dessas prerrogativas ou até a conveniência ou não de sua aplicação irrestrita aos diferentes tipos de contratos firmados pela administração pública, até porque, como já comentado, essa parece ser uma discussão que não se coloca no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos¹⁷⁹. O que se afirma é que parecem inadequadas visões que classificam todas essas prerrogativas como “atos de império” decorrentes de uma suposta superioridade do poder público.

Na mesma linha do que foi afirmado a respeito das cláusulas regulamentares dos contratos, parece absolutamente necessário fazer uma releitura das prerrogativas da administração pública à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário. Para Ferreira Netto (2008) o direito administrativo moderno é participativo, “valoriza o princípio da cidadania e aproxima o Estado de seus administrados, colocando-os como

¹⁷⁹ Inclusive esse foi um dos motivos pelos quais foi feita a opção por desenvolver o presente trabalho a partir dos contratos de concessão de serviços públicos, de forma a evitar discussões sobre esses tópicos, que não são úteis à proposta do trabalho.

colaboradores privilegiados para a consecução do interesse público”, de forma que “a Administração abandona a sua vertente autoritária para valorizar a participação de seus destinatários finais quanto à conduta administrativa”. Assim, a expansão do consensualismo na administração pública levaria a uma nova forma de contratar, criada em bases negociais mais amplas quando comparadas aos modelos contratuais tradicionais, “sinalizando para uma maior paridade entre a Administração e particular e reforçando a interdependência entre as prestações de ambas as partes”, inclusive no que diz respeito às prerrogativas da administração pública.

2.5 Das prerrogativas da administração pública em espécie

As prerrogativas da administração pública são arroladas, no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021, em seu art. 104. Tal dispositivo declara que o regime jurídico dos contratos, instituído pela Lei nº 14.133, de 2021, confere à administração pública, em relação a eles, as prerrogativas de: (i) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (ii) extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados na lei; (iii) fiscalizar sua execução; (iv) aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; (v) ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato¹⁸⁰.

Já no contexto da Lei nº 8.987, de 1995, essas prerrogativas estão previstas no art. 29, que declara que são encargos do concedente: (i) regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; (ii) aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; (iii) intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; (iv) extinguir a concessão, nos casos previstos na lei e na forma prevista no contrato¹⁸¹. No que se refere à

¹⁸⁰ “Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - extingui-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei; III - fiscalizar sua execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de: a) risco à prestação de serviços essenciais; b) necessidade de acautelamento apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato. § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese prevista no inciso I do *caput* deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.”

¹⁸¹ “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação; II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei; IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato; V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato; VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da

possibilidade de alteração unilateral do contrato, está prevista na Lei nº 8.987, de 1995, no art. 9º, § 4º¹⁸² e, também no inciso VII do art. 18¹⁸³ e inciso V do art. 23¹⁸⁴.

A seguir, será feita uma análise de cada uma dessas cinco prerrogativas ou encargos da administração pública contratante: (i) prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público; (ii) prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; (iii) prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço; (iv) prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público; e, por fim a (v) prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato, nos casos especificados na lei e na forma prevista no contrato.

O objetivo dessa análise é contextualizar cada uma dessas prerrogativas, analisar suas características, objetivos e consequências, de forma a ser possível, posteriormente, verificar como cada uma delas deve ser compreendida à luz do artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que declara a possibilidade de utilização de arbitragem para prevenção e resolução das controvérsias que sejam “relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”.

concessão; VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas; VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis; X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação; XI - incentivar a competitividade; e XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.”

¹⁸² “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

¹⁸³ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;”

¹⁸⁴ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”.

2.5.1 *Prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público*

Conforme já relatado, a concessão é uma técnica de repartição de responsabilidades administrativas, que transfere para o concessionário a gestão ou o exercício de uma atividade pública, e deixa nas mãos da administração pública o controle ou fiscalização dessa gestão ou exercício. Nesse contexto, para Gonçalves (1999, p. 247), enquanto “dona do serviço concedido”, a administração pública necessita de meios de fiscalização e de controle sobre o concessionário. Para o autor, trata-se de “uma projeção do princípio da supremacia do concedente na relação de concessão”.

De acordo com Di Pietro (2021, p. 282) a fiscalização é “prerrogativa do poder público” que “exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo”. A Lei nº 14.133, de 2021, trata da fiscalização em seu art. 104, III. A Lei nº 8.987, de 1995, declara no art. 29, I que incumbe ao concedente “regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação”. Além disso, faz referência ao dever de fiscalização, nos artigos 3º¹⁸⁵, 23, VII¹⁸⁶; 30 e parágrafo único¹⁸⁷; e 31, V¹⁸⁸.

Para Medauar (2021, p. 234), a prerrogativa de acompanhar e fiscalizar a execução do contrato conferido pela lei à administração “é principalmente dever”. Para Bandeira de Mello (2021, p. 704), por força do “poder de inspeção e fiscalização” o concedente “está qualificado para manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço”. Na mesma linha, Justen Filho (2021, p. 1284) declara que, na contratação administrativa “a fiscalização não se constitui em faculdade”, mas sim em “um poder-dever de acompanhar atentamente a atuação do particular”, já que a

¹⁸⁵ “Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.”

¹⁸⁶ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la”.

¹⁸⁷ “Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

¹⁸⁸ “Art. 31. Incumbe à concessionária: V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”.

“atividade permanente de fiscalização permite à Administração detectar, de antemão, práticas irregulares ou defeituosas” possibilitando a adoção com maior presteza das “providências necessárias para resguardar os interesses fundamentais”¹⁸⁹.

Também para Bockmann (2022, p. 171) fiscalizar a concessão é dever imputado ao concedente e consiste em verificar se o concessionário executa o serviço tal como previsto em lei, nos regulamentos (gerais e setoriais) e no contrato de concessão. Afinal, o “Estado tem a incumbência de assegurar a adequada prestação do serviço público – seja de forma direta (responsabilidade de execução), seja por meio do concessionário ou permissionário (responsabilidade de garantia da prestação)” e essa responsabilidade teria razão de ser, na medida em que, não obstante o contrato de concessão implique a “dispensa” quanto à responsabilidade imediata na gestão e fornecimento, “o serviço permanece público, pois normativamente imputado ao Estado”. Para o autor, “será por meio da fiscalização que o Estado garantirá a prestação adequada, a preço módico, do serviço que lhe foi atribuído”, de forma que a fiscalização é “técnica diferenciada para a realização da tarefa administrativa que foi primariamente cometida ao Estado”.

Para Aragão (2017), o controle dos serviços públicos concedidos incumbe privativa e irrenunciavelmente ao concedente. Para o autor, a fiscalização acontece sob três perspectivas: técnica, financeira e jurídica. Sob a perspectiva técnica, versa “sobre os deveres concernentes à gestão em si do serviço, os meios técnicos, humanos e materiais mobilizados pelo concessionário para geri-lo, que devem ser quantitativa e qualitativamente adequados”. Sob a perspectiva financeira, tem por objeto “a higidez financeira da empresa e a aferição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, implicando na análise dos documentos necessários a tanto, como balanços, receitas, despesas, alienações e aquisições de bens”. Sob a

¹⁸⁹ Também para Bockmann (2022, p. 171) a fiscalização “constitui dever vinculado e indeclinável”. Destaca que o STJ tem entendimento nesse sentido, exarado no REsp n. 764.085/PR, relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1/12/2009, DJe de 10/12/2009: “(...) 2. Nos termos do art. 19 da Lei n. 9.472/97, compete à Anatel a obrigação de fiscalizar os serviços públicos concedidos, bem como, de reprimir as infrações aos direitos dos usuários. Com efeito, não há discricionariedade para o administrador público em realizar, ou não, a fiscalização. 3. A discricionariedade, porventura existente, circunscrever-se-ia na escolha do meio pelo qual a fiscalização será exercida. Todavia, ainda assim, o administrador está vinculado à finalidade legal, de modo que, o meio escolhido deve ser necessariamente o mais eficiente no desempenho da atribuição fiscalizadora. 4. Isto ocorre porque a discricionariedade administrativa é, antes de mais nada, um dever posto à Administração para que, diante do caso concreto, encontre dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. 5. A reserva do possível não pode ser apresentada como alegação genérica, destituída de provas da inexistência de recursos financeiros. Requer, ademais, considerações sobre a situação orçamentária do ente público envolvido, o que esbarra na súmula 7 desta Corte Superior.”

perspectiva jurídica, consiste “na verificação do cumprimento das obrigações da concessionária com terceiros, especialmente usuários” e, também, no “exame de atos da concessionária sujeitos à aprovação do poder concedente (ex., aprovação de mudanças na estrutura societária da empresa, de reajustes das suas tarifas etc.)”. O autor ressalta que “principalmente em relação às obrigações de prestar informações à Administração Pública, por ser instrumental ao exercício de todas as demais funções administrativas de controle e não gerar interferência na gestão em si da empresa, as potestades do regulador são bastante extensas”. O concedente terá, inclusive, direito a amplo acesso às instalações e documentos da concessionária, ou seja, aos dados relativos à sua administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros (art. 30, *caput*, da Lei nº 8.987, de 1995) incumbindo à concessionária, nos termos do art. 31, V, da Lei nº 8.987, de 1995, “permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”.

Para Bockmann (2022, p. 193) como a fiscalização é exercitada “em uma relação especial que é o contrato de concessão”, não se faz necessária a prévia e exaustiva definição legal que tipifique as suas modalidades, pois podem elas ser definidas no próprio contrato (e em seu edital) ou em sede regulamentar (respeitadora do edital e do contrato). Para o autor, elas “sequer precisam ser tipificadas para serem exercidas, vez que fazem parte da relação concessionária e se encontram implicitamente abrangidas na competência do concedente”, e mais do que a sua definição, se torna relevante “a respectiva publicidade, razoabilidade e proporcionalidade”.

Também para Justen Filho (2021, p. 1284) as regras contratuais “destinam-se a disciplinar a atividade de fiscalização”, de forma que o instrumento contratual poderá dispor acerca de procedimentos fiscalizatórios a fim de “evitar que a fiscalização seja desenvolvida de modo inconstante ou não sistemático”, impondo “deveres concretos ao particular, cujo descumprimento caracteriza inadimplemento contratual”. É de se registrar que o art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, declara serem cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la.” Não obstante, para o autor (2021, p. 1284), as regras contratuais que se destinam a disciplinar a atividade de fiscalização “não constituem um limite às prerrogativas da Administração”, de forma que se

“surgirem dúvidas ou controvérsias acerca da atuação do particular, a Administração pode promover fiscalização além e diversamente do previsto no contrato”.

Já para Aragão (2017b, p. 446), apesar de o Estado poder se imiscuir mais na prestação de serviços públicos delegados do que na gestão de atividades econômicas privadas, “o concessionário é uma empresa privada, com todas as garantias, inclusive constitucionais, a ela inerentes” de forma que, após a obtenção da concessão “vige o seu direito de livre-iniciativa” e o direito, nos termos do contrato de concessão, a ter respeitadas as suas posições jurídicas e patrimoniais. Portanto, não seria possível vislumbrar na fiscalização “um poder regulamentar de caráter policial”. Para o autor (2013, p. 352) “o poder de polícia incide apenas sobre atividades privadas, não sobre serviços, monopólios ou bens públicos, que, como sabemos, são, ainda que explorados por particulares, de titularidade estatal”¹⁹⁰.

Também para Bockmann (2022, p. 178) a fiscalização dos serviços públicos “não é sinônimo do conceito já datado de “poder de polícia administrativa”, muito menos em sua concepção arcaica”¹⁹¹. Enquanto o poder de polícia tem aplicação em relação à liberdade pessoal e empresarial, a fiscalização das concessões é oriunda da relação especial de administração decorrente do exercício de serviço público a cargo da pessoa privada. Logo, “o

¹⁹⁰ Também para Medauar (2021, p. 349) “poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites ao exercício de direitos e liberdades. É uma das atividades em que mais se expressa sua face autoridade, sua face imperativa”. A autora também distingue o poder de polícia do serviço público pois “pelo poder de polícia a Administração enquadra uma atividade do particular, da qual o Estado não assume responsabilidade”. Assim, “no atual contexto da Administração Pública, dividido entre uma face de autoridade e uma face de prestadora de serviços, o poder de polícia situa-se precipuamente na face autoridade. Atua, assim, por meio de prescrições, diferentemente do serviço público, que opera por meio de prestações”.

¹⁹¹ Ainda, para Bockmann (2022, p. 179): “A ideia de poder de polícia traz consigo fortes tons do Estado Liberal, com esferas excludentes quanto à convivência público-privada. Ela é própria do cenário em que o Estado se arroga a condição de monopolista do interesse público, o único titular do interesse público, e mantém relacionamento unilateral com as pessoas privadas (esferas substitutivas: ou Estado ou particulares)”. Não obstante, para o autor, o poder de polícia e a fiscalização comungam de alguns pontos, principalmente considerando a “vinda das agências reguladoras independentes”. “Afinal, as agências brasileiras regulam não só atividades econômicas em sentido estrito, mas também – e especialmente – os setores econômicos ocupados pelos serviços públicos (telefonia, transportes, água, energia etc.)”. Nessa linha, defende o autor a natureza jurídica de taxa das chamadas “taxas de regulação” ou “taxas regulatórias, cobradas pelo exercício da atividade de fiscalização, reconhecendo que “não há consenso doutrinário quanto à natureza de tais taxas”. Para Aragão (2013): “É grande a polêmica existente quanto à natureza das “taxas regulatórias”. A questão não pode ser solucionada genericamente, mas apenas tendo em vista a natureza da atividade regulada e a disciplina específica de cada agência. A questão é de grande relevância, uma vez que as “taxas regulatórias” que não forem verdadeiros tributos estarão livres das limitações constitucionais ao poder de tributar, previstas, sobretudo, nos arts. 150 a 152 da Constituição Federal. No que diz respeito às agências reguladoras de serviços públicos ou da exploração privada de monopólios de bens estatais entendemos, sinteticamente, que não se trata de taxa propriamente dita, uma vez que a agência não exerce poder de polícia sobre os concessionários, mas sim um dever de fiscalização, fulcrado no contrato de concessão, inerente ao Poder Concedente ou titular do monopólio ou do bem”.

que se deve ter em mira quando se fala em fiscalização de concessões é antes a cooperação recíproca” numa “relação especial de administração”, e não uma “relação de especial sujeição” ou de interferência do Estado no setor de serviços públicos” já que, “por óbvio, ninguém se intromete no que já é seu”. A fiscalização “é a atividade investigativa, disciplinadora e, sobretudo, incentivadora”, que “assegura a adequação da atividade privada aos fins públicos previamente definidos no contrato e no estatuto da concessão, e apenas secundariamente procede à detecção de ilicitudes e aplicação de sanções”. Aliás, se vier a detectar falhas, a administração pública “deve apontá-las tempestivamente, a fim de que sejam solucionadas em bom tempo – beneficiando os usuários e preservando a integridade do projeto concessionário”¹⁹².

Bockmann (2022, p. 188), menciona ainda o relevante e interessante fenômeno do cruzamento das competências de fiscalização, decorrente da coexistência de múltiplos serviços concedidos e de várias autoridades responsáveis por sua concessão e regulação. Por exemplo, se o concedente responsável por uma delegação de concessão ferroviária concluir que a instalação de gasoduto às margens da ferrovia reclama técnicas de segurança extraordinárias, poderá exigir seu atendimento por parte do concessionário do serviço de transporte do gás (incrementando os custos deste). Ou seja, esta fiscalização externa teria foco no impacto da técnica de que se vale um concessionário no adequado desenvolvimento de outra concessão. Como a pessoa pública é qualificada de concedente apenas no contrato em relação ao qual ela é a responsável pela delegação, conseqüentemente, em relação a outros contratos, é apenas terceiro interessado que dispõe de dever-poder público (poder funcional), e deverá considerar o fiscalizado na condição de agente econômico que desenvolve atividades lícitas que podem influenciar no contrato de concessão de serviço público sob sua guarda.

Por fim, a respeito das conseqüências da fiscalização, Aragão (2017b) declara que “pode levar à fixação de uma tarifa justa, à aplicação de penalidades ou até à intervenção no serviço para regularizar a sua execução”. Bockmann (2022, p. 201) registra que como o projeto concessionário é vínculo de longo prazo regido pelo interesse público, é muito importante que

¹⁹² Bockmann (2022, p. 194): “Reitere-se que não se trata somente de controle negativo, com vistas a detectar falhas e punir. À rigor, o principal responsável pelo projeto é o próprio Poder Público – foi ele quem fez a escolha desse modo de prestação do serviço e estabeleceu as normas regulamentares para sua execução (logo, responde pela satisfação do usuário). O contrato obriga a autoridade administrativa que o assinou e, sobretudo, os seus sucessores: é dever público de longo prazo. Fiscalizar é coordenar e cooperar com os interesses das partes envolvidas, visando a obter o resultado adequado do projeto”.

se saiba com antecedência se são necessárias medidas de adaptação no decorrer da sua execução, quais são as mais eficazes e quando devem ser implementadas. Todos os dados úteis e necessários ao cumprimento do desiderato contratual deverão ser levados em conta e poderão implicar a necessidade de alterações consensuais no negócio jurídico (preservando-se seu objeto e seu conteúdo), de molde a assegurar sua persistência em todo o prazo originalmente contratado. Assim, a supervisão “faz com que o concedente tome contato com as variações impostas ao negócio pelo mundo dos fatos, correlacionando-as às exigências do presente e do futuro do contrato”, de forma que o ato de fiscalizar colabora na construção e aplicação da efetiva capacidade de aprendizagem dos contratos de concessão.

Em conclusão, é possível afirmar, sobre a prerrogativa de fiscalização do contrato, que possui relação com a repartição de responsabilidades administrativas que ocorre na concessão. A lei atribui expressamente ao concedente, titular do serviço público, a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, a fim de que possa garantir a sua adequada prestação (art. 3º e 29, I da Lei nº 8.987, de 1995). Nessa linha, a atividade de fiscalização faz parte da relação concessionária, encontra-se abrangida nas competências do concedente e, no que diz respeito às concessões de serviços públicos, deve ser definida no próprio contrato (art. 23, VII, da Lei nº 8.987, de 1995). A definição no contrato da forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, determinada pela lei, parece medida essencial para definir de maneira clara os deveres e obrigações de ambas as partes do contrato relacionadas à fiscalização, garantindo maior eficiência na atuação administrativa, seja quando da contratação, por esclarecer aos interessados em executar o contrato as regras sob as quais atuarão, seja quando da própria execução contratual.

Note-se que, a despeito de parte da doutrina associar a prerrogativa de fiscalização ao exercício do poder de polícia ou a uma supremacia do concedente em relação ao particular, trata-se, conforme anteriormente afirmado, de prerrogativa estabelecida por lei, diante da titularidade do serviço público pelo concedente e dos objetivos que o legislador busca alcançar (a adequada prestação do serviço). A fiscalização até poderá configurar exercício de poder de polícia, mas apenas em situações de cruzamento das competências de fiscalização, nos quais a fiscalização de determinada atividade desenvolvida por um concessionário ocorre por pessoa pública diversa do concedente, e o concessionário é fiscalizado não nessa posição, mas na posição de agente econômico.

Note-se ainda que o fato de a fiscalização configurar uma prerrogativa, uma competência da administração pública, e não constituir expressão da “supremacia do poder concedente” ou do exercício de um “poder de império”, não afasta a conclusão de que ela constitui um dever do concedente de acompanhar atentamente a atuação do particular. Em outras palavras, o controle dos serviços públicos concedidos é competência privativa e irrenunciável do concedente. De fato, é por meio da atividade permanente de fiscalização que a administração pública poderá assegurar a adequada prestação do serviço público. Ademais, o exercício da fiscalização abre caminho para o exercício das demais prerrogativas, que serão analisadas em seguida. E, para bem desempenhá-lo, no âmbito de uma relação contratual, nada mais correto do que estabelecer, de antemão (e com a concordância do concessionário, que aceita contratar nos termos propostos) as regras de fiscalização no instrumento contratual.

2.5.2 Prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste

Corolário da prerrogativa de fiscalização é a possibilidade de a administração pública exercer prerrogativas de natureza sancionatória. Nos termos do art. 104, IV, da Lei nº 14.133, de 2021, o regime jurídico dos contratos por ela instituído confere à administração pública, em relação a eles, a prerrogativa de aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. Para Gonçalves (1999, p. 250), o poder administrativo de sancionar o incumprimento de uma obrigação contratual é exercido no contexto de uma “relação de sujeição especial de base inequivocamente voluntária”. Para o autor, “o contrato é a *norma habilitante* para o exercício de poderes administrativos sancionatórios do incumprimento de obrigações contratuais”.

No que diz respeito à Lei nº 8.987, de 1995, Bandeira de Mello (2021, p. 706) e Grotti (2007) observam que o poder de impor sanções ao concessionário inadimplente vem previsto no art. 29, II¹⁹³, mas que, não obstante, o legislador não indica quais seriam tais sanções. Apenas determina, no art. 38 da referida lei, que “a inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes”.

¹⁹³ “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: (...) II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais.”

Para Bandeira de Mello (2021, p. 706) as sanções “podem ser estabelecidas em regulamento anterior à concessão ou no edital do certame, pois, em tal caso, quem se candidate a disputá-lo terá antecipado conhecimento das sanções a que eventualmente será exposto” não podendo o contrato inovar na matéria. Note-se que o art. 23, VIII, da Lei nº 8.987, de 1995, dispõe serem cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação”.

Di Pietro (2019, p. 105), considerando o princípio da legalidade, declara que as penalidades possíveis são apenas aquelas previstas na lei que disciplina o serviço a ser concedido ou, em sua falta, seriam as mesmas previstas nos arts. 87 e 88 da Lei nº 8.666, de 1993 (atualmente previstas no art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021) “que se aplica subsidiariamente às concessões de serviços por força de seu art. 124, em tudo o que não contrariar a legislação específica sobre o assunto”. Para a autora, não seria possível “instituir, quer no edital da concorrência, quer no contrato, quer em atos normativos do Poder Executivo, uma penalidade não prevista em lei”. Quando muito, “o que se poderia admitir é a multa ressarcitória, que tem por objetivo ressarcir perdas e danos causados pela parte que descumprir o contrato, e que equivale à cláusula penal”.

Já que a Lei nº 8.987, de 1995, dispõe que o contrato de concessão deve conter regras relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação, e declara prerrogativa da administração pública aplicar tais sanções ao concessionário inadimplente, mas não elenca quais seriam as sanções aplicáveis, válido é analisar o conteúdo da Lei nº 14.133, de 2021.

Ensina Justen Filho (2023, p. 342) que a Lei nº 14.133, de 2021 manteve, em seu art. 156, a sistemática da Lei nº 8.666, de 1993, de quatro figuras sancionatórias, “ordenadas em grau crescente de gravidade”. São elas: (i) a advertência; (ii) a multa; (iii) o impedimento de licitar e contratar¹⁹⁴ e; (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a

¹⁹⁴ Conforme Justen Filho (2023, p. 338-340) a Lei nº 8.666, de 1993, previa a figura da “suspensão temporária do direito de licitar e de contratar com a Administração Pública”. Tal figura, segundo o autor, “se destina a punir condutas dotadas de reprovabilidade ou danosidade de menor porte e está restrita à esfera federativa de aplicação da sanção”. A imposição da suspensão temporária caberia “à autoridade competente do órgão contratante”. Observa o autor que já a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a Lei do Regime de Contratação Diferenciado (Lei nº 12.462, de 2011), não se referiam à suspensão de licitar e contratar, trazendo a figura da “sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios pelo prazo de até cinco anos”, sendo o regime jurídico dessa sanção “distinto tanto da suspensão temporária quanto da declaração de inidoneidade previstas na Lei 8.666/1993.”

administração pública¹⁹⁵. Para o autor, as duas primeiras “são sanções internas ao contrato, porquanto exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação”, enquanto as outras “são externas, já que se aplicam fora dos limites do contrato de que se trate”. Nos termos do § 1º do art. 156, “na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Di Pietro (2021, p. 285) destaca que não havia tal previsão na lei anterior, e que ela é importante para a fixação da dosagem da pena. Defende, assim, que “tal exigência tem que ser cumprida com fundamento no art. 22, §§ 1º e 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB, com a redação da Lei nº 13.655, de 2018¹⁹⁶.”

¹⁹⁵ “Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. § 1º Na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. § 2º A sanção prevista no inciso I do *caput* deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. § 3º A sanção prevista no inciso II do *caput* deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei. § 4º A sanção prevista no inciso III do *caput* deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos. § 5º A sanção prevista no inciso IV do *caput* deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do *caput* do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do *caput* do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos. § 6º A sanção estabelecida no inciso IV do *caput* deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento. § 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do *caput* deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do *caput* deste artigo. § 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente. § 9º A aplicação das sanções previstas no *caput* deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.”

¹⁹⁶ Também para Justen Filho (2023, p. 338), a LINDB consagrou normas gerais sobre a aplicação das sanções pela administração pública, que devem ser observadas de modo explícito, prevendo que as sanções devem ser proporcionais à natureza e à gravidade da infração, os danos produzidos, as circunstâncias agravantes e atenuantes

As sanções previstas no art. 156 de advertência, multa, impedimento e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública, serão aplicadas às infrações previstas no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021¹⁹⁷, que apresenta elenco de natureza exaustiva, não sendo cabível sancionar o sujeito por condutas nele não tipificadas (JUSTEN FILHO, 2023, p. 342). Sobre o art. 155, é interessante ressaltar que apenas os incisos I, II e III trazem infrações relacionadas à inexecução total ou parcial do contrato. Os incisos IV a XII listam infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, com exceção dos incisos VIII, IX e X, que tratam também da prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato. O inciso XII refere-se à prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013¹⁹⁸, que dispõe sobre um regime específico de punição a pessoas jurídicas por

e os antecedentes do agente (art. 22, §2º), considerando também o conjunto das sanções impostas ao infrator (art. 22, §3º). Na mesma linha, Aragão (2017b, p. 451) declara que o princípio da proporcionalidade “impõe a necessidade de se medirem as sanções de acordo com a gravidade da infração, numa justa proporção ou adequação entre os meios e os fins empregados”.

¹⁹⁷ “Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.” Não há dispositivo legal equivalente ao art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021, na Lei nº 8.666, de 1993. Nesta última, o art. 77 declarava que a “inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.”

¹⁹⁸ “Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

atos de corrupção em face da administração pública¹⁹⁹. Necessário anotar, desde logo, que não consta no referido art. 5º qualquer conduta relativa a inadimplementos contratuais, narrando o dispositivo legal condutas fraudulentas, principalmente referentes ao certame licitatório²⁰⁰.

Pois bem. A **advertência** é prevista para o caso de o contratado dar causa à inexecução parcial do contrato (art. 156, §2º e art. 155, I)²⁰¹. Para Justen Filho (2023, p. 338) a advertência corresponde a uma sanção de menor gravidade e visa, em primeiro lugar, à submissão do particular a uma fiscalização mais atenta e, em segundo lugar, à comunicação de que, em caso de reincidência (específica ou genérica), haverá punição mais severa. Para o autor, será inválida a aplicação ao particular da sanção de advertência se inexistir discriminação legal dos seus pressupostos, caso em que terá cunho de mera comunicação da insatisfação da administração pública. Não poderá constar de quaisquer cadastros nem ser invocada para produzir efeitos negativos à reputação e à idoneidade do particular.

A **multa** será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 (art. 156, §3º) e poderá ser aplicada cumulativamente com as demais (art. 156, § 7º). Para Gonçalves (1999, p. 252) as multas contratuais, que pressupõem naturalmente

¹⁹⁹ Para Justen Filho (2023, p. 340): “A Lei 12.846/2013 dispôs sobre um regime específico de punição a pessoas jurídicas por atos de corrupção em face da Administração Pública nacional ou estrangeira. Muitas das condutas referidas em outros diplomas são também sancionadas no âmbito da Lei 12.846/2013 e ainda não se definiu se isso teria importado revogação parcial da legislação anterior. Uma parcela relevante da matéria envolve repressão penal, o que inviabiliza a previsão de responsabilização pela autoridade administrativa”. O art. 17 da referida lei dispõe: “A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.” Assim, para Justen Filho (2023, p. 344), “estendeu para o âmbito dos ilícitos previstos na legislação de licitações e contratações administrativas a possibilidade de celebração de acordo de leniência”. Note-se que a disciplina da Lei nº 12.846, de 2013, estende-se também a ilícitos relativos à Lei nº 14.133, de 2021, cujo art. 189 prevê: “Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.”

²⁰⁰ Art. 159 da Lei nº 14.133, de 2021, declara que os “atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei”.

²⁰¹ Acerca da distinção entre a inexecução parcial e total do contrato, Justen Filho (2021, p. 1607) declara: “Alude-se a inexecução total quando a ausência de cumprimento da prestação, no tempo, local e modo devidos, acarreta a inutilidade da sua execução superveniente. A prestação se torna inútil para o credor. Já a inexecução parcial não acarreta a inutilidade da prestação para o credor. Envolve infração no tocante à amplitude do objeto devido, defeitos quanto a aspectos acessórios, atrasos que não impedem de modo definitivo a fruição da prestação pelo credor e assim por diante. A distinção fundamental reside em que, na inexecução total, configura-se situação insuscetível de reparo por parte do contratado. Há a consolidação da ausência de satisfação dos direitos do credor, que são comprometidos de modo definitivo e irreparável. Já a inexecução parcial indica a ocorrência de defeito, que ou comporta saneamento mediante atuação complementar ou versa sobre aspectos secundários da obrigação contratual.”

a inobservância de deveres, sancionam infrações do concessionário que não põem em causa a subsistência da relação de concessão. A multa teria uma incidência residual, pois em princípio ela deve ser prevista para sancionar situações pouco graves de incumprimento²⁰². Para Justen Filho (2023, p. 338), a multa consiste em penalidade pecuniária que o sancionado deve pagar em favor da entidade sancionante, mas não é vinculada a um prejuízo sofrido pela administração pública. Para o autor (2021, p. 1594) a penalidade pecuniária não se confunde com a indenização por perdas e danos. A multa administrativa não se destina a recompor o patrimônio da parte inocente, mas sim impor ao infrator “um sofrimento e se constituir em um desincentivo à conduta danosa”. A ausência de previsão de multa no edital e no contrato inviabilizaria sua exigência.

O **impedimento de licitar e contratar**, será aplicado ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a VII do caput do art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021 e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da administração pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção (art. 156, §4º). Note-se que os incisos II e III do art. 155, que podem ser sancionados com impedimento de licitar e contratar, tratam, respectivamente, da “inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo” e da “inexecução total do contrato”. Ou seja, é possível sancionar o contratado com o impedimento de licitar e contratar em caso de inadimplemento contratual.

A declaração de **inidoneidade para licitar ou contratar** será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II a XII do caput do art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021 e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da administração pública direta e indireta de todos os entes federativos (art. 156, §5º). Note-se, na mesma linha do que foi comentado a respeito do impedimento de licitar e contratar, que a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar se aplica aos incisos II e III do art. 155, ou seja, é possível sancionar o contratado com declaração de inidoneidade para licitar ou contratar em caso de

²⁰² Complementa o autor que a opção pela multa significa, da parte da administração pública concedente, uma advertência ao concessionário de que, se continuar a não cumprir as suas obrigações, uma sanção mais severa poderá vir a ser-lhe aplicada. Assim, seria possível afirmar que a imposição da multa cumpre uma função mais preventiva que repressiva. Gonçalves declara ainda que a multa não tem de estar prevista para cada concreta violação de uma obrigação contratual (princípio da taxatividade); seria, assim, possível admitir a legalidade de uma cláusula que atribui à administração pública um poder genérico para aplicar multas sempre que se verifique a violação de deveres do concessionário a que não corresponda outra sanção.

inadimplemento contratual. Além deles, a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar se aplica, ainda, aos incisos VIII, IX e X do art. 155, que tratam, respectivamente, da prestação de declaração falsa durante a execução do contrato, da prática de ato fraudulento na execução do contrato e do comportamento inidôneo ou cometimento de fraude de qualquer natureza. Para Justen Filho, uma mesma conduta pode configurar violação de duas ordens, administrativa e penal, “o que conduzirá à aplicação tanto da sanção de direito administrativo como daquela de direito penal” (2021, p. 1559).

Para Medauar (2021, p. 236), a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a administração é a sanção administrativa mais grave, sendo, por isso, da competência exclusiva de Ministro de Estado, de Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso (art. 156, §6º). O interessado pode defender-se nos autos do respectivo processo. A lei prevê a possibilidade de reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade. Para Justen Filho (2021, p. 1628) as sanções de impedimento e de declaração de inidoneidade têm como objetivo excluir o sujeito que atuou de modo reprovável de estabelecer relacionamento com a administração pública. O autor afirma que (2023, p. 339-340) a inidoneidade “é dotada do mais elevado grau de severidade e sua aplicação depende da ocorrência de eventos muito reprováveis”, pois impõe a eliminação da possibilidade de o sujeito sancionado participar de licitações e contratações administrativas em qualquer órbita e perante qualquer entidade da administração pública. Para o autor, a declaração de inidoneidade prevalece por prazo indeterminado, até cessarem os motivos da punição ou até que seja promovida a reabilitação do punido, e “somente pode ser aplicada por autoridade de hierarquia mais elevada, pois compete à autoridade superior avaliar o cabimento de aplicar uma sanção que produzirá efeitos para além do âmbito interno da própria unidade ou do ente federado.”

Para Gonçalves (1999, p. 243-255), caso esteja prevista legal ou contratualmente, a aplicação de sanções faz-se por meio de atos administrativos, competências assistidas por força executiva que dispensa uma intervenção declarativa de um tribunal. Para o autor, em alguns casos, as obrigações que delas derivam podem até mesmo ser impostas coercitivamente. Nesse sentido, Di Pietro (2021, p. 283) exemplifica (em comentário ao art. 86, §3º da Lei nº 8.666, de

1993²⁰³, atual 156, §8º, da Lei nº 14.133, de 2021²⁰⁴) que para cobrança da multa, “a Administração pode reter a garantia e, se esta não for suficiente, pode deduzir o seu valor de importâncias devidas ao contratado”, pois “trata-se de decisões executórias do poder público, que independem de título fornecido pelo Poder Judiciário”. Também para Justen Filho (2021, p. 1285) a prerrogativa da administração pública de impor e executar sanções pelo inadimplemento contratual decorre da autoexecutoriedade dos atos administrativos, ou seja, da possibilidade de “obter a satisfação de uma pretensão própria ou solucionar um litígio de que participa” sem a interferência do poder judiciário, produzindo os atos materiais necessários para tanto.

Já para Aragão (2017b) as sanções administrativas aplicadas aos concessionários “são atos de natureza regulatória, emanados por órgãos reguladores (independentes ou não) de serviços públicos, conferindo-lhe características inerentes à atividade de regulação, que pressupõe, mais do que simplesmente vigiar e punir, intervir e corrigir anomalias verificadas em determinado ordenamento setorial²⁰⁵”. Para o autor, o conceito de sanção administrativa, tal como tradicionalmente construído pela doutrina, “significa um prejuízo jurídico infligido pela Administração Pública ao administrado em razão da prática de uma conduta ilegal, podendo traduzir-se no pagamento de multas ou na privação de bens e direitos”. Mas em direito regulatório o conceito de sanção possuiria maior amplitude, “abarcando as denominadas medidas corretivas, intervencionistas e rescisórias próprias dessa classe de atividade”. Além disso, seria necessário considerar a possibilidade de a administração pública atuar de forma consensual, “recompondo situações e compondo interesses, pautada pela finalidade perseguida pelo legislador, que, no caso dos serviços públicos, é a sua prestação mais eficiente possível”. Para o autor, mesmo diante de determinado fato em princípio proibido pelo ordenamento

²⁰³ Art. 86, § 3º: “Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.”

²⁰⁴ Art. 156, § 8º: “Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

²⁰⁵ Para Aragão (2013, p. 198): “Os ordenamentos setoriais incidem sobre os indivíduos ou empresas que pretendem desenvolver determinada atividade que, para desenvolvê-la, necessitam de um prévio ato ou contrato administrativo que as habilitem, como autorizações, licenças, permissões e concessões. Emitidos estes atos administrativos ou celebrados os contratos de concessão, ao mesmo tempo em que passam a poder desenvolver a atividade visada, são imersos no ordenamento setorial a ela concernente e, conseqüentemente, submetidas ao poder regulatório do órgão ou entidade respectiva”.

jurídico, “possuem os entes reguladores margem para deixar de aplicar penalidades ou determinar outras medidas (através de termos de ajustamento de conduta etc.) que, suficientes e proporcionais, claramente atendam melhor ao interesse preponderante na atividade regulada”.

Assim, a respeito da prerrogativa da administração pública de aplicar penalidades ao concessionário, é possível chegar a algumas conclusões.

A Lei nº 8.987, de 1995, estabelece, em seu art. 29, II, a prerrogativa da administração pública de impor sanções ao concessionário inadimplente e, em seu art. 23, VIII, dispõe que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação”. Não obstante, a Lei nº 8.987, de 1995, não elenca quais seriam as sanções aplicáveis ao contratado e tampouco as infrações que ensejariam a sua aplicação.

A Lei nº 14.133, de 2021, por sua vez, apresenta, em seu art. 156, quatro figuras sancionatórias, ordenadas em grau crescente de gravidade: (i) a advertência; (ii) a multa; (iii) o impedimento de licitar e contratar e; (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. As sanções previstas no art. 156 serão aplicadas às infrações previstas no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021, que, note-se, vão além daquelas infrações relacionadas à inexecução parcial ou total do contrato. O rol do art. 155 contempla também infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, além da prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato e até à prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Interessante ressaltar, desde logo, que é possível sancionar o contratado com impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, em caso de inadimplemento contratual.

Em qualquer caso, o legislador confere ao concedente a prerrogativa não apenas de aplicar, mas de exigir o cumprimento das penalidades aplicadas, ou seja, a autoexecutoriedade é atributo do ato administrativo sancionatório previsto em lei²⁰⁶. Tudo isso será levado em consideração na análise da arbitrabilidade da aplicação de sanções pelo concedente, que será realizada no Capítulo 3.

²⁰⁶ A própria doutrina, muitas vezes, reconhece que não há autoexecutoriedade sem lei que a preveja, não sendo este um atributo de todo e qualquer ato administrativo. Para Justen Filho (2021, p. 1286) “fora de situações emergenciais e daquelas em que a lei tenha autorizado a Administração a valer-se do uso da força, não há autoexecutoriedade na atividade administrativa”. Medauar (2017, p. 255), destaca que quanto “aos clássicos atributos do ato administrativo – presunção de legalidade, autoexecutoriedade, imperatividade – avultam críticas, de regra, na sua invocação para todos os atos ou a seu caráter autoritário”.

2.5.3 Prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço

Dispõe o art. 32 da Lei nº 8.987, de 1995, que o concedente “poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”. A intervenção far-se-á por decreto do concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida²⁰⁷.

Para Justen Filho (2023, p. 465) a intervenção consiste na assunção temporária pelo concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, com o fim de assegurar a continuidade e a regularidade do serviço público, tratando-se de providência excepcional e acautelatória (sendo temporária, precária e instrumental). A intervenção não acarreta extinção da concessão, que permanece existindo, mas “o poder de determinar o destino da atuação do concessionário é assumido pelo poder concedente”. A intervenção teria como fundamento o princípio de que os serviços públicos não podem ser interrompidos nem prestados inadequadamente. Assim, se o concessionário, que assumiu o dever de manter a regularidade dos serviços públicos, não conseguir cumprir seus deveres, poderá ser afastado da administração do empreendimento. “O interventor assumirá o controle da estrutura material e humana da concessionária, visando ao cumprimento das finalidades indicadas no ato interventivo”, buscando impor a regularidade do serviço e, com isso, o fim da própria intervenção. Por consistir em medida extrema, devem ser preenchidos pressupostos legais e

²⁰⁷ Cumpre anotar que a Lei nº 12.767, de 2012, dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica. De acordo com Ribeiro (2013), por conta da necessidade prática de intervir nas concessionárias do Grupo Rede – Celtins, Centrais Elétricas do Pará (Celpa), Cemat (Mato Grosso), Enersul (Mato Grosso do Sul), Vale Paranapanema, Caiuá, Companhia Nacional e a Bragantina – o Governo resolveu alterar as regras sobre intervenção em contratos de concessão do setor elétrico, por meio da Medida Provisória nº 577, de 29 de agosto de 2012, convertida na Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012. Para o autor “é de se esperar que, na maioria dos casos de intervenção, o controlador da concessionária resista com todas as suas forças à transferência do controle para o interventor” sendo os artigos da Lei nº 8.987, de 1995, de pouca ajuda para lidar com as consequências da intervenção. Explica que as “novas regras sobre intervenção em empresas do setor elétrico foram criadas com base na necessidade premente de intervenção nas concessionárias do Grupo Rede”, pensadas “para maximizar as chances de sucesso da intervenção que aparentemente já se sabia que seria necessário realizar”. Dentre as características das novas regras de intervenção em concessões do setor elétrico ressalta os poderes do interventor sobre a administração da companhia e, portanto, também, sobre o seu caixa, reduzindo a possibilidade de o controlador da concessionária resistir à intervenção, e o reforço do efeito imediato da intervenção, com a tomada da decisão da intervenção por Resolução da ANEEL.

contratuais que revelem a ausência de alternativa menos gravosa para assegurar o fornecimento do serviço público adequado aos usuários.

Também para Bockmann (2022, p. 399), a intervenção consiste em um dos mecanismos autorizados em lei para a preservação do projeto concessionário, visando à prestação adequada do serviço público. Trata-se de competência excepcional destinada a suspender, provisoriamente, a gestão do projeto por parte da concessionária no exato momento em que se constatar, indene de dúvidas, que a concessionária precisa ter a gestão contratual suspensa, sob pena de haver sérios e irreversíveis problemas na prestação do serviço²⁰⁸. Logo, a intervenção é medida excepcionalíssima, restritiva do direito subjetivo de autonomia de gestão da concessionária e modo temporário de ação administrativa, destinada a preservar a continuidade da prestação do serviço em situações das quais a concessionária não consegue sair por suas próprias forças (administrativas, financeiras, técnicas, etc.). Rege-se pelo princípio da subsidiariedade, e só pode ser implementada para eventos realmente graves à prestação do serviço, depois que todos os demais meios de solução se revelarem ineficientes²⁰⁹. Deve ser devidamente motivada, já que levará à assunção da gestão da concessionária pelo interventor (com possibilidade de substituição dos diretores pelo interventor, prática de atos societários, acesso de terceiros a dados de gestão, etc.).

Ainda para Bockmann (2022, p. 402), o decreto interventivo é “típico ato administrativo de urgência, acautelador do interesse público definido no contrato e cometido ao concessionário”. Trata-se de competência privativa, indelegável e discricionária do concedente, uma vez que “ninguém mais poderá cogitar de intervenção, eis que ela decorre de avaliação legislativamente atribuída ao concedente, com exclusividade”. A avaliação do concedente “decorre da conjugação dos clássicos elementos da oportunidade (se o momento e a ocasião são favoráveis à prática do ato) e da conveniência (a efetiva utilidade e vantagens decorrentes do ato)”. Logo, terceiros, como a entidade reguladora, os órgãos de controle

²⁰⁸ Para Bockmann (2022, p. 399): “São exemplos de circunstâncias aptas a, em tese, exigir a intervenção do concedente o real e contínuo descumprimento grave do contrato oriundo da conduta do próprio concessionário (e não de eventos estranhos a ele), a gerar consequências intransponíveis e risco iminente à continuidade dos serviços, e/ou à segurança dos usuários e/ou ao meio ambiente, combinadas com a imperícia, imprudência ou negligência do concessionário a lidar com tais desafios”.

²⁰⁹ Para o autor, a intervenção só deverá ser exercitada se apta a evitar a inadequada prestação do serviço e/ou o descumprimento das normas (contratuais, regulamentares e/ou legais), à luz do art. 22 do Decreto-Lei nº 4.657, de 1942 (a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro), que dispõe: “Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.”

externo, o Ministério Público e o Poder Judiciário, estariam legalmente proibidos de decretar intervenção. Ainda, o manejo do instituto da intervenção para finalidade diversa daquela tipicamente prevista no ordenamento jurídico (como meio indireto de punição ou de pressão) “implica desvio de finalidade na atuação administrativa – ou seja, na nulidade do ato interventivo e responsabilização dos servidores”²¹⁰.

Para Justen Filho (2023, p. 466) a existência e a regularidade da intervenção pressupõem o cumprimento do procedimento adequado. Na opinião do autor, a intervenção deve ser antecedida de todas as oportunidades para correção espontânea pelo interessado ao adimplemento de seus deveres. Por isso, “somente em situações anômalas se admite a intervenção sem prévia audiência do concessionário”. Também para Bockmann (2022, p. 403) a intervenção sem audiência prévia do concessionário “só será legalmente admissível em situações bastante excepcionais, de grave urgência e perigo de dano irreversível”. Para o autor, “devido à gravidade do ato interventivo, a decretação-surpresa é nula de pleno direito”. Para que o ato possa ser praticado, exige-se a prévia ciência do concessionário quanto à existência de irregularidades, mediante procedimentos que colaborem na regularização dessas mesmas falhas. Assim, antes de intervir, o concedente deve dialogar com o concessionário, notificá-lo quanto aos termos das irregularidades verificadas e lhe oportunizar a manifestação sobre as imputações ou mesmo a sua regularização. Apenas após pode decidir motivadamente acerca da decretação (ou não) da intervenção, sempre levando em consideração a adequação, a necessidade e a proporcionalidade da medida interventiva²¹¹. Assim, o ato administrativo de intervenção submete-se integralmente ao devido processo legal.

Note-se que, nos termos do art. 33 da Lei nº 8.987, de 1995, o concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa, após declarada a intervenção²¹². Não obstante, na visão da doutrina exposta acima, “somente na

²¹⁰ Também para Di Pietro (2019, p. 106) a intervenção não tem caráter punitivo. Para a autora “ela nada mais é do que a substituição temporária da concessionária pelo próprio poder concedente, com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, a final, as medidas mais convenientes a serem adotadas”.

²¹¹ Para o autor, “a medida interventiva deve ser adequada (apta a atingir o objetivo pretendido: assegurar a adequada prestação do serviço e o fiel cumprimento das normas); necessária (proibição do excesso, em vista da garantia da menor ingerência possível) e proporcional em sentido estrito (a relação entre a restrição ao direito da autonomia de gestão e a realização dos direitos fundamentais que a medida visa a proteger).”

²¹² “Art. 33. Declarada a intervenção, o poder concedente deverá, no prazo de trinta dias, instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito

hipótese de inequívoco e iminente perigo de lesões graves ou de difícil reparação, decorrente de comprovada falha contumaz na prestação do serviço público, é que poderá o concedente postergar a formação do contraditório para depois da intervenção” (BOCKMANN, 2022, p. 403) e, ainda assim, tais circunstâncias deveriam constar expressa e fundamentadamente do ato autorizador da intervenção, sob pena de nulidade absoluta. O Superior Tribunal de Justiça se posiciona de maneira diversa²¹³, declarando que a intervenção em contratos concessionários não exige o contraditório prévio, de forma que o direito à ampla defesa, bem como a plena observância do devido processo legal ocorreriam depois de efetivada a intervenção.

De acordo com Bockmann (2022, p. 409) a intervenção pode ser extinta por ato praticado pelo concedente, tendo como consequências a devolução da gestão contratual à concessionária ou a extinção do contrato de concessão, e pode ter como fundamento a efetiva resolução dos problemas da concessão; a constatação de que os problemas não existiam (ou não demandavam o ato interventivo); a decretação de nulidade do ato interventivo; ou a prova de que a gestão pela concessionária é imprestável, danosa ao projeto concessionário, resultando

de ampla defesa. § 1º Se ficar comprovado que a intervenção não observou os pressupostos legais e regulamentares será declarada sua nulidade, devendo o serviço ser imediatamente devolvido à concessionária, sem prejuízo de seu direito à indenização. § 2º O procedimento administrativo a que se refere o *caput* deste artigo deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção.”

²¹³ “ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO NO CONTRATO DE CONCESSÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. RECURSO DESPROVIDO. I - Na origem, o Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas impetrou mandado de segurança visando à decretação da nulidade da intervenção no sistema de transporte coletivo urbano do Município de Manaus-AM. II - O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas denegou a ordem entendendo dispensável estabelecer contraditório prévio à decretação da intervenção, afastando a alegação de confisco e decidiu que seria necessária a produção de prova pericial. III - Conforme se extrai do regime jurídico do art. 175 da Constituição e da Lei de Concessões - Lei n. 8.987/1995, o Estado delega a prestação de alguns serviços públicos, resguardando a si, na qualidade de poder concedente, a prerrogativa de regulamentar, controlar e fiscalizar a atuação do delegatário. A intervenção no contrato de concessão visa assegurar a adequação na prestação do serviço público, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes (art. 32 da Lei n. 8.987/1995). IV - De um lado, o poder concedente deve “instaurar procedimento administrativo para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa” (art. 33 da Lei n. 8.987/1995). De outro, não se pode desconsiderar que eventuais ilegalidades no curso do procedimento dependem de comprovação de prejuízo. V - Em se tratando de intervenção, o direito de defesa do concessionário só é propiciado após a decretação da intervenção, a partir do momento em que for instaurado o procedimento administrativo para apuração das irregularidades. Isso porque a intervenção possui finalidades investigatória e fiscalizatória, e não punitivas. VI - No caso, não cabe a concessão da segurança, dado que a impetração exigiria atividade instrutória mediante produção de provas, inclusive periciais, a fim de esclarecer eventual reequilíbrio econômico-financeiro no contrato, bem como as alegadas nulidades no curso da intervenção no contrato de concessão firmado entre as concessionárias de transporte coletivo e o Município de Manaus. Não foi demonstrado o alegado direito líquido e certo, bem como não houve comprovação, de plano, da violação ao direito por ato ilegal ou abusivo atribuído às autoridades públicas. VII - Recurso ordinário desprovido.” (RMS n. 66.794/AM, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 2/3/2022).

em encampação, caducidade ou anulação. A intervenção também pode ser extinta pelo decurso do prazo, caso em que o fato extintivo opera por si só. Sendo o caso de devolução da gestão do contrato à sociedade concessionária, deverá haver processo administrativo que apure responsabilidades pelo ato interventivo, bem como por todos os praticados pelo interventor, podendo “ser instalado processo de indenização, a abranger danos morais (STJ, Súmula nº 227), e de apuração de reequilíbrio econômico-financeiro”.

Disso tudo é possível concluir que a prerrogativa do concedente de intervir na concessão decorre, assim como no caso da fiscalização e da prerrogativa sancionatória, da necessidade de ser assegurada a adequada prestação do serviço. A intervenção tem como fundamento o princípio de que os serviços públicos não podem ser interrompidos nem prestados inadequadamente. Consiste, assim, na assunção temporária pelo concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, com o fim de assegurar a continuidade e a regularidade do serviço público, tratando-se de providência excepcional e acautelatória (sendo temporária, precária e instrumental). A intervenção não tem caráter punitivo e consiste na substituição temporária da concessionária pelo concedente com o objetivo de apurar irregularidades, assegurar a continuidade do serviço e propor, ao final, as medidas mais convenientes a serem adotadas.

De qualquer forma, é importante registrar, desde logo, que a intervenção é medida que se dá para garantir a adequada execução do contrato, em decorrência de grave inadimplemento que coloca em risco o serviço público (dispõe o art. 32 da Lei nº 8.987, de 1995 que o concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, “bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”).

A intervenção far-se-á por decreto do concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida. Trata-se de competência privativa, indelegável e discricionária do concedente. Discricionária porque o concedente deverá avaliar a oportunidade (se o momento e a ocasião são favoráveis à prática do ato) e a conveniência (a efetiva utilidade e vantagens) da prática do ato. A decretação da intervenção rege-se pelo princípio da subsidiariedade, só podendo ser implementada para eventos realmente graves à prestação do serviço, depois que todos os demais meios de solução se revelarem ineficientes, daí a necessidade de avaliação da conveniência e oportunidade da medida. Dessa forma, para que o ato possa ser praticado, exige-se a prévia ciência do concessionário quanto à

existência de irregularidades, mediante procedimentos que colaborem na regularização dessas mesmas falhas. Somente em situações muito excepcionais, de grave urgência e perigo de dano irreversível, se admitiria a intervenção sem prévia audiência do concessionário.

Por fim, a intervenção poderá ter como consequência a devolução da gestão contratual à concessionária, em decorrência da efetiva resolução dos problemas da concessão ou da constatação de que os problemas não existiam (com a decretação de nulidade do ato interventivo), podendo ser o caso de conferir indenização ao concessionário ou de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A intervenção poderá ter ainda como consequência, em decorrência da constatação de que a gestão pela concessionária é imprestável e danosa à prestação do serviço público adequado, a extinção do contrato de concessão, que será analisada no item 2.5.5.

2.5.4 Prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público

O interesse público, por natureza, não é rígido, estático ou inerte. Ele se interliga e entrelaça com a economia, a política, as finanças, os avanços tecnológicos e com tudo mais que circunda o contrato²¹⁴. Daí se falar na mutabilidade do contrato administrativo, mais notadamente do contrato de concessão de serviço público, como uma de suas principais características²¹⁵.

²¹⁴ Para Lemes (2007), o interesse público “é conceito elástico e de difícil precisão”. Ensina a autora que “muitas vezes, é utilizado como equivalente de bem comum, interesse geral, interesse social da lei, etc.” Para Faria (2003), interesse público é “um conceito que permite ao direito filtrar os diferentes valores em confronto na vida social, alcançando uma idéia de fechamento e acabamento lógico daqueles valores majoritariamente reclamados por parte da sociedade”. Trata-se de princípio que possui “a finalidade de dar ao direito um acabamento lógico e de despertar na sociedade a certeza de que os valores por ela reclamados acabam, de alguma maneira, sendo consagrados pelo direito.”

²¹⁵ Aqui utilizamos da mesma restrição conceitual que apresentou Guimarães em monografia sobre o assunto (2003, p. 21): “Não dizem, ainda, respeito ao exame as causas de mutabilidade do contrato administrativo que não aquela fruto do poder estatal e unilateral de alteração direta e formal do contrato administrativo. Muitas vezes quando se alude à mutabilidade do contrato administrativo se está a referir não apenas a seu traço mais marcante (*ius variandi*), mas também às demais causas que conferem dinamicidade ao vínculo contratual público, como o fato da Administração e o fato do príncipe, capazes de indiretamente produzir reflexos “modificativos” na relação contratual-administrativa. Aqui toma-se a mutabilidade em sentido estrito, referida tão somente como modificação formal direta e unilateral do Poder Público”. Garcia (2021, p. 174) diferencia o *ius variandi* do fato do príncipe: “Enquanto o fato do príncipe é medida genérica, extracontratual e vocacionada a atingir um número indeterminado de sujeitos, cujo efeito concreto no contrato é secundário, o *ius variandi* é ato individual e concreto, encontrando no concessionário o seu único destinatário. O interesse público apresenta-se de modo diverso: no fato do príncipe trata-se de veiculação de atendimento geral e indeterminado da coletividade, ao passo que no *ius variandi* tutela-se a prossecução de um específico interesse público situado na ambiência endógena do contrato de concessão”. Também para Medauar (2021), o fato do príncipe é situação ligada a decisões administrativas alheias ao contrato

Para Garcia (2021, p. 132-134) os contratos administrativos têm na mutabilidade uma de suas características nucleares, sendo o fundamento valorativo dessa mutabilidade a prossecução do interesse público e a necessidade de permanente atualização do contrato, inclusive, no que se refere às inovações tecnológicas que podem impactar sua execução²¹⁶. Também para Barroso (2012), a mutabilidade num contrato de concessão assume feição particularmente marcante, já que a própria Lei nº 8.987, de 1995, prevê que os serviços devem ser “adequados”, o que inclui a noção de atualidade que, por sua vez, envolve a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Para Garcia (2021, p. 135), é preciso reconhecer o dinamismo e as alterações que certamente ocorrerão durante a execução do contrato de longo prazo, sendo o poder de alteração unilateral do contrato conferido ao ente contratante o instrumental clássico utilizado pelo direito administrativo para operacionalizar essa mutabilidade. Assim, o poder de alteração unilateral do contrato “é a técnica utilizada pelo direito administrativo para operacionalizar a mutabilidade, que, por sua vez, encontra fundamento e justificação na variação do interesse público e na necessidade de permanente atualização do contrato”²¹⁷.

em si, mas com reflexos indiretos na sua execução, onerando-o sobremaneira. “Não se confunde, portanto, o fato do príncipe com o poder conferido à Administração contratante de alterar unilateralmente o contrato, pois este se refere ao contrato em si, é específico, previsível”. Para Di Pietro (2019, p. 122): “Quanto ao fato do príncipe, divergem os autores em sua conceituação; para uns, abrange o poder de alteração unilateral e também as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro em detrimento do contratado. Para outros, o fato do príncipe corresponde apenas a essa segunda hipótese. Cite-se o exemplo de um tributo que incida sobre matérias-primas necessárias ao cumprimento do contrato; ou medida de ordem geral que dificulte a importação dessas matérias-primas. É a corrente a que aderimos”.

²¹⁶ Para Guimarães (2003, p. 111): “A teoria geral dos contratos administrativos tem seu cerne no poder unilateral de modificação contratual pela Administração Pública. É essa - emprestando-se as palavras de Laubadère - a ‘particularidade mais notável’ do contrato administrativo, e constitui, ao lado de singularidades exorbitantes menos acentuadas, o traço que aparta o contrato administrativo do contrato jurídico-privado da Administração. Essa peculiaridade própria de alguns contratos da Administração nasceu a partir do reconhecimento de que o interesse coletivo não se poderia ver prejudicado pela força imutável do contrato.” Di Pietro (2021, p. 268) igualmente apresenta a mutabilidade como uma das características do contrato administrativo. Já para Menezes de Almeida (2012, p. 335): “(...) um regime contratual que preveja determinados poderes de ação unilateral a uma das partes, levando ao que se pode chamar de 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. (...) Sendo assim, a preservação do interesse público ante a superveniência de fatores imprevistos, a ensejar a mutabilidade do contrato administrativo, deve ser avaliada concretamente, em cada caso, em relação ao objeto contratual; ou, eventualmente, quanto a cada tipo contratual que se refira a uma mesma espécie de objeto, quando uma certa generalização pode ser antecipada pela experiência do legislador - é o que se passa, por exemplo, com a concessão.”

²¹⁷ Ensina Garcia (2021, p. 132-134) que, historicamente, a percepção da mutabilidade como elemento central para o atendimento do interesse público pelo Conselho de Estado Francês teria acarretado o reconhecimento do poder

Para Gonçalves (1999, p. 240-241) o poder de unilateralmente introduzir alterações ao conteúdo do próprio contrato é um poder especial da administração pública sobre o contrato de concessão. Pode a administração pública, na vigência do contrato, alterar o que nele ficou estipulado²¹⁸, pois o regime do contrato administrativo teria sido pensado para exprimir não apenas a diferente posição das partes, mas também a diferente natureza dos interesses por elas perseguidos. A sujeição da administração pública ao dever estrito de cumprir pontualmente as obrigações contratuais assumidas (*pacta sunt servanda*), que pressupõe o princípio de que o contrato é uma “lei entre as partes”, associada a uma imobilização do quadro de interesses que o contrato acolheu, poderia revelar-se um fator de prejuízo para o interesse público²¹⁹. Assim, confere-se à administração pública o poder de introduzir alterações ou modificações no regime substantivo que dele consta, “sem que para isso necessite do consentimento do seu co-contratante (ou seja, as alterações introduzem-se sem necessidade de um contrato adicional, modificativo ou substitutivo)”.

Para Medauar (2021), o regime jurídico dos contratos administrativos instituído pela Lei nº 14.133, de 2021, é dinâmico, conferindo à administração pública a prerrogativa de modificar unilateralmente os contratos, sem depender da concordância do contratado, “para melhor adequação às finalidades de interesse público”. De fato, o art. 104, I, da Lei nº 14.133,

de alteração unilateral do contrato pelo concedente (*ius variandi*) como instrumento para sua efetivação. Assim, a doutrina francesa assumiu essa característica como um dos elementos nucleares da teoria dos contratos administrativos, que, como se sabe, espalhou-se para outros países, dentre eles o Brasil, onde floresceu com maior intensidade no ramo dos serviços públicos, “dadas a dinamicidade que orienta a sua prestação e a constante necessidade de readequação para bem atender à coletividade e aos usuários”. Assim, “O regime substantivo dos contratos administrativos nasce, portanto, sob o signo da mutabilidade, com o poder de alteração unilateral das condições originais do contrato funcionalizado para o atendimento dos públicos interesses”. Também para Menezes de Almeida (2012, p. 221) a prerrogativa de alteração unilateral pode ser estudada na perspectiva mais ampla, de mutabilidade. No entanto, ressalta que a possibilidade de alteração unilateral é uma das causas de mutabilidade, visto que esta pode se dar também por acordo entre as partes quanto à alteração das cláusulas contratuais ou por fatores aleatórios e externos ao contrato (que não importam alteração direta de cláusulas contratuais, mas acarretam mudanças nas suas condições econômico-financeiras).

²¹⁸ Para Gonçalves (1999, p. 240-241): “Está aqui em causa uma posição de supremacia que se explica pela prevalência do interesse e do serviço público sobre a estabilidade e o estrito cumprimento do contrato. A sujeição da Administração ao dever estrito de cumprir pontualmente as obrigações contratuais assumidas (*pacta sunt servanda*), que pressupõe o princípio de que o contrato é uma ‘lei entre as partes’, associada a uma imobilização do quadro de interesses que o contrato acolheu, poderia revelar-se um fator de prejuízo para o interesse público e um modo desadequado de resolver a situação de tensão que pode existir entre o interesse público e os interesses privados do concessionário”.

²¹⁹ Justen Filho (2023, p. 312) destaca que no direito privado, “o tema da alteração dos contratos não desperta maior interesse. Em virtude do princípio da obrigatoriedade das convenções, não há cabimento para alteração unilateral dos contratos e se admitem alterações (sem restrições) produzidas mediante o consenso entre os contratantes. A questão é distinta na contratação administrativa. A modificação unilateral é institucionalizada e não caracteriza rompimento dos princípios aplicáveis.”

de 2021, declara expressamente que o “regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de (...) modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público”.

Igualmente, na Lei nº 8.987, de 1995, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato vem prevista no art. 9º, § 4º²²⁰; inc. VII do art.18²²¹, inc. V do art. 23²²²; art. 6º, §§ 1º e 2º²²³. Assim, a administração pública concedente pode modificar os contratos de concessão de serviço público, unilateralmente, com base em norma expressamente prevista em Lei. Garcia (2021, p. 136) destaca, inclusive, “que todo e qualquer contrato qualificável como administrativo será dotado desse poder de instabilização” mas, originalmente, o seu surgimento está “diretamente relacionado às concessões de serviços públicos e à sua natural mutabilidade”.

Sobre o poder de alteração unilateral do contrato, para Garcia (2021, p. 138-139) trata-se de poder público (*puissance publique*), irrenunciável (e não uma mera faculdade posta à disposição do concedente), que não decorre diretamente do contrato administrativo, muito embora incida sobre ele, sendo um poder exterior ao contrato. Constitui medida específica, voltada diretamente a modificar algum aspecto do contrato, formalizada por termo aditivo, muito embora seu conteúdo seja de ato administrativo em razão de se tratar de um poder unilateral²²⁴. O *ius variandi* situa-se na álea administrativa dos contratos de concessão de

²²⁰ “4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

²²¹ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;”

²²² “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;”

²²³ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.”

²²⁴ Garcia (2021, p. 144) ressalta que a circunstância de se tratar de ato administrativo unilateral não afasta a incidência de uma “procedimentalização adequada” que seja capaz de, entre outros, aprimorar os padrões de eficiência da escolha administrativa, viabilizar a prévia participação do concessionário (mutabilidade dialógica), permitir a participação de terceiros interessados (mutabilidade multilateral) e resultar em uma motivação capaz de explicitar o interesse público que sustenta a ação administrativa. Assim, ainda que se trate de prerrogativa unilateral, espera-se da administração pública uma relação dialógica com os envolvidos. Em suas palavras, “ainda que no exercício de prerrogativas típicas de direito público, é dever do poder concedente colher informações, subsídios, dados, e, principalmente, estabelecer uma relação aberta, colaborativa, dialógica e deferente ao

serviços públicos, já que a decisão de alterar unilateralmente o contrato se encontra no campo de competência do concedente, sendo o exercício dessa prerrogativa diretamente relacionado ao atendimento do interesse público.

Também para Monteiro (2010, p. 68) é própria do contrato de concessão sua incompletude, e contratos com essa característica normalmente importam a necessidade de serem feitas adaptações e de se permitir algum grau de flexibilidade durante sua vigência, para que possam se acomodar às mudanças ocorridas ao longo do tempo. Assim, ainda que o contrato preveja procedimentos e ambientes próprios para o diálogo, eventual conflito entre o interesse público e o interesse privado pode restar insuperável, não havendo, nesse caso, como se negar a existência de uma competência extracontratual da administração pública para resolver o conflito de interesses.

Para Guimarães (2003, p. 122-126), a prerrogativa de modificação dos contratos administrativos “diz respeito à competência deferida à Administração Pública para que essa, no âmbito da relação jurídico-contratual administrativa, exerça a tutela do objeto do contrato, cuidando de adequar a prestação decorrente às necessidades públicas envolvidas”. Assim, desde que “o interesse público imponha novas condições de prestação, deverá a Administração alterar os termos do contrato com vistas a estabelecer a adequação relativa”. Em outras palavras, a possibilidade de alteração contratual “não se afigura como uma ‘faculdade’ do poder público, mas tem lugar por uma exigência do interesse geral concretamente identificado”. Para o autor, trata-se de poder público cuja natureza impõe consequências definidas, como a irrenunciabilidade, funcionalidade e imperatividade, e sua descendência “está no fundamento de autotutela administrativa; não decorre do plano contratual”²²⁵. Ainda para o autor (2003, p. 35), o “interesse público, considerado como elemento finalístico do contrato, paira acima do vínculo e produz dinamicidade na relação, condicionando-a”. Assim, “o interesse que orienta a

contraditório com o concessionário, na busca de soluções mais concertadas e menos assimétricas”. Para o autor (2021, p. 82), o “ponto que ora se sustenta é que a mutabilidade, na sua acepção ampla, deve ser permanentemente orientada por uma dinâmica dialética, sempre com o intuito de aumentar o grau de consensualidade nas decisões de alteração do contrato, mesmo aquelas que possam ser unilateralmente definidas pelo poder concedente”.

²²⁵ Para Guimarães (2003, p. 268): “Parece que em face do Direito Brasileiro as normas legais pertinentes ao regime jurídico do *ius variandi* possuem caráter injuntivo, pois que não se limitam a fornecer uma base legal para que, desde que previsto no plano contratual, o poder de instabilização possa ser exercido pela Administração-contratante. De fato, a previsão normativa por si só autoriza o exercício do *jus variandi* nos moldes em que o concebeu. Mesmo que não haja previsão contratual, esse ‘poder’ se impõe na oportunidade e condições que a norma estatuiu, indiferente se restou ou não firmado em sede contratual. Daí se dizer que se trata de uma competência irrenunciável. Relaciona-se, como já visto, com a idéia de dever jurídico.”

mutabilidade contratual é externo às partes e condiciona objetivamente o vínculo”, de forma que a administração pública não é hierarquicamente superior ao contratado por uma situação subjetiva e apriorística²²⁶. No que se refere especificamente às concessões de serviço público, o autor ressalta que o “poder *variandi*” denota “um aspecto regulamentar da Administração” e se manifesta “mais notoriamente que em outras espécies de contrato administrativo - pela nitidez acentuada da cláusula de sujeição do contratante-concessionário” (GUIMARÃES, 2000)²²⁷.

A possibilidade de alteração unilateral encontra limite claro nos “direitos do contratado” (art. 104, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021). O principal “direito do contratado” é o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, no que se refere à possibilidade de alteração unilateral, dispõe o art. 104, §1º, que as “cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado”. O §2º, por sua vez, declara que na hipótese de modificação unilateral para melhor adequação às finalidades de interesse público, “as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.” Também o artigo 130 dispõe a respeito, declarando que caso haja “alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

A Lei nº 8.987, de 1995, segue o mesmo racional, declarando que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas aos direitos, garantias e obrigações do concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações (art. 23, V). E que em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração (art. 9º) §4º.

²²⁶ Ainda, para Guimarães (2003, p. 135): “Os efeitos da manipulação desse poder público não se restringem à esfera de direitos do co-contratante, ainda que nesta repercutam de forma direta e imediata; podem atingir direitos subjetivos públicos (ou mesmo direitos individuais de terceiros).”

²²⁷ Para Guimarães (2000): “É possível, pois, explicar o *ius variandi* enquanto manifestação de regulamentação no âmbito de concessão de serviço público, como uma competência (dever-poder) administrativa, descendente de lei, própria a alterar as cláusulas regulamentares do serviço público para melhor atendimento do interesse geral perseguido, tendo sua emanação pautada por limites materiais e formais (procedimento).”

Assim, ao poder de modificação unilateral do contrato (*ius variandi*) corresponde o direito do concessionário ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, já que “a pretexto de atender o interesse público não se pode cogitar como legítima a expropriação dos interesses privados do particular” (GARCIA, 2021, p. 132-134). Quando o exercício do poder de modificação altera a equação econômico-financeira do contrato de concessão, o concessionário terá o direito de ser compensado pelos novos encargos que a gestão do serviço comporta, por meio da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Sobre os limites da alteração, além do respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, Otero²²⁸ declara que o poder geral da administração de modificação unilateral do conteúdo das prestações contratuais se encontra sempre sujeito ao princípio da prossecução do interesse público²²⁹, ao princípio da proporcionalidade - designadamente na sua vertente de proibição do excesso ou princípio da necessidade - ao dever de fundamentação e ao objeto do contrato, até mesmo em decorrência da necessidade de ser observada a identidade entre o objeto do contrato e o objeto da licitação que o antecedeu. Para Menezes de Almeida (2012, p. 222), a alteração unilateral do contrato pela administração pública deve ser entendida como legalmente possível, porém como algo excepcional na dinâmica contratual. Para Barroso (2012, p. 207), “o administrador deve demonstrar igualmente que a alteração não vulnera o dever de licitar e os princípios da isonomia e da impessoalidade (...) a alteração apenas poderá ser considerada legítima uma vez que ela não possa ser objeto de licitação autônoma, por ser inviável a competição”²³⁰. Justen Filho (2023, p. 313) destaca que a alteração do contrato retrata, sob

²²⁸ *Estabilidade Contratual. Modificação Unilateral e Equilíbrio Financeiro em Contrato de Empreitada de Obras Públicas*. Disponível em: <<https://portal.oa.pt/upl/%7B518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32%7D.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

²²⁹ Para Garcia (2017, p. 453): “a mutabilidade sempre foi um traço característico dos contratos administrativos, encontrando legitimação e justificação na necessidade de adequação ao interesse público. Modernamente, encontra amparo também na incompletude do contrato.” Sobre a consecução do interesse público, Gonçalves (1999, p. 257), declara que se trata de conceito jurídico indeterminado que terá de ser verificado caso a caso “e que funciona como indispensável ‘causa habilitante’ do poder de modificação”. Isso significa que o interesse público, mormente seja um conceito jurídico indeterminado, não poderia deixar de ser invocado e concretizado no momento do exercício do poder de modificação. Se não tivesse fundamento numa real exigência de interesse público, o ato que impõe o poder de modificação seria ilegal. Barroso (2012, p. 207) apresenta os limites para as modificações pela administração (assim como Garcia): “as alterações contratuais – unilaterais ou consensuais – devem contar com justificativa expressa, nas quais o administrador explicita a necessidade da alteração, tendo em conta o interesse público a atingir e os princípios constitucionais pertinentes”. Também para Guimarães (2003, p. 38): “Não se trata o exercício de tais prerrogativas unilaterais de um direito que a administração possui para, a partir de um juízo livre seu, promover a alteração contratual, arranhando, assim, os interesses protegidos pelo princípio da imutabilidade do contrato”.

²³⁰ Ainda sobre os limites da alteração, Pereira Jr. e Dotti (2009) ressaltam que o contrato há de ser pensado e celebrado com o propósito de ser cumprido tal como convencionado, de forma que as alterações devem ser sempre

alguns ângulos, uma competência discricionária da administração, mas que não existe liberdade para a administração pública impor a alteração “como e quando melhor lhe aprouver”. Assim, como princípio geral, “não se admite que a modificação do contrato, ainda que por acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e isonomia”. Para o autor, “existe uma competência anômala, não uma prerrogativa propriamente dita”²³¹.

Garcia (2021, p. 43-44) ressalta que no Brasil a mutabilidade não vem ocupando um papel de centralidade no ordenamento jurídico. A recém editada Lei nº 14.133, de 2021, poderia ter avançado na disciplina da sistemática da mutabilidade, seja no seu aspecto substantivo, seja no seu aspecto procedimental, mas praticamente repetiu a *ratio* da Lei nº 8.666, de 1993. O mesmo acontece nas legislações que instituem normas gerais sobre os contratos de concessão, como a Lei nº 8.987, de 1995, e a Lei nº 11.079, de 2004. De fato, as normas são esparsas e não

consideradas excepcionalidades que carecem de fundada justificação. “A lei não faculta à Administração alterar as condições previamente ajustadas à nova realidade fática; impõe-lhe o poder-dever de fazê-lo, para que o contrato não se desvie dos resultados pré-ordenados. Mas tão só nessa hipótese. Ilegítimo será – transformando-se em abuso de poder ou desvio de finalidade – o exercício da prerrogativa sem compromisso com esses resultados, que traçam, em verdade, os seus limites”. Assim o objeto contratado não poderia ser substituído por outro, devendo a administração cogitar de rescindir o contrato “se a realidade superveniente demonstrar que o objeto originalmente especificado e contratado deixou de servir ao interesse público”. Para Dallari, A. (2005) poderá haver alteração qualitativa do projeto quando houver descoberta ou revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não foi a mais adequada. Declara o autor que a lei não estabelece limites qualitativos para essa modalidade de modificação contratual, o que não permite presumir, no entanto, existir liberdade ilimitada da administração, já que a modificação unilateral introduzida pela Administração não pode transfigurar o objeto licitado em outro. Para Dekel (2009): “A further factor to consider in deciding whether to grant a change to a procurement contract is the degree to which the change is needed in order to implement the contract. Does the modification exceed what is actually needed, or does it serve as a pretext to expand the contract beyond what is necessary? If the change can potentially improve the terms of the contract, but the contract also can be implemented without it, then the requested modification should be called into question. It is another story, however, if the objective of the contract cannot be achieved at all without the modification. For instance, consider a contract for the acquisition of a technological system that at any time could be overtaken by a more modern and upgraded version. In this case, upgrading the existing system is likely to improve its performance, but the importance of the upgrade to implementing the goals of the contract is not obvious. In a similar context, a distinction should be made between a nonessential contract, whose failure can be absorbed, and an essential contract, whose failure could carry serious ramifications for the Government or the public in general. In the former case, it is doubtful whether there exists justification to approve changes to the terms of the contract. In the latter case, the need for the contract to be successfully implemented should prevail over the considerations of fair competition, equal opportunity, and economic efficiency”.

²³¹ Cumpre registrar o entendimento de Marques (2015, p. 390) no sentido de que, malgrado se tratar de um ajuste dinâmico, o contrato de concessão não poderia ficar “à mercê” das decisões unilaterais de alteração tomadas pelo concedente. Para o autor: “Se bem é verdade que o contrato de concessão não pode seguir o antigo padrão dos contratos privados, com cláusulas estanques e imutáveis (de cujo modelo o próprio contrato privado se afasta a partir da introdução do princípio da função social do contrato), não se pode mais tratar do contrato de concessão à luz do velho paradigma contratual administrativo, como um campo totalmente permeável por cláusulas exorbitantes e autorizações de ingerência unilateral, vertical, do poder concedente”.

possuem a devida sistematização. Bem nota o autor (2021, p. 43-44) que a ausência de um regramento normativo adequado e condizente com a relevância da mutabilidade nos contratos de concessão acaba produzindo, como consequência, a importação da racionalidade da alteração dos contratos da Lei nº 14.133, de 2021, e a utilização de parâmetros referenciais próprios de outros tipos contratuais, como a empreitada de obra pública²³². A Lei nº 14.133, de 2021, nada estabelece sobre o procedimento do ato que impõe a modificação²³³.

De fato, as regras estabelecidas pela Lei nº 14.133, de 2021, e até mesmo pela Lei nº 8.987, de 1995, não são capazes de alcançar a complexidade das alterações que podem vir a ser necessárias num contrato da magnitude de um contrato de concessão de serviços públicos. Daí a necessidade de analisar a questão sob outras perspectivas, o que será feito no item 2.7. Também a questão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro será abordada em item específico (item 2.6).

Por enquanto, é possível declarar algumas conclusões preliminares. A mutabilidade é uma das principais características do contrato administrativo, e mais notadamente do contrato de concessão de serviço público. O fundamento dessa mutabilidade é a prossecução do interesse público, que é dinâmico, e não rígido, estático ou inerte. A prerrogativa de alteração unilateral do contrato conferida ao concedente é o instrumental clássico utilizado pelo direito administrativo para operacionalizar essa mutabilidade. Trata-se de prerrogativa especial e irrenunciável da administração pública sobre o contrato de concessão, expressamente prevista em lei. Ressalte-se que a possibilidade de alteração unilateral do contrato não constitui uma

²³² A Lei nº 13.448, de 2017, que estabelece diretrizes para a prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, estabelece, no art. 22, que “as alterações dos contratos de parceria decorrentes da modernização, da adequação, do aprimoramento ou da ampliação dos serviços não estão condicionadas aos limites fixados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666, de 1993”. Criou, portanto, exceções à regra desses dispositivos, quanto aos limites para alterações unilaterais.

²³³ Garcia é defensor de uma “procedimentalização do *ius variandi*” (2021, p. 142-148). Ressalta que a circunstância de se tratar de ato administrativo unilateral não afasta a incidência de uma “procedimentalização adequada” que seja capaz de, entre outros, aprimorar os padrões de eficiência da escolha administrativa, viabilizar a prévia participação do concessionário (mutabilidade dialógica), permitir a participação de terceiros interessados (mutabilidade multilateral) e resultar em uma motivação capaz de explicitar o interesse público que sustenta a ação administrativa. Assim, ainda que se trate de prerrogativa unilateral, esperar-se-ia da administração pública uma relação dialógica com os envolvidos. Em suas palavras, “ainda que no exercício de prerrogativas típicas de direito público, é dever do poder concedente colher informações, subsídios, dados, e, principalmente, estabelecer uma relação aberta, colaborativa, dialógica e deferente ao contraditório com o concessionário, na busca de soluções mais concertadas e menos assimétricas (...) O ponto que ora se sustenta é que a mutabilidade, na sua acepção ampla, deve ser permanentemente orientada por uma dinâmica dialética, sempre com o intuito de aumentar o grau de consensualidade nas decisões de alteração do contrato, mesmo aquelas que possam ser unilateralmente definidas pelo poder concedente” (GARCIA, 2021, p. 82).

“exorbitância” decorrente da supremacia do interesse público. Trata-se de uma prerrogativa que decorre da aplicação de um regime jurídico específico eleito pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades, não podendo ser classificada como um “ato de império”.

A prerrogativa de alteração unilateral do contrato situa-se na álea administrativa dos contratos de concessão de serviços públicos, já que a decisão se encontra no campo de competência do concedente e pode a vir a desequilibrar a equação econômico-financeira, que deverá ser restabelecida. Não obstante, é preciso deixar claro que a possibilidade de alteração unilateral, muito embora incida sobre o contrato administrativo, dele não decorre diretamente. Trata-se de prerrogativa que decorre de elementos exteriores ao contrato. Esse aspecto tem implicação direta no que se refere à arbitrabilidade objetiva envolvendo contratos administrativos, conforme será analisado no Capítulo 3.

2.5.5 Prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato

Para Justen Filho (2021, p. 1461) a extinção contratual é uma categoria abrangente, que compreende uma pluralidade de situações em que se produz a extinção do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, havendo hipóteses de extinção normal e de extinção anômala do contrato. A extinção normal decorre do decurso do prazo contratual ou da evolução dos fatos e do atingimento dos resultados e efeitos previstos, com adimplemento, pelas partes, de suas obrigações, havendo exaurimento do objeto do contrato. Já a extinção anômala se verifica nas hipóteses em que o vínculo jurídico é desfeito em virtude de eventos que impedem o atingimento dos resultados pretendidos, sem que as prestações previstas tenham sido integralmente executadas e em data anterior ao prazo de vigência original.

Para os fins do presente trabalho, importam principalmente os casos de extinção anômala do contrato, ou seja, as hipóteses em que o vínculo jurídico é desfeito antes do decurso do prazo contratual e do atingimento dos resultados previstos, em decorrência do exercício de uma prerrogativa da administração pública: a extinção unilateral do contrato. Nesses casos é que se concentram as maiores dúvidas e controvérsias a respeito da arbitrabilidade objetiva dos litígios.

Importa, portanto, no âmbito da Lei nº 14.133, de 2021, as situações em que há rescisão do contrato por inadimplemento (incisos I a IV, VI, VII e IX do art. 137), e a rescisão do contrato por inconveniência para a administração pública (inciso VIII do art. 137). Já no contexto da Lei nº 8.987, de 1995, o foco do estudo são as hipóteses de encampação (prevista

no inciso II do art. 35) e caducidade (prevista no inciso II do art. 35). Não obstante, os demais casos de extinção do contrato também serão objeto de comentários, até porque não estão imunes a discussões sobre arbitrabilidade objetiva, ainda que relacionadas tão somente aos efeitos deles decorrentes.

2.5.5.1 *Tratamento da matéria na Lei nº 14.133, de 2021*

Nos termos do art. 104, inciso II, e art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, a extinção dos contratos por ela regidos poderá ser determinada por ato administrativo unilateral, sempre que a causa da rescisão não for imputável à própria administração pública²³⁴. Em princípio, isso envolve as hipóteses previstas nos incisos do *caput* do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021²³⁵, que elenca os motivos para extinção²³⁶ do contrato, “a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”²³⁷.

Conforme já comentado, os motivos para extinção do contrato por inadimplemento são listados nos incisos I a IV, VI, VII e IX do *caput* do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021.

Assim, são hipóteses de inadimplemento imputáveis ao contratado: (i) o não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de

²³⁴ A Lei nº 8.666, de 1993, em seu art. 79, I, especificava, dentre as hipóteses previstas no artigo 78 da mesma Lei, aquelas em que poderia haver extinção unilateral do contrato pela administração (“Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior”). A Lei nº 14.133, de 2021, não mais declara tais hipóteses. O art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, determina, de maneira genérica, que a extinção do contrato poderá ser “determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta”. A lógica por trás dos dispositivos legais em ambos os casos continua sendo a mesma. Na Lei nº 8.666, de 1993, o assunto referente à extinção do contrato era tratado nos artigos 58, II, 79, I e 78, I a XII e XVII.

²³⁵ Na Lei nº 8.666, de 1993, o rol de motivos para a “rescisão” do contrato era apresentado no art. 78, em dezoito incisos. Não encontram correspondente na Lei nº 14.133, de 2021, os incisos III, IV, V, VI e VIII do art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993. Justen Filho (2021, p. 1462) afirma que “as previsões dos incs. III, IV, V e VIII foram englobadas em outros dispositivos da Lei 14.133/2021 – até porque, rigorosamente, confundem-se entre si”. O mesmo teria ocorrido com a regra do inc. XVIII (que “não foi literalmente mantida, mas passou a ser incorporada em outros dispositivos”). Para o autor, a inovação realmente significativa no art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021 consistiu na eliminação do inciso VI, referente à “previsão quanto à subcontratação e outras formas de associação ou reorganização na exploração empresarial”. Não obstante, entende que “práticas dessa ordem podem ser enquadradas, em vista das circunstâncias do caso concreto, como infração subsumível ao inc. I”.

²³⁶ Justen filho (2021, p. 1460) observa que o art. 137 “optou por referir-se à extinção dos contratos administrativos, ao invés de aludir à sua rescisão (fórmula prevista na Lei 8.666/1993). A questão terminológica não é essencial, mas apresenta relevância para evitar equívocos”.

²³⁷ Diferentemente do que previa o art. 78 da Lei nº 8.666, de 1993, o art. 137 dispõe expressamente que a extinção do contrato “deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa”. Assim, de acordo com Justen Filho (2021) até mesmo quando da extinção por razões de interesse público (inciso VIII do art. 137) deverá ser garantido o devido processo legal.

especificações, de projetos ou de prazos (inciso I); (ii) o desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior (inciso II); (iii) a alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato (inciso III); (iv) a decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado (inciso IV); e (v) o não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz (inciso IX).

As hipóteses previstas nos incisos VI e VII, de “atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto” e “atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas” podem envolver inadimplemento do contratado ou da administração pública (art. 25, §5º²³⁸ e 124, §2º²³⁹ da Lei nº 14.133, de 2021)²⁴⁰.

Em todos esses casos, portanto, é possível a extinção do contrato determinada por ato unilateral da administração pública (desde que o descumprimento não decorra de sua própria conduta, nos termos do art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021)²⁴¹.

Note-se que, para Justen Filho (2023, p. 333), a despeito de o art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021 declarar que os motivos elencados em seus incisos “constituirão motivos para a extinção do contrato”, não deve ser admitida uma aplicação “mecanicista” da lei. Isso porque,

²³⁸ “Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento. (...) § 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela: I - obtenção do licenciamento ambiental; II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.”

²³⁹ “Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) § 2º Será aplicado o disposto na alínea “d” do inciso II do *caput* deste artigo às contratações de obras e serviços de engenharia, quando a execução for obstada pelo atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, por circunstâncias alheias ao contratado.”

²⁴⁰ Para Justen Filho (2021, p. 1464): “Podem distinguir-se hipóteses de inadimplementos imputáveis ao contratado (incs. I a IV e IX do *caput*) daquelas relacionadas a condutas da Administração Pública contempladas no §2º. As hipóteses previstas nos incs. VI e VII podem envolver inadimplemento do particular ou não.”

²⁴¹ Dentre as situações listadas acima, é possível diferenciar as que envolvem inexecução das prestações propriamente ditas (itens “i” e “ii”) e as que envolvem outros eventos (itens “iii”, “iv” e “v”). Para Di Pietro (2021, p. 281), nos casos de inadimplemento contratual com ou sem culpa do contratado este fica sujeito às consequências do inadimplemento e, sendo ele culposo, “cabem o ressarcimento dos prejuízos, as sanções administrativas, assunção do objeto do contrato pela Administração, e a perda da garantia”.

nos termos do art. 139²⁴², a extinção determinada por ato unilateral da administração pública poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas na Lei, consequências sérias, como a assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da administração pública²⁴³ e a ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade²⁴⁴. Assim, considerando a gravidade dos efeitos da extinção unilateral, não seria possível admitir que essa seja consequência automática para toda e qualquer infração contratual.

No que se refere à possibilidade de extinção do contrato por “razões de interesse público”, vem prevista no inciso VIII do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021. Essa hipótese não envolve inadimplemento ou apresenta natureza sancionatória. Para Justen Filho (2021, p. 1464-1479), trata-se de uma “das clássicas manifestações de competências anômalas” da administração pública, gerando a extinção do contrato administrativo por razões de conveniência e oportunidade. A administração pública “promove a rescisão por verificar que, por melhor que seja executado o objeto contratual, as necessidades perseguidas pelo Estado não serão satisfeitas, eis que isso somente se passará por meio de uma contratação distinta”. Também para Menezes de Almeida (2012, p. 223), a extinção unilateral por interesse público

²⁴² “Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências: I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração; II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade; III - execução da garantia contratual para: a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução; b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível; c) pagamento das multas devidas à Administração Pública; d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível; IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas”.

²⁴³ Justen Filho (2023, p. 335): “A administração tem a faculdade de assumir a posse do “objeto do contrato”. O apossamento funda-se no princípio de que, se o particular tivesse adimplido adequadamente suas obrigações, aquele objeto seria transferido para o Poder Público. Logo, o inadimplemento do particular, que já acarretou inúmeras dificuldades para o Estado, não pode se constituir em obstáculo para o apossamento. O apossamento far-se-á independentemente de autorização ou intervenção judicial. (...) Quando o encerramento normal do contrato não assegurar à Administração o apossamento do bem, não haverá cabimento em pretender dele apossar-se em virtude da rescisão unilateral. A Administração não pode obter, por meio da rescisão, mais do que perceberia se houvesse cumprimento normal das prestações do particular.”

²⁴⁴ Justen Filho (2023, p. 336): “Não se admite que, em caso de extinção do contrato de colaboração, a Administração pretenda apossar-se de bens de titularidade do sujeito privado, que não se encontrem afetados à prestação de serviço público. O dispositivo apenas pode ser interpretado na acepção de que a Administração tomará posse de bens que se encontrem no domínio público”.

opera na mesma lógica da revogação do ato administrativo, ou seja, desfazimento por razão de conveniência e oportunidade, tendo caráter unilateral e autoexecutório.

Para Di Pietro (2021, p. 281), nos casos em que há extinção por razões de interesse público “a Administração fica obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados e, ainda, a devolver a garantia, pagas as prestações devidas até a data da rescisão e o custo da desmobilização”. Também para Justen Filho, nos casos em que “o desfazimento não se fundamente em seu inadimplemento, o particular deverá ser indenizado” (2023, p. 335). O autor afirma ainda que “a avaliação prévia do valor da indenização assegurada ao particular é indispensável inclusive para efeito de determinar a conveniência da rescisão” (2021, p. 1480).

Justen Filho declara ainda que o fato de a lei ter aludido a “razões de interesse público”, não significa que a rescisão possa ser decretada mediante mera invocação abstrata do interesse público. O art. 20 da Lei nº 4.657, de 1942 (a “LINDB”) determina que nenhum ato administrativo pode ser motivado mediante a mera invocação de valores abstratos. Assim, a administração pública estaria obrigada a demonstrar que a manutenção do contrato acarretará lesões sérias a interesses relevantes. Ainda, como expõe Justen Filho (2021, p. 1480-1482), a decisão de rescisão do contrato por conveniência estaria sujeita a controle jurisdicional, sendo assegurado ao poder judiciário “examinar a regularidade na formação do processo decisório administrativo”, embora haja limitação para a revisão do “núcleo do juízo de conveniência e oportunidade” da administração pública²⁴⁵.

Analisadas as hipóteses de extinção unilateral por inadimplemento contratual e por razões de interesse público, cabe abordar brevemente, ainda no âmbito da disciplina da Lei nº 14.133, de 2021, a possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior, as situações em que o inadimplemento decorre de condutas da própria administração pública e o distrato.

A possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior consta do inciso V do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021. Essa hipótese não configura inadimplemento por qualquer das partes e tampouco inexecução culposa “porquanto a ausência de cumprimento deriva de circunstâncias que transcendem a vontade do devedor e que independem da adoção, por parte dele, das cautelas e precauções devidas”. Para Di Pietro (2021, p. 281), na hipótese

²⁴⁵ Para Justen Filho (2023, p. 332): “A extinção de um contrato administrativo mediante invocação de “interesse público” comporta ataque pelo interessado, inclusive para evidenciar a existência de vício no ato administrativo praticado”.

de caso fortuito e força maior, assim como acontece na extinção por razões de interesse público, a administração pública deve ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados. Também para Justen Filho (2023, p. 321), quando os eventos supervenientes, produzidos por causas alheias à vontade das partes, como no caso de caso fortuito ou força maior, tornarem impossível a execução da avença, “o contrato será desfeito, sem sancionamento para qualquer das partes, assegurando-se ao particular a remuneração correspondente ao que tiver executado”²⁴⁶.

O §2º do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021, por sua vez, elenca as situações em que o inadimplemento decorre de condutas da administração pública, enquadráveis como “fato da administração”, ou seja, casos em que não será possível a extinção unilateral do contrato pela administração pública (art. 138, I). Trata-se de condutas imputáveis à administração pública que não se configuram como ato normativo genérico e que importam a alteração das condições ordinárias de execução do contrato, podendo acarretar sua extinção (Justen Filho, 2021, p. 1475). Nos casos em que o inadimplemento decorre de condutas da administração pública, a extinção do contrato em decorrência de decisão judicial ou arbitral é a via concedida ao contratado para obter a extinção se não houver concordância da administração para a rescisão amigável (inciso III do art. 138²⁴⁷). Em complemento, o art. 138, §2º, estabelece que quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da administração pública, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a: (i) devolução da garantia; (ii) pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção; (iii) pagamento do custo da desmobilização.

Por fim, o art. 138 da Lei nº 14.133, de 2021 declara, em seu inciso II, que a extinção do contrato poderá ser consensual, por acordo entre as partes (distrato). Para Justen Filho (2023, p. 330 e 475) a hipótese do distrato, ato bilateral e consensual, não é comum no direito administrativo, uma vez que o particular a quem foi outorgado o contrato não pode desistir de executar os encargos assumidos, e o Estado não pode, em regra, renunciar a exigir o

²⁴⁶ Para o autor (2021, p. 1464 e 1473-74), essa solução, apta a produzir a extinção do contrato, aplica-se também para as situações em que a impossibilidade deriva de fato do príncipe ou de onerosidade excessiva, prevista no art. 22, §12º, II (ou seja, a extinção do contrato nas hipóteses em que evento superveniente majorar excessivamente os encargos da parte). “Nem a Lei 8.666/1993 nem a Lei 14.133/2021 aludem ao fato do príncipe ou à teoria da imprevisão, ao disciplinar as hipóteses de extinção do contrato administrativo. Aplicar-se-á, então, a disciplina para o caso fortuito e a força maior” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 333).

²⁴⁷ “Art. 138. A extinção do contrato poderá ser: (...) III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.”

cumprimento dos deveres ou a imposição das sanções correspondentes. Além disso, se houver inconveniência da manutenção do contrato apenas para a administração pública, poderá ela liberar-se por decisão unilateral.

2.5.5.2 *Tratamento da matéria na Lei nº 8.987, de 1995*

Uma vez analisado o tratamento da extinção unilateral do contrato na Lei nº 14.133, de 2021, passemos à análise da questão no contexto da Lei nº 8.987, de 1995. O art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, enumera as hipóteses de extinção da concessão, cujas disciplinas específicas constam dos artigos 36 a 39. Para Aragão (2017b), esse rol do art. 35 contempla as formas mais relevantes de extinção das concessões, não sendo, contudo, excludente da admissibilidade de outras hipóteses da teoria geral dos contratos, como o distrato e a força maior que inviabilize a execução do contrato, figuras já analisadas no item anterior.

Antes de entrar nas hipóteses em que pode haver extinção unilateral do contrato pela administração pública, cumpre comentar brevemente o inciso I do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, que trata da extinção da concessão por advento do termo contratual. Para Justen Filho (2023, p. 467) a concessão “é outorgada por prazo certo e sua destinação é extinguir-se”, ou seja, como diz Aragão (2017b, p. 494), o fim do prazo contratual é a forma normal de extinção das concessões. Para Bockmann (2022, p. 413) esta “é a hipótese mais simples de extinção”, não depende da vontade das partes e opera todos os efeitos jurídicos necessários e suficientes para o retorno das partes ao *status quo ante*: as relações jurídicas prestacionais, relativas aos bens e serviços públicos, deixam de existir tal como previstas no contrato.

A Lei nº 8.987, de 1995, define a maioria dos efeitos da extinção por advento do termo contratual nos §§ 1º a 4º do art. 35, inclusive no que diz respeito ao retorno ao concedente dos bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário e a realização de levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização devidos à concessionária, especialmente no que diz respeito às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, eventualmente ainda não amortizados ou depreciados. De fato, conforme Aragão (2017b, p. 494), na extinção por advento do termo contratual a reversão é, em regra, gratuita, pois se presume que ao longo da execução do contrato a concessionária obtém o

retorno do capital investido e uma certa margem de lucro. Mas os bens reversíveis que, porventura, não tiverem sido amortizados, deverão ser indenizados (arts. 35, §4º, c/c art. 36)²⁴⁸.

Pois bem. Conforme já afirmado anteriormente, mais relevante para o presente estudo é a extinção antecipada, ou seja, que adianta o termo final do contrato, mais notadamente a encampação e a caducidade, que envolvem prerrogativa da administração pública de extinção unilateral do contrato com previsão nos incisos II e III do art. 35. De qualquer forma, também serão analisadas as hipóteses de rescisão e anulação, previstas nos incisos IV e V do mesmo dispositivo legal. A hipótese do inciso VI, de “falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual”, será abordada no tópico referente à caducidade, pelos motivos que serão expostos.

2.5.5.3 A hipótese do inciso II do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a encampação da concessão

Sobre a encampação, de acordo com Grotti (2007), trata-se de extinção da concessão por ato unilateral do concedente durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa. Para Aragão (2017b, p. 495) trata-se da “retomada unilateral coativa do serviço pelo poder concedente com os bens a ele vinculados por razões de interesse público, mediante prévia indenização e lei autorizativa específica”.

Também para Gonçalves (1999, p. 337-345), trata-se de ato “baseado num contrato de concessão de serviço público, através do qual, antes da verificação do seu termo, a Administração concedente extingue a relação jurídica concessória por motivos de interesse público”²⁴⁹. Para o autor, a administração pública seria titular de poderes de origem extracontratual para, unilateral e “autoritariamente”, provocar a extinção prematura do contrato

²⁴⁸ Ressalta Aragão (2017b, p. 494) que “os bens da empresa não relacionados com a prestação do serviço não são objeto da reversão, constituindo patrimônio privado da concessionária. É recomendável que as cláusulas de reversão do contrato estabeleçam os critérios para tornar certos quais bens deverão ser revertidos ou não.”

²⁴⁹ Também para Justen Filho (2023, p. 469): “A encampação é a extinção da concessão antecipadamente, por ato unilateral do poder concedente, fundada em motivo de interesse público e mediante a indenização prévia ao concessionário, observada a garantia do devido processo legal. A encampação não apresenta natureza sancionatória”. O autor ressalta que alguns identificam o instituto da encampação com a desapropriação, o que seria incorreto: “A encampação é a extinção da concessão, com a retomada do serviço público pelo poder concedente; desapropriação é extinção compulsória do direito de propriedade do particular e sua aquisição originária por parte do Estado (...). No entanto, a encampação pode envolver a desapropriação de bens do particular”.

de concessão, havendo “uma proximidade óbvia” entre a encampação e a extinção unilateral dos contratos administrativos por imperativos de interesse público²⁵⁰.

Para Bockmann (2022, p. 414) a encampação “consubstancia típica escolha de política pública”. Consiste na decisão de alterar a forma de implementar a política pública definida no contrato de concessão, com base em motivos técnicos, ou mesmo puramente políticos. Para o autor trata-se do “caminho inverso da desestatização formal” eis que “devolve o serviço sob gestão privada para a administração/controlado do Estado”. Não sendo mais de interesse público que os bens e serviços sejam geridos e prestados por pessoa privada, o concedente opta por retomá-los do concessionário (mediante justa compensação). O autor ressalta que não se trata de aplicação de penalidade e que tampouco teria a encampação como causa a má-prestação do serviço. Ao contrário, caso a encampação tenha por lastro a má-prestação do serviço, o descumprimento às normas legais, regulamentares e/ou contratuais, ou caso destine-se a promover nova licitação, incidirá em desvio de finalidade²⁵¹.

Ainda para Bockmann (2022, p. 415) a encampação, como ato excepcional, deve respeito ao direito do concessionário de amortizar os vultosos investimentos empreendidos²⁵². Para o autor “quem encampa adquire bens que não lhe pertencem – por isso, deve indenizar o seu proprietário dessa expropriação, bem como apurar os lucros que adviriam do uso desses mesmos bens (e foram cessados pela encampação)”. Logo, “a indenização pelo rompimento desse direito adquirido é assunto primordial na encampação”, que apenas pode ser efetivada “após prévio pagamento” de indenização justa, “a abranger o valor dos bens presentes, lucros

²⁵⁰ Também para Menezes de Almeida (2012, p. 363) a encampação é equivalente à extinção contratual por motivo de interesse público. Já para Marques (2015, p. 167) a regra geral do instituto da concessão é impedir rompimentos antecipados do vínculo concessório por decisão unilateral de uma das partes. O ordenamento jurídico restringiria, para as concessões, as hipóteses de desfazimento do contrato por interesse público de forma que a hipótese prevista no art. 78, inc. XII, da Lei nº 8666, de 1993 (atual inciso VIII do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021) não seria aplicável em nenhuma modalidade concessória. Da mesma forma, não seria aplicável a todas as espécies de concessão o disposto no art. 37 da Lei nº 8.987, de 1995.

²⁵¹ Também para Aragão (2017b, p. 495) “a encampação só é admissível se a Administração a decretar com vistas à retomada do serviço para ser prestado pelo próprio Estado. A encampação para subsequente delegação a um novo concessionário como forma de reorganizar a prestação privada do serviço só é admissível “quando se concluir que as alterações efetuadas não poderiam ter sido introduzidas ao abrigo do *jus variandi* da concessão resgatada”.

²⁵² Para Fagundes (1985): “(...) nos contratos de concessão de serviço público o prazo de duração se constitui, para o concessionário, em direito adquirido. Sim, porque sendo peculiar às concessões a efetivação de vultosos investimentos dos concedentes, a serem amortizados pela receita dos recursos tarifários, ao correr de longos prazos de exploração, tem-se por imprescindível, em corolário, o respeito a esses prazos. Salvo falta no desempenho, ou precariedade tal na prestação, que deixe evidente a incapacidade do concessionário”.

cessantes e danos emergentes²⁵³”. A definição do valor da indenização é, para o autor, elemento que deve anteceder a própria decisão de encampar, sob pena de se constituir numa “aventura, abusiva e indevida” do gestor público, pois não se saberá se haverá respeito (ou não) ao orçamento público e à Lei de Responsabilidade Fiscal²⁵⁴.

Também para Gonçalves (1999, p. 345-349) o direito de encampação decorre do poder da administração pública concedente de “(re)organizar o serviço público de que a Administração-concedente é titular”. Ou seja, a administração pública encampa um contrato quando, por razão de ordem administrativa ou política, decide assumir diretamente o serviço concedido ou substituí-lo por outro tipo de serviço, mais capaz de satisfazer as necessidades públicas. Mas diante da necessidade de proteção dos direitos constituídos a favor do concessionário, “a legitimidade do poder de resgate pressupõe que a Administração invoque e prove fundamentadas razões de interesse público”. Para o autor, não se trata de um ato com caráter sancionatório, pois não está associado a qualquer comportamento ilícito, sendo devida indenização ao concessionário prejudicado pelo encerramento precoce da concessão²⁵⁵.

Cumprir registrar que o art. 37 da Lei nº 8.987, de 1995, estabelece, para a encampação, a necessidade de lei autorizativa. Para Bockmann (2022, p. 415) isso se justifica na medida em que ela tem por motivação “sérios e explícitos motivos de política pública”. Em decorrência dessa política pública definida pelo Executivo, o Poder Legislativo emana lei de efeitos

²⁵³ Também Sundfeld (2013), na encampação: “a previsão original de remuneração do capital investido não é satisfeita; contratos relacionados à execução da concessão encampada haverão de ser precocemente extintos; financiamentos obtidos também em função da outorga extinta precisarão ser revistos; enfim, outros problemas e consequências práticas haverão de ser contornados em decorrência da extinção precoce do contrato de concessão (...). Por isso, a indenização derivada da encampação há de comportar a integralidade das perdas suportadas pela concessionária, não devendo se ater apenas ao correspondente a investimentos em bens reversíveis que não tenham sido amortizados”. Na opinião do autor, nos termos do inciso IX do art. 23 da Lei nº 8.987, de 1995, os contratos de concessão devem estipular os critérios para indenização nas variadas hipóteses possíveis, inclusive na de encampação. Há previsão de uma fixação consensual de critérios, uma vez que a lei remete a matéria à definição contratual.” Para Justen Filho (2023) “o concessionário terá direito à indenização por danos emergentes, relacionados com a interrupção repentina de sua atuação, abrangendo contratos civis e trabalhistas pactuados com terceiros”. Para Aragão (2017b, p. 495) como no caso de encampação “há uma extinção extemporânea, sem culpa da concessionária, apenas por avaliações de interesse público, a indenização deverá incluir lucros cessantes”.

²⁵⁴ Também para Justen Filho (2023, p. 469) a encampação “deverá ser precedida de providências as quais envolverão todos os aspectos fáticos fundamentais, indispensáveis à formulação do juízo de conveniência do ato de encampação em face dos interesses coletivos, tal como a apuração do valor da indenização devida. Deverá ser observado o devido processo legal, na modalidade de processo administrativo”.

²⁵⁵ No mesmo sentido, Justen Filho (2023, p. 470) declara que a antecipação do encerramento do contrato importa frustração da concretização da equação econômico-financeira assegurada ao concessionário, de forma que “o poder concedente deverá assegurar ao concessionário a percepção exata e precisa dos lucros que poderiam ser auferidos em virtude da continuidade do contrato”.

concretos, autorizando a encampação. Trata-se de diploma oriundo do Legislativo, mas que tem por objeto somente uma autorização em face de somente um contrato de concessão²⁵⁶. Ao concessionário não caberia, segundo o autor, opor-se ao mérito da decisão de encampar, ato discricionário cuja essência é inquestionável, mas poderia impugnar os seus pressupostos, o devido processo legal e, sobretudo, o valor da indenização a ser paga.

Por fim, na mesma linha do quanto afirmado por Justen Filho (2021, p. 1480-1482) acerca da extinção do contrato por “razões de interesse público” no contexto da Lei nº 14.133, de 2021, Bockmann (2022, p. 415) afirma que quando o art. 37 da Lei nº 8.987, de 1995 escreve “motivo de interesse público”, o concedente deve ler: “apresentados ativamente os motivos de fato, as razões de direito, e respectivo nexos causal, que comprovem a existência de um interesse qualificado como público”. Assim, para o autor, se por um lado o princípio da legalidade não proíbe que se utilizem valores jurídicos abstratos como a expressão “interesse público”, por outro lado devem ser devidamente motivadas e expostas as consequências da decisão, a demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta”, nos termos do art. 20 da Lei nº 4.657, de 1942 (a “LINDB”).

2.5.5.4 A hipótese do inciso III do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a caducidade da concessão

As hipóteses de caducidade estão elencadas no art. 38, §1º, incs. I a VIII, da Lei nº 8.987, de 1995. Para Bockmann (2022, p. 421-422), ao contrário da encampação, que envolve escolha pública de avocação do serviço, a caducidade “é específica sanção contratual a ser aplicada em casos de descumprimento de deveres (prestações decorrentes de lei e regulamentos) e obrigações contratuais, desde que efetivamente comprometedores do destino do projeto concessionário”²⁵⁷. Ela põe fim ao contrato e afasta definitivamente a pessoa privada, que estará

²⁵⁶ Para Menezes de Almeida (2012, p. 363) a exigência de intercessão legislativa para que a administração possa proceder à encampação constitui mitigação do regime de prerrogativas da administração pública. Para Bockmann (2022, p. 415): “Como a lei autorizadora da encampação se destina a possibilitar a reorganização de bens e serviços de titularidade do Estado (e gestão da Administração Pública), ela é de iniciativa privativa do Chefe do Executivo. Trata-se de lei que disporá sobre a “organização administrativa” e “serviços públicos”, daí a reserva constitucional (Constituição, art. 61, §1º, inc. II, “b”). O Poder Executivo precisa encaminhar ao Legislativo o projeto de lei-medida, com a justificativa da encampação e demonstração de capacidade orçamentária, a fim de que a sua prática futura seja autorizada.” Também para Justen Filho (2023, p. 469) a encampação pressupõe autorização legislativa e resulta “de competência cuja natureza é equivalente àquela que gerou a outorga.”

²⁵⁷ “A caducidade é o ato administrativo, de competência privativa do poder concedente, que, em vista da necessidade de preservação do serviço público adequado, extingue o contrato de concessão e, em decorrência, o status de concessionário ostentado pela sociedade comercial privada, em decorrência de grave inexecução contratual. A caducidade torna inválidos e ineficazes o contrato de concessão e o ato de delegação do serviço público. É medida radical, que visa a assegurar a segurança jurídica na prestação do serviço, violada que foi pelo

impedida de prestar o serviço outrora concedido. Para o autor, a conduta danosa imputada ao concessionário repercutirá na indenização a ser apurada, ou seja, as indenizações em caso de caducidade não englobarão lucros cessantes ou perdas do concessionário derivadas de seu inadimplemento. Não obstante, o concedente terá o dever de indenizar os bens que expropriar.

Também para Grotti (2007), a caducidade é modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão da inexecução total ou parcial do contrato, ou seja, em razão da inadimplência do concessionário²⁵⁸. Ressalta que ao concessionário é devida a parcela não amortizada do capital investido, mas a indenização não é prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário (art. 38, §§ 4º e 5º)²⁵⁹.

Ensina Aragão (2017) que a declaração da caducidade é reservada para as infrações mais graves ou para grande reincidência de infrações. Não à toa, o art. 38 da Lei nº 8.987, de 1995, abre duas alternativas diante da inexecução contratual: ela “acarretará, a critério do poder concedente, a declaração da caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais”. Para o autor, o § 2º do art. 38, exige que antes que seja iniciado o processo de aplicação da sanção de caducidade seja dada ao concessionário a oportunidade de corrigir as falhas verificadas no serviço, “em uma manifestação da consensualidade no Direito Administrativo” e deixa claro que as sanções administrativas mais graves só deveriam ser aplicadas em última hipótese, apenas após frustradas todas as demais tentativas de regularização da prestação do serviço delegado (2017b, p. 496).

concessionário. É a reação institucional cometida ao concedente, diante da contumaz quebra do princípio da confiança pelo concessionário.”

²⁵⁸ Também para Justen Filho (2023, p. 471) a caducidade é “modalidade de punição ao concessionário” em decorrência da “infração do concessionário a seus deveres”. Não obstante, ressalta o autor, a finalidade principal da caducidade é “assegurar a prestação de um serviço público adequado, o que não se afigura possível numa situação concreta em virtude da atuação defeituosa do concessionário”.

²⁵⁹ Para Justen Filho (2023, p. 472) a caducidade “não acarreta a supressão do direito de o concessionário ser indenizado pela perda da propriedade dos bens reversíveis. Entre as sanções pela atuação insatisfatória do concessionário, não se encontra o confisco de bens. Portanto, o poder concedente terá o dever de indenizar os bens que apropriar. A indenização deverá ser justa e em dinheiro, mas não se fará previamente. Haverá o imediato apossamento pelo poder concedente de todos os bens, sem prévia indenização. O direito do concessionário, quando decretada a caducidade, restringe-se à indenização pelos bens reversíveis, assim como por outros bens ou prestações cuja execução esteja em curso.” Para Aragão (2017b, p. 496) o concessionário, “mesmo sendo inadimplente, terá direito à indenização pelos bens vinculados ao serviço ainda não amortizados, já que, ainda assim, o poder concedente não pode se enriquecer sem causa. A indenização, no entanto, será feita a posteriori, não contemplará lucros cessantes e dela serão descontados os valores das multas aplicadas e as perdas e danos infringidas ao poder concedente (art. 38, §§4º e 5º)”.

Na mesma linha, para Bockmann (2022, p. 422), a depender das circunstâncias factuais, e em prestígio à continuidade do serviço público e à proporcionalidade, o concedente poderá optar pela aplicação da sanção administrativa ao invés de decretar a caducidade e “caso as falhas sejam sanáveis, as multas podem ser objeto de negociação e transformadas em medidas compensatórias através de termo de compromisso”²⁶⁰. Todavia, ressalta o autor, caso as multas não gerem os esperados efeitos dissuasórios e o concessionário persista no descumprimento de temas fundamentais ao estatuto da concessão (lei, regulamentos e contrato), o concedente ver-se-á na necessidade incontornável de, exatamente a fim de preservar a continuidade do serviço adequado aos usuários, decretar a caducidade da concessão²⁶¹.

Ainda para Bockmann (2022, p. 422) tal como todas as demais sanções administrativas, a pena da caducidade deve ser antecedida da viabilidade de o concessionário apresentar a sua versão dos fatos e tê-la, motivadamente, apreciada pela autoridade pública, inclusive com a possibilidade de produzir provas a respeito. Assim, a caducidade exige a prévia e regular instalação do devido processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório (Lei nº 8.987, de 1995, art. 38, §2º), exigindo a prova da culpa ou dolo do concessionário quanto à grave inexecução contratual²⁶². Para o autor, em não sendo possível aguardar a conclusão do processo administrativo, haverá situações em que o concedente poderá, comprovada a proporcionalidade da medida (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), assenhorar-se cautelarmente dos bens e instalações do concessionário, a fim de se substituir a ele com o objetivo de prover os usuários do serviço adequado (Bockmann, 2022, p. 422). Ressalta Justen Filho (2023, p. 472) que o §3º do art. 38 condiciona “a instauração do processo administrativo a uma sindicância prévia” de forma que somente “se admite a instauração desse processo se existirem indícios de irregularidades”²⁶³.

²⁶⁰ LINDB, art. 26, §1º e incisos.

²⁶¹ “Isso implicará a cumulação de sanções: as multas dantes aplicadas precisam ser exigidas, lado a lado da pena relativa à cassação do direito subjetivo de explorar o serviço concedido. Essa cumulação não configurará, portanto, bis in idem: a caducidade não é sanção que repete as multas ou as substitui, mas possui fundamento, processo e momento distintos. A lei autoriza a aplicação de mais de uma penalidade administrativa em face do cometimento de uma só infração.”

²⁶² Aragão (2017b, p. 496) igualmente afirma que a declaração de caducidade impõe “prévio processo administrativo, com contraditório, ampla defesa e proporcionalidade em sua aplicação, reservando-se a caducidade apenas para as infrações mais graves ou para a grande reincidência em outras infrações”.

²⁶³ “§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.”

Para Justen Filho (2023, p. 472) a decretação de caducidade “independe de autorização legislativa, porque não reflete um juízo de conveniência sobre a extinção da concessão”. Mas nos termos do art. 38, §4º da Lei nº 8.987, de 1995, § 4º, comprovada a inadimplência do concessionário após regular processo administrativo, a caducidade será declarada por decreto do concedente. De acordo com Di Pietro (2021, p. 239-240), o decreto é a forma de que se revestem atos individuais ou gerais emanados do chefe do poder executivo. Para a autora, a diferença entre os vários tipos de atos administrativos está apenas na autoridade de que emanam. Quando o decreto é um ato individual ou de efeito concreto, é um ato administrativo propriamente dito (e não um ato normativo, o que ocorre quando se trata de um ato geral). Assim, o decreto de caducidade é um ato administrativo individual ou de efeito concreto, assim como são o decreto de desapropriação, de nomeação, ou de demissão.

Por fim, cabem comentários sobre duas questões bastante específicas. A primeira é referente especificamente à hipótese de declaração de caducidade do art. 38, §1º, IV da Lei nº 8.987, de 1995, ou seja, quando “a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido”.

O inciso VI do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, declara como hipótese de extinção do contrato de concessão a “falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual²⁶⁴”. Trata-se, como mostra Bockmann (2022, p. 426), de situações em que é esvaziado o polo passivo do contrato. Para Justen Filho (2023, p. 474-475) “o Estado deverá retomar o serviço assim que ocorrida uma causa de dissolução da concessionária²⁶⁵, tendo em vista a perspectiva de desaparecimento posterior da pessoa jurídica”, de forma que nas hipóteses do art. 35, VI, o regime jurídico será similar ao do art. 38, §1º, IV da Lei nº 8.987, de 1995. Para o autor, não seria viável aguardar a extinção da empresa para considerar-se extinta a concessão, pois no momento da extinção formal da pessoa jurídica “não existirão condições materiais de desenvolvimento de qualquer atividade relacionada com o serviço concedido”, de forma que o Estado poderá apropriar-se

²⁶⁴ No que se refere ao falecimento de pessoa física, ressalta Justen Filho (2023, p. 474) que, em decorrência do quanto disposto no art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995, que dispõe que a concessão de serviço público somente pode ser outorgada em favor de pessoa jurídica, somente é aplicável em hipóteses de permissão de serviço público.

²⁶⁵ Para Bockmann (2022, p. 426) a falência, na medida em que afasta o devedor – leia-se o concessionário falido – de suas atividades (Lei nº11.101/2005, art. 75 ss.), gera efeitos contratuais análogos ao da extinção da empresa concessionária.

imediatamente dos bens reversíveis, sem necessidade de indenização prévia, em decorrência do risco de interrupção dos serviços²⁶⁶.

O segundo é referente a possibilidade de decretação de caducidade em decorrência da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do concedente, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995.

A esse respeito, interessante registrar a posição de Sundfeld (2013b), para quem a caducidade da concessão nem é automática, nem é obrigatória. Assim, mesmo diante da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária, deveria ser verificado no caso concreto se os fatos “teriam a qualidade de infração gravíssima a justificar a sanção extrema”.

Já Schirato (2005) declara que “a transferência de uma concessão de serviço público ou do controle societário do concessionário é permitida, desde que obtida a prévia e expressa anuência do poder concedente”. Para o autor, a eficácia do ato jurídico de transferência de uma concessão de serviços públicos, ou do controle societário de um concessionário, somente advém a partir do momento em que o concedente anui com a transferência pretendida. Vale dizer, os efeitos jurídicos da transferência de uma concessão de serviços públicos somente existiriam após a expressa concordância do concedente. A consequência da transferência da concessão de serviço público ou do controle societário do concessionário, sem a obtenção da prévia anuência do concedente, seria a declaração da caducidade da concessão outorgada.

Também para Aragão (2017b p. 440) a subconcessão, a transferência da concessão e a mudança do controle acionário da concessionária dependem da anuência do concedente (arts. 26 e 27). Apesar de opiniões que consideram que a cessão da concessão e a mudança no controle societário da concessionária violam a obrigação constitucional de licitar, já que a concessionária acabaria sendo empresa diversa da que venceu a licitação²⁶⁷, o autor entende que devem ser levados em conta “os princípios da licitação e da qualidade do serviço, de um lado, e a iniciativa

²⁶⁶ Aragão (2017b, p. 469) igualmente afirma que a falência da delegatária, prevista no inciso VI do art. 35, é similar à hipótese de caducidade da concessão.

²⁶⁷ Necessário registrar que o Supremo Tribunal Federal decidiu que não é necessária a realização de licitação prévia para transferência de concessão ou do controle societário da concessionária de serviços públicos, julgando improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 2946, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República.

privada e a autonomia contratual, de outro”. Assim, caso a alteração social ou a transferência da concessão forem benéficas ao serviço público, deverão ser admitidas²⁶⁸.

2.5.5.5 *As hipóteses dos incisos IV e V do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995: a rescisão e a anulação do contrato de concessão*

O art. 39 da Lei nº 8.987/1995 declara que a rescisão é ato de iniciativa do concessionário, diante do inadimplemento do concedente, “mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

Para Aragão (2017b p. 497), a regra do art. 39 não pode ser levada a extremos, colocando em perigo a própria existência do concessionário, com o que violaria os seus direitos constitucionais de propriedade e de livre-iniciativa privada, ainda mais considerando o longo tempo que uma ação ordinária demora até transitar em julgado. Não obstante, o autor ressalta que a “decisão judicial é, todavia, ainda que liminar ou antecipada, requisito pela literalidade da lei inafastável para a suspensão da prestação dos serviços por inadimplemento do Estado”.

Para Bockmann (2022, p. 424), o dispositivo “merece leitura cuidadosa e proporcional, inclusive por tratar de restrição a direitos fundamentais do concessionário: a garantia da segurança jurídica, a liberdade de empresa (e a responsabilidade do Estado por seus atos ilícitos, comissivos e omissivos).” Para o autor, o concessionário não poderia ser submetido ao dever desproporcional de cumprir o contrato diante de atos do concedente que impeçam ou dificultem de modo acentuado sua execução, pois isso implicaria a obrigação de financiar, livre de ônus, o serviço público originalmente imputado ao Estado. Em outras palavras, o contrato de concessão não poderia se transformar em meio de enriquecimento ilícito do concedente, quando as partes estiverem diante de inadimplemento do concedente que torne impossível a execução contratual (por exemplo, caso não sejam efetivados o licenciamento ambiental, desapropriações ou outros atos de responsabilidade privativa do concedente)²⁶⁹.

²⁶⁸ “Nesse caso, os dois grupos de princípios levam à mesma consequência; 2) Se as alterações forem prejudiciais ao serviço público, não poderão ser admitidas, prevalecendo, assim, a eficiência do serviço público concedido; e 3) Se as alterações forem indiferentes à qualidade do serviço público, deverão ser admitidas. Dessa forma, a eficiência do serviço público não terá sido atingida e o princípio da livre-iniciativa poderá ser atendido sem nenhum prejuízo.” Para o autor, se as alterações forem benéficas ou indiferentes à qualidade do serviço público “o concessionário terá autêntico direito a que a Administração autorize a cessão da concessão ou a alteração no controle societário da concessionária.

²⁶⁹ Também para Justen Filho (2023, p. 473) se “a manutenção do serviço, em face do inadimplemento do poder concedente, for hábil a acarretar o desaparecimento do concessionário ou o sacrifício de interesses fundamentais”, ou se “a atuação do concessionário pressupuser, causalmente, a execução de certa prestação do poder concedente”,

Para Justen Filho (2023, p. 473), o particular tem direito a obter a rescisão do contrato de concessão quando houver inadimplemento pelo Estado a deveres essenciais à execução das prestações assumidas pelo concessionário, devendo ser indenizado amplamente. O autor equipara a situação à do concessionário que sofreu encampação, mas ressalta que “a extensão material das perdas e danos poderá ser muito superior à que passa na hipótese de encampação”, já que no caso de rescisão “o inadimplemento do poder concedente pode acarretar sacrifícios patrimoniais extensos ao concessionário”. Também para Aragão (2017b, p. 496), tendo em vista “o comportamento culposos do Estado, a concessionária terá direito a ampla indenização, incluídos os lucros cessantes (art. 39), de acordo inclusive com o art. 37, §6º, CF.”

Ainda sobre a rescisão, Bockmann (2022, p. 426) afirma que o termo “ação judicial” contido no art. 39 deve ser interpretado de forma a abranger o juízo arbitral. Isso porque a Lei nº 8.987, de 1995, foi promulgada antes da Lei nº 9.307, de 1996, que em 2015 experimentou inclusões relativas à arbitragem com a administração pública (oriundas da Lei nº 13.129, de 2015). Igualmente, em 2005, à Lei nº 8.987 de 1995 foi acrescentado o art. 23-A, que expressamente acolhe a arbitragem e outros mecanismos para a solução adequada de conflitos. Assim, o dispositivo legal deveria ser interpretado à luz do atual sistema normativo da Lei Geral de Concessões, que acolhe cláusulas arbitrais nos contratos, em substituição ao recurso ao Poder Judiciário. Para o autor, se “o contrato, originalmente ou por meio de termo aditivo a ele, contiver cláusula que remeta as partes à arbitragem, esta será o recurso adequado para a tutela dos interesses do concessionário”.

Por fim, conforme Aragão (2017), a anulação consiste no fim do contrato de concessão por vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu²⁷⁰. Independe de qualquer consideração de interesse público ou da regular execução do contrato (art. 35, V, Lei nº 8.987/1995). Pode ser declarada pela administração pública, inclusive de ofício, ou pelo Poder Judiciário²⁷¹. Para Justen Filho (2023, p. 473) a anulação “diferencia-se de todas as

não incidirá a regra do parágrafo único do art. 39 da Lei nº 8.987, de 1995, que consagra a impossibilidade de o concessionário invocar a exceção de contrato não cumprido”.

²⁷⁰ Também para Di Pietro (2021, p. 241) a anulação ou invalidação é o desfazimento do ato administrativo por razões de ilegalidade.

²⁷¹ Para Medauar (2020, p. 165) o “poder, de que é dotado o Judiciário, de anular ato administrativo discordante de preceito do ordenamento justifica-se pela própria razão de ser desse órgão e pela natureza de suas funções. O inc. XXXV do art. 5º da CF afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. A apreciação jurisdicional abrange também os atos e decisões da Administração, como um dos postulados

demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado, até o momento da formalização da concessão”, não dependendo da conduta do concessionário no desempenho da concessão nem tendo relação com um juízo de conveniência acerca da sua extinção²⁷². Para Bockmann (2022, p. 426) a anulação da concessão decorrerá daquela situação em que o concedente, o órgão de controle externo, ou mesmo o Poder Judiciário se depararem com nulidade inconvaleável no certame licitatório ou no próprio contrato, a exigir a decretação da nulidade, com efeitos retroativos. Por exemplo, se a licitação houver sido comprovadamente fraudada ou se não existir qualquer licitação regular que a anteceda, é de se decretar a nulidade da concessão (sempre antecedida do devido processo administrativo, garantida a ampla defesa).

Para Grotti (2007) se não tiver havido má-fé do concessionário, cabe-lhe indenização pelas despesas efetuadas e, no caso de já se encontrar o serviço em funcionamento, revertidos os bens, terá de ser indenizado pelas parcelas não amortizadas. Para Aragão (2017b, p. 497) ainda que a nulidade possa perfeitamente não trazer consigo a imputação da prática de qualquer comportamento irregular por parte do concessionário, a sua declaração pela administração pública não prescinde do devido processo legal, já que, mesmo que o concessionário não esteja sendo acusado do cometimento de qualquer infração, a eventual anulação da concessão incidirá sobre a sua esfera jurídica, de forma que o concessionário deverá sempre ser ressarcido pelos bens revertidos não amortizados²⁷³.

Também para Justen Filho (2023, p. 474) a anulação “acarreta o dever de indenizar o concessionário, desde que ele não tenha concorrido para o vício ou para a contratação”. O autor identifica a situação com a encampação para efeitos de indenização do concessionário, já que

do Estado de direito. A anulação determinada pelo Judiciário depende de provocação (não existe jurisdição sem autor), mediante ajuizamento de ação pertinente.”

²⁷² Justen Filho (2021, p. 1461) afirma que a anulação “envolve o exercício de uma competência para promover a extinção do contrato em virtude de defeito insuscetível de saneamento”. Declara ainda que a Lei nº 14.133, de 2021, introduziu inovação muito relevante no tocante à disciplina das nulidades. O art. 147 da referida lei teria “seguido a linha consagrada na reforma da LINDB”, admitindo que “em hipóteses de nulidade absoluta e insanável, poderiam ser preservados os efeitos dos atos defeituosos (inclusive no tocante à contratação administrativa)”. Ressalta que o referido dispositivo “impõe à autoridade competente realizar um juízo formal quanto às implicações do desfazimento dos atos defeituosos”, o que chama de “estudo de impacto invalidatório”. Ressalta ainda que o art. 148 da lei “determina a reposição dos fatos na situação anterior, quando pronunciada a nulidade absoluta”, prevendo que “sendo impossível o desfazimento da situação material consolidada, caberá a indenização por perdas e danos” (JUSTEN FILHO, 2023, p. 291).

²⁷³ Nesse sentido, o art. 149 da Lei 14.133, de 2021, dispõe: “A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

“a extinção do contrato deriva de ocorrência imputável ao Estado, sem qualquer participação do concessionário”.

2.5.5.6 *Breves notas sobre as hipóteses de extinção contratual e sobre a prerrogativa de extinção unilateral do contrato*

Como visto, a extinção contratual é uma categoria abrangente, que compreende uma pluralidade de situações em que se produz a extinção do vínculo jurídico estabelecido entre as partes. Essas situações, objeto das análises anteriores, serão, nesta oportunidade, apresentadas de maneira abreviada, para maior facilidade de compressão da matéria.

Hipótese de extinção normal do contrato vem prevista no inciso I do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, que trata da extinção da concessão por advento do termo contratual. Nesse caso de extinção do contrato a reversão dos bens da concessão é, em regra, gratuita, pois se presume que ao longo da execução do contrato a concessionária obtém o retorno do capital investido e uma certa margem de lucro. Mas os bens reversíveis que porventura não tiverem sido amortizados deverão ser indenizados.

A extinção anômala do contrato, por sua vez, se verifica nas hipóteses em que o vínculo jurídico é desfeito sem que as prestações previstas tenham sido integralmente executadas e em data anterior ao prazo de vigência original. Pode ser causada por diversos motivos. Para os fins deste trabalho, merecem destaque especial a extinção unilateral do contrato pela administração pública por razões de interesse público e a extinção unilateral do contrato pela administração pública por inadimplemento do contratado.

No contexto da Lei nº 14.133, de 2021, a possibilidade de extinção do contrato por “razões de interesse público”, vem prevista no inciso VIII do art. 137. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a encampação vem prevista no inciso II do art. 35. As duas situações referem-se à extinção do contrato por ato unilateral da administração pública antes da verificação do seu termo, por motivo de interesse público (razões de conveniência e oportunidade). Não envolvem inadimplemento ou apresentam natureza sancionatória. Trata-se de um poder extracontratual, unilateral e autoexecutório conferido à administração pública pelo legislador, com o objetivo de viabilizar a alteração da forma de implementar a política pública definida no contrato com base em motivos técnicos ou até puramente políticos.

Diante da necessidade de proteção dos direitos constituídos a favor do contratante, o exercício dessa prerrogativa pressupõe que a administração pública invoque e prove

fundamentadas razões de interesse público, ficando o ato de extinção do contrato sujeito a controle jurisdicional no que se refere aos seus pressupostos e à observância do devido processo legal. De qualquer forma, tratando-se de ato discricionário, fica o mérito protegido de questionamentos. O particular deverá ser indenizado, já que o desfazimento do contrato não se fundamenta em seu inadimplemento. No caso da encampação, a lei exige que a indenização seja prévia e que haja lei autorizativa específica. No caso do VIII do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021, exige-se apenas autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. Isso porque, principalmente no que se refere à encampação, a antecipação do encerramento do contrato importa frustração da concretização da equação econômico-financeira assegurada ao concessionário e, dessa forma, deve o concedente assegurar ao concessionário a indenização pelos lucros que poderiam ser auferidos em virtude da continuidade do contrato, existindo, logicamente, possibilidade de impugnação do valor concedido a título de indenização.

Seguindo nas hipóteses de extinção anômala, destaca-se a extinção do contrato por inadimplemento do contratado, pelos motivos listados nos incisos I a IV, VI, VII e IX do caput do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021. Em todos esses casos, é possível a extinção do contrato determinada por ato unilateral da administração pública, desde que o descumprimento não decorra de sua própria conduta, nos termos do art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021. Note-se que, não obstante o *caput* do art. 137 declarar que os motivos elencados em seus incisos “constituirão motivos para a extinção do contrato”, não é possível admitir que essa seja consequência automática para toda e qualquer hipótese de inadimplemento pelo contratado, considerando a gravidade dos efeitos da extinção unilateral e diante da viabilidade e eficiência de aplicação de outras sanções menos graves previstas na lei.

Por sua vez, no contexto da Lei nº 8.987, de 1995, no inciso III do seu art. 35, encontramos a previsão da declaração de caducidade da concessão, sanção contratual a ser aplicada em casos de inadimplemento efetivamente comprometedor do destino do projeto concessionário. A declaração de caducidade é reservada para as infrações mais graves ou para grande reincidência de infrações. Assim, a depender das circunstâncias factuais, e em prestígio à continuidade do serviço público e à proporcionalidade, o concedente poderá optar pela aplicação de outras sanções administrativas ao invés de decretar a caducidade. Todavia, caso tais sanções não gerem os esperados efeitos dissuasórios e o concessionário persista no inadimplemento, o concedente, a fim de preservar a continuidade do serviço adequado aos usuários, deverá decretar a caducidade da concessão.

A caducidade põe fim ao contrato antes da conclusão do prazo inicialmente fixado e afasta definitivamente o concessionário, que estará impedido de prestar o serviço outrora concedido. Tal como todas as demais sanções administrativas, a caducidade exige a prévia e regular instalação do devido processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. A conduta danosa imputada ao concessionário repercutirá na indenização a ser apurada, mas o concedente terá o dever de indenizar a parcela não amortizada do capital investido e os bens reversíveis não amortizados. A indenização não é prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário.

Nos termos do art. 38, §4º da Lei nº 8.987, de 1995, a caducidade será declarada por decreto do concedente. O decreto nada mais é do que a forma de que se revestem atos emanados do chefe do poder executivo, tratando-se, no caso do decreto de caducidade, de um ato administrativo individual ou de efeito concreto, que resulta da comprovada inadimplência do concessionário após regular processo administrativo.

Além das hipóteses de extinção unilateral do contrato pela administração pública por razões de interesse público e por inadimplemento do contratado, foram analisadas também as figuras do distrato e da extinção do contrato por caso fortuito ou força maior. O distrato vem previsto no art. 138 da Lei nº 14.133, de 2021 que declara, em seu inciso II, que a extinção do contrato poderá ser consensual, por acordo entre as partes. A possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior consta do inciso V do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021, não configura inadimplemento por qualquer das partes e tampouco inexecução culposa e, portando, a administração pública deve ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados.

Por fim, foram analisadas as situações em que há rescisão do contrato em decorrência de inadimplemento da administração pública e a extinção por anulação do contrato.

As situações em que a extinção decorre do inadimplemento da administração pública, ou seja, de condutas enquadráveis como “fato da administração”, estão previstas no §2º do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a possibilidade de extinção do contrato por inadimplemento da administração pública vem disciplinada no art. 39, chamada de rescisão, que é ato de iniciativa do concessionário, diante do inadimplemento do concedente, “mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. Note-se que o termo “ação judicial” contido no art. 39 deve ser interpretado de forma a abranger o juízo arbitral, pois o dispositivo legal deve ser interpretado à luz do atual sistema normativo, que

acolhe cláusulas arbitrais nos contratos. Pela literalidade da lei, a decisão judicial ou arbitral, ainda que liminar ou antecipada, é requisito inafastável para a suspensão da prestação dos serviços por inadimplemento da administração pública. A concessionária terá direito a ampla indenização, incluídos os lucros cessantes.

Por fim, a anulação consiste no fim do contrato de concessão por vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu, ou seja, relaciona-se a evento ocorrido no passado, antes da formalização da concessão. A anulação da concessão decorrerá daquela situação em que o concedente, o órgão de controle externo, ou mesmo o poder judiciário se depararem com nulidade no certame licitatório ou no próprio contrato. Ainda que a nulidade não traga necessariamente consigo a imputação da prática de qualquer comportamento irregular por parte do concessionário, a sua declaração não prescinde do devido processo legal, já que a anulação da concessão incidirá sobre a esfera jurídica do concessionário, que deverá ser ressarcido pelos bens revertidos não amortizados, desde que não tenha concorrido para o vício.

É possível perceber, assim, que a extinção da concessão pode ocorrer por causas bastante distintas entre si. A causa da extinção (razões de interesse público, inadimplemento do contratado, inadimplemento da administração pública, dolo, caso fortuito ou força maior ou anulação) impactará diretamente na arbitrabilidade dos conflitos relacionados à extinção, conforme será abordado no Capítulo 3.

2.6 As cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e o direito ao equilíbrio econômico-financeiro

Conforme já mencionado, o regime tradicional da concessão de serviço público reconhece à administração pública, titular do serviço dado em concessão, o poder de dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço e de modificá-las sempre que o interesse público demandar, bem como o poder de retomar o serviço concedido sem que caiba oposição do concessionário. Em contrapartida ao reconhecimento dessas e de outras prerrogativas, ao contratado é garantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, o tema do equilíbrio econômico-financeiro é central nos contratos administrativos e assume grande importância nas concessões de serviço público. Para Justen Filho (2023, p. 314), a equação econômico-financeira “é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”. Marques (2015, p. 190) ressalta

que a concessão, do ponto de vista do particular concessionário, envolve um negócio e, portanto, é fundamental que as premissas econômicas e financeiras do ajuste concessório sejam protegidas. De acordo com os ensinamentos de Câmara (2009, p. 164), a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões é o mais importante instrumento propiciador de segurança jurídica ao particular que celebra um contrato de concessão de serviço público, contrato este que, via de regra, demanda vultosos investimentos que serão amortizados durante o longo período de tempo em que haverá a exploração econômica do serviço concedido.

Por equilíbrio econômico-financeiro deve-se entender o equilíbrio entre as obrigações contratualmente assumidas pelo particular contratante e a sua possibilidade de remuneração, fixada no momento da contratação. Ou seja, o equilíbrio econômico-financeiro reflete a relação entre receitas e custos tomada no momento da celebração do contrato²⁷⁴. Para Justen Filho (2023, p. 315-316), a equação econômico-financeira abrange “todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes”, o que compreende o montante de dinheiro devido ao particular contratado, o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato, os encargos “e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir”, ou seja, “integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração”. A quebra do equilíbrio consistiria, nesse contexto, “na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa” e somente poderia ser reconhecida por meio de uma comparação das previsões adotadas pelas partes por ocasião da formulação da proposta com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior.

Justen Filho (2023, p. 315) ensina que a tutela à intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo tem sede constitucional. O art. 37, XXI, da Constituição Federal consagra o respeito às condições originais da avença, determinando que as contratações administrativas contemplem cláusulas que estabeleçam obrigações de

²⁷⁴ Para Barroso (2012, p. 208): “O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão é o resultado da confluência de vários fatores, que podem ser agrupados em duas categorias, conforme produzam custo ou receita. (...) Em tese, um incremento de custo, resultado de uma alteração legítima do objeto contratual, pode ser compensado pela alteração proporcional de qualquer (ou quaisquer) dos elementos que compõe a receita auferida pelo concessionário”.

pagamento “mantidas as condições efetivas da proposta”²⁷⁵. Para o autor, a tutela da equação econômico-financeira decorre do princípio da eficiência administrativa, “que exige que a Administração Pública desembolse o menor valor possível nas suas contratações”. Essa proteção reduziria o risco dos particulares, produzindo, assim, a redução geral dos preços pagos pela administração pública ao contratar. Além disso, a tutela à equação econômico-financeira derivaria também do princípio da isonomia, já que haveria ofensa a tal princípio se eventos extraordinários desequilibrassem o contrato, produzindo benefício patrimonial, seja para a administração pública, seja para o contratado.

Assim, para Menezes de Almeida (2012, p. 218), o entendimento geral é no sentido de que ao concessionário deve ser assegurado que a equação econômico-financeira originalmente firmada será mantida durante toda a execução do contrato. A manutenção do equilíbrio é direito de ambas as partes e dever imposto à administração pública, constituindo ainda garantia ao princípio da igualdade, que rege o processo de contratação pública: eventual alteração no equilíbrio do contrato importaria mudanças nas condições competitivas sob as quais determinada proposta foi eleita a mais vantajosa.

Para Câmara (2009, p. 164-165) o principal fundamento e justificativa do direito à manutenção do equilíbrio do contrato está na contraposição às prerrogativas conferidas à administração pública em suas relações contratuais “que envolvem a persecução de especiais interesses públicos”, como é o caso, notadamente, das concessões de serviços públicos, sendo o direito ao equilíbrio econômico-financeiro uma “compensação às prerrogativas extraordinárias conferidas à Administração”. Também para Justen Filho (2023, p. 298), a garantia do equilíbrio econômico-financeiro ao concessionário configura “uma contrapartida (e um limite) à existência das competências anômalas da Administração Pública”. Para Câmara (2009, p. 165), a prerrogativa que mais diretamente está relacionada com a garantia de manutenção do equilíbrio do contrato é a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas originalmente pactuadas²⁷⁶. Conforme ensina Menezes de Almeida (2012, p. 218), elemento

²⁷⁵ Também para Câmara (2009, p. 166) a Constituição atual “assegura para os contratados da Administração Pública em geral, a manutenção das condições da proposta (o que, vale dizer, é tomado como reconhecimento constitucional da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato)”. O art. 10 da Lei nº 8.987, de 1995, declara que o equilíbrio é considerado incólume caso sejam “atendidas as condições do contrato”, ou seja, os impactos que levam ao desatendimento do pactuado ensejam reequilíbrio.

²⁷⁶ Para o autor, como “é dado ao Poder Público a prerrogativa de impor novas obrigações, no mais das vezes correspondendo a novos ônus ao seu contratado, a este é assegurado, como garantia mínima, que a relação

essencial para a compreensão do regime específico dos contratos administrativos é a noção de que “se trata de um contrato mutável, em torno de um núcleo permanente consistente do dito equilíbrio econômico-financeiro”.

Mas a possibilidade de alteração unilateral do contrato não é a única causa de desequilíbrio. Ainda de acordo com Menezes de Almeida (2012, p. 221), as “áreas” contratuais são “eventos que podem ocorrer afetando a dinâmica da execução do contrato”. A área administrativa seria aquela imputável à administração pública, que comporta três espécies: a alteração unilateral do contrato, já indicada como um dos principais fatores de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato; o fato do príncipe, expressão pela qual se designam medidas de ordem geral impostas pela administração pública (mas não enquanto parte contratante) com repercussão no contrato; e o fato da administração, que diz respeito aos atos praticados pela administração pública como parte contratual, porém sem importar alteração de cláusula do contrato. Nos casos de área administrativa, caso afetado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, este deve ser restabelecido. Por fim, haveria ainda a área econômica, que corresponde à teoria da imprevisão²⁷⁷. De fato, para Justen Filho (2023, p. 316), a quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito a sua recomposição se daria com a ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis, que causem a ampliação dos encargos e a redução das vantagens originalmente previstas²⁷⁸.

inicialmente estabelecida entre as perspectivas de custos e receita seja preservada mesmo após a alteração unilateralmente procedida pela administração”.

²⁷⁷ Para Di Pietro (2019, p. 126): “Com relação à área econômica, que dá margem à aplicação da teoria da imprevisão, pode-se defini-la como todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio econômico-financeiro muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado. Ocorrendo essa área econômica, aplica-se a teoria da imprevisão, que corresponde à antiga cláusula *rebus sic stantibus*, segundo a qual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus* (significando, em tradução livre, que os contratos que têm duração sucessiva e são dependentes de fatos futuros devem ser cumpridos se as coisas permanecerem como estavam no momento da celebração).”

²⁷⁸ Para Medauar (2021), a teoria da imprevisão, consiste, em linhas gerais, no reconhecimento de que circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato acabam por modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado que, por sua vez, tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional, consistindo em área extraordinária. Para Garcia (2021, p. 135-136), a mutabilidade encontra-se atrelada à incompletude do contrato, mas também à ocorrência de fatos novos, imprevisíveis e completamente estranhos à vontade das partes, que impactam diretamente nas condições originalmente estabelecidas pelos contratantes. Para o autor, não é possível estabelecer uma sistematização exauriente e taxativa acerca de todas as causas capazes de alterar um contrato de concessão.

Ainda sobre as formas de desequilíbrio, Marques (2015, p. 191) ensina que o desequilíbrio em uma concessão comum pode afetar tanto os elementos econômico-financeiros relacionados com a receita quanto aqueles associados aos custos (de formação ou operação). No que se refere à receita, o equilíbrio pode ser afetado, por exemplo, pelo valor da remuneração pelos serviços delegados, o que diz diretamente com o valor das tarifas e sua equivalência monetária; pela insuficiência dos índices de reajustamento para recompor a equivalência monetária da tarifa, com sua defasagem; por variações de demanda pelos serviços; ou por alterações de ordem legislativa ou regulatória que modifiquem a forma de cobrança ou instituem gratuidades²⁷⁹. No que se refere aos custos, o desequilíbrio pode decorrer de variações relacionadas a erros da projeção original (subestimação ou superestimação dos custos projetados, má avaliação de custos de mercado); de eventos supervenientes que modificam as premissas econômicas de custos; da imposição, direta ou indireta, de novos encargos para o concessionário; de alterações nas cláusulas de serviços para incrementar ou desonerar investimentos ou, ainda, para modificar a forma de prestação, elevando custos operacionais.

Note-se que, entretanto, no que se refere à álea empresarial ou ordinária, que corresponde ao risco inerente a qualquer tipo de negócio e deve ser encarada como o risco normal que assume o empresário, conforme Menezes de Almeida (2012, p. 221), não há que se cogitar de consequentes alterações do contrato administrativo para compensar possíveis perdas ou frustrações de expectativas de uma das partes contratantes.

Qualquer que seja a causa, ensina o autor (2012, p. 218) trata-se de um “equilíbrio dinâmico”, de forma que eventual alteração de um dos elementos do contrato que componham a razão do equilíbrio deve ser acompanhada de outra alteração de natureza financeira ou relacionada ao objeto contratual, para que seja mantida a mesma razão. Mas, note-se, nem tudo que afeta o equilíbrio contratual enseja recomposição, como traz Marques (2015, p. 193-194), sendo necessário levar em consideração a distribuição de encargos originalmente prevista no contrato, ou seja, apurar qual parte assumiu os riscos associados ao evento. Para este autor (2015, p. 191), a aferição do desequilíbrio em uma concessão de serviço público envolve quatro momentos, a saber: (i) a constatação de ocorrência de um evento com o condão de afetar o

²⁷⁹ Conforme art. 35 da Lei nº 9.074, de 1995: “Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

equilíbrio inicial; (ii) a verificação quanto à responsabilidade, à luz das disposições contratuais, pelo risco associado ao evento ocorrido; (iii) a avaliação do impacto do evento, tomando como parâmetro o critério de apuração do equilíbrio e (iv) a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo.

Sob esse último aspecto, qual seja, a escolha da medida mais adequada e eficiente para recompô-lo, Justen Filho (2023, p. 324) afirma que a recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas, ou seja, por meio de “providências que ‘compensem’ ou ‘contrabalancem’ a redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens”. Barroso (2012, p. 208) declara que decisão a esse respeito “encontra-se tipicamente na esfera da discricionariedade administrativa”, cabendo ao administrador definir no caso concreto a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta a modicidade das tarifas e o interesse dos usuários. Para Garcia (2021, p. 229) os mecanismos de reequilíbrio tanto podem ser estabelecidos “*ex ante*, como ocorre nas situações que comportam maior grau de vinculação e completude, como podem ser definidos *ex post*, a partir do exercício de competências discricionárias e das deliberadas incompletudes do contrato de concessão”²⁸⁰. Já para Marques (2015, p. 193-194), a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e sua recomposição devem ser sempre tratadas no âmbito da negociação regulatória, que deverá contemplar parâmetros (como a taxa de retorno ou o fluxo de caixa marginal) e procedimentos (apresentando o contrato critérios de reajuste e para as revisões ordinária e extraordinária)²⁸¹.

²⁸⁰ Para Garcia (2021, p. 229-230): “Mesmo nos reequilíbrios ditos discricionários e incompletos a escolha da medida mais apropriada para promover a recomposição do equilíbrio original não é inteiramente livre ou subjetiva, sem qualquer conformação ou parâmetro. Ainda que dotada de maior dose de discricionariedade, a escolha do melhor mecanismo de reequilíbrio pode variar de acordo com o próprio substrato fático que originou o desequilíbrio. Em um plano hipotético, a extensão do prazo do contrato pode, diante das nuances fáticas, não se apresentar como mecanismo mais adequado a recompor a justa equivalência original”. Por outro lado: “Também não parece recomendável que o contrato de concessão pretenda estabelecer um rol exaustivo de mecanismos aptos a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque podem ocorrer situações que demandem soluções que não haviam sido cogitadas pelas partes no momento da celebração do contrato de concessão, mas que se apresentem como um caminho mais efetivo para restaurar o equilíbrio original. Assim, parece melhor que as medidas de reequilíbrio não ostentem natureza taxativa no contrato de concessão, mas caráter meramente exemplificativo, que não iniba outros mecanismos concebidos *ex post*, reservando espaços de incompletude para a busca de soluções negociadas e consensuais.”

²⁸¹ Para Garcia (2021, p. 229): “a avaliação de medida mais adequada a reequilibrar o contrato em cada caso não apresenta dimensão apenas jurídica, mas enfoque essencialmente multidisciplinar, dada a substância econômica e financeira das questões em torno dos desequilíbrios. Portanto, não é por meio de uma análise de cunho apenas jurídico que se extrairá a melhor solução para a recomposição da equação econômico-financeira original, mas por um conjunto de visões integradas que resulte na soma de distintas expertises”.

De qualquer forma, não há dúvida que, por ser parte da equação econômico-financeira das concessões, conforme Câmara (2009, p. 48)²⁸², o instrumento típico de reequilíbrio econômico dos contratos de concessão é a tarifa, por meio de procedimento que, na lei, foi denominado de revisão tarifária²⁸³. A vocação das tarifas como mecanismo de reequilíbrio está prevista de forma marcante na Lei nº 8.987, de 1995. O art. 9º, § 2º²⁸⁴ e o art. 23, IV²⁸⁵ declaram que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. O art. 18, VIII dispõe no mesmo sentido para o conteúdo do edital de licitação²⁸⁶.

De acordo com Câmara (2009, p. 57-60), falar em tarifa é remeter a campo típico de atuação do Estado, qual seja, a prestação de serviços públicos. A fixação da tarifa diz respeito ao controle dos valores cobrados pela prestação de uma atividade que cabe ao próprio Estado desempenhar, direta ou indiretamente. Quando o faz indiretamente, por meio de concessão, a aplicação do regime tarifário decorre de uma relação de natureza contratual que impõe determinado valor a ser cobrado a título de remuneração pelos serviços prestados e obriga o particular à prestação pela remuneração fixada (em decorrência da obrigação assumida pelo concessionário de continuidade do serviço)²⁸⁷. Para o autor (2009, p. 162), “a tarifa, para as concessionárias de serviços públicos, representa a própria razão que as leva a atuar”.

²⁸² Também Bockmann (2022, p. 428) destaca “a importância de compreendermos a função cometida à tarifa e suas variações. Dentre elas, ao término do contrato assumirá relevância a amortização financeira, que tem por objeto a recomposição do capital aportado na concessão pela pessoa privada.”

²⁸³ Para Justen Filho (2023, p. 324), de regra, a forma mais utilizada para a recomposição da equação consiste na ampliação da remuneração do particular, sendo três os instrumentos jurídicos para a recomposição: a revisão de preços, o reajuste de preços e a repactuação de preços.

²⁸⁴ “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

²⁸⁵ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas”.

²⁸⁶ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa”.

²⁸⁷ Também para Justen Filho (2023, p. 456) a concessão de serviço público comporta remuneração por meio de tarifa, em vista do estabelecimento de uma relação contratual entre concedente e concessionário. Para o autor, a “referência constitucional à utilização de taxa em referência a serviços públicos não implica vedação à adoção de modelo tarifário, especialmente nos casos de concessão. É inviável promover concessão e subordinar a remuneração do concessionário a regime tributário. Essa solução conduziria, inclusive, à violação da reserva de Administração que se verifica relativamente à gestão do serviço público objeto de concessão.”

A tarifa tem relevância de destaque na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato uma vez que, a despeito da existência de outras possíveis fontes de receita alternativa, a receita tarifária é a principal fonte de retorno econômico oferecida aos particulares concessionários de serviços públicos. Quando ocorre perda para a concessionária a tarifa representa o mecanismo mais direto de compensação, buscando atingir um efetivo e imediato aumento de receita, de modo a recompor prejuízo experimentado. Da mesma forma, quando a equação do contrato está em desequilíbrio em benefício da concessionária, sua restauração se dá com a redução da tarifa a favor dos usuários.

A revisão tarifária estaria atrelada à adequação dos termos contratuais a uma nova situação fática, que tenha surgido de maneira imprevisível e proporcionado relevante impacto no equilíbrio do contrato. “A imprevisibilidade, portanto, é vista como uma marca inerente e indispensável das hipóteses capazes de provocar revisão tarifária” (CÂMARA, 2009, p. 201). Para Justen Filho (2023, p. 324), a revisão demanda o “exame dos custos e vantagens diretos e indiretos, contemplados nas propostas do particular, visando verificar sua alteração substancial e restabelecer, se necessário, a relação originalmente existente”. Para o autor, isso envolveria análise ampla e minuciosa, demandando (i) a verificação dos custos originalmente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta; (ii) a investigação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato; (iii) a comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes; e (iv) a adoção de providências destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original²⁸⁸. Essa análise se justificaria, como afirma Justen Filho (2023, p. 324), na medida em que a revisão tarifária não pode ser transformada em fator que elimine por completo os riscos inerentes à exploração econômica do serviço público objeto da concessão. Nos termos do art. 10 da Lei nº 8.987, de 1995, “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”, ou seja, os riscos assumidos contratualmente pela concessionária, a chamada de álea ordinária da concessão, não podem ser alegados como causa de necessidade de revisão tarifária.

²⁸⁸ Para Câmara (2009, p. 164) não há como eliminar a flexibilidade da aplicação do conceito do equilíbrio econômico-financeiro. A definição em termos precisos só pode ocorrer em face de situações concretas.

Ressalte-se que, não obstante ser parte da equação econômico-financeira das concessões, para Câmara (2009, p. 48) as tarifas possuem, nos termos da clássica doutrina dos contratos administrativos, “caráter regulamentar”²⁸⁹. Também para Aragão (2013, p. 419), “as normas que fixam os critérios de cálculo e o próprio valor das tarifas são normas de caráter regulamentar”, já que constituem elemento essencial das regras de funcionamento do serviço público. Isso porque a tarifa, a despeito de compor a remuneração do concessionário, representa o valor devido pelos usuários para a obtenção do serviço, afetando diretamente a relação jurídica firmada entre concessionário e usuário. Como quem assume o ônus contratual de pagar a tarifa é o usuário do serviço, da perspectiva do concedente a tarifa seria mais um elemento a ser regulado do que uma obrigação contratualmente assumida. Assim, para Câmara (2009, p. 68), a definição do regime tarifário ou a fixação do valor da tarifa é “um fundamental instrumento de implementação de políticas públicas”²⁹⁰, constituindo exercício de competência discricionária da administração pública (2009, p. 151)²⁹¹. Nesse sentido, para o autor, a Lei nº 8.987, de 1995, apresenta tão somente normas gerais, de forma a direcionar a política a ser implementada em matéria tarifária²⁹², dispondo a respeito, por exemplo, da modicidade das

²⁸⁹ Para Câmara (2009, p. 48): “Há de se concluir, portanto, que, muito embora as tarifas façam parte da equação econômico-financeira das concessões, elas podem vir a ser alteradas unilateralmente pelo poder concedente, assumindo, por este prisma, caráter regulamentar, e não contratual”.

²⁹⁰ Para Moreira Neto (2008b, p. 124) as políticas públicas devem ser compreendidas como “um complexo de processos juspolíticos destinado à efetivação dos direitos fundamentais”, o que decorreria necessariamente do fato de que elas “se incluem constitucionalmente como uma espécie de devido processo legal garantido à cidadania”.

²⁹¹ Os principais instrumentos que podem ser empregados pelo Estado para instituir suas políticas em matéria tarifária são, de acordo com Câmara (2009, p. 79), o subsídio cruzado, o uso da tarifa como instrumento de racionalização e contenção do uso do serviço público e a aplicação da flexibilidade da política tarifária. O subsídio cruzado consiste na transferência de recursos obtidos num determinado segmento para outro, a fim de que o segmento beneficiado possa pagar valores mais baixos. O uso da tarifa como instrumento de racionalização e contenção do uso do serviço público consiste na instituição de uma política tarifária que tenha por escopo a redução do consumo de um dado serviço e que, com isso, busque preservar a sua continuidade. Já a flexibilidade da política tarifária teria como objetivo aproveitar a iniciativa do concessionário em extrair a máxima eficiência e lucratividade do empreendimento (sendo preservado o caráter público do regime remuneratório pela possibilidade de retomada, a qualquer tempo, da gestão das tarifas por parte do concedente, a exemplo do art. 104 da Lei nº 9.472, de 1997). Haveria também o chamado “*price cap*” (quando o concedente estabelece um valor máximo a ser cobrado pela prestação do serviço, mas esse valor não é absoluto, pois se admite que o concessionário pratique valores mais baixos) e a “cesta tarifária” (que diz respeito à instituição de um controle geral sobre um conjunto de itens tarifários ao invés do normal acompanhamento individualizado de cada elemento).

²⁹² Leis específicas também apresentam orientações para a estipulação da política tarifária. É o caso da Lei nº 9.472, de 1997 que dispõe, em seus artigos 70, I e 81, a respeito da proibição da prática de subsídios cruzados, considerada conduta anticoncorrencial, excluindo-a como fonte de recursos para a universalização dos serviços. Note-se que, com a referida lei, houve a introdução da competição na prestação de serviços públicos de telecomunicações, o que justifica a eliminação do sistema de subsídios cruzados. De acordo com Câmara (2009, p. 81) a prática de subsídios cruzados era, e continua sendo, um dos mais importantes fundamentos para justificar a criação e manutenção de monopólios para prestação de serviços públicos, sob o argumento de que somente com

tarifas (ao definir o conceito de serviço adequado, um dos direitos básicos conferidos aos usuários de serviços públicos²⁹³) e da possibilidade de diferenciação das tarifas²⁹⁴.

Em resumo, a tarifa pode ser fixada ou alterada unilateralmente pelo concedente, desde que seja respeitado o equilíbrio contratual da concessão como um todo, em decorrência da titularidade do serviço público concedido e da missão de garantir a sua adequada prestação. Aliás, a própria Constituição Federal estabelece, para a administração pública, a prerrogativa de instituir política pública em matéria tarifária²⁹⁵.

Ressalte-se que, como já afirmado, não obstante a tarifa se prestar naturalmente à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, não constitui a única forma de fazê-lo e, em algumas situações, não será eficaz para tanto. Para Marques (2015, p. 195), a revisão tarifária não é o único e nem sempre o mais conveniente método de recomposição do equilíbrio, já que afeta o cidadão usuário, podendo colidir com o princípio da modicidade tarifária. Também para Barroso (2012, p. 209), os meios a serem eleitos para garantir o reequilíbrio da relação contratual devem ser capazes de compensar a perda patrimonial da concessionária, sem que isso atrapalhe a boa prestação dos serviços ou acarrete aumento tarifário em patamares incompatíveis com a sua indispensável modicidade. Câmara (2009, p. 173) ressalta que algumas situações de fato podem limitar a discricionariedade administrativa, tornando inviável o aumento tarifário como mecanismo de reequilíbrio, por exemplo, quando o aumento da tarifa não corresponda a um proporcional aumento da receita da concessionária (situações em que, devido à condição socioeconômica dos usuários do serviço, a elevação do valor das tarifas traria uma queda na demanda, impactando na receita).

Assim, a depender do interesse público envolvido ou da situação fática, é possível que o concedente opte por outras medidas para reequilibrar a equação econômica do contrato. Ao

o monopólio seria possível conseguir oferecer o serviço quando a exploração econômica de determinados segmentos fosse inviável.

²⁹³ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”

²⁹⁴ “Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

²⁹⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

invés de aumentar tarifas, o que pode trazer reflexos indesejados ao interesse público, o concedente pode optar por recompor o equilíbrio, por exemplo, mediante a extensão²⁹⁶ ou o encurtamento de prazo de concessão, o incremento ou o alívio de investimentos do particular, expansão das fontes de receitas alternativas, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes²⁹⁷ (opções que devem ser previstas no contrato ou serem eleitas pelas partes consoante o que for mais adequado para cada reequilíbrio)²⁹⁸. Tudo isso irá depender da política pública adotada.

Por fim, além da revisão tarifária que, conforme já visto, representa, como indica Câmara (2009, p. 187), um mecanismo de alteração do valor da tarifa para recomposição da relação contratual, é preciso mencionar outra forma de alteração das tarifas: o reajuste “é a forma de alteração do valor nominal da tarifa promovida como intuito de preservar seu valor real e em face da variação monetária ocorrida ao longo de determinado período de tempo” (CÂMARA, 2009, p. 176). Para Justen Filho (2023, p. 325) o reajuste contratual “consiste na

²⁹⁶ Para Marques (2015, p. 168), extensão de prazo para fins de reequilíbrio não deve ser confundida com prorrogação. Na primeira, por qualquer circunstância, o balanço contratual não pôde ser atingido, exigindo sua recomposição. Nesse caso, uma das hipóteses de reposição do equilíbrio original seria a extensão de prazo, sendo, efetivamente, o prazo de concessão um elemento da equação econômica. Para o autor, a extensão de prazo para fins de reequilíbrio poderia ter lugar mesmo em contratos que não prevejam a prorrogação ou que a vedem, pois com ela não se confundiria. A devolução de prazo, por sua vez, se assemelharia à extensão e também se distinguiria da prorrogação. Para o autor, a condição precedente é que o curso regular da concessão tenha sido tolhido por fator inimputável ao particular, abalando a variável prazo da equação econômica. O autor fornece como exemplo o atraso no licenciamento ambiental que posterga a conclusão da implantação de uma utilidade pública concedida, reduzindo o prazo previsto para sua exploração pelo concessionário. Nessa hipótese, para o autor, a devolução de prazo cumpriria também a função de recompor a equação inicial, fazendo-o de modo linear: repondo a mesma variável impactada, na mesma proporção do evento de desequilíbrio.

²⁹⁷ Marques destaca a existência do debate em torno do cabimento ou do descabimento dessa alternativa após o advento da Lei nº 11.079, de 2004. Muitos autores entendem que a recomposição do equilíbrio por indenização, paga pelo Poder Público, teria o condão de transformar a concessão comum em patrocinada. O autor entende, entretanto, que embora a Lei nº 11.079, de 2004, modele aquela concessão pela existência de subsídio público à tarifa, a Lei nº 8.987, de 1995, segue prevendo tal possibilidade, seja no art. 17, no que se refere à possibilidade de subsídios do Poder Público, seja no art. 11, quando admite a existência de fonte complementar às tarifas, o que caberia também como hipótese de recomposição do equilíbrio, desde que prevista no edital.

²⁹⁸ Para Barroso (2012, p. 209) além do aumento do valor da tarifa cobrada dos usuários do serviço, seriam meios economicamente capazes de restabelecer o equilíbrio do contrato (i) a compensação direta da concessionária (pagamento de indenização pelo poder público); (ii) aumento da base pagante da tarifa; e (iii) extensão do prazo de duração do contrato. Para Guimarães (2003, p. 262): “a recomposição poderá se produzir sob diversas formas de compensação (redução de investimentos, prorrogação de prazo contratual, remuneração compensatória etc.). Dentre opções razoáveis (cabíveis) erigidas, deve-se buscar o meio menos gravoso ao co-contratante. Ainda que no plano ideal todos os caminhos cheguem a resultados idênticos – porquanto a manutenção da equação econômico-financeira há de ser assumida como produto de um cálculo matemático, exato -, na prática a aplicação das compensações poderá traduzir-se em resultados não exatamente iguais. Assim é que se recomenda que o planejamento da recomposição seja feito conjuntamente com o co-contratante, achando-se a fórmula menos onerosa.”

indexação dos preços contratuais, submetendo-os a variação periódica e automática segundo a flutuação de índices predeterminados” e dispensa as partes de promover demorados levantamentos acerca dos fatos e de seus efeitos e não se subordina à necessidade de comprovação de eventos extraordinários”.

A Lei nº 8.987, de 1995, dispõe a respeito do reajuste em seus artigos 18, VIII e 23, IV, declarando que os contratos administrativos em geral devem conter cláusulas estabelecendo índices e fórmulas para o reajuste dos valores devidos às concessionárias²⁹⁹. Para Câmara (2009, p. 178-182), o reajuste seria requisito necessário à outorga da concessão, tendo a empresa concessionária direito subjetivo de exigir a aplicação do reajuste quando ultrapassado o prazo previsto contratualmente. Por outro lado, o art. 29, V, condiciona a aplicação efetiva do reajuste à homologação formal do concedente, conferindo à administração pública a prerrogativa de avaliar a propriedade de alteração, em face das circunstâncias de fato, do momento em que sua aplicação deveria ocorrer³⁰⁰. Ou seja, a regra de reajuste poderia vir a ser modificada

²⁹⁹ A Lei nº 14.133, de 2021, consagra em seu art. 6º, inciso LVIII, a seguinte definição de reajuste: “reajustamento em sentido estrito: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais”. Em seu art. 25, §7º, declara ainda: “Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos”. O art. 92, por sua vez declara: “São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam: V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento”. Há ainda a figura da repactuação de preços, definida pelo art. 6º da Lei 14.133, de 2021: “LIX - repactuação: forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra”. Sobre a repactuação, afirma Justen Filho (2023, p. 327): “A figura da repactuação se assemelha ao reajuste contratual no sentido de ser prevista para ocorrer a cada doze meses ou quando se promover a renovação contratual. Mas se aproxima da revisão de preços quanto ao seu conteúdo: trata-se de uma discussão entre as partes relativamente às variações de custos efetivamente ocorridas.”

³⁰⁰ Para Câmara (2009, p. 181-182): “Nesta avaliação teria cabimento, por exemplo, averiguar eventual impacto provocado por peculiaridades do setor diretamente envolvido nos custos suportados pela concessionária de serviço. Deveras, mesmo havendo um índice preestabelecido para reajustar o valor das tarifas, é possível que, concretamente, este índice se distancie da realidade daquele específico setor, naquele determinado período de tempo. Assim, percebendo eventual discrepância entre o índice fixado e a real oscilação dos custos suportados pela prestação do serviço, é possível que o poder concedente rejeite a pura e simples aplicação do índice, formulando verdadeira revisão tarifária, a fim de atualizar a tarifa com base em critérios que verdadeiramente preservem o equilíbrio econômico-financeiro da avença. (...) De certo modo, nestes casos, o reajuste deixa de ser puramente aplicação de um fator de atualização monetária da tarifa, sofrendo influência de fatores concretos da situação de cada concessionária. Neste sentido, seria possível afirmar que, paralelamente ao sistema ordinário de reajuste, é inserida regra de cunho revisional, baseada na aferição da realidade que influencia a execução do contrato. É possível ainda que, no momento da homologação de reajuste, o poder concedente pondere acerca da conveniência e oportunidade de adotar alguma medida para reformular a política tarifária até então aplicável. Nesta

unilateralmente pelo concedente³⁰¹. Mas como o reajuste é um direito da concessionária, que apresenta impacto direto no equilíbrio do contrato, caso o concedente atrase ou simplesmente decida não aplicar o índice de reajuste previsto contratualmente, haverá, por consequência, necessidade de revisão do contrato para manutenção do equilíbrio.

Dessa forma, é possível concluir que o regime dos contratos de concessão de serviço público reconhece à administração pública determinadas prerrogativas. Em contrapartida, ao contratado é garantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumida pelas partes do contrato, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da sua execução, ou seja, integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração. A garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões é o mais importante instrumento propiciador de segurança jurídica ao particular que celebra contrato com a administração pública, considerando os vultosos investimentos que deverão ser amortizados durante o longo período em que o serviço será explorado.

A quebra do equilíbrio consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa. A prerrogativa que mais diretamente está relacionada com a possibilidade de desequilíbrio do contrato é a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas originalmente pactuadas. Mas o desequilíbrio também pode decorrer de outros fatores, como a ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis, que causem a ampliação dos encargos e a redução das vantagens originalmente previstas, ou por alterações de ordem legislativa ou regulatória que modifiquem a forma de cobrança ou instituem gratuidades. Mas, note-se, nem tudo que afeta o equilíbrio contratual enseja recomposição, sendo necessário levar em consideração a distribuição de encargos

linha, se a Administração constatar a impropriedade de aumentar o valor da tarifa, muito embora reconheça a necessidade de reajuste da remuneração da empresa concessionária, pode vir a tomar outra decisão que não seja aquela prevista ordinariamente no contrato (que seria homologar o reajuste). Para preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, de um lado, e, de outro, atender à decisão política de não aumentar tarifas para os usuários, é possível que o poder concedente deixe de homologar o reajuste tarifário, conferindo, como medida de compensação à concessionária, outra fonte de receita. Assim, o poder concedente que decidisse não homologar um reajuste poderia, em contrapartida, autorizar a exploração de um projeto associado, ou mesmo pagar diretamente à concessionária, com recursos orçamentários, o valor correspondente à sua perda com a manutenção da tarifa.”

³⁰¹ Garcia (2021, p. 240) entende de outra forma. Para o autor “a competência para homologar o reajuste é do poder concedente, apresentando natureza de ato vinculado, pois não enseja margem para apreciações subjetivas ou discricionárias, devendo ser aplicado o índice ou fórmula contratualmente estabelecidos”.

originalmente prevista no contrato, ou seja, apurar qual parte assumiu os riscos associados ao evento. Os riscos assumidos contratualmente pela concessionária, a chamada de álea ordinária da concessão, não darão ensejo ao reequilíbrio.

A recomposição da equação econômico-financeira pode ser feita por diferentes vias, como a extensão ou o encurtamento de prazo de concessão, o incremento ou o alívio de investimentos do particular, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes. A decisão a esse respeito encontra-se, regra geral, na esfera da discricionariedade administrativa, cabendo ao administrador definir no caso concreto a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta a modicidade das tarifas e o interesse dos usuários. Note-se, entretanto, que os mecanismos de reequilíbrio podem ser estabelecidos *ex ante*, como ocorre nas situações em que o conteúdo do contrato reflete maior grau de vinculação e completude. Há ainda quem entenda que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e sua recomposição deve ser tratado no âmbito da negociação regulatória. De qualquer forma, o instrumento típico de reequilíbrio dos contratos de concessão é a revisão tarifária, uma vez que, a despeito da existência de outras possíveis fontes de receita alternativa, a tarifa é a principal fonte de retorno econômico oferecida aos particulares concessionários de serviços públicos.

Ressalte-se que, não obstante ser parte da equação econômico-financeira das concessões, as normas que fixam os critérios de cálculo e o próprio valor das tarifas constituem elemento essencial das regras de funcionamento do serviço público. Isso porque a tarifa, a despeito de compor a remuneração do concessionário, representa o valor devido pelos usuários para a obtenção do serviço. Como quem assume o ônus contratual de pagar a tarifa é o usuário do serviço, da perspectiva do concedente a tarifa seria mais um elemento a ser regulado do que uma obrigação contratualmente assumida. E, em algumas situações, a revisão tarifária poderá não constituir um meio eficaz para o reequilíbrio, podendo colidir com o princípio da modicidade tarifária. Assim, a definição do regime tarifário ou a fixação do valor da tarifa é instrumento fundamental de implementação de políticas públicas e a tarifa poderá ser fixada ou alterada unilateralmente pelo concedente, desde que seja respeitado o equilíbrio contratual da concessão como um todo. O mesmo pode ser afirmado a respeito do reajuste tarifário.

É possível notar, portanto, que mesmo discussões afetas ao reequilíbrio econômico-financeiro e às cláusulas financeiras do contrato de concessão poderão não ficar restritas a discussões de cunho exclusivamente econômico e, portanto, patrimonial e disponível. Discussões a respeito dos meios utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro

do contrato poderão ser permeadas por fatores externos ao contrato e pela necessidade de adotar determinada política pública, em prol da prestação adequada do serviço público, de titularidade do concedente. Isso, como não poderia deixar de ser, tem impacto na arbitrabilidade objetiva dos conflitos que se instalarem entre as partes, conforme será analisado no Capítulo 3.

2.7 Contrato de concessão de serviço público como instrumento cristalizador de escolhas regulatórias (regulação *ex ante*) e a regulação *ex post* pelas agências reguladoras

2.7.1 Regulação e agências reguladoras

A regulação corresponde a uma espécie de atuação estatal que tem como objetivo, como ensina Garcia (2017, p. 440), orientar o comportamento dos agentes econômicos para resultados que possam beneficiar toda a coletividade³⁰². Para Guerra (2021b, p. 153-156 e 2022), regulação consiste numa espécie de escolha administrativa que viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica. A regulação seria voltada à implementação de políticas públicas, à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e à realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. Para o autor, a escolha regulatória deve perseguir o equilíbrio sistêmico, já que, por suas características, é fortemente impactada por influxos da ciência econômica. Por isso, devem ser adotados mecanismos que permitam o respeito ao amplo e devido ao processo regulatório e, sempre que necessário, a efetiva participação e respaldo popular na edição de normas por meio de processos de consultas públicas e audiências públicas. Deve ainda “haver maleabilidade normativa (legislativa), com standards e vetores para interpretação pelo regulador”³⁰³.

³⁰² Também para Gonçalves (2011), a regulação “associa-se, em regra, a um sistema de influência, de orientação e de controle de processos e de comportamentos ou condutas de pessoas”. Para Sundfeld (2017, p. 29) o conceito de regulação foi introduzido para afirmar que a administração poderia receber das leis uma série de competências para ordenar amplamente quaisquer atividades econômicas, inclusive poderes normativos exercidos por meio de processos administrativos e estruturas administrativas de caráter técnico.

³⁰³ Para Aragão (2013, p. 439): “As leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de – ao estabelecer finalidades e parâmetros genéricos – propiciar, em maior ou menor escala, o desenvolvimento de normas setoriais aptas a, com autonomia e agilidade, regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente. Ademais, recomenda-se que propiciem à Administração a possibilidade de, na medida do possível, atuar consensualmente, com alguma margem de negociação, junto aos agentes econômicos e sociais implicados.”

Guerra (2021b, p. 153-156 e 2022) afirma ainda que diante das peculiaridades do modelo regulatório nacional há previsão normativa que determina como, nas questões complexas, a escolha regulatória deve ser precedida e motivada com base em estudos de impacto regulatório que apontem os custos e benefícios da escolha, e demonstrem de forma objetiva os seus efeitos prospectivos e benéficos à harmonia do setor regulado. A regulação teria, como fundamento jurídico, o princípio constitucional da eficiência, devendo buscar soluções reflexivas que apontem para o menor sacrifício possível dos interesses constitucionalmente protegidos, com o menor dispêndio de recursos públicos. Tudo isso levaria à necessidade de as escolhas regulatórias, que materializam juízos técnicos, serem respeitadas pelo Poder Judiciário (princípio da deferência), e pelo Poder Legislativo (reserva do regulador)³⁰⁴.

Para Marques (2019b) a regulação estatal pode recair sobre atividade que a Lei ou a Constituição estabeleçam como atribuição estatal (como no caso dos serviços públicos) ou sobre atividades econômicas estritamente privadas. No primeiro caso a regulação seria obrigatória, haja ou não delegação de sua prestação à iniciativa privada. No segundo caso a regulação caberá na medida em que necessária ao atingimento dos princípios constitucionais que, deixados à cura exclusiva da iniciativa privada, não seriam alcançados³⁰⁵. Para o autor, a atividade de regulação pressuporia a noção de equilíbrio, opondo-se à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. O exercício da regulação importaria a composição dos interesses existentes em um dado segmento econômico ou social, sem descurar

³⁰⁴ Guerra (2022) afirma que o Supremo Tribunal Federal vem consolidando entendimento nesse sentido. O autor destaca as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5501 e nº 5779, nas quais decidiu-se que determinadas escolhas regulatórias não devem ser substituídas nem mesmo por lei editada pelo Congresso Nacional, por afronta ao princípio da separação de poderes: “A primeira ação, julgada, no mérito, em outubro de 2020, examinou a constitucionalidade da Lei nº 13.269/2016, que autorizou o uso da substância fosfoetilonamina sintética (conhecida como pílula do câncer) por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna. A segunda ação foi julgada um ano depois, em outubro de 2021, e decidiu sobre a constitucionalidade da Lei nº 13.454/2017, que autorizava a produção, a comercialização e o consumo, sob prescrição médica, dos anorexígenos sibutramina, anfepramona, femproporex e mazindol (substâncias utilizadas para tratamento do emagrecimento).”

³⁰⁵ Para Mendes (2000, p. 116) regulação é termo que assume sentido mais amplo do que a doutrina confere à administração ordenadora e ao poder de polícia (que se voltam ao campo das atividades privadas, num campo de relação genérica com o administrado). A doutrina de Direito Econômico faria uso do termo “regulação” para tratar da mecânica estatal de ordenação das atividades econômicas em geral, incluindo, portanto, os serviços públicos e as atividades econômicas em sentido estrito. “Sendo assim, o Estado desempenha a regulação tanto quando tem um vínculo genérico com o administrado (livre iniciativa da atividade econômica em sentido estrito) quanto no caso de possuir um vínculo específico (serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão).”

dos interesses difusos, gerais, ou titularizados por hipossuficientes, estes últimos à cura da atividade estatal.

Ainda de acordo com Marques (2019b) a atividade regulatória não excluiria a presença do Estado. Ao contrário, exigiria sua presença. Apesar de buscar o equilíbrio sistêmico, ou seja, a integração entre os sistemas econômico, político e jurídico³⁰⁶, a regulação estatal impõe-se pela presença do poder extroverso estatal, remanescendo a possibilidade de imposição dos objetivos regulatórios pela via do manejo das competências coercitivas próprias ao Estado. Não obstante, o modo de exercício dessa autoridade seria diferenciado na medida em que, ao invés de se relacionar com os agentes privados exclusivamente pelo vetor vertical, impositivo e unilateral, interagem com eles “num vetor predominantemente horizontal, negocial, permeado por negociações e concessões recíprocas”. Para o autor, mesmo no manejo da autoridade, o objetivo seria manter equilibrados os interesses envolvidos em dada relação econômica de modo que, a um só tempo, seja possível perseguir interesses públicos sem sacrificar interesses dos particulares e sem comprometer a reprodução e a preservação das relações econômicas reguladas.

Assim, a atividade de regulação estatal, segundo o autor (2009c), envolveria funções amplas, coercitivas, adjudicatórias, de coordenação e organização, funções de fiscalização, sancionatórias e de conciliação, visando disciplinar uma atividade mediante a emissão de comandos normativos de caráter geral, ainda que com abrangência meramente setorial. Para Guerra (2022) em uma única entidade autárquica concentram-se “funções e atribuições com grande relevância e amplitude em setores complexos” como: criar normas regulatórias, de natureza preponderantemente técnica, licitar, licenciar, contratar e autorizar atividades de natureza econômica e social, e decidir administrativamente sobre questões e pleitos a ela submetidos pelo contratado privado, aplicando-lhes sanções, além de decidir sobre os conflitos entre agentes regulados.

³⁰⁶ Para Marques (2019b): “A regulação serve, pois, de elemento de integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. E o faz a partir da identificação de subsistemas regulados, entendidos como o conjunto integrado pelos usuários (consumidores), pelo ente regulador, pelos bens e processos que, de forma articulada e interrelacionada, concorrem para o funcionamento e reprodução de uma dada atividade econômica (no âmbito e em torno da qual se estrutura este subsistema). O exercício da regulação em um dado setor regulado (subsistema) envolve a construção de um arcabouço normativo que compreende princípios, conceitos, interesses e normas conformados às necessidades e peculiaridades setoriais”.

Todas essas funções, em regra, competem às agências reguladoras. Para Binenbojm (2014, p. 276), as agências reguladoras exercem funções administrativas típicas. Fiscalizam a prestação do serviço público concedido, ou o exercício da atividade econômica regulada, bem como aplicam sanções aos particulares para o caso de descumprimento dos preceitos legais e infralegais pertinentes. Para Garcia (2017, p. 456), compete à agência, no exercício da sua função regulatória, “encontrar o ponto ótimo que assegure o equilíbrio sistêmico dos interesses juridicamente protegidos e que maximize as potenciais vantagens e benefícios dos interessados”.

As agências reguladoras são “autarquias sob regime especial³⁰⁷”, integrantes da administração indireta³⁰⁸. Ensina Guerra (2021a, p. 39-40) que o modelo de agências reguladoras, no Brasil, surgiu na década de 1990³⁰⁹, implantado em um momento de

³⁰⁷ O Decreto-Lei nº 200, de 1967, define autarquia como sendo o serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. Guerra (2021a, p. 128) declara que por serem pessoas jurídicas de direito público, as autarquias podem ser titulares de interesses públicos, ao contrário de empresas públicas e sociedades de economia mista. Assim, as autarquias têm natureza jurídica de direito público, tendo sido criadas com o objetivo de executar atividades típicas da administração pública (exercício de funções exclusivas de Estado). O modelo autárquico foi utilizado na criação das agências reguladoras, que receberam um regime “especial”. De acordo com Medauar (2021, 72/73): “As agências reguladoras são autarquias especiais, integram a Administração indireta federal e são vinculadas ao Ministro ou órgão equivalente, dotado de competência para tratar da respectiva matéria. Nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 13.848/2019, a natureza especial conferida à agência reguladora é “caracterizada pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa, financeira, pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos”.

³⁰⁸ Em termos de organização administrativa, na estrutura interna de cada um dos entes federativos, reparte-se a administração pública em administração direta e administração indireta. Essa divisão, com tal terminologia, ingressou no ordenamento brasileiro mediante o Decreto-Lei nº 200, de 1967, nos termos do seu art. 4º. De acordo com Medauar (2021, p. 48-49), não obstante as muitas alterações de texto, essa divisão entre administração direta e administração indireta permaneceu, ficando consolidadas no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de organização mediante descentralização administrativa que, no Brasil, realiza-se com os entes da administração pública indireta, quais sejam, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas. Conforme Medauar (2021, p. 55-56): “[...] a descentralização administrativa significa a transferência de poderes de decisão em matérias específicas a entes dotados de personalidade jurídica própria. Tais entes realizam, em nome próprio, atividades que, em princípio, têm as mesmas características e os mesmos efeitos das atividades administrativas estatais. A descentralização administrativa implica, assim, a transferência de atividade decisória e não meramente administrativa. Nessa concepção, para descentralizar, é preciso o seguinte: a) atribuir personalidade jurídica a um ente diverso da entidade matriz (no Brasil, União, Estados, Distrito Federal, Municípios); b) conferir ao ente descentralizado poderes de decisão em matérias específicas; desses dois aspectos já decorre o reconhecimento de órgãos e patrimônio próprios do ente descentralizado; c) estabelecer normas a respeito do controle que o poder central exercerá sobre o ente descentralizado; esse controle é denominado de tutela administrativa ou controle administrativo, no ordenamento pátrio; em nível federal, recebe o nome de supervisão (arts. 19-29 do Decreto-Lei nº 200/67).”

³⁰⁹ Guerra (2022): “O Brasil passou, na década de 90, por uma reforma administrativa. Sob a forma de administração gerencial, com foco na eficiência e voltada a resultados, o governo federal criou algumas Agências Reguladoras. Essa forma de governança pública provocou uma série de questionamentos no âmbito político e

reestruturação do papel do Estado em relação à sua intervenção econômica, fase em que a segregação de competências entre a administração pública direta e a indireta para a regulação autônoma de utilidades públicas estratégicas (telefonia, energia elétrica etc.) apresentou-se como sendo fundamental para criar um ambiente propício à segurança jurídica dos contratos com o Estado e atração de capital privado (notadamente estrangeiro). Assim, foi descentralizada a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, visando emprestar-lhes certa previsibilidade e torná-los menos suscetíveis aos embates e interesses político-partidários.

No âmbito federal foram criadas onze agências reguladoras, cada uma com as suas especificidades para regular serviços públicos, atividades privadas e setores sensíveis à coletividade. As agências estão arroladas na Lei nº 13.848, de 2019³¹⁰ e algumas delas já estão, inclusive, envolvidas em arbitragens regidas pela Lei nº 9.307, de 1996: (i) Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, Lei nº 9.427, de 26.12.1996³¹¹; (ii) Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, Lei nº 9.472, de 16.07.1997³¹²; (iii) Agência Nacional do

doutrinário, haja vista que algumas autarquias passaram a concentrar funções executivas, normativas e judicantes, sendo dotadas de autonomia diferenciada (não subordinada) em relação à administração central.”

³¹⁰ A Lei nº 9.986, de 2000, com alterações posteriores, dispõe sobre a gestão de recursos humanos das agências reguladoras federais. Por sua vez, a Lei nº 13.848, de 2019, fixa preceitos sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras e estabelece alterações na Lei nº 9.986, de 2000, e em leis específicas de várias agências. De acordo com Medauar (2021, 72-73): “No âmbito federal o conjunto dos preceitos da Lei nº 9.986/2000, com as alterações posteriores, e da Lei nº 13.848/2019 revela pontos comuns no regime das agências reguladoras. A título exemplificativo ressaltam-se os seguintes: a) Competência – Às agências compete, em essência, a regulação setorial, que no Brasil abrange: implementar a política para o setor, fixada pelo Presidente da República ou Ministro da área; expedir normas para o setor em que atuam; fiscalizar o cumprimento dessas normas pelos agentes a que se destinam; aplicar sanções pelo descumprimento das normas; dirimir conflitos entre usuários e prestadores de serviços, entre prestadores de serviços, entre consumidores e fornecedores e outros, conforme seu âmbito de atuação; celebrar termo de compromisso de ajuste de conduta e fiscalizar o seu cumprimento; solicitar informações aos agentes regulados; se for o caso, pedir e instruir pedidos para fins de declaração expropriatória ou de instituição de servidão administrativa; fixar critérios de controle de qualidade de serviços e produtos; interpretar dispositivos ou termos ou conceitos presentes na legislação do setor.”

³¹¹ Em setembro de 2021 a diretoria colegiada da ANEEL autorizou a celebração de Compromisso Arbitral a ser firmado com a Transnorte Energia S.A – TNE “para que o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão nº 003/2012-ANEEL seja submetido ao juízo arbitral”. Informação disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despacho-n-2.812-de-10-de-setembro-de-2021-344145066>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

³¹² A ANATEL, segundo informações disponibilizadas pelo Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União, contabiliza três procedimentos arbitrais em trâmite perante a Câmara de Comércio Internacional – CCI, nos quais a União é interveniente anômala: 26383/PFF (“Caso Telefônica”); 26470/PFF (“Caso Oi”); 26467/PFF (“Caso Claro”). Informação disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/neadir/casos-de-arbitragem-2/casos-de-arbitragem-1>>. Acesso em: 27 fev. 2023. A agência litiga ainda contra as concessionárias Algar. Disponível em: <<https://www.convergenciadigital.com.br/Telecom/Algar-Telecom-pede-arbitragem-a-Anatel-para-tratar-da-concessao-60746.html>>. Acesso em: 27 fev. 2023. E também Sercontel. Informação disponível em:

Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, Lei nº 9.478, de 06.08.1997³¹³; (iv) Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Lei nº 9.782, de 26.01.1999; (v) Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Lei nº 9.961, de 28.01.2000; (vi) Agência Nacional de Águas – ANA, Lei nº 9.984, de 17.07.2000; (vii) Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, Lei nº 10.233, de 05.06.2001³¹⁴; (viii) Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, Lei nº 10.233, de 05.06.2001; (ix) Agência Nacional do Cinema – ANCINE, Medida Provisória nº 2.228-1, de 06.09.2001; (x) Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC, Lei nº 11.182, de 27.09.2005³¹⁵; (xi) Agência Nacional de Mineração – ANM, Lei nº 13.575, de 26.12.2017³¹⁶.

Dessa forma, é possível concluir que a regulação viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica. Envolve atividades normativas, coercitivas, adjudicatórias, de coordenação, decisórias, funções de fiscalização, sancionatórias e de conciliação. Todas elas, em regra, competem às agências reguladoras, que exercem funções administrativas típicas. O modelo de agências reguladoras adotado no Brasil descentraliza a governança estatal sob temas

<<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2022/05/30/teles-pedem-r-36-bi-a-uniao-anatel-ve-exagero.ghtml>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

³¹³ Os processos arbitrais em curso e finalizados envolvendo a ANP estão relacionados na página recentemente criada da Equipe Nacional de Arbitragem da Procuradoria-Geral Federal na internet: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/subprocuradoria-federal-de-consultoria-juridica/equipe-nacional-de-arbitragens-enarb>>. Acesso em: 23 mai. 2023.

³¹⁴ A Agência Nacional de Transporte Terrestre – ANTT, segundo informações disponibilizadas pela autarquia, contabiliza nove procedimentos arbitrais, sendo oito com trâmite perante a Câmara de Comércio Internacional – CCI: (i) MGO, atual ECO 050, processo 23238/2017/GSS/PFF; (ii) GALVÃO, processo 23433/2018/GSS/PFF; (iii) VIA 040, processo 23932/2018/GSS/PFF; (iv) ROTA DO OESTE, processo 23960/2018/GSS/PFF; (v) CONCEBRA, processo 24595/2019/PFF; (vi) MSVIA, processo 24957/2019/PFF; (vii) VIA 040, processo 25572/2020/PFF; (viii) AUTO PISTA LITORAL, processo 26437/2021/PFF. A ANTT conta com uma arbitragem administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC): VIABAHIA, processo número 64/2019/SEC7. Informação disponível em: <<https://portal.antt.gov.br/arbitragem>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

³¹⁵ A ANAC participa do processo 26.042/PFF, instaurado por solicitação da Concessionária Aeroportos Brasil S/A, e que tramita perante a CCI, tendo a participação da União como interveniente anômala. Informação disponível em: <<https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/cgu/cgu/eadir/casos-de-arbitragem-2/caso-viracopos>>. Acesso em: 27 fev. 2023.

³¹⁶ Medauar (2021, p. 75-77) menciona ainda a Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD (autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal, nos termos da Lei nº 13.709, de 2018, alterada com redação dada pela Medida Provisória nº 1.124, de 2022) e a Comissão de Valores Mobiliários – CVM (Lei nº 6.385, de 07.12.1976, alterada pela Lei nº 10.411, de 26.02.2002, que “embora apresente natureza autárquica especial, vinculada ao Ministério de Economia, dotada de autoridade administrativa independente, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo da diretoria, autonomia financeira e orçamentária, patrimônio próprio, não é legalmente caracterizada como agência reguladora”).

complexos e preponderantemente técnicos, visando emprestar-lhes certa previsibilidade e torná-los menos suscetíveis aos embates e interesses político-partidários.

A regulação é voltada à implementação de políticas públicas, à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e à realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. O exercício da regulação importa na composição dos interesses existentes em um dado segmento econômico ou social, sem descurar dos interesses difusos, gerais, ou titularizados por hipossuficientes, estes últimos à cura da atividade estatal, e pressupõe a noção de equilíbrio, opondo-se à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Não obstante, remanesce a possibilidade de imposição dos objetivos regulatórios pela via do manejo das competências coercitivas próprias ao Estado. A escolha regulatória deve perseguir o equilíbrio sistêmico, ou seja, a integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. Além disso, deve buscar soluções que apontem para o menor sacrifício possível dos interesses constitucionalmente protegidos, com o menor dispêndio de recursos públicos e, dessa forma, merece ser respeitada até mesmo pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

2.7.2 O modelo de dupla regulação

No Brasil, é possível identificar um sistema de dupla regulação, no qual a regulação *ex post*, exercida pelas agências reguladoras, convive com a regulação *ex ante*, efetivada por contrato. Isso ocorre em vários setores, “com a coexistência de ambas nas principais atividades concedidas ao setor privado, nomeadamente aquelas categorizadas como serviços públicos” (GARCIA, 2021, p. 120).

Garcia (2021, p. 119-121) declara que não há qualquer contradição ou inconveniência na existência concomitante da regulação por contrato e por agência, que convivem harmonicamente “sempre com o intuito de conformar o comportamento dos operadores econômicos às finalidades públicas”. Para Marques (2015, p. 368), não há que se contrapor a regulação por contrato à regulação por órgão regulador independente, uma vez que, se por um lado a regulação contratual, para ser efetiva, não dispensa a existência do regulador independente, por outro lado, o contrato regulatório se mostra fundamental para permitir uma melhor atuação do ente regulador. Para Baptista (2017, p. 295), a “adoção do modelo de regulação por contrato não exclui a possibilidade de exercício pela agência de poderes regulatórios externos ao contrato”, sendo a coexistência dos dois modelos uma realidade

frequente nas estruturas regulatórias das atividades concedidas. Também para Gonçalves (2011) o estabelecimento de um sistema duplo de regulação pretende introduzir, no processo regulatório, as vantagens do compromisso contratual, com a diminuição da discricionariedade regulatória da agência³¹⁷.

Note-se que, atualmente, é comum encontrarmos casos em que a agência reguladora acumula as duas funções. Isto é, atua no papel de concedente (exercendo a regulação *ex ante*, por contrato) e no papel agência reguladora (exercendo poderes regulatórios externos ao contrato, *ex post*).

Garcia (2021, p. 129) critica o formato, afirmado que “a agência deve ser um ente equidistante das partes, e não com elas se confundir”, de forma que, quando a agência acumula a função de concedente, restariam comprometidas a sua imparcialidade, neutralidade e função integrativa³¹⁸. Também para Valiati (2019), quando as agências figuram como concedentes nos contratos, há uma sobreposição de funções, pois as agências atuam em todos os momentos da atividade regulatória, e a regulação por contrato, em tais casos, é “uma autêntica ficção, porquanto a agência não possui autonomia para realizar escolhas independentemente do Poder Político”.

Em sentido contrário, Bockmann (2022, p. 70) afirma que “parece ser mais adequada a participação de pessoa da Administração indireta no polo ativo do contrato de concessão, ao menos para nele interagir por meio de estrutura mais ágil e flexível”. Para o autor, a administração direta “tende a ser apenas reativa, lenta e conservadora, muitas vezes orientada por critérios antes políticos que técnicos para a solução dos problemas”, enquanto a indireta

³¹⁷ Para Gonçalves (2011), em certos contextos, a regulação por contrato revela-se um instrumento essencial para atrair investimentos privados que, de outro modo, só com a regulação por agência não se realizariam, já que o incumprimento contratual teria a vantagem de se revelar facilmente como um ato ilícito.

³¹⁸ Para Garcia (2021, p. 121-122): “O arbitramento de distintos, múltiplos e complexos interesses – tais como a condução de renegociações contratuais, a decisão sobre reequilíbrios ou, mesmo, as revisões ordinárias de tarifas – é exemplo de uma atuação regulatória *ex post* que melhor se ajusta ao figurino de agências dotadas de autonomia e independência em relação ao poder central. Se questões dessa magnitude pudessem ficar no espectro decisório do concedente estaria aniquilada a ideia de estabilidade e preservação da segurança jurídica dos contratos, cuja racionalidade de regulação *ex post* está diretamente ligada à estruturação de entes autônomos e tecnicamente especializados. Isso porque são dotados de capacidade para compor, ponderar e equilibrar harmonicamente os distintos, complexos e multilaterais interesses que coabitam nos contratos de concessão. Por isso que se vislumbram como uma distorção regulatória – comprometendo as premissas acima invocadas – os setores em que a agência cumula também a função de poder concedente. Essa circunstância elimina a imparcialidade e a neutralidade que devem nortear a ação e a conduta da agência. A regulação por contrato e a regulação por agência acabam tendo as suas estratégias, funções e competências indevidamente embaralhadas, porquanto o mesmo ente que regula e concebe o contrato de concessão será o responsável por conduzir o posterior arbitramento dos distintos interesses apresentados ao longo da relação duradoura”.

possui “conhecimento técnico aprimorado e memória a respeito do serviço concedido”. Além disso, afirma que se o Poder Público criou “específica entidade de atuação, nela concentrando todo seu pessoal qualificado para o manejo das peculiaridades de um setor econômico (ou do serviço público), seria ineficiente suprimir a participação dessa pessoa do contrato de concessão”.

A despeito das discussões existentes³¹⁹, consideradas a organização administrativa atual e a legislação vigente, acumulam as funções de concedente e regulador, por exemplo, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL (Lei nº 9.472, de 1997, art. 19, VI); a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP (Lei nº 9.478, de 1997, art. 8º, IV); a Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT (Lei nº 10.233, de 2001, art. 24, V; art. 25, I e III e art. 26, VI); e a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC (Lei nº 11.182, de 27.09.2005, art. 8º, XXIV).

Passemos então à análise da chamada regulação “ex ante”, via contrato e, em seguida, da regulação “ex post”, exercida pelas agências reguladoras.

2.7.3 Regulação por contrato (ex ante) e estabilização de políticas públicas

O contrato pode ser utilizado pela administração pública como instrumento para cristalizar escolhas regulatórias, em prol da segurança jurídica. Para Garcia (2017, p. 440-441), “a intervenção em determinados setores pode ser instrumentalizada pela via contratual”. De acordo com o autor, isso aconteceria quando “o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de decisões e escolhas regulatórias que serão determinantes para conceber e

³¹⁹ Para Aragão (2017b, p. 448): “Discute-se se a atribuição das funções de poder concedente ao Poder Executivo central, e não à agência independente, que ficaria apenas com as funções fiscalizatórias residuais, seria compatível com o que contemporaneamente se espera da regulação à luz do princípio da eficiência (art. 37, caput, CF). Há os que sustentam que as atribuições inerentes ao poder concedente são ínsitas à regulação e que, ao se retirar o poder concedente das agências reguladoras, estar-se-lhes-ia retirando a própria substância da competência regulatória. Afirmam ainda que a competência do Poder Executivo central para elaborar e promover os editais de licitação para outorga de serviços públicos e atividades econômicas não é condição para que possa fixar as políticas públicas de cada setor, até porque essas são logicamente anteriores à elaboração dos editais. O Poder Executivo central fixaria previamente as políticas públicas que pautariam as licitações a serem promovidas pelas agências. No outro polo, afirma-se que a permanência do poder concedente no Poder Executivo central é condição de uma eficaz regulação, já que só assim teríamos configurado o triângulo regulatório (poder público – empresas reguladas – usuários), em cujo centro ficaria o regulador.” Assim, “do ponto de vista da Teoria da Regulação, há fortes argumentos tanto no sentido da atribuição das prerrogativas de poder concedente às agências reguladoras, como da sua permanência ou retorno ao Poder Executivo central”. Ressalta o autor, tão somente, que no caso de as competências de regulador e de concedente serem atribuídas a órgãos ou entidades distintas, “é imperioso que se distinga claramente o papel de um e de outro já que o primeiro, por não ser parte direta do contrato, não pode, por exemplo, salvo regra em sentido contrário, aditá-lo.”

formatar aspectos essenciais na prestação do serviço ou gestão da infraestrutura”. Assim, os contratos de concessão possuem conteúdo que definem e estabilizam políticas públicas de longo prazo, como questões relativas à estrutura tarifária, metas de qualidade, indicadores de desempenho, compromissos de investimentos, partilha de riscos entre as partes, mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, universalização do serviço, método de alocação de custos, sistema de monitoramento e avaliação e resultados a serem atingidos, enfim, conteúdos essenciais para a consecução do interesse público.

Ainda conforme Garcia (2021, p. 120), a opção pela via contratual implica na possibilidade de o concedente “traduzir os conceitos jurídicos indeterminados e abertos relativos ao conjunto de princípios incidentes sobre o objeto” do contrato, ou seja, a possibilidade de o concedente “explicitar como os princípios da universalidade, segurança, atualidade, eficiência, continuidade regularidade, cortesia e modicidade tarifária serão operacionalizados, o que pressupõe a delimitação de parâmetros objetivos que densifiquem e concretizem cada um desses princípios”.

Para Gonçalves (2011), regulação por contrato consiste no processo jurídico de formulação ou implementação de normas regulatórias através de um contrato celebrado entre a autoridade pública e a empresa que exercerá a atividade. O “contrato regulatório” seria o contrato público através do qual se efetiva toda ou uma parte da regulação. Trata-se de fenômeno de contratualização da regulação pública e, portanto, da expressão de uma estratégia regulatória, que consiste em “um modelo de autorregulação – sustentado em contrato³²⁰ – como alternativa (ou em complemento) a um modelo de hetero-regulação, baseado num sistema hierárquico de imposição de normas e atos unilaterais. Ou seja, um modelo de regulação assente no consenso e não na hierarquia. Ressalta que, nesse contexto, se o contrato é modo de regulação da atividade da empresa regulada, também a autoridade pública se compromete a agir de determinado modo. A escolha do contrato neste contexto denota a preferência por um modelo que confere uma proteção reforçada aos regulados, designadamente ao tutelar a confiança que depositam nas normas contratuais, uma vez que, em caso de alteração dessas normas, emerge em benefício deles um direito à reposição do equilíbrio inicial.

Também para Roppo:

³²⁰ Para Gonçalves (2011), quando o contrato aparece associado à noção de regulação, revela-se como mecanismo de autorregulação, uma vez que a juridicidade da regulação nele acolhida é, não só desejada, como sobretudo produzida pelos próprios sujeitos da regulação.

Trata-se, em suma, do fenômeno pelo qual relações e situações que envolvem interesses dos cidadãos privados, que segundo os esquemas clássicos da ação administrativa (baseada tradicionalmente na contraposição entre autoridade e liberdade) eram disciplinados através de procedimentos unilaterais da administração, e, portanto, por via administrativa, tendem, cada vez mais, a ser regulamentados por via convencional, e, portanto, na base de um acordo entre privado e ente público. E o instrumento desse novo modelo de ação administrativa, organizado sobre o consenso e não já sobre a imposição, é, fundamentalmente, o contrato. (ROPPO, 2009, p. 345)

Ainda de acordo com Gonçalves (2011), considerando que o contrato tem por objeto direto a regulação administrativa de responsabilidade de determinada agência reguladora, tal contrato disporá sobre a formulação ou implementação de normas regulatórias. Dessa forma o contrato poderá ter como objeto medidas regulatórias que a agência reguladora poderia determinar, de forma geral e abstrata, por uma instrução ou diretriz de caráter regulamentar; ou pode ter como objeto a adoção de medidas para aplicação da lei ou regulamentos, seja no que diz respeito à fiscalização e controle da atividade regulada, seja no que diz respeito a aplicação de sanções aos regulados infratores. E, na medida em que a agência reguladora se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras e diminuir o impacto que a discricionariedade regulatória pode ter para os regulados. A esse respeito, declara o autor que “a discricionariedade exerce-se no momento da celebração do contrato, e fica como que congelada”³²¹.

Também para Marques (2015, p. 202 e 387) o contrato de concessão comum se constitui em um instrumento regulatório fundamental, o que poderia ser extraído da própria Constituição, que destaca “o caráter especial do seu contrato” quando se refere à concessão de serviço público (art. 175, parágrafo único, inc. I). “Na medida em que no contrato estão previstos os parâmetros para prestação do serviço (art. 23, inc. III, da Lei nº 8.987, de 1995) e os direitos e os deveres dos usuários (art. 23, inc. V), nele devem constar também os procedimentos de articulação entre os diversos interesses”³²². Assim, o pacto concessório

³²¹ Também para Garcia (2021, p. 119-121) a atuação da agência fica limitada pela regulação exercida via contrato, mas ainda assim seria determinante para o êxito na execução do contrato de concessão. Para o autor, cabe às agências interpretar as mutações sucedidas ao longo da duradoura relação contratual, sem romper com o compromisso regulatório formalizado por ocasião do contrato de concessão, que é de relevante interesse público e transcende os interesses das partes, competindo à agência “preservar o sistema e encontrar o ponto ótimo que assegure o equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, maximizando as potenciais vantagens e os benefícios dos envolvidos”.

³²² Importante em relação ao conteúdo da Lei nº 8.987, de 1995 é o fato de que, no seu art. 1º, ela reconhece o caráter normativo do contrato de concessão, referindo-se ao fato de que a juridicidade de cada concessão se dá no plano de articulação entre as suas normas, as normas constantes de lei específica disciplinadora do serviço ou de cada concessão e as normas do pacto concessório: “Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas

cumpra a função de ser base da atividade regulatória estatal. Embora a estrutura normativa da concessão seja híbrida e complexa, admitindo a articulação entre comandos legais e contratuais, é no âmbito do contrato que deve se conformar a sua estrutura normativa. “É o pacto concessório, em última instância, que define o regime da concessão, os direitos e as obrigações, os procedimentos a serem seguidos, os mecanismos de proteção e efetivação de direitos de todas as partes envolvidas”. Para o autor:

Num contexto de paradigma multipolar, é essencial a ideia de vinculação plena da administração ao pacto. Isso se revela patente diante do contrato de concessão, que, como contrato relacional de longo prazo, deve conter os mecanismos processuais e contínuos aptos a sua atualização e a sua adaptação ao longo do tempo, mas deve também ser um instrumento de vinculação das partes no qual o espaço reservado a decisões unilaterais deve ser absolutamente excepcional e justificado. (MARQUES, 2015, p. 390)

Para Bockmann (2022, p. 50 e 190), os contratos administrativos de concessão “disponibilizam à Administração Pública uma técnica sofisticada de definição e implementação de políticas públicas de longo prazo”. Ou seja, “existe a possibilidade de governar por meio de contratos” eis que por meio deles se dará não só o aporte de investimentos privados, mas igualmente a alocação de recursos públicos, “de forma imperativa, para toda a sociedade”. Por meio da técnica contratual seria possível fixar prioridades de governo, estabelecer metas para que tais prioridades sejam atingidas, definir os setores a ser direta e indiretamente beneficiados, fixar modos de integração regional e nacional e definir critérios que podem implicar distribuição de riqueza em projetos de longo prazo. Isso porque a lei não pode minudenciar todas as cláusulas dos contratos, de forma que a competência discricionária da autoridade responsável pela elaboração do contrato resultará na aplicação dos deveres estatutários (leis e regulamentos) e na criação de obrigações prestacionais específicas, ou seja, “a existência de boa parte das cláusulas tem origem normativa imediata, mas não a substância de todas elas”.

e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.” Também para Aragão (2013, p. 421), o poder normativo inerente às delegações de serviços públicos possui natureza, ainda que parcialmente, contratual, de forma que muitas vezes é o próprio contrato e/ou edital de licitação, para o qual o concessionário assentiu, que estabelecem diretamente normas primárias (criam obrigações) ou que remetem à agência reguladora sua interpretação ou integração. Ou seja, não é de se desprezar o poder normativo que as agências reguladoras de serviços públicos possuem, não apenas na emissão de Portarias ou Resoluções, mas também na elaboração dos editais de licitação e das respectivas minutas contratuais, respeitados os limites legais. Para o autor, a própria Lei nº 8.987, de 1995 (arts. 6º, 29, VII, X e XI; 31, IV) e também leis setoriais (a exemplo da Lei nº 9.427, de 1996, art. 3º, IV, VIII) estabelecem a competência para elaboração dos editais e contratos e os objetivos que devem ser perseguidos pelos entes reguladores ao confeccioná-los.

Em decorrência do dever de fiel execução dos contratos “a assim chamada regulação discricionária (por meio de agências reguladoras independentes e/ou demais órgãos administrativos) não pode se sobrepor ao pactuado”. Para o autor:

Depois de 1994, com a estabilização da moeda, foram promulgados alguns diplomas legais que passaram, a permitir que se pensasse no longo prazo. O mais importante deles é a Lei 8.987/1995 (Lei Geral de Concessão de Serviços Públicos). (...) Isso significa dizer que os contratos estampados nessas leis desafiam a racionalidade tradicional dos contratos administrativos de desembolso. Igualmente, estabelecem vínculos imediatos entre o benefício obtido e os custos arcados pelo usuário. Para além disso, o que é muito mais importante, eles também permitem a instalação de políticas públicas setoriais. Isto é, desde 1995, a legislação brasileira de contratos de longo prazo autoriza que determinado planejamento estatal da economia seja concretizado por meio de contratos administrativos. Os governantes estão autorizados, portanto, a definir como se dará a política pública de determinado setor econômico por prazos muitíssimos superiores ao do próprio mandato. (...) Os contratos de concessão de serviços públicos e aqueles de parceria público-privada permitem a definição estratégica de políticas de longo prazo em específicos setores da economia. (...) Nós estamos diante de escolhas de governo que perduram no tempo; escolhas públicas contratualizadas (...). (BOCKMANN, 2014, p. 509-510)

Também para Otero (2003, p. 521), por via contratual podem surgir verdadeiras regras gerais reguladoras ou disciplinadoras de situações jurídicas presentes ou futuras envolvendo a administração pública, conferindo aos efeitos de tais contratos uma inerente natureza normativa, falando-se, por isso mesmo, em “contratos normativos”. Para o autor, é no domínio da autonomia de estipulação que os contratos da administração pública se mostram também passíveis de integrar regras definidoras da organização, gestão e utilização de um serviço público, formando vínculos contratuais dotados de “uma evidente natureza normativa”. Assim, “a criação por via de contrato administrativo de posições jurídicas activas a favor do co-contratante ou de terceiro, traduzindo sempre uma forma de vinculação administrativa, não pode ser violada por acto administrativo posterior, isto sob pena de ilegalidade do acto” (2003, p. 525).

Para Modesto (2010, p. 7) a redução da incerteza e a densificação da imprecisão legal, que ocorre por meio da regulação por contrato, interessa tanto à administração pública quanto aos particulares. A autovinculação não concorreria com a legalidade; ao contrário, a desenvolveria e densificaria, “ampliando o alcance prático dos princípios da igualdade e da proteção da confiança para âmbitos nos quais falta precisão ou determinabilidade para os preceitos legais”. A contratualização da atividade administrativa indicaria “uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função

administrativa” e seria “cada vez mais empregada como técnica de realização da função administrativa e, também, de coordenação e controle da organização administrativa”.

Há, na regulação por contrato, segundo Garcia (2017, p. 442-444), um espaço de abertura para participação dos interessados e da própria sociedade na concepção original do projeto e da sua estruturação antes da realização da licitação, com inegável acréscimo de legitimidade, transparência e democratização³²³. O compromisso estabilizado a partir do vínculo contratual, conforme entendimentos de Marques (2015, p. 368) e Garcia (2017, p. 442), constituiria parcela significativa da função regulatória estatal e condicionaria a regulação futura a ser exercida, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais para exercício das competências para regular a concessão, reduzindo-se a discricionariedade da agência reguladora, traduzindo-se numa estratégia garantidora de maior segurança jurídica para os investidores.

Assim, em resumo, na regulação “ex ante”, o contrato assume o principal espaço jurídico conformador de escolhas regulatórias. Trata-se de um modelo de regulação assente no consenso e não na hierarquia. Na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras e diminuir o impacto que a discricionariedade regulatória pode ter para os regulados. O compromisso estabilizado a partir do vínculo contratual corresponde a parcela significativa da função regulatória estatal e condiciona a regulação futura a ser exercida, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais voltados ao exercício das competências para regular a concessão (“ex post”) e reduzir o espaço de atuação da agência reguladora. A contratualização da atividade administrativa indica uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Os contratos de concessão possuem conteúdo que definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo, sendo essenciais para a consecução do interesse público.

³²³ Para Garcia (2017, p. 445): “O acréscimo de legitimidade, transparência e democratização da escolha pública regulatória contratual é evidente, porquanto objeto de relações dialógicas que amadurecem e qualificam a racionalidade do processo decisório e das opções eleitas conformadoras do interesse público. Reduz-se, em alguma medida, a relação assimétrica típica das imposições unilaterais e imperativas do Direito Administrativo de matriz francesa, com a compreensão contemporânea de que o interesse público não é mais homogêneo, tampouco unitário”.

2.7.4 *Contratos incompletos e regulação por agência (ex post)*

Vimos, então, que a regulação “ex ante” se caracteriza pela escolha do instrumento contratual para a cristalização de escolhas regulatórias, em prol da segurança jurídica e da consecução do interesse público. Trata-se da contratualização da atividade administrativa, que indica uma diretriz política em favor da consensualidade, na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, reduzindo espaços de incertezas futuras.

Não obstante, é imprescindível reconhecer que, inevitavelmente, o contrato de concessão de serviço público será um contrato incompleto. Não parece possível, no momento da regulação por contrato, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, identificar e partilhar todos os riscos que possam interferir na sua execução, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a sua economia.

No modelo contratual clássico, o que se espera é que as partes possuam condições de firmar contratos completos, ou seja, contratos que se prestam a predeterminar todas as situações e ocorrências futuras que podem impactar a relação jurídica contratualizada. Em contratos completos, conforme Garcia (2021, p. 95), não haveria necessidade de qualquer acréscimo ou ajuste, pois as partes teriam controle total sobre seus propósitos, objetivos, deveres, direitos e responsabilidades³²⁴. Ocorre que o custo da especificação das possíveis contingências futuras, de policiamento e de solução de disputas em um contrato que se pretende completo, se torna demasiadamente alto. Assim, de acordo com Cateb e Gallo (2007, p. 9), seja por oportunidade, por conveniência, por limitação ou até por esquecimento, os contratos acabam sendo, em alguma medida, incompletos³²⁵.

Para Monteiro (2010, p. 68), a incompletude é própria do contrato de concessão³²⁶, e contratos com essa característica normalmente importam a necessidade de serem feitas

³²⁴ Para Cateb e Gallo (2007, p. 2), “contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro. Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação”. No mesmo sentido, Nóbrega (2022, p. 01).

³²⁵ Para Nóbrega (2022, p. 02), “talvez seja mais adequado elaborar um contrato incompleto considerando um ambiente econômico e jurídico repleto de imperfeições e incertezas bem como o custo de extensas negociações contratuais, determinando a busca pela completude contratual excessivamente onerosa.”

³²⁶ No mesmo sentido, Bockmann (2014, p. 511-515) afirma que “contratos de longo prazo são essencialmente incompletos”. Para o autor, “para ser estável e perene, é necessário ser mutável (...) a contratação pública dos

adaptações e de se permitir algum grau de flexibilidade durante sua vigência, para que possam se acomodar às mudanças ocorridas ao longo do tempo. Também para Garcia (2022, p. 100-105) os contratos públicos de longa duração, em especial os de concessão, não teriam a capacidade de exaurimento ou de regulação absoluta de todos os seus aspectos. Para o autor, mesmo que “o projeto concessional tenha sido estruturado a partir de premissas técnicas, econômicas, financeiras, regulatórias e jurídicas adequadas e tenha sido fruto de um planejamento condizente com a complexidade de operações desta natureza”, ou seja, mesmo que a regulação por contrato tenha sido eficiente na gestão positiva dos riscos, não será possível blindar esses contratos dos acontecimentos externos e incertezas que decorrem da sua duradoura execução. Assim, “quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos que não puderam ser cumpridos na regulação *ex ante* do contrato de concessão, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações *ex post*”³²⁷.

Dessa forma, para Garcia (2021, p. 103-105) a incompletude conferiria às partes (concedente e concessionário) maior liberdade para definir, sempre com observância do quadro jurídico-normativo e das disposições e critérios estabelecidos no contrato, a solução mais adequada para uma integração “eficiente, racional e consensual do inacabamento contratual”, proporcionando, mesmo no âmbito de um contrato público, “a capacidade de negociar, reformular, acordar e transigir, ponderando e sopesando interesses com a máxima transparência e motivação no processo de formação da vontade do agente público”. Ressalta o autor que o preenchimento das lacunas e inacabamentos a partir de decisões conjuntas e consensuais das partes estará, obrigatoriamente, funcionalizando o atendimento do interesse público. A mutabilidade deverá sempre estar conectada à finalidade de concretizar o interesse público sob pena de perder o “seu fundamento axiológico de validade e legitimidade”³²⁸.

nostros dias exige a convivência aberta com o novo, a sensibilidade técnica quanto à necessidade de mutação jurídica, a rapidez nas soluções e a certeza de sua precariedade”.

³²⁷ Esclarece Garcia (2021, p. 103) que “parece ser mais correto afirmar que os contratos de concessão contêm elementos de incompletude. Não são os contratos de concessão integralmente incompletos. Se o fossem, não cumpririam as suas finalidades públicas. Afinal, tudo aquilo que for objeto de alocação de risco *ex ante* tem por objetivo primordial preencher lacunas e estabelecer uma racional e vinculativa divisão dos encargos acerca dos eventos futuros que poderão acometer as partes durante a execução do contrato”.

³²⁸ Nessa linha, também a teoria dos contratos relacionais teria aplicabilidade aos contratos de concessão. Para Garcia (2021, p. 112): “A interdependência e cooperação – características intrínsecas dos contratos relacionais – apresentam-se com enorme nitidez os contratos de concessão, pois, como exposto anteriormente, a construção dialógica, participativa e colaborativa no momento da estruturação do projeto concessional, bem como sua dimensão multilateral, alcançando a esfera jurídica de terceiros que se encontram, direta ou indiretamente, conectados por meio de uma sofisticada rede coligada de contratos, criam laços e estímulos para condutas e ações

Mas, como bem ressalta Monteiro (2010, p. 68), ainda que o contrato preveja procedimentos e ambientes próprios para o diálogo, eventual conflito entre o interesse público e o interesse privado pode restar insuperável. Para Garcia (2017, p. 455-456) é possível identificar, nas agências reguladoras, “uma função integrativa dos inacabamentos contratuais”. As agências reguladoras possuiriam funções sistêmicas, harmonizadoras e dotadas de neutralidade, assim como poderes normativos e administrativos funcionalizados para incentivar e induzir comportamentos que confluem para o atendimento do interesse público, de forma que deverão, além de fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes, atuar para integrar o contrato, naturalmente incompleto³²⁹. Não obstante, ressalta o autor que todas as funções regulatórias da agência (informativas, fiscalizadoras, negociadoras, normativas, gerenciais, arbitradoras e sancionadoras), remanescem na sua tarefa de regular o contrato, mas são conformadas e limitadas a partir das escolhas regulatórias que foram inicialmente tomadas pela entidade federativa titular do serviço ou da infraestrutura³³⁰.

Também para Marques (2015, p. 203) o contrato de concessão não elide a necessidade de existência de ente regulador autônomo, que exerça a função regulatória com isenção em relação a todos os interesses enredados no serviço concedido. O ente de regulação (agência, ente autônomo ou mesmo órgão da administração direta) deve agir dentro dos quadrantes do contrato de concessão comum, o qual deve inclusive conter os parâmetros e os procedimentos

convergentes, não adversariais”. No mesmo sentido, Marques (2015, p. 151): “É certo que a concessão-delegação é um contrato de longa duração, dada a incompatibilidade entre o ajuste concessório e os prazos exíguos. Porém, independentemente do prazo da concessão, é fácil verificar que nesses contratos os elementos centrais não são estáticos ou facilmente previsíveis. Seu objeto não é uma prestação que se exaure num determinado instante, mediante o cumprimento de obrigação de troca isolada, mas um plexo de obrigações que se desenvolve ao longo de um tempo razoável, inclusive modificando-se para se adaptar às necessidades cambiantes surgidas nesse interregno. Por fim, subjaz às concessões-delegação um forte conteúdo de parceria institucional, por meio da qual as partes principais (público e privado) firmam um plexo de procedimentos para, ao longo do tempo, gerenciar as circunstâncias de oferta e exploração da utilidade pública, em torno da qual se relacionam vários outros agentes, partícipes indiretos (ou secundários) do contrato.”

³²⁹ Para Justen Filho (2023, p. 460), durante a execução do contrato é necessário completar e alterar as regras originalmente previstas, e isso envolve uma atuação permanente de fiscalização quanto ao desempenho do concessionário, a identificação de inovações necessárias e outras providências de acompanhamento. “Esse conjunto de competências está compreendido no conceito de regulação, que se configura como uma função estatal específica”. Para Baptista (2017, p. 295): “A persistência de poderes regulatórios externos ao contrato mostra-se particularmente relevante na modelagem das concessões de infraestrutura, aí incluídas as de produção e exploração de óleo e gás. É que a longa duração e a incompletude típicas destes contratos fazem surgir a necessidade de serem complementados por regulação estatal. Em especial, as incertezas que envolvem um contrato de exploração e produção de petróleo contribuem para justificar o exercício de um poder regulatório externo à avença.”

³³⁰ Conforme já visto, a “entidade federativa titular do serviço ou da infraestrutura” muitas vezes, é a própria agência, que, ao regular por contrato, restringe o âmbito da sua própria discricionariedade.

para negociação e composição, ao longo da concessão, dos diversos interesses enredados na delegação. O contrato limita a discricionariedade do regulador, e estabelece parâmetros materiais e procedimentais para exercício de suas competências para regular a concessão. “Daí entender que, longe de ser antípoda à regulação independente, o contrato de concessão como instrumento de regulação é fundamental para o aperfeiçoamento da atividade do regulador” (MARQUES, 2015, p. 368).

Garcia (2021, p. 124-129) ressalta, ainda, que a função integrativa das agências no sentido de complementar os contratos de concessão pode se materializar de diversas formas. A necessidade de integração pode, por exemplo, decorrer de uma lacuna contratual, “em que as partes propositadamente tenham compreendido que a melhor decisão será aquela que considere o contexto da ocorrência do evento ou, mesmo, que seria excessivamente custoso precificar soluções *ex ante*”, ou seja, da opção contratual por uma gestão *ex post* do risco. Essa situação corresponderia à existência “de um proposital espaço de discricionariedade – aberto no contrato de concessão – que confira, no sistema de dupla regulação, uma margem para livre apreciação e decisão, conforme as circunstâncias práticas que venham a se apresentar”. Nesse caso, na visão do autor “o contrato de concessão não precisa explicitar que aquele espaço deverá ser preenchido pela agência, visto que a competência da atuação desse ente decorre de lei, e não do contrato”.

Garcia (2021, p. 124-129) indica, ainda, que a necessidade de integração poderia decorrer também “da utilização de conceitos jurídicos indeterminados na formulação do contrato de concessão”. Por fim, o autor indica a possibilidade de “um completamento do contrato de concessão que seja operado com base em uma perspectiva evolutiva e de uma certa curva de aprendizado, segundo os termos e condições inicialmente pactuados”, já que, diante de transformações econômicas, financeiras, sociais e tecnológicas, poderia a agência promover a releitura e a reinterpretção do contrato, sempre com o devido reequilíbrio econômico-financeiro³³¹. Haveria assim uma “função de completude interpretativa e integrativa da

³³¹ Para Garcia (2021, p. 126-127): “Assim, por exemplo, o conceito de segurança ou, mesmo as tecnologias utilizadas para executar o contrato de concessão poderão se modificar com bastante intensidade em ajustes duradouros. Em situações tais caberá à agência, no exercício da sua regulação *ex post*, impor novos mecanismos que aprimorem a segurança dos usuários ou que promovam a adequação da execução do objeto às tecnologias mais avançadas. Ao impor novos investimentos para atualizar os conceitos de segurança ou que envolvam modernizar o modo de execução às tecnologias mais atuais a agência promove um completamento do contrato – fruto da sua releitura – à luz das novas condições que se apresentam no mundo real, afastando a ideia de que o contrato é estático, rígido e inflexível. (...) No exemplo acima cogitado, o incremento dos parâmetros de segurança ou da tecnologia a ser utilizada – adequando o contrato à realidade presente – deverá, obrigatoriamente, vir

agência”, sempre conformada pelas escolhas regulatórias realizadas no domínio do contrato e dos demais marcos regulatórios e legais antecedentes. Ressalta o autor que o regulador tem uma perspectiva finalística que leva em consideração as repercussões sistêmicas das suas decisões no setor, “o que implica regular não só retrospectivamente mas prospectivamente, considerando eventuais impactos daquela decisão em outros contratos ou, mesmo, em outros setores regulados”. À agência cabe uma “avaliação regulatória-contratual com espectro mais amplo”, e não apenas uma interpretação ou integração isolada para uma determinada situação contratual específica³³².

Assim, o contrato de concessão de serviço público é, geralmente, incompleto, não sendo possível, no momento da pactuação de seus termos, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, identificar e partilhar todos os riscos que possam interferir na sua execução, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a sua economia. Quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações *ex post* pelas agências reguladoras. A atuação das agências, não obstante, é conformada e limitada ao que foi pactuado no contrato.

acompanhado das medidas concretas que reequilibrem o contrato de concessão, sob pena de expropriarem os legítimos direitos do contratado. Enfim, as agências podem atuar de forma decisiva para exercer uma função integrativa, harmônica, equidistante e equilibrada, objetivando compor os distintos interesses das partes na operacionalização da mutabilidade e no preenchimento das naturais incompletudes dos contratos de concessão. Caberá à agência moldar a nova realidade que venha a se apresentar a partir das superveniências fáticas que se desenhem. Negar essa atribuição seria considerar, nos setores duplamente regulados, a agência como uma estrutura orgânica criada apenas para fiscalizar o contrato, o que configuraria uma visão excessivamente reducionista”.

³³² Para Garcia (2021, p. 129-130), isso tornaria a função integrativa da regulação por contrato sensivelmente diferente da função exercida pelo judiciário ou por um tribunal arbitral, já que, nesses casos, a completude da lacuna contratual “tem escopo mais reduzido e se circunscreve à solução pontual do evento ensejador do conflito, promovendo a justiça no caso concreto”. Complementa afirmando que “não há dúvida de que a via arbitral ou mesmo a via judicial se constituem, igualmente, em legítimas opções para o preenchimento daquelas incompletudes contratuais que as partes, consensualmente, não obtiveram êxito em solucionar. Mas os métodos e os propósitos das vias arbitral e judicial são distintos da via regulatória exercida pela agência.”

3. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Arbitrabilidade das disputas relacionadas às cláusulas regulamentares e às “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo

Conforme visto no Capítulo 1 (item 1.3), há atualmente duas correntes doutrinárias mais relevantes, que buscam estabelecer um critério de arbitrabilidade objetiva para litígios envolvendo a administração pública. A primeira se baseia na dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão”. A segunda identifica a arbitrabilidade objetiva com as matérias contratualizáveis. O que distingue uma e outra corrente é, na realidade, o que se entende por contrato administrativo. Em outras palavras, para a definição da arbitrabilidade de controvérsias decorrentes de contratos administrativos, é necessário definir as matérias contratualizáveis no âmbito do direito público. Não à toa é que foi desenvolvida a análise apresentada no Capítulo 2, sobre o regime jurídico do contrato administrativo, mais notadamente do contrato de concessão de serviços públicos, usualmente identificado como um contrato cujo objeto é mais “tipicamente público”.

A primeira corrente doutrinária, que se baseia na dicotomia entre os “atos de império” e os “atos de gestão”, analisada no item 1.3.2, acaba por restringir o alcance da arbitrabilidade objetiva. Isso porque tem como base entendimentos doutrinários que vislumbram, seja nas cláusulas regulamentares, seja nas “cláusulas exorbitantes” dos contratos de concessão de serviços públicos, uma natureza jurídica de potestade pública, não contratual, conforme visto no Capítulo 2 (itens 2.3 e 2.4). Como resultado, sendo arbitráveis apenas controvérsias decorrentes dos “atos de gestão”, não seriam arbitráveis controvérsias decorrentes das cláusulas regulamentares e das “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos, que corresponderiam a “atos de império”. A arbitrabilidade ficaria restrita, portando, às questões relacionadas às cláusulas financeiras, as únicas que, no contexto de um contrato administrativo, possuiriam natureza efetivamente contratual (conforme visto no item 2.6), e aos efeitos patrimoniais decorrentes do exercício de direitos indisponíveis, ou seja, aos efeitos patrimoniais decorrentes da prática dos “atos de império”.

A segunda corrente doutrinária, que declara que a arbitrabilidade objetiva se identifica com as matérias contratualizáveis, analisada no item 1.3.3, segue lógica oposta. Partindo da premissa de que a administração pública não pratica “atos de império” no âmbito de uma relação contratual, mas tão somente “atos de gestão”, atribui natureza contratual não apenas às

cláusulas financeiras do contrato administrativo, mas também às suas cláusulas regulamentares e “cláusulas exorbitantes”. É isso que leva à afirmação no sentido de que, se uma prerrogativa for aplicável ao particular porque ele firmou um contrato com a administração pública, a questão estará coberta pela arbitrabilidade objetiva. De fato, uma parte significativa da doutrina aponta não apenas no sentido da natureza contratual das cláusulas regulamentares e “exorbitantes” do contrato administrativo (itens 2.3 e 2.4), mas destaca, ainda, a função do contrato administrativo como um importantíssimo instrumento voltado para uma atuação administrativa mais eficiente e vocacionada a atender as necessidades da sociedade contemporânea, por meio do qual a administração pública age em prol da segurança jurídica (item 2.7).

Como já foi afirmado no Capítulo 1 (itens 1.3.2 e 1.3.3), ambos os critérios de arbitrabilidade objetiva acima mencionados merecem ser revisitados à vista da evolução legislativa, teórica e prática das matérias relativas ao contrato administrativo e à utilização da arbitragem como meio de solução de controvérsias no contexto do direito público. Foi ressaltado que, enquanto a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” como critério de arbitrabilidade objetiva mostra-se incapaz de garantir uma prestação jurisdicional efetiva, o critério que apresenta como arbitráveis as matérias contratualizáveis apresenta um risco de alargamento excessivo da arbitrabilidade. O que se propõe no presente trabalho é a releitura de alguns entendimentos, como aqueles que envolvem as cláusulas regulamentares e as “cláusulas exorbitantes” do contrato administrativo, levando em conta as novidades legislativas apresentadas pela Lei nº 14.133, de 2021.

O art. 151 do referido diploma legal (apresentado no item 1.1.2.3), passou a autorizar a utilização de “meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”, nas contratações por ela regidas. O parágrafo único do referido artigo, por sua vez, declara expressamente que a utilização dos meios alternativos é possível em relação “às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis”, como: (i) as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e (iii) ao cálculo de indenizações.

Por meio da apresentação desse pequeno rol exemplificativo, o legislador esclareceu dúvidas relevantes a respeito da arbitrabilidade dos litígios envolvendo a administração pública. Destaca-se, nessa oportunidade, a declaração, pelo legislador, da arbitrabilidade das

controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”. À primeira vista essa regra pode não parecer tão relevante, visto que normalmente se associa a arbitrabilidade às matérias contratualizáveis, como já visto. Não obstante, ela possui o poder de indicar um caminho mais lógico e mais seguro para a determinação dos limites da arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública, como será demonstrado nos próximos itens.

3.1.1 Posicionamento da doutrina a respeito da inarbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares e “exorbitantes”

Antes de realizar a releitura proposta, é importante registrar as declarações doutrinárias a respeito, especificamente, da inarbitrabilidade das controvérsias que envolvam as cláusulas regulamentares e as “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos. Atualmente essa corrente possui mais apoiadores. A consolidação da arbitragem como meio alternativo de resolução de conflitos com a administração pública passou por um longo processo até encontrar seu amadurecimento. Não é de se espantar, portanto, que os primeiros entendimentos a respeito da arbitrabilidade objetiva tenham buscado se adequar a visões mais conservadoras da teoria dos contratos administrativos.

Para Bandeira de Mello (2006), não seria aceitável que contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos sejam submetidas a arbitragem, já que tudo que diz respeito ao serviço público (“condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos”) seria indisponível por envolver “interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo”. Para o autor, permitir “que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve”.

Note-se, ainda, que para Bandeira de Mello (2021, p. 910-911), manifestando opinião minoritária, seria desacertada, inclusive, “a assertiva segundo a qual é disponível o efeito patrimonial decorrente do exercício de direitos indisponíveis”. Destaca, também, que não parece correto “assinalar a indisponibilidade do dever-poder de sancionar e, reversamente, sustentar a disponibilidade para resolver, por meio de arbitragem, a contenda havida em razão da magnitude da multa aplicada”, pois “intrinsecamente ao dever-poder de sancionar está

contida a competência pública para mensurar a sanção pecuniária aplicada”. Tratar-se-ia de competências que guardam entre si “uma vinculação umbilical indissociável, atrativa da incidência do regime jurídico de direito público”³³³.

Conclui, dessa forma, o autor, que nos contratos administrativos “a parte contratual é apenas a que pode ser objeto de pacto e foi pactuada, a saber: a parte econômica convencionada”, logo “é precisamente nesta parte que, em tese, poderá haver arbitragem”. Ou seja, “apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem. E nada mais além disso”.

Também para Di Pietro (2021), as “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos neles constam por determinação legal, correspondendo a prerrogativas legais que independem de previsão contratual, uma vez que são protetivas do interesse público. Na visão da autora, essas cláusulas corresponderiam a direitos indisponíveis da administração pública que não podem ser renunciados, alienados ou transferidos, ou seja, não dizem respeito a direitos patrimoniais disponíveis, não podendo ser objeto de arbitragem. Por outro lado, a autora reconhece a arbitrabilidade das cláusulas financeiras do contrato. Sobre a arbitrabilidade à luz da Lei nº 14.133, de 2021, declara a autora:

[...] os contratos administrativos contêm cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras. As primeiras referem-se ao próprio objeto do contrato, à forma de sua execução; elas decorrem do poder regulamentar da Administração Pública [...] correspondem às chamadas “cláusulas exorbitantes” ou cláusulas de prerrogativas. Mas as cláusulas financeiras, que dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato têm natureza tipicamente contratual. [...] Não pode um tribunal de arbitragem decidir sobre as prerrogativas previstas no artigo 58 da Lei n. 8666 e no artigo 104 da nova Lei de Licitações (alteração unilateral, rescisão unilateral, aplicação de penalidade etc). Mas pode decidir sobre os efeitos patrimoniais decorrentes do uso de prerrogativas próprias do poder público [...]. (DI PIETRO, 2021, p.1033)

Para Lemes (2003), “as disposições classificadas como regulamentares e atinentes à Administração, previstas no contrato, estariam fora da zona de direito disponível”, sendo, portanto, inarbitráveis³³⁴. Para Pinto (2004, p. 19), “as controvérsias relativas a ‘cláusulas

³³³ Para Bandeira de Mello (2021, p. 910-911): “caso procedesse o pensamento quanto à disponibilidade da projeção econômica relacionada à multa aplicada, a sentença arbitral poderia, por exemplo, vir a entender que o princípio da bagatela recomendaria que a penalidade imposta pela Administração fosse fixada em valor irrisório, o que seria inadmissível, por frustrar, reflexamente, a própria competência sancionatória”.

³³⁴ A despeito desse entendimento, Lemes (2007, p. 149) declara que: “na área do inadimplemento contratual, seja decorrente de não cumprimento do estabelecido no contrato, como, por exemplo, atraso no início da obra por fatores imputados ao contratante; como o decorrente da falta de pagamento; de responsabilidade civil; da

exorbitantes' não darão lugar à arbitragem por se caracterizarem como direitos indisponíveis, estando excluídas, portanto, do escopo da arbitrabilidade objetiva". Para Grotti (2017, p. 94) a estipulação de "cláusulas exorbitantes" nos contratos da administração pública não obsta a utilização da arbitragem, mas, nesses casos, "o árbitro decidirá sobre os efeitos patrimoniais oriundos da efetivação das referidas cláusulas".

Para Marolla (2016, p. 134), tanto as "cláusulas exorbitantes" quanto as regulamentares "veiculam poderes da Administração, necessários à consecução do interesse público, razão pela qual, em regra, não são passíveis de submissão ao juízo arbitral" correspondendo aos "atos de império". Para Megna (2019, p. 263), as "cláusulas exorbitantes", ainda que objeto de críticas doutrinárias, não são ilegais, e fazem parte do contrato com o qual consentiu o particular, de modo que não podem ser desprezadas³³⁵. Essas cláusulas encerrariam hipóteses nas quais a administração pública exerceria sua discricionariedade administrativa, estando seu conteúdo imune à modificação jurisdicional. Ao árbitro, assim como ao juiz, caberia apenas julgar sobre as repercussões patrimoniais daí decorrentes. Para Megna (2019, p. 233), não se pode admitir que a mera inclusão de cláusula arbitral desnature o contrato administrativo e afaste suas "cláusulas exorbitantes", já que estas decorrem de lei (logo, não podem ser afastadas por convenção)³³⁶.

interpretação quanto à abrangência do objeto do contrato; da interpretação do reajuste previsto no contrato; de declarar se um serviço foi cumprido segundo o estipulado no contrato para fins de multa contratual; são todas matérias que podem ser submetidas à arbitragem."

³³⁵ Borges, A. (2009, p. 21) declara que a flexibilização das "cláusulas exorbitantes", diante das novas tendências do direito administrativo consensual, tem ocorrido, mas sempre por lei, por exemplo, com a previsão legal da preservação do equilíbrio econômico-financeiro e adequada remuneração do contratado, se posicionando contrariamente à substituição dos aspectos vinculantes das "cláusulas exorbitantes" pela discricionariedade administrativa, pois, no seu entender "trata-se, em regra, de cláusulas que protegem o interesse público, alterando as condições previamente ajustadas à nova realidade fática, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados".

³³⁶ Tibúrcio (2018, p. 127) segue a mesma linha, afirmando que "seria indevida a instalação de um tribunal arbitral com o objetivo de disciplinar o exercício de competências estatais (e.g., regulatórias), definindo se e quando o Poder Público pode invocar seus poderes". Não obstante, ressalta a autora que nada impediria "que a questão relativa à licitude do exercício dessas competências seja discutida como fundamento jurídico de um pedido", sendo necessário "não confundir os objetos possíveis de uma arbitragem com limites à causa de pedir ou mesmo à fundamentação das sentenças arbitrais". Para Schiefler (2016), "quando o litígio versar sobre cláusula contratual que representa uma prerrogativa legal da Administração Pública, que deva constar no contrato por determinação de lei, mas que exista independentemente de sua previsão, então o conflito não poderá ser solucionado por arbitragem. As prerrogativas legais plenas da Administração Pública representam poderes-deveres que obrigatoriamente deverão ser observados pelos agentes públicos, independentemente de previsão contratual (embora, como regra, a lei determine que sejam registradas no contrato) e, nessa condição, essas prerrogativas, embora se qualifiquem como direitos, não constituem direitos patrimoniais disponíveis. Dito de outra forma, as prerrogativas protetivas do interesse público, que também são conhecidas como "cláusulas exorbitantes" e estão previstas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, formalizam, no contrato administrativo, direitos indisponíveis da

Para Andrade e Magalhães (2020) o árbitro apenas pode analisar de forma incidental a atuação administrativa, não estando autorizado a anular ou declarar a nulidade da conduta como objeto do pedido, mas, tão somente, a avaliar a existência ou a viabilidade ou não do aspecto patrimonial questionado na arbitragem. Não seria possível admitir a atuação do árbitro para se inserir no exercício dos poderes da administração pública para substituir o juízo de valor operado, por exemplo, a respeito de critérios de oportunidade/conveniência de uma encampação ou para determinada alteração unilateral do contrato³³⁷.

Também para Sarra de Deus (2021, p. 16-45), há inúmeros atos da administração aos quais a lei atribuiu natureza de “atos de império”, tornando-os assim inarbitráveis, incluindo atos praticados no âmbito de relações contratuais. Para a autora, são “atos de império” aqueles que a administração pública pratica em condição de superioridade hierárquica, impondo-os com obrigatoriedade aos destinatários. “É o que ocorre, por exemplo, nas fiscalizações e aplicações de sanções em matéria de direito ambiental e urbanístico, assim como nas cláusulas regulamentares ou exorbitantes dos contratos administrativos”. Assim, seria permitido aos árbitros tão somente julgar os reflexos econômico-financeiros que esses atos eventualmente produzam sobre as relações jurídicas contratuais.

Administração Pública, que não podem ser renunciados, alienados ou transferidos por seus representantes e, por consequência, não podem ser objeto de arbitragem”.

³³⁷ Para Andrade e Magalhães (2020): “Assim, como indicado antes, a arbitragem tem por objeto a temática patrimonial, valorada monetariamente, e, por isso, permeada pela disponibilidade, mas, para avaliar a existência ou a viabilidade ou não do aspecto patrimonial questionado na arbitragem, o árbitro pode analisar, de forma incidental, a atuação administrativa, não para anular ou declarar a nulidade da conduta como objeto do pedido, mas, sim, para avaliar a subsistência ou não do aspecto patrimonial e tal temática poderia, depois, ser objeto de eventual discussão judicial, como prática ou não de improbidade administrativa ou sancionamento da conduta funcional do agente público responsável. Nem se argumente que, em tais hipóteses, estaria o árbitro a invadir a seara de exercício de poder ou da atuação estatal pautada por “cláusulas exorbitantes” pois, como visto, na esteira da melhor doutrina italiana, o poder foi exercido e se trata, agora, de avaliar sua adequação legal, adequação a exercício de poder vinculado, como é o caso do poder sancionador, de forma incidental, para decidir se subsiste ou não o aspecto patrimonial objeto da arbitragem. Com isso, o árbitro realiza o mesmo juízo de acerto que faria o juiz estatal para avaliar, do ponto de vista da adequação legal, a correção do ato administrativo, para avaliar a subsistência ou não dos seus aspectos patrimoniais, objeto do pedido. (...) O que não se poderia admitir na arbitragem seria a atuação do árbitro para se inserir no exercício dos poderes da Administração, na chamada reserva da administração, para substituir o juízo de valor operado pela Administração, por exemplo, a respeito de critérios de oportunidade/conveniência de uma encampação ou para determinada alteração unilateral do contrato, para ampliar a área de atuação da concessionária; mas, em ambos os cenários, poder-se-ia enviar para a arbitragem os aspectos ou efeitos patrimoniais, como valor da indenização em um caso, e do reequilíbrio, no outro. E nessas duas hipóteses se poderia admitir ao árbitro sindicat, *incidenter tantum*, a legalidade da encampação ou da alteração unilateral do contrato, exclusivamente para decidir o pedido de indenizações devidas, aspecto patrimonial que se poderia colocar como objeto da arbitragem.”

Uma leitura apressada da Lei nº 14.133, de 2021, poderia inclusive, reforçar os entendimentos doutrinários apresentados acima. A análise de dispositivos como o art. 104 (antigo artigo 58, da Lei nº 8.666, de 1993)³³⁸, o art. 124 (antigo artigo 65, da Lei nº 8.666, de 1993)³³⁹ e o art. 138 (antigos artigos 78, 79, 80, da Lei nº 8.666, de 1993)³⁴⁰, somadas a noções que permeiam o direito administrativo, como as ideias de supremacia e da indisponibilidade do interesse público, poderia levar a crer que o legislador distinguiu as situações em que é admitido acordo entre as partes – situações, portanto, supostamente revestidas de disponibilidade e, assim, arbitráveis – das situações em que haveria o exercício de prerrogativas da administração pública, e, assim, ausência de disponibilidade e, conseqüentemente, impossibilidade do uso da arbitragem.

Mas essa não é a interpretação mais adequada da lei. Conforme Medauar (2017, p. 380), os “princípios” da supremacia e da indisponibilidade do interesse público são “noções evanescentes, imprecisas e de viés autoritário, insuscetíveis de permear e caracterizar a grande riqueza que o Direito Administrativo ostenta, e noções de plena dissonância à fulgurante ascensão e consciência dos direitos fundamentais agora reinantes”³⁴¹. Além disso, essa visão não se sustenta considerando o quanto já disposto no item 1.2.3 (no qual foram apresentadas as diferenças entre o instituto da transação e da arbitragem), e principalmente à luz do quanto disposto no art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que declara a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”. Como será explicado, a arbitrabilidade objetiva dos litígios envolvendo a administração pública deve ser analisada à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário.

³³⁸ Enquanto o caput do art. 104 da Lei nº 14.133, de 2021, prevê as prerrogativas da administração, o §1º do art. 104 declara que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

³³⁹ O inciso I do art. 124 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõe sobre as situações em que os contratos poderão ser alterados unilateralmente pela Administração Pública, enquanto o inciso II declara as hipóteses em que os contratos poderão ser alterados por acordo entre as partes.

³⁴⁰ Ao dispor sobre a extinção do contrato, declara que esta poderá ser determinada por ato unilateral e escrito da Administração (inciso I), consensual (inciso II) ou determinada por decisão arbitral ou por decisão judicial (inciso III).

³⁴¹ Para a autora (2017, p. 371): “Ante as transformações advindas nos temas clássicos do Direito Administrativo e a ascensão de novos temas a partir dos fins dos anos 80 do século XX, em especial os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, a consensualidade (incluindo meios consensuais de solução de conflitos) a governança, além do foco direcionado ao cidadão (e não ao poder), mostra-se notório ser inviável cogitar-se da supremacia do interesse público, por incompatibilidade às novas e contemporâneas feições deste ramo jurídico e, no Brasil, também por fugir aos parâmetros da Constituição de 1998”.

3.1.2 Arbitrabilidade objetiva sob a perspectiva do direito administrativo consensual contemporâneo

3.1.2.1 Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares

Conforme já mencionado no Capítulo 2 (item 2.3), nos termos do regime tradicional da concessão de serviço público, as cláusulas regulamentares constituem o regulamento do serviço público tal como, no entender da administração pública concedente, deve ser prestado. Diante do regime da concessão de serviço público, que reserva para a administração pública a titularidade do serviço, e da prerrogativa de fixar suas normas, parte significativa da doutrina declara que as cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviço público não teriam natureza contratual, do que decorreria a inarbitrabilidade das controvérsias delas decorrentes

Ocorre que a negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato parece ser resultado de um apego injustificado à ideia de que a administração pública deve agir sempre em posição de superioridade em relação ao particular, impondo condutas por meio de atos administrativos unilaterais³⁴², tendo como justificativa adicional, no caso específico da concessão de serviço público, a titularidade do serviço declarada constitucionalmente. Essa visão não é condizente seja com o arcabouço legislativo atual, seja com a necessidade de adequação do direito administrativo à realidade e necessidades contemporâneas. E, ainda, tampouco é necessária para que se garanta à administração pública ferramentas para que assegure a adequada prestação do serviço público de que é titular e, conseqüentemente, a consecução do interesse público.

³⁴² Para Medauar (2017, p. 250): “A elaboração da teoria do ato administrativo emergiu da concepção de separação de poderes e do advento do Estado de direito. A Administração executa a lei por meio de atos tipificados para essa atuação: os atos administrativos, cuja disciplina enquadra a atuação da autoridade a parâmetros legais, assegurando o respeito aos direitos subjetivos dos particulares (...). O ato administrativo, assim, apresentou-se como afirmação do momento de autoridade; porque executa a lei, incide unilateral e imediatamente sobre situações subjetivas de particulares, inclusive sobre direitos fundamentais (autoexecutoriedade, imperatividade). Daí também ser considerado como intrinsecamente legal e por isso justo (presunção de legalidade e de legitimidade)”. Não obstante, ressalta a autora (2017, p. 252) que “o ato administrativo deixou de ser o foco predominante do direito administrativo. Alguns fatores provocaram essa mudança. Vem ocorrendo a subtração de muitas áreas à atividade administrativa unilateral, com a criação de entidades personalizadas regidas pelo direito privado, com a tecnização da atividade administrativa e com o uso de meios contratuais. (...) Assim, além dos atos decorrentes do exercício de poderes imperativos, a Administração emite outras espécies de atos, resultantes de consenso, acordo, negociação, e decorrentes da própria vontade dos administrados”. Conclui a autora (2017, p. 252), que o ato administrativo deixa de ser “noção fulcral” do direito administrativo, em decorrência, entre outros, da significativa expansão dos instrumentos contratuais na administração: “embora o ato administrativo seja relevante, seus dois principais “concorrentes” o processo administrativo e o contrato administrativo também passaram à posição de protagonistas”.

O uso do instrumento contratual para a regulamentação do serviço público em nada afeta a titularidade do serviço ou a efetiva garantia do atendimento do interesse público. Ao contrário. O contrato é um instrumento mais adequado no contexto do direito público contemporâneo do que o ato administrativo emanado unilateralmente pela administração pública e reflete uma forma de atuação mais moderna e condizente com a efetivação do próprio interesse público, diante de uma sociedade dinâmica e extremamente complexa. E isso principalmente em situações em que a administração pública necessita atingir determinadas metas e objetivos que, por si só, não é capaz de alcançar. A colaboração de parceiros privados com a administração pública é imprescindível para o atingimento dessas metas. Sem essa colaboração, a própria consecução do interesse público seria prejudicada. Não à toa, a própria Constituição Federal reconhece essa situação e autoriza, expressamente, a prestação de serviços públicos por meio de contrato.

Para Estorninho (1990, p. 60), se a via autoritária era adaptada a uma sociedade onde o nível cultural era baixo, nos dias de hoje, a Administração não pode agir se não conseguir convencer. Para a autora torna-se “mais fácil administrar com a adesão do administrado, do que contra a sua vontade”, sendo “preferível ter o particular como participante (quase co-autor) do que como destinatário ou subordinado”. A autora afirma que isto vai “de encontro às preferências do administrado que hoje pretende ser ouvido e participar nas decisões administrativas.”

Para Roppo (2009, p. 346), a “afirmação do modelo convencional em lugar dos instrumentos de imposição unilateral, assinala um processo rico de potencialidades positivas”. Segundo o autor, a procura e a promoção do consenso dos administrados significam desenvolvimento de sua ativa e consciente participação, “na qual, por sua vez, se encontra um pressuposto de democracia e, ao mesmo tempo de eficiência do procedimento administrativo”. Neste sentido, o contrato apresenta-se “como símbolo e suporte de um novo e mais avançado modelo de relação entre autoridade e liberdade”.

Conforme Otero (2003, p. 838), alternam-se as formas unilaterais e as formas bilaterais de exercício da atividade administrativa, sendo possível encontrar na Constituição um fundamento justificativo da tendência para contratualização das decisões administrativas. Para o autor, a contratualização “consubstancia um aprofundamento da democracia participativa, fazendo dos particulares colaboradores da Administração na busca de uma melhor prossecução

do interesse público”, elevando o “particular à categoria de parceiro da Administração na celebração de contrato administrativo”.

Para Valle (2011, p. 12), se “a era da Administração jungida à legalidade estrita, nos termos do que se afirmava anteriormente à constituição cidadã, repudiava a ideia de conduta distinta daquela literalmente preceituada” o direito administrativo “da pós-modernidade, regido pela juridicidade, revela-se particularmente sensível à formação do consenso como alternativa quando menos igualmente legítima àquela das relações verticais.” Para Guimarães (2003, p. 195), a administração pública “do Estado Pós-Social prima por formas concertadas de ação”, multiplicando-se “formas de atuação em evidente desapego pela via autoritária e unilateral”.

Para Moreira Neto (2017, p. 548-562), a postura, “velha de mais de dois séculos, erguida sobre a tríade supremacia, imposição e unilateralidade”, antes reputadas como atributos permanentes e inafastáveis da administração pública em suas relações com os administrados, “vem cedendo paulatinamente espaço à consensualidade e à negociação, pois que se vêm mostrando como qualidades muito mais eficientes para a satisfação dos interesses públicos”. Para o autor, “a passagem de uma viciosa relação de supremacia a uma virtuosa relação de ponderação marca fortemente o atual estágio evolutivo dessa interação, cada vez mais intensa, entre cidadão e Estado, pondo em crescente evidência a exclusiva missão instrumental que a este cabe”³⁴³.

Assim, e conforme demonstrado também no Capítulo 2 (item 2.7.3), os contratos de concessão de serviço público são atualmente importantes instrumentos estabilizadores de decisões e escolhas regulatórias, conferindo maior segurança às relações público-privadas e efetividade na persecução do interesse público. Seu conteúdo define e cristaliza políticas públicas de longo prazo, sendo essenciais para a consecução do interesse público. Na medida

³⁴³ Também para Medauar (2017, p. 355), “o interesse público, em inúmeras situações, se cumpre de modo mais eficiente, ágil, sem questionamentos, mediante a obtenção de consenso, a celebração de acordos. E ainda: as práticas consensuais geram, nos cidadãos, a sensação de confiabilidade, credibilidade e boa fé na Administração e levam à adesão às medidas projetadas”. Para Salles (2011, p. 129): “A consideração contextualizada do interesse público abre espaço para negociação e para a solução consensual de controvérsias, compondo interesses públicos e particulares. Com efeito, considerando o interesse público no contexto de objetivos normativos específicos, é necessário admitir a existência de uma gama de possibilidades lícitas e viáveis de seu atingimento. Com isso, é possível, mesmo sem dispor do “interesse público”, negociar quanto à maneira de atingi-lo em um determinado contexto”. Para Oliveira e Schwanka (2009): “Com a ascensão de fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública, emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração. Assim, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica, avessa à utilização de mecanismos comunicacionais internos e externos à organização administrativa.

em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras e diminuir o impacto que a discricionariedade regulatória pode ter para os regulados. O compromisso estabilizado a partir do vínculo contratual corresponde a parcela significativa da função regulatória estatal e condiciona a regulação futura a ser exercida, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais para a atuação futura da administração pública.

Ainda que a doutrina ordinariamente se refira a essa forma de atuação da administração pública como exercício de regulação por contrato, trata-se de modelo assente no consenso, pautado numa tomada de decisões horizontal, e não numa hierarquia verticalizada. Não se pode esquecer que o regulamento vincula a administração pública e, também, o contratado, na medida em que este concorda com o conteúdo do contrato. Para Guimarães (2003, p. 168), após concluído o contrato “opera-se uma espécie de preclusão para a Administração, limitando sua competência de rever os termos da contratação firmada”. Também para Roppo (2009, p. 128), o contrato “tem a sua fonte na vontade concordante das partes”, não sendo “admissível que uma delas possa subtrair-se aos seus comandos, através de uma unilateral e arbitrária manifestação de vontade própria”³⁴⁴. A contratualização da atividade administrativa indica, assim, uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa.

A declaração, pelo legislador, da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes” nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, reforça o entendimento acima. Por meio do referido dispositivo legal, o legislador parece reconhecer a natureza contratual das cláusulas regulamentares de um contrato administrativo.

³⁴⁴ Também Grau, diante de caso concreto, se manifestou no seguinte sentido a respeito da vinculação da administração pública ao quanto contratado: “A administração optou por contratar a prorrogação da concessão, quando e se observadas condições estabelecidas em contrato. Não estava vinculada pelo dever de fazê-lo. Como anotei no item 11, acima, o § 2º do artigo 4º da Lei 9.074/95 autoriza a prorrogação de concessões de geração de energia elétrica, a critério do Poder Concedente. Sucede que a Administração, valendo-se de autorização legal, na celebração do Contrato de Concessão 007/97 exercitou faculdade discricionária que lhe fora conferida pela Lei 9.074/95, resultando destarte vinculada não pela lei, porém pelo que contratou. Resultou vinculada por dever de cumprir obrigação de prorrogar as concessões, desde que atendidos os requisitos convencionados nas subcláusulas primeira, segunda e terceira da cláusula quarta do contrato. Daí o direito adquirido, da Cemig, à prorrogação de concessões e, por consequência, a impossibilidade jurídica de inovação na equação [=equilíbrio] econômico-financeira do contrato. Isso é nítido como a luz solar passando através de um cristal bem polido”. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2017/08/eros-.pdf>>. Acesso em: 25 mai. 2023.

Explica-se. Se o legislador tivesse seguido a linha doutrinária que defende que as cláusulas regulamentares decorreriam de um poder de império, unilateral, da administração pública, de ditar as normas do serviço concedido, e que apenas as cláusulas financeiras relativas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato constituiriam o núcleo “verdadeiramente contratual” do contrato administrativo, não teria previsto expressamente a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes do “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, ao lado da arbitrabilidade das “questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Em outras palavras, se o entendimento do legislador fosse no sentido de que apenas as cláusulas financeiras do contrato administrativo possuem natureza contratual, teria enunciado, tão somente, a arbitrabilidade dos conflitos relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, e não a arbitrabilidade de questões relacionadas ao inadimplemento das obrigações contratuais assumidas pelas partes.

Assim é que, para Bockmann (2022, p. 89), não obstante parte do conteúdo do contrato de concessão ser predefinido em normas legais, o conteúdo de tais cláusulas é negociável e quem definirá o efetivo conteúdo desses direitos, garantias e obrigações serão as partes contratantes, tratando-se, portanto, “de direitos disponíveis – inclusive, passíveis de serem submetidos a negociações, mediações e arbitragens em caso de futuros conflitos”³⁴⁵.

³⁴⁵ O autor exemplifica: “Pense-se no inciso V do mencionado artigo 23, exigente de cláusula que trate dos “direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações”. Quem definirá o efetivo conteúdo desses direitos, garantias e obrigações serão as partes contratantes, do alto da disponibilidade de seus interesses.” Também Marolla (2016, p. 142) reconhece a existência de consensualidade nos contratos e que isso impacta diretamente a arbitrabilidade objetiva dos conflitos: “O ponto central a determinar a possibilidade de utilização da arbitragem nos casos de questões técnicas nos contratos de parceria público-privada e, em alguns casos no de concessão comum, está na maior consensualidade existente nesta espécie de contrato administrativo; a solução final depende da conjunção da finalidade preestabelecida pela administração aliada aos meios escolhidos e utilizados pelo contratado. Assim, embora seja comum se afirmar que a transação, o acordo e a negociação entre a Administração Pública e particulares interessados decorrem do poder discricionário conferido pela lei para que o administrador, ante o caso concreto, possa buscar uma solução que, além de satisfazer a finalidade pública, beneficie todos os envolvidos, nesses casos não é a discricionariedade que determina o âmbito material da arbitragem, mas a possibilidade de a Administração Pública agir de maneira consensual. Dito de outro modo, os contratos administrativos, nos termos de suas leis de regência, admitem um maior ou menor grau de consensualidade entre a Administração Pública e o particular. Na esfera de consensualidade, que deverá ser analisada caso a caso, a partir das disposições de cada cláusula contratual, a arbitragem é cabível (...) a consensualidade é, desta forma, outro critério para verificação da disponibilidade de conflitos envolvendo a Administração Pública, particularmente nos contratos de concessão comum e de parceria público-privada, que admitem, nos termos da lei, modelagens que visam a definição dos indicadores de resultado a serem obtidos pelo concessionário, permitindo-lhe liberdade quanto aos meios (soluções técnicas ou de engenharia) para a execução do serviço.”

Dessa forma, necessário reconhecer que as cláusulas regulamentares do contrato administrativo possuem, sim, natureza contratual, e as controvérsias relacionadas ao seu inadimplemento por quaisquer das partes são arbitráveis. Em outras palavras, poderão os árbitros, diante das alegações de uma das partes a respeito de inadimplementos perpetrados pela outra, analisar e interpretar o conteúdo do contrato que contém convenção de arbitragem, ainda que se trate de conteúdo relacionado ao “regulamento” do serviço, e verificar se houve, ou não, o alegado inadimplemento e determinar a adoção de eventuais providências pela parte faltosa, seja ela a parte privada, seja ela a administração pública, nos termos do quanto estabelecido no próprio contrato e na legislação aplicável.

Note-se que, obviamente, declarar a arbitrabilidade dos conflitos decorrentes das cláusulas regulamentares dos contratos administrativos não significa declarar que os árbitros poderão alterar o quanto pactuado pelas partes no contrato. Uma vez fixadas as regras contratuais relativas ao regulamento do serviço, tais regras deverão ser interpretadas e aplicadas pelos árbitros para a resolução de controvérsias entre as partes contratantes, mas não poderão ser por eles alteradas. Ainda, como será visto no item 3.2.4, a despeito da natureza contratual das cláusulas regulamentares, estas poderão ser alteradas unilateralmente pela administração pública, sendo inarbitráveis as controvérsias relativas a esta prerrogativa. Em outras palavras, não cabe aos árbitros fixar o conteúdo do contrato, seja alterando o regulamento já estabelecido, seja se imiscuindo, de qualquer forma, na decisão da administração pública de alterar unilateralmente esse regulamento.

Em conclusão, é possível afirmar, portanto, que os contratos, como instrumentos mais adequados - no contexto do direito público contemporâneo -, do que o ato administrativo emanado unilateralmente pela administração pública para a efetivação do próprio interesse público, são importantes instrumentos estabilizadores de decisões e escolhas regulatórias, conferindo maior segurança às relações público-privadas e efetividade na persecução do interesse público. Na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras. Trata-se de modelo assente no consenso, pautado numa tomada de decisões horizontal, e não numa hierarquia verticalizada. Nessa linha, as cláusulas regulamentares do contrato administrativo possuem natureza contratual, e as controvérsias relacionadas ao seu inadimplemento por quaisquer das partes são arbitráveis.

3.1.2.2 *Arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às “cláusulas exorbitantes”: necessidade de análise individualizada das prerrogativas da administração pública*

Conforme demonstrado no Capítulo 2 (item 2.4), o regime dos contratos administrativos “à francesa”, com forte influência até hoje no Brasil, tem como característica a presença de prerrogativas conhecidas como “cláusulas exorbitantes”, no sentido de exorbitarem o que seria “normal” em termos de direito privado. As chamadas “cláusulas exorbitantes” ou prerrogativas da administração pública são identificadas por boa parte da doutrina administrativista como “atos de império”, por meio da qual a administração pública faria prevalecer sua superioridade em relação ao concessionário, a quem caberia, tão somente, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público.

A despeito de ainda haver muitos autores que defendem a existência e aplicação das “cláusulas exorbitantes” dentro de uma lógica de superioridade do interesse público e do agir administrativo por meio de atos de autoridade e de império, muito já se questiona a respeito da efetiva capacidade de tais prerrogativas, quando exercidas de maneira autoritária e unilateral pela administração pública, de garantir o atendimento do interesse público. Assim, é absolutamente necessário fazer uma releitura dessas competências da administração pública à luz de um direito administrativo menos autoritário e mais consensual, o que significa uma nova forma de contratar, criada em bases negociais mais amplas e sinalizar para uma maior paridade entre a administração pública e o particular. Em outras palavras, é necessário conferir a essas prerrogativas, previstas que são no nosso ordenamento jurídico, um significado e aplicação que garantam a sua efetividade, em prol do atendimento do interesse público na sociedade contemporânea³⁴⁶.

³⁴⁶ Pra Estorninho (1990, p. 183) “não é verdade que a criação da figura do contrato administrativo de inspiração francesa tenha representado um sinal de modernidade e que, nesta medida, tenha constituído um modelo avançado em relação à matriz alemã de contratualização administrativa; pelo contrário, a “invenção” do contrato administrativo não passou de um expediente da doutrina francesa para permitir à Administração manter as suas prerrogativas de autoridade, mesmo na sua actividade contratual”. Assim, “a dificuldade experimentada pela doutrina, ao longo de perto de cem anos, em encontrar o critério perfeito de autonomização do contrato administrativo resultou, na minha opinião, do facto de esse critério único não passar de um “mito”, insusceptível de ser encontrado na realidade”. Portanto, “o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o Direito contratual comum; aliás, isto tem sido progressivamente admitido pelos próprios defensores do contrato administrativo, à medida que os administrativistas foram perdendo o “complexo da ‘exorbitância’ em relação ao direito privado (...) o ‘contrato administrativo’ não passou de um equívoco histórico, além de não corresponder à realidade, nem sequer vale a pena manter, uma vez que são inúmeros os seus inconvenientes”.

Nesse sentido, Palma (2015, p. 303) declara que as prerrogativas públicas são instrumentais às finalidades que a administração pública tem por função satisfazer. Consistem em ferramentas de trabalho para viabilizar ou otimizar a ação administrativa. Assim, poderiam, inclusive, ter seu exercício negociado ou serem afastadas, para que tais finalidades possam ser alcançadas de forma mais eficiente no caso concreto. Em outras palavras, para a autora, seria “plenamente admissível que no caso concreto a Administração deixe de utilizar as prerrogativas públicas ou, ainda, as utilize de diferentes formas, inclusive de forma integrativa com o administrado”.

Para Palma (2015, p. 179-182), o “privilégio” que as prerrogativas públicas determinam consistiria, tão somente, na possibilidade de a Administração Pública poder contar com essas faculdades “exorbitantes”. O caráter de instrumentalidade das prerrogativas públicas implicaria em “reconhecer na esfera de discricionariedade a faculdade de a Administração recorrer ou não às prerrogativas para satisfazer determinada finalidade de ordem pública”. Assim, a administração pública poderia deixar de empregar prerrogativas públicas no caso concreto, “desde que devidamente motivado o afastamento das prerrogativas públicas em cada situação”. Para a autora, isso não acarretaria renúncia a competência legalmente atribuída, já que “inexiste qualquer previsão em abstrato que obrigue a Administração a fazer uso de suas prerrogativas públicas”³⁴⁷.

Romano (1964, p. 342) já distinguia a disposição da titularidade da competência administrativa, da disposição de aspectos do seu exercício em determinado caso concreto. No entendimento do autor, um poder não pode ser objeto de atos de disposição por parte do seu titular, que não pode modificá-lo substancialmente, aliená-lo ou a ele renunciar. Todavia, em alguns casos seria possível, mediante ato bilateral ou unilateral, que o titular do poder se

³⁴⁷ Para Palma (2015, p. 179-182), tal proceder da administração pública não afrontaria a vedação contida no inciso II do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784, de 1999, que dispõe: “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. Ressalta, entretanto, a existência de opiniões em sentido contrário, no sentido de que as prerrogativas públicas não poderiam ser afastadas no caso concreto, devendo ser obrigatoriamente utilizadas no desenvolvimento da atividade administrativa, para satisfação do interesse público. Em sentido contrário ao entendimento da autora, Bielsa declara (1950, p. 114): “El poder administrador (poder de policía, financiero, de organización jerárquica y disciplinaria) es manifestación de imperio y, por lo tanto, irrenunciable por convenio o pacto. Es la protección del orden público lo que impone esta solución. (...) Pero, prescindiendo de estas disposiciones, es evidente que en derecho administrativo la prohibición es implícita y está impuesta a la Administración pública especialmente, por lo que las cláusulas contractuales y también las decisiones unilaterales en forma de renuncia espontánea por parte de la autoridad que impliquen violación, de esta regla, deben reputarse nulas y sin fuerza ejecutoria.”

comprometesse a não o exercitar ou a exercitá-lo de determinada forma ou dentro de certos limites. Esses atos de disposição não incidiriam sobre o poder em si, mas sobre o seu exercício em relação a determinadas pessoas com as quais teria se comprometido. O poder permaneceria o mesmo e a possibilidade de determinar a forma do seu exercício não afetaria a sua existência³⁴⁸. Di Pietro (2010, p. 410) expressa opinião semelhante, ao declarar que “é importante lembrar que as ‘cláusulas exorbitantes’, embora obrigatoriamente previstas, no direito positivo brasileiro, para todos os contratos administrativos, não necessariamente têm que ser postas em prática”. A autora ressalta que as autoridades contratantes teriam sempre uma certa margem de liberdade para decidir, por exemplo, “sobre a alteração e a rescisão unilaterais por motivo de interesse público”.

Para Aragão (2017b, p. 282) há várias razões que justificariam uma atuação mais consensual da administração pública. Em primeiro lugar, deve ser considerado que o aumento do número de atividades reguladas pelo Estado, e, conseqüentemente, dos interesses públicos e privados envolvidos, “aumenta a complexidade das suas decisões, sendo mais seguro que as tome ponderadamente e em consenso com os particulares a serem por elas atingidos”. Em segundo lugar, para “as maiores pretensões do Estado em intervir na vida social e econômica, os seus atos unilaterais, editados sem que possam despertar o ‘desejo de colaboração’ do particular, podem não ser muito eficientes. Finalmente, a crise fiscal do Estado e sua

³⁴⁸ Para Romano (1964, p. 342): “De manera más general, debe excluirse que un poder pueda constituir objeto de actos de disposición por parte de su titular: éste no podría ni modificarlo sustancialmente, ni enajenarlo, ni renunciar a él. No obstante se admite en algunos casos que el sujeto de él, pueda, mediante acto bilateral o unilateral, comprometerse a no ejercitarlo o a ejercitarlo en determinados modos y dentro de determinados limites. Tales actos de disposición se referirían, de todos modos, no al poder en sí y por sí, sino a su ejercicio solamente en orden a determinadas personas a favor de las cuales quedaría comprometido, pero, puesto que, según hemos visto, el poder continúa siempre sin mutación a través de todos los casos en que se lo ejercita, los actos de disposición de que tratamos no lo afectarían ni en su existencia. Agréguese, incluso, que los actos llevados a cabo sin la observancia del compromiso, serían válidos, y el autor de ellos estaría obligado únicamente al resarcimiento de los daños. Particularmente importante es la afirmación del principio de la irrenunciabilidad de los poderes jurídicos: su titular podrá no ejercitarlos, aunque a veces, cuando se trata de funciones, podrá él estar obligado a hacer uso de ellos, si los intereses por los cuales se atribuye el poder, así lo exigen; podrá también, según dijimos, renunciar a ejercitarlo con eficacia limitada a hipótesis y a personas singulares; pero no podrá disponer nunca la pérdida absoluta de ellos. Y a este propósito, hay que hacer notar que muchos de los principios que comúnmente formula la doctrina acerca de la no renunciabilidad de ciertos derechos públicos y privados, deben ser más exactamente referidos a los poderes que la misma doctrina, que se impone revisar también desde este punto de vista, confunde con los primeros.” Também para Otero (2003, p. 861): “Não há, em qualquer das situações referenciadas de promessa bilateral de não exercício futuro de poderes administrativos, a violação do princípio da irrenunciabilidade da competência”, já que “não existe uma renúncia ao exercício genérico da competência, antes se verifica um compromisso decisório relativamente a uma situação concreta cujos pressupostos de facto se encontram delimitados”.

incapacidade de participar ativamente da vida econômica do País demandaria a sua atuação por meio de “fomentos negociados com os agentes econômicos privados”.

Para o autor, geralmente, “a adoção de uma medida por consenso é mais eficiente que a adotada unilateral e coercitivamente, já que tem maiores chances de ser efetivada na prática e gera menos riscos de externalidades negativas”. Ressalta que raciocínio nesse sentido “não implica disponibilidade do interesse público, mas sim em uma determinação do meio mais apto para alcançar os objetivos da lei, meio que, eventualmente, não consistirá na simples aplicação da regra legal ou regulatória”, podendo, inclusive, “vir a ser um acordo da Administração com o particular sobre a forma de exercício dos poderes administrativos”.

Para Batista Júnior (2007, p. 462), a forma de atuação que a administração pública tenha de adotar não se encontra constitucionalmente predeterminada, e tampouco nosso ordenamento jurídico obrigaria que a administração pública exerça suas potestades de forma imperativa e unilateral. Para o autor, “é marcante o prestígio dado pela CRFB/88 à participação do administrado e às soluções concertadas” e a “técnicas convencionais, que permitam diálogo aberto sobre os fatos relevantes e sua qualificação, com vista a resolver as incertezas e inseguranças existentes”. Assim, os contratos proporcionariam a participação do cidadão na formação das decisões que lhe digam respeito, traduzindo, “no próprio plano da constituição da relação jurídica, a colaboração entre Administração e administrado na determinação do conteúdo da atuação”, de forma que, em um Estado Democrático de Direito, eficiente, pluralista e participativo, que reforça e valoriza a participação dos cidadãos, “o contrato administrativo deve ter a mesma dignidade do ato administrativo como instrumento de constituição, modificação e extinção de relações jurídico-administrativas”³⁴⁹.

Para Pereira Júnior (2012, p. 298) “o ato administrativo, como veículo principal de atuação da Administração Pública, divide seu espaço com o incremento da atividade contratual”. Para o autor, preconiza-se a ideia de parceria entre a sociedade e o estado, na qual a categoria jurídica do contrato adquire novo e relevante emprego em âmbito público. A contratualização administrativa “retrata relações administrativas baseadas na negociação e no diálogo, tendo o contrato como instrumento de sua atuação”. Ressalta o autor que a celebração

³⁴⁹ Para Guimarães (2003, p 196): “Essa postura da Administração despertou a “adormecida” crise do ato administrativo, dada a incompatibilidade desse provimento (típico à declaração autoritária do Estado) com um ambiente consensual cuja participação dos privados surge como modo da gestão pública. Os esquemas tradicionais são insuficientes a enquadrar essa tarefa conformadora, especialmente por seu caráter de “composição de interesses”.

de acordos, substituindo os atos unilaterais, “não significa a disponibilidade do interesse público pelo estado” uma vez que “são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões, além de valorizarem igualmente a proteção do interesse público e a concretização dos direitos fundamentais”³⁵⁰.

De fato, as prerrogativas da administração pública se apresentam como instrumentos atribuídos pelo legislador, no contexto de um regime jurídico específico, para o atingimento de determinadas finalidades que a administração pública tem por função satisfazer. Nesse sentido, ainda que se trate de competências irrenunciáveis³⁵¹, será possível, no caso concreto, que a administração pública estabeleça a forma ou limites para o exercício dessas competências que melhor atendam ao interesse público, inclusive de forma integrada com o contratante privado, no caso dos contratos administrativos. Esses atos de disposição não incidiriam sobre a competência em si, que permaneceria a mesma, mas sobre o seu exercício em relação a determinada pessoa.

Essa conclusão tem uma consequência bastante relevante em termos de arbitrabilidade objetiva. Se a administração pública pode, sem renunciar à competência legalmente a ela atribuída, regulamentar por contrato a forma como se dará o exercício de determinada prerrogativa, visando a atender, da maneira mais eficiente possível, o interesse público no caso concreto, assumirá, junto ao contratado, determinadas obrigações. Assim o fazendo, discussões a respeito do adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais relacionadas ao

³⁵⁰ Para Pereira Júnior (2012, p. 300): “A relação entre consensualidade e legalidade se encerra no bloco de legalidade, ou seja, no ordenamento jurídico como um todo sistêmico. O conceito moderno de legalidade se aproxima da ideia de juridicidade, ou seja, os atos da Administração Pública se devem não só coadunar com as leis formais, mas também com os princípios e práticas que plasam o ordenamento jurídico em geral. De acordo com essa visão do direito, a ausência de lei formal, a expressamente permitir a celebração de contratos entre o estado e a coletividade, não é fator impeditivo, haja vista a aplicação de outros princípios, como os da eficiência, do devido processo legal e da proporcionalidade.”

³⁵¹ Nos termos do art. 11 da Lei nº 9.784, de 1999, “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”. De acordo com Di Pietro, “a competência é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros (...) porque a competência é conferida em benefício do interesse público” (2021, p. 216). Para Guimarães (2003, p. 124), falando sobre a prerrogativa de modificação unilateral do contrato: “Parece certo que em face do Direito Brasileiro as normas legais pertinentes ao regime jurídico do *ius variandi* possuem um caráter injuntivo, pois que não se limitam a fornecer uma base legal para que, desde que previsto no plano contratual, o poder de instabilização possa ser exercido pela Administração-contratante. De fato, a previsão normativa por si só autoriza o exercício do *ius variandi* nos moldes em que o concebeu. Mesmo que não haja previsão contratual, esse “poder” se impõe na oportunidade e condições que a norma estatuiu, indiferente se restou ou não firmado em sede contratual. Daí se dizer que se trata de uma competência irrenunciável. Relaciona-se, como já visto, com a ideia de dever jurídico”.

exercício dessas prerrogativas, conforme estabelecido em contrato, serão, nos termos do parágrafo primeiro do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, arbitráveis.

Aliás, cumpre destacar que da aplicação da regra do mencionado art. 151, que declara expressamente a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, surge, inegavelmente, um conflito com a afirmação genérica no sentido de que seriam inarbitráveis controvérsias decorrentes do exercício de prerrogativas da administração pública, por consistirem em “atos de império”. Isso porque, conforme já relatado (Capítulo 2, item 2.5), a maioria das prerrogativas da administração pública possui aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais.

Veja-se, por exemplo, o exercício da prerrogativa de fiscalização do contrato. A fiscalização pode resultar no entendimento da administração pública de que houve uma infração contratual pelo contratante privado, o que pode levar à aplicação de uma sanção (outra das prerrogativas da administração pública). Nesse contexto, considerando que o exercício dessas prerrogativas decorre exatamente da verificação de um inadimplemento contratual pela administração pública, e há regra expressa na Lei nº 14.133, de 2021, prevendo a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, não é lógico afirmar, de maneira genérica, que não haveria arbitrabilidade dos conflitos decorrentes do exercício de prerrogativas pela administração pública. Em outras palavras, diante da escolha expressa do legislador em declarar arbitráveis as controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, não é possível afirmar que determinadas prerrogativas da administração pública seriam inarbitráveis, simplesmente por serem enquadradas pela doutrina como “atos de império”.

Assim, o tribunal arbitral possui competência para analisar o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e, portanto, possui competência para analisar a legalidade de um ato administrativo praticado em decorrência de um eventual inadimplemento, ainda que esse ato administrativo consista numa prerrogativa de fiscalização, de aplicação de sanções, de intervir na prestação do serviço e, em algumas situações, de extinguir unilateralmente o contrato. Em outras palavras, verificando que não houve o inadimplemento que motivou o exercício de uma prerrogativa pela administração pública, poderá o tribunal arbitral declarar a invalidade do ato administrativo.

Entendimento nesse sentido afasta, inclusive, um indesejável “sistema dúplice de análise”, como mencionado no item 1.3.2. A utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos apenas faz sentido quando proporciona uma prestação jurisdicional eficiente. A utilização de critérios de identificação de arbitrabilidade objetiva que impliquem em indesejáveis repartições de competência, criando a necessidade de a jurisdição estatal apreciar aspectos de legalidade de um ato administrativo quando isso impacta diretamente em efeitos patrimoniais que, por sua vez, ficariam sujeitos à apreciação pelo tribunal arbitral, cria uma situação de insegurança jurídica e ineficiência que não pode ser admitida³⁵².

Mas, note-se, a conclusão exposta acima não se aplica a todas as prerrogativas da administração pública indistintamente. Conforme visto no Capítulo 2 (item 2.5), cada prerrogativa conferida à administração pública pelo legislador possui características e propósito específicos. É verdade que todas elas incidem sobre a relação contratual. Também é verdade que a maioria delas se volta para a atuação da administração pública numa função fiscalizadora e garantidora da correta execução do contrato, relacionada a adimplementos e inadimplementos contratuais, ou seja, existem em função do exercício da relação contratual. Mas essa não é uma afirmação que pode ser feita genericamente a respeito de todas as prerrogativas da administração pública estabelecidas pelo legislador.

Há prerrogativas que não se voltam a discussões internas ao contrato, mas a questões externas ao contrato, correspondentes a “finalidades de interesse público” que, impactando no contrato, demandarão, a depender do caso, a sua modificação ou extinção. A prerrogativa de

³⁵² Para Garcia (2022, p. 137): “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). 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.”

modificação unilateral do contrato, por exemplo, constitui prerrogativa que visa assegurar que o contrato continuará, ao longo do tempo, atendendo ao interesse público, que por natureza não é rígido, estático ou inerte, mas se interliga e entrelaça com a economia, a política, as finanças, os avanços tecnológicos e com tudo mais que circunda o contrato. Trata-se, dessa forma, de prerrogativa que visa garantir que o contrato, ao longo de toda a sua (usualmente longa) vida, sempre atenderá ao interesse público. E não de prerrogativa exercida em função da verificação de inadimplemento de obrigações previamente assumidas.

Isso leva a uma conclusão relevante. Ao contrário do que anunciam as duas principais correntes doutrinárias que, atualmente, buscam identificar a arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, não é possível afirmar, de maneira genérica, que as “cláusulas exorbitantes” dos contratos administrativos seriam inarbitráveis, por consistirem em “atos de império” ou, por outro lado, que seriam arbitráveis, uma vez que no âmbito de uma relação contratual a administração pública praticaria tão somente “atos de gestão”. As prerrogativas da administração pública demandam uma análise individualizada para que seja possível, então, chegar a uma conclusão a respeito da arbitrabilidade objetiva de eventuais conflitos decorrentes do seu exercício. Essa análise individualizada será feita no item 3.2 mais à frente.

Por enquanto, parece ser possível estabelecer uma regra prática para identificar quais dentre as prerrogativas da administração pública teriam conteúdo arbitrável.

A doutrina costuma afirmar que o ato administrativo é dotado de determinados elementos, sendo um deles o motivo. Para Bandeira de Mello (2021, p. 325) o motivo “é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”, ou seja, é “a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”. Portanto, o motivo é externo ao ato e o antecede, não podendo ser considerado como elemento do ato. Para Di Pietro (2021, p. 220), o motivo é “pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo”³⁵³.

Parece, então, ser possível afirmar que, em geral, seriam arbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas pela administração pública cujo exercício se encontre motivado por questões internas ao contrato, ou melhor, cujo motivo seja relacionado à execução

³⁵³ Para Di Pietro (2021, p. 225) o motivo será discricionário quando a lei não o definir, ou quando o define a partir de conceitos jurídicos indeterminados. Já o conteúdo ou objeto do ato será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, que seria o que ocorre quando “a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa”.

do contrato e ao adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais. Por outro lado, seriam inarbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas quando motivadas por questões externas ao contrato, por exemplo, o exercício de uma prerrogativa pela administração pública para a efetivação de um interesse público manifestado à luz de circunstâncias fáticas posteriores à assinatura do contrato, na medida em que, sendo o interesse público mutável, quando do estabelecimento das regras do contrato administrativo, era intangível, ou seja, não podia ser identificado.

Conclui-se, assim, que as prerrogativas da administração pública se apresentam como instrumentos atribuídos pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades. Ainda que se trate de competências irrenunciáveis, será possível, no caso concreto, que a administração pública estabeleça a forma ou limites para o exercício dessas competências que melhor atendam ao interesse público, assumindo, junto ao contratado, determinadas obrigações. Assim o fazendo, discussões a respeito do adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais relacionadas ao exercício dessas prerrogativas, conforme estabelecido em contrato, serão arbitráveis. Nesses casos, o tribunal arbitral possui competência para analisar a legalidade do ato administrativo, ainda que esse ato consista numa prerrogativa da administração pública.

Mas essa conclusão não se aplica a todas as prerrogativas da administração pública indistintamente. Há prerrogativas que se voltam a questões externas ao contrato, correspondentes a “finalidades de interesse público”, e não a discussões internas ao contrato, relacionadas ao inadimplemento de obrigações previamente assumidas. São arbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas motivado por questões relacionadas ao adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais. São inarbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas motivado por questões de interesse público futuro e mutável, que não pode ser identificado quando do estabelecimento das regras do contrato administrativo.

A questão que ora se apresenta, que propõe a existência de uma relação entre a disponibilidade dos direitos da administração pública com a possibilidade de materialização do interesse público no caso concreto, será explicada no próximo item.

3.1.3 *Direito disponível da administração pública como aquele capaz de melhor realizar um interesse público tangível*

Como visto, no direito administrativo contemporâneo, tem sido recorrentemente afirmado que a consensualidade, muitas vezes, será um instrumento mais apto ao atendimento do interesse público do que a imposição de atos unilaterais. Nesse sentido, interessante registrar a opinião de Palma (2015, p. 187), para quem “não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito”³⁵⁴. Também Menezes de Almeida (2012, p. 302) afirma que “mesmo ante a ausência de expressa previsão, é sustentável a possibilidade de celebração” de acordos administrativos substituindo a decisão unilateral, pois, como já visto, para a realização do interesse público, é possível a disposição de determinados direitos da administração pública. Para o autor:

[...] está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção por se decidir de modo consensual com o destinatário da decisão. Numa situação assim, sempre restará, em potência, o poder unilateral, que, circunstancialmente, não é exercido. Por outras palavras, está implícita no poder de decidir unilateralmente e de ofício, a opção da Administração por impor a si própria certos condicionantes de sua aceitação, importando obrigação para com o destinatário da decisão. É lícito que se chegue a essa opção por uma via consensual de formação da convicção. (MENEZES DE ALMEIDA, 2012, p. 302)³⁵⁵

³⁵⁴ Para Palma (2015, p. 187): “A princípio não há objeto que não possa ser transacionado no âmbito do direito administrativo, ressalvados os casos em que por expressa previsão normativa seja defeso à Administração negociar sobre determinado direito, como no exemplo já mencionado da lei de improbidade administrativa. Mesmo as prerrogativas públicas, em especial a prerrogativa imperativa, podem ser negociadas pela Administração com os administrados diretamente interessados no provimento final, dado o correspondente caráter instrumental.” Também para Pereira Júnior (2012, p. 301), “vislumbra-se a relação entre consenso e legalidade nas práticas da Administração Pública. Há que se convir em que, quando houver previsão legal positivada, é mais fácil aceitar-se a decisão por consenso, sob qualquer de suas formas. Mas se deve ir além: somente nos casos em que haja previsão expressa em sentido contrário, o poder público estará impedido de celebrar acordos para o exercício da função administrativa, como no caso supramencionado da Lei de Improbidade Administrativa (...) não se há de cogitar de vinculação absoluta entre consensualidade e legalidade. Havendo vedação legal para práticas consensuais, deve ser respeitada. No entanto, a ausência de lei formal não justifica a impossibilidade de se decidir por consenso, tendo em vista o hodierno conceito de legalidade, legitimidade e juridicidade.”

³⁵⁵ Ainda para Menezes de Almeida (2012, p. 302): “(...) diferentemente do que muitas vezes se constata ser de senso comum entre Agentes da Administração – a celebração de acordos em nada afeta o princípio da indisponibilidade do interesse público. Chegar-se a uma decisão mediante acordo não significa renunciar ao exercício de competências ou omitir o desempenho dos poderes – que simultaneamente são deveres, dado seu sentido funcional. Significa tão somente a adoção de certo procedimento de decisão. O atentado ao interesse público há de se verificar pelo conteúdo da decisão, seja ele decorrente do exercício de poder unilateral da Administração, seja decorrente de acordo”.

Conforme já mencionado no Capítulo 1 (item 1.1.2.2), para Grau (2000), a administração pública atuará sempre tendo como finalidade o atingimento do interesse público, sem jamais dele dispor. Não obstante, poderá atuar dispondo de direitos e assumindo obrigações, para que dessa forma atinja da maneira mais eficiente possível o próprio interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou que, dentre os diversos atos praticados pela administração pública para a realização do interesse público, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, cuja disponibilidade é justificada em nome do bem coletivo³⁵⁶. Também o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, ao analisar a constitucionalidade de acordo celebrado pela administração pública sem prévia autorização legislativa, contra o qual se invocavam os argumentos de violação ao princípio da legalidade e de disposição do interesse público. Na ocasião considerou que, “no caso, o acordo serviu a uma mais rápida e efetiva consecução do interesse público, não havendo, assim, que se falar em ofensa ao art. 37 da Constituição Federal”³⁵⁷.

Sobre o interesse público, para Medauar (2017, p. 230) é noção que “aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”, apresentando-se como “suporte e legitimação de atos e medidas no âmbito da Administração”. Mas, para a autora, a “presença ampla da expressão interesse público no âmbito do direito administrativo contrasta, no entanto, com as dificuldades que surgem ao se tentar apreensão terminológica ou conceitual, dotada de alguma precisão”. O interesse público é usualmente identificado com a soma dos interesses particulares ou com um interesse específico da sociedade, distinto, por sua essência, dos interesses particulares, ou seja, “ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”. Já para Guerra:

³⁵⁶ Conforme relatado no item 1.1.2.2, Capítulo 1 (MS n. 11.308/DF, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/4/2008, DJe de 19/5/2008).

³⁵⁷ “EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. E, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 253885, Relator(a): ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002).

O conceito de interesse público, e, como de resto, praticamente quase tudo em matéria constitucional, em que o direito se expressa em sua dimensão mais elevada, aparece como um conceito aberto, indeterminado, sujeito a concretizações pontuais, à luz de determinada situação concreta. A partir da análise de cada caso, em seu mais amplo espectro e em confrontação com a realidade social, que se poderá defluir para qual direção aponta, para que lado pende o interesse público em determinada circunstância no tempo e no espaço contingente, histórico e social. (GUERRA, 2021, p. 38)

Diante do quanto apreendido, parece ser de difícil contestação o fato de que o interesse público é fluido, mutável no tempo, e se revelará a partir de determinado cenário social, econômico, político, financeiro, tecnológico, enfim, a partir de determinada situação concreta, diante da qual será possível identificar as medidas mais adequadas para atendê-lo.

Em outras palavras, se a administração pública atua sempre tendo como finalidade o atingimento do interesse público, podendo, para tanto, dispor de direitos e assumir obrigações, para que dessa forma atinja da maneira mais eficiente possível o próprio interesse público; e se o interesse público, que configura medida e finalidade da função administrativa, é de difícil apreensão terminológica ou conceitual, sendo fluido, mutável no tempo, se interligando com a economia, a política, as finanças, os avanços tecnológicos e com tudo mais que circunda o contrato e correspondendo “ao que deveria ser o bem de toda a população, a uma percepção geral das exigências da sociedade”; parece ser possível concluir que a identificação do que seja o interesse público apenas é possível em concreto. Ou seja, apenas será possível identificar o que é o interesse público diante de um contexto social, econômico, político e tecnológico específico e, dessa forma, as melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização.

Nesse sentido, é possível afirmar que, no âmbito do direito público, a disponibilidade de um direito está condicionada à possibilidade de realizar o interesse público no caso concreto³⁵⁸. Ou seja, se a administração pública identificar que, diante de uma situação concreta, uma atuação sua consensual servirá melhor ao atendimento do interesse público do que uma atuação impositiva unilateral, deverá optar pela atuação consensual. E, assim, poderá agir dispendo, por exemplo, a respeito do exercício de determinadas prerrogativas que, a princípio, poderia impor ao particular, de maneira unilateral, sem limitações. Por outro lado, sendo o interesse público inegavelmente mutável, apenas é possível identificar, quando da

³⁵⁸ Para Valle (2011, p. 13): “A transação, em matéria de direito administrativo, envolverá sempre, não um abdicar do interesse público - mas ao contrário, a sua afirmação, à vista das particularidades de um caso concreto, que recomendam como matriz de solução, não a literalidade das regras existentes, mas outra conduta. Aqui o que se tem é a incorporação da impossibilidade da absoluta rigidez na prefixação do interesse público, sobretudo pela relatividade dos padrões de comparação.”

definição das regras do contrato, o interesse público que se revela diante da realidade concreta que circunda o instrumento contratual. Em outras palavras, não é possível identificar um interesse público “futuro”, intangível, abstrato. Consequentemente, também será impossível identificar eventuais instrumentos mais adequados para atingi-lo, o que significa que a disponibilidade de direitos no âmbito da administração pública sempre se dará em concreto, jamais em abstrato.

Essa linha de raciocínio leva a algumas conclusões a respeito da arbitrabilidade dos conflitos que envolvem a administração pública. As prerrogativas constituem competências atribuídas pelo legislador para a consecução de interesses e objetivos específicos e, assim sendo, são irrenunciáveis em abstrato. Não obstante, num contexto em que administração pública consensual (em oposição à administração pública autoritária) constitui uma via de atuação que melhor atende à necessidade de eficiência administrativa, é preciso enxergar o contrato como expressão dessa consensualidade. Assim, a forma e eventuais limites ao exercício de determinadas prerrogativas da administração pública, no caso concreto, poderão ser objeto de regras que constarão do contrato administrativo, vinculando ambas as partes contratantes. Nessa medida, haverá jurisdição do tribunal arbitral para verificar o adimplemento ou inadimplemento das obrigações contratuais livremente assumidas, mesmo que referentes ao exercício de prerrogativas da administração pública quando, ao estabelecer as regras do contrato, o concedente optar por fixar regras mais claras e objetivas para o exercício dessas prerrogativas, transformando-as em obrigações perante o contratado. O mesmo raciocínio pode ser desenvolvido a respeito das cláusulas regulamentares do contrato. O contrato estabiliza decisões e escolhas regulatórias adotadas diante de circunstâncias concretas, ou seja, diante de um interesse público já revelado.

Note-se que, tratando-se de obrigações contratuais, serão revestidas, ainda que indiretamente, de patrimonialidade. Conforme exposto no Capítulo 1 (item 1.1.2.1), é considerado patrimonial o direito passível de conteúdo econômico, que pode ser monetariamente quantificado, sendo a patrimonialidade do objeto ínsita em toda obrigação, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. Assim, a patrimonialidade também se configura pela aptidão de o inadimplemento ser reparado, compensado ou neutralizado por medidas com conteúdo econômico, do que decorre que, mesmo controvérsias afetas ao descumprimento de obrigações contratuais sem imediata expressão econômica, podem, caso tenham repercussões patrimoniais

(e se enquadrarem no critério da disponibilidade), ser objeto de arbitragem. E isso ocorre com algumas prerrogativas e escolhas regulatórias da administração pública na medida em que são contratualizadas.

Por outro lado, qualquer prerrogativa da administração pública que verse sobre um interesse público intangível, como é o caso da prerrogativa de modificar unilateralmente ou de rescindir unilateralmente o contrato por motivo de interesse público, não será revestida de qualquer disponibilidade. É dizer, a administração pública está autorizada a dispor de direitos para concretizar o interesse público tangível, que se revelou diante das circunstâncias do caso concreto. Mas não estará autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público ainda intangível, que apenas se revelará em decorrência de circunstâncias futuras, desconhecidas das partes contratantes. Por fim, não se olvide que mesmo em casos em que a administração pública tenha identificado, para melhor atendimento do interesse público, a necessidade de contratualizar determinados aspectos de certas prerrogativas a ela atribuídas pelo legislador ou de determinadas escolhas regulatórias, caso situação futura revele que o conteúdo estabelecido no contrato deixou de atender o interesse público, que é mutável, o contrato poderá ser objeto de modificação unilateral, sendo direito do concessionário, quando cabível, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Em resumo, a administração pública está autorizada a dispor de direitos e assumir obrigações em prol da consecução do interesse público. Mas o interesse público se revela apenas a partir de determinada situação concreta. Isso significa que a disponibilidade de direitos pela administração pública para atendimento do interesse público sempre se dará em concreto. Assim, a forma e eventuais limites ao exercício de determinadas prerrogativas da administração pública e de determinadas escolhas regulatórias poderão ser contratualizadas para atender a um interesse público já revelado. Haverá, nesses casos, disponibilidade e, tratando-se de obrigações contratuais, serão revestidas, ainda que indiretamente, de patrimonialidade, sendo arbitráveis as controvérsias decorrentes do adimplemento ou inadimplemento das obrigações livremente assumidas. Note-se que o mesmo não ocorrerá diante de prerrogativas da administração pública que versem sobre um interesse público intangível, como é o caso da prerrogativa de modificar unilateralmente ou de rescindir unilateralmente o contrato por motivo de interesse público. Nessas situações não haverá disponibilidade, pois a administração pública não está autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público que se revelará em decorrência de circunstâncias futuras.

3.2 Análise individualizada da arbitrabilidade das controvérsias relativas às prerrogativas da administração pública

3.2.1 *Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público*

Acerca da prerrogativa da administração pública de fiscalizar a execução do contrato e a prestação do serviço público, já foi afirmado, no Capítulo 2 (item 2.5.1), que se trata de prerrogativa que possui relação com a repartição de responsabilidades administrativas que ocorre na concessão. A lei atribui expressamente à administração pública concedente, titular do serviço público, a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, para que possa garantir a sua adequada prestação (art. 3º e 29, I da Lei nº 8.987, de 1995).

Note-se que a Lei nº 8.987, de 1995 declara, em seu art. 23, VII, que deve ser definida no próprio contrato a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la, o que constitui medida essencial para definir de maneira clara os deveres e obrigações de ambas as partes do contrato relacionadas à fiscalização, garantindo maior eficiência na atuação administrativa.

Foi afirmado igualmente - no que se refere à relação entre concedente e concessionário -, que a prerrogativa de fiscalização não se equipara ao exercício do poder de polícia³⁵⁹. E que o fato de a fiscalização configurar uma prerrogativa, sem constituir expressão da “supremacia do poder concedente” ou do exercício de um “poder de império”, não afasta a conclusão de que ela constitui uma competência privativa e irrenunciável do concedente, uma vez que é por meio da atividade permanente de fiscalização que a administração pública poderá assegurar a

³⁵⁹ Estorinho (1990, p. 125) vai além, e sobre a prerrogativa de fiscalização declara: “Reconhece-se hoje que este poder de fiscalização não suscita, quanto à sua existência e fundamento, os problemas que continua a colocar à doutrina o poder de modificação unilateral do contrato. No fundo, pode dizer-se que se trata aqui de um mero ‘poder que se destina apenas a garantir o próprio cumprimento pontual do contrato’. Esta característica de ‘normalidade’ do poder de fiscalização da administração tornou-se bem patente quando a doutrina se apercebeu de que o exemplo que costumava apontar como sendo a mais típica prerrogativa exorbitante do poder e fiscalização – o poder de controlo da Administração numa empreitada de obras públicas – em nada diferia, quanto à sua natureza, do poder de direção de um qualquer dono-de-obra num qualquer contrato privado de empreitada. Aliás, o próprio facto de a maioria dos autores nunca ter dedicado grande atenção ao problema do poder de fiscalização e dos seus limites, também é sintomático de que, no fundo, sempre houve a percepção de se tratar de um poder da Administração que, em si mesmo, nada tem de exorbitante em relação ao Direito Privado.”

adequada prestação do serviço público e, ainda, verificar se é ou não o caso de se valer das demais prerrogativas concedidas pelo legislador, como a aplicação de sanções ou a modificação unilateral do contrato.

Aparentemente, a fiscalização até poderá configurar exercício de poder de polícia, mas apenas em situações de cruzamento das competências de fiscalização, nos quais a fiscalização de determinada atividade desenvolvida por um concessionário ocorre por pessoa pública diversa do concedente, e o concessionário é fiscalizado não nessa posição, mas na posição de agente econômico. Não obstante, nesse caso, estaremos diante de uma fiscalização externa à relação contratual, ou seja, a pessoa pública, que não é o concedente, sequer terá subscrito a convenção de arbitragem, carecendo a relação de arbitrabilidade subjetiva.

Pois bem. Alguns doutrinadores já se dedicaram a analisar a prerrogativa de fiscalização da execução do contrato no contexto da arbitrabilidade objetiva dos conflitos envolvendo a administração pública.

Para Schiefler (2016) a fiscalização dos contratos administrativos é prerrogativa administrativa indisponível. Trata-se de poder-dever que não pode ser questionado em arbitragem, o que significa que o particular não poderá se valer da arbitragem para resolver conflitos sobre como a fiscalização é empreendida pela Administração Pública, quem efetivamente a empreende, com que regularidade ou se ela é realizada. Não obstante, em havendo convenção de arbitragem, e considerando a competência dos árbitros para dirimir conflitos relacionados ao adimplemento ou inadimplemento contratual, o que frequentemente representa um resultado da fiscalização contratual adotado por quem faz a gestão do contrato, entende o autor que os árbitros poderão referendar ou rechaçar uma conclusão administrativa no sentido de que houve inadimplemento contratual, ainda que essa conclusão tenha sido empreendida após o regular processo de fiscalização. Para o autor, isso ocorre porque o poder-dever de fiscalização “é uma atividade de meio na relação contratual e não resulta em conclusões absolutas”. Caso contrário, “nenhum litígio poderia ser submetido à arbitragem, uma vez que a fiscalização é a principal atividade por intermédio da qual a Administração Pública embasa as decisões que adota sobre o contrato.”

Para Sarra de Deus (2021, p. 19), não se vislumbra que um árbitro possa intervir no poder fiscalizatório da administração pública no âmbito da execução de um contrato, já que, ainda que essa prerrogativa seja exercida em decorrência da celebração de um contrato, não há como considerá-la dentro do conceito de “ato de gestão”. O poder-dever de fiscalizar o contrato

seria uma prerrogativa exorbitante da administração pública, não sendo possível a um tribunal arbitral intervir no exercício de um poder fiscalizatório da administração pública quanto à correta execução de um contrato. Para a autora, não poderão os árbitros, por exemplo, proferir uma ordem impedindo a administração pública de instaurar ou dar prosseguimento a procedimentos administrativos internos destinados a apurar eventuais descumprimentos contratuais.

De fato, a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato é competência privativa e irrenunciável do poder público concedente. Mas isso não significa que se trata de um “ato de império”. Conforme já afirmado, não existe vedação para que seja definida no próprio contrato a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la. Ao contrário, essa disciplina é exigida, pelo art. 23, VII da Lei nº 8.987, de 1995. Em outras palavras, muito embora a administração pública não possa renunciar, em abstrato, ao exercício de uma competência atribuída por lei com a finalidade de assegurar a prestação do serviço público adequado, deverá estabelecer em contrato as regras para o exercício dessa fiscalização e, assim o fazendo, atua para o atendimento do interesse público no caso concreto, conferindo maior estabilidade e segurança à relação contratual.

Nessa linha, considerando o quanto disposto no artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que declara serem patrimoniais disponíveis e, portanto, arbitráveis, controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, estará dentro da jurisdição dos árbitros a verificação do adimplemento, seja pela administração pública, seja pelo concessionário, das obrigações contratuais assumidas, referentes ao exercício da fiscalização.

Ressalte-se que não se está aqui afirmando que poderão os árbitros proferir uma ordem impedindo a administração pública de instaurar ou dar prosseguimento a procedimentos administrativos internos destinados a apurar eventuais descumprimentos contratuais. Como já afirmado, a prerrogativa de fiscalizar a execução do contrato constitui uma competência privativa e irrenunciável do concedente. O que se está afirmando é tão somente que, em havendo determinadas regras contratuais voltadas ao exercício da fiscalização, essas regras deverão ser obedecidas por ambas as partes. E que, dessa forma, controvérsias acerca de seu eventual inadimplemento poderão ser dirimidas pelo tribunal arbitral. Em outras palavras, são

arbitráveis eventuais litígios decorrentes de alegados inadimplementos de obrigações contratuais assumidas para o exercício da prerrogativa de fiscalização.

Note-se que, não obstante, pode ser verificado, ao longo da execução contratual que as regras estabelecidas para o exercício da fiscalização não mais garantem o atendimento do interesse público (por exemplo, em decorrência da evolução das técnicas relacionadas à própria fiscalização ou à execução do serviço) e, nesse sentido, pode ser verificada a necessidade de a administração pública se utilizar de novas formas e procedimentos de fiscalização, inicialmente não previstas, o que poderá, eventualmente, gerar ônus financeiros adicionais ao contratado. Conforme foi analisado no Capítulo 2 (item 2.5.4), a administração pública possui a prerrogativa de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público. Assim, esses casos, em que a administração exerce sua prerrogativa de fiscalizar em termos antes não previstos, poderão, potencialmente, consistir em casos de modificação unilateral do contrato, implicando, eventualmente, na necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro.

Em havendo controvérsia das partes a respeito da efetiva modificação unilateral do contrato em decorrência do exercício da prerrogativa de fiscalização pelo concedente (por exemplo, na visão do concessionário, as exigências e técnicas de fiscalização implicam em modificação unilateral do contrato que impacta o equilíbrio contratual, enquanto para o concedente trata-se de simples aplicação ou interpretação de regra já estabelecida no contrato), essa divergência poderá ser apreciada pelos árbitros, verificando o conteúdo do contrato.

Ainda nos termos do artigo 20, da Lei nº 9.307, de 1996, a parte que pretender arguir questões relativas à competência dos árbitros, deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem³⁶⁰. Trata-se do efeito positivo do princípio da competência-competência que “opera no sentido do reconhecimento da competência dos árbitros para decidirem questões afetas à sua própria competência sem a necessidade de prévia oitiva do Poder Judiciário” (BAPTISTA, 2017, p. 272)³⁶¹. Isso significa que, caso uma das

³⁶⁰ “Art. 20. A parte que pretender arguir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.”

³⁶¹ Note-se que não é objeto deste trabalho analisar a controversa questão relativa à delimitação do conteúdo e alcance do princípio da competência-competência. Baptista (2017, p. 272), sobre o efeito negativo do princípio da competência-competência, afirma que: “estabelece, para além da competência de decidir sobre a própria competência, uma prioridade cronológica do juízo arbitral para a resolução de questões relativas à competência para julgar um litígio. Produz, portanto, um impedimento temporário à atuação do Poder Judiciário, que somente

partes questione a possibilidade de determinado litígio ser resolvido pela via arbitral, os árbitros estão autorizados a se pronunciar sobre essa questão, de modo que devem prosseguir com o exame de mérito sempre que identificarem que a matéria controvertida é, de fato, arbitrável³⁶².

poderá se pronunciar sobre a competência dos árbitros após a apreciação realizada por eles mesmos (...) Ao contrário do efeito positivo, o efeito negativo não é um conteúdo universalmente aceito do princípio da competência-competência”. Para a autora (2017, p. 257-258), seria possível afastar o princípio da competência-competência quando em causa “a implementação de políticas públicas” porque “a arbitrabilidade objetiva de um litígio se submete às restrições do direito nacional”, não sendo possível extrair da legislação nacional “o princípio de que os árbitros gozam sempre de prioridade cronológica quanto à análise de sua própria competência”. Diante disso deveriam “ser também levadas em conta disposições legais que retiram das partes a autonomia para convencionar a arbitragem e, por conseguinte, afastam dos árbitros o poder de decidir sobre determinadas matérias”. Em outras palavras, “se uma das partes envolvidas sustenta que a matéria sobre a qual versa o litígio não pode ser submetida à arbitragem por existir um óbice legal e esta alegação se mostra plausível (ou seja, os argumentos que enquadram a questão na vedação legislativa são factíveis e aceitáveis, ainda que, após, não sejam tidos como precedentes), o Poder Judiciário não deve se eximir de analisar em primeira mão a competência do árbitro para pacificar o conflito”. Para Valdes (2007, p. 138): “Kompetenz-Kompetenz, thus, addresses the who decides question on a broader scale, and is more central to resolving the policy tension between protecting arbitration from obstruction, on the one hand, and preserving legitimate disputes over an arbitrator’s jurisdiction from a court, on the other. Hence, the arbitrator must focus on whether there is a valid agreement to arbitrate at all, whether it covers the dispute and the parties in question and whether he has the power to act the way he would like to. In resolving these issues, he must, as always, pay careful attention to the arbitration agreement and the surrounding circumstances (...). In most countries, an arbitrator will have the first word on his jurisdiction, unless a court of competent jurisdiction says otherwise. The arbitral tribunal does not need to stop the proceedings just because a party questions some aspect of its authority. However, the fact that arbitrators can have the first word does not mean that they always do have the first word, because a litigant might go to court to challenge arbitral jurisdictions without waiting for an award. By contrast, in other countries, courts must generally wait to examine jurisdiction until an award is rendered. But, in all major legal systems, the last word on arbitral jurisdiction will normally be for the courts at the time an award is subject to scrutiny in the context of a motion to vacate, confirm or grant recognition (...). Scholars have pointed out that Brazil has clearly followed the French notion of Kompetenz-Kompetenz, according to which, in absence of a manifestly void agreement, intervention by the state courts is deferred to a subsequent stage, after the completion of the arbitration, when the courts may be asked to intervene as a result of an annulment lawsuit initiated by the aggrieved party. The intervention a posteriori of the courts arises not only from art. 8 of the Brazilian Arbitration Law, but also from art. 20 thereof, which reads as follows: “The party which intends to argue questions related to competence, bias or disqualification of the arbitrator or arbitrators, as well as the nullity, invalidity or inefficacy of the arbitration agreement, must do so at the first opportunity, after the initiation of the arbitration (...) We do not see clearly that Brazil follows strictly the French model on the Kompetenz-Kompetenz principle. The Brazilian Arbitration Law does not point out – as the French system does – a clear bar for the courts to intervene until the final award is rendered, unless the Arbitration Agreement is null or void”.

³⁶² Para Guerra (2022) “pelo princípio da competência-competência compete aos próprios árbitros dizer se toda ou parte das questões a eles submetidas pelas partes se enquadram no conceito de direito disponível – e, portanto, são objetivamente arbitráveis – e o que é competência inerente à função regulatória que não se insere na competência do tribunal arbitral”. O Superior Tribunal de Justiça, no âmbito do CC n. 139.519/RJ, declarou a competência do tribunal arbitral para decidir sobre sua própria competência, com prevalência em relação ao poder judiciário: “(...) 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. (...) 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). (...) XIII - Prematura

Assim, poderá o tribunal arbitral analisar, à luz do contrato, se a fiscalização exercida consiste em aplicação das regras já fixadas ou se consiste em efetiva modificação unilateral do contrato, caso em que, como será analisado no item 3.2.4, controvérsias a respeito da forma do exercício da fiscalização estarão fora do alcance da jurisdição dos árbitros, sendo reservada à jurisdição arbitral tão somente a análise do eventual impacto econômico-financeiro da modificação.

Por fim, de fato, considerando que a competência dos árbitros para dirimir conflitos relacionados ao adimplemento ou inadimplemento contratual, nos termos do parágrafo único do artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, e considerando que a fiscalização tem como objetivo e resultado apontar a existência desses adimplementos e inadimplementos, os árbitros poderão, após o regular processo de fiscalização pela administração pública, referendar ou rechaçar a conclusão do concedente no sentido de que houve inadimplemento contratual. E, como o exercício da fiscalização pode ensejar o exercício de outras prerrogativas da administração concedente, a decisão dos árbitros a respeito do acerto ou não das conclusões a que a administração pública chegou por meio da fiscalização, pode vir a ter um efeito cascata relacionado a outras possíveis discussões colocadas no processo arbitral, por exemplo, a aplicação de uma penalidade em decorrência de um inadimplemento declarado pela administração pública mas contestado pelo concessionário.

Conclui-se, assim, que a lei atribui expressamente à administração pública a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, para que possa garantir a sua adequada prestação. Muito embora a administração pública não possa renunciar, em abstrato, ao exercício da competência estabelecida com a finalidade de assegurar a prestação do serviço público adequado, deverá, conforme determinado pelo legislador, estabelecer em contrato as regras para o exercício dessa fiscalização. Assim, atua para o atendimento do interesse público no caso concreto, conferindo maior estabilidade e segurança à relação contratual. Nessa linha, estará dentro da jurisdição dos árbitros a verificação do adimplemento, seja pela administração pública, seja pelo concessionário, das obrigações contratuais assumidas, referentes ao exercício da fiscalização. Ainda, os árbitros poderão, após o exercício da fiscalização pela administração

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.” (CC n. 139.519/RJ, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relatora para acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe de 10/11/2017).

pública, referendar ou rechaçar a conclusão do concedente no sentido de que houve inadimplemento contratual.

Se for verificado, ao longo da execução contratual, que as regras estabelecidas para o exercício da fiscalização não mais garantem o atendimento do interesse público, que é mutável, a administração pública poderá se utilizar de novas formas e procedimentos de fiscalização, inicialmente não previstas, o que poderá, eventualmente, gerar ônus financeiros adicionais ao contratado. Se houver controvérsia das partes a respeito da efetiva modificação unilateral do contrato, essa divergência poderá ser apreciada pelos árbitros. Ainda, nos termos do artigo 20, da Lei nº 9.307, de 1996, caso uma das partes questione a possibilidade de determinado litígio ser resolvido pela via arbitral, os árbitros estão autorizados a se pronunciar sobre essa questão. Assim, se o tribunal arbitral verificar que a fiscalização exercida consiste em efetiva modificação unilateral do contrato, a forma do exercício da fiscalização estará fora do alcance da jurisdição dos árbitros, sendo reservada à jurisdição arbitral tão somente a análise do eventual impacto econômico-financeiro da modificação.

3.2.2 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste

No Capítulo 2 (item 2.5.2), foi analisada a prerrogativa da administração pública de aplicar penalidades ao concessionário em decorrência do inadimplemento contratual. Naquela oportunidade foi afirmado que se trata de prerrogativa decorrente de direitos e obrigações estabelecidos no próprio contrato. Isso tendo em vista que a Lei nº 8.987, de 1995, estabelece, em seu art. 29, II, a prerrogativa para a administração pública de impor sanções ao concessionário inadimplente e, em seu art. 23, VIII, dispõe que as cláusulas contratuais relativas “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação” são cláusulas essenciais do contrato de concessão. Note-se que a própria lei confere ao concedente a prerrogativa de aplicar e exigir o cumprimento das penalidades aplicadas, ou seja, a lei atribui ao ato autoexecutoriedade³⁶³.

³⁶³ Para García de Enterría e Fernández (2014, p. 684): “A prerrogativa de poder público por excelência que Administração conta em seus contratos administrativos é, sem dúvida nenhuma, o privilégio da decisão unilateral e executória, prévia ao conhecimento judicial, que impõe ao contratado o dever de seu cumprimento imediato, imputando-lhe o ônus da impugnação contencioso-administrativa se discordar de sua legalidade” (...). Hoje, no entanto, a verdadeira razão de fundo que justifica a aplicação desta prerrogativa está na relação imediata do contrato às necessidades públicas ou, caso se prefira, aos ‘serviços públicos’; cuja responsabilidade pela gestão é

A Lei nº 14.133, de 2021 apresenta, em seu art. 156, quatro figuras sancionatórias, ordenadas em grau crescente de gravidade: (i) a advertência; (ii) a multa; (iii) o impedimento de licitar e contratar e; (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. Enquanto a advertência e a multa são sanções internas ao contrato, porquanto exaurem seus efeitos no âmbito de cada contratação, as demais produzem efeitos fora dos limites do contrato. As sanções previstas no art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021 serão aplicadas às infrações previstas no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021.

Foi ressaltado, então, que as infrações listadas no art. 155 vão além daquelas infrações relacionadas à inexecução parcial ou total do contrato, contemplando também infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, além da prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato e até à prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. De qualquer forma, a lei admite que o contratado seja sancionado com uma declaração de impedimento ou de inidoneidade para licitar ou contratar em caso de inadimplemento contratual grave.

Acerca da arbitrabilidade da prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais, Schiefler (2016, p. 989-995) declara que a multa contratual é uma penalidade diretamente relacionada com o inadimplemento de obrigações contratuais e que depende de previsão contratual. Para o autor, se não for prevista no contrato, não poderá ser aplicada ao particular. Disso decorreria sua arbitrabilidade³⁶⁴. Ressalta, entretanto, que com exceção da multa contratual, “os litígios relacionados às demais penalidades administrativas não podem ser objeto de arbitragem”. Para o autor, embora o inadimplemento contratual “possa configurar a base fática para a aplicação de penalidades administrativas de cunho subjetivo, como impedimento de licitar ou contratar com a Administração Pública, a sujeição desse hipotético conflito à arbitragem não será permitida”,

atribuída à Administração, e cuja governança, portanto, deve ser atendida por esta com todos os poderes específicos por ela detidos, principalmente para evitar atrasos, que seriam inevitáveis se a Administração tivesse, ela própria, de manobrar ações executivas judiciais ou se sua atuação pudesse ser paralisada pela simples tramitação de um processo.”

³⁶⁴ Para Schiefler (2016, p. 989-995): “A penalidade de multa compensatória ou moratória tem caráter patrimonial porque visa indenizar financeiramente a Administração Pública em caso de inadimplemento – como regra, salvo em caso de alguma ressalva contratual, não haverá que se falar em ressarcimento ao erário decorrente do inadimplemento para além dos valores da multa”. Para o autor, “é viável a instituição de arbitragem para resolução de conflito relativo à aplicação de multa pela Administração Pública ao contratado. Nesses casos, poderá ser discutida a efetiva configuração do inadimplemento contratual alegado pela Administração, que justificou a aplicação de multa, ou a própria correspondência da multa aos critérios objetivos que foram previstos no contrato.”

seja porque não se trataria de conflito sobre um direito patrimonial, mas sobre “sanção de caráter subjetivo e extracontratual”, seja porque “a penalidade em si não constitui um direito à livre disposição da Administração”³⁶⁵.

Para Salles (2011, p. 266), a advertência, a suspensão temporária da possibilidade de participar em licitação, o impedimento de contratar com a administração pública e a declaração de inidoneidade para licitar, “não obstante a indistinção legal, são relativas a verdadeiras infrações administrativas, e não meramente contratuais”. Assim, resguardariam a administração pública “quanto a possíveis contratações futuras, não apenas a produzir o exato cumprimento das obrigações previstas no contrato”. Para o autor, para fins de arbitrabilidade, “é preciso discernir entre a sanção exclusivamente contratual daquelas que constituem infração administrativa, inserindo-se, portanto, na esfera do poder de polícia da Administração”. Assim, a sanção “exclusivamente contratual”, em razão de ser aplicada “dentro do escopo do contrato, mostra-se sujeita a eventual impugnação perante o juízo arbitral”. Já as infrações administrativas “pertencem a um âmbito de indisponibilidade normativa da Administração, não podendo incluir-se no objeto do contrato e dentro dos limites da convenção de arbitragem.”

Também para Sarra de Deus (2021, p. 39) nem todas as sanções previstas na Lei nº 14.133, de 2021, têm a mesma natureza. Para a autora, há sanções de natureza contratual e sanções de natureza administrativa (ressalta que os artigos 156 e 162 referem-se à multa prevista em edital ou no contrato). Seria possível, assim, traçar uma distinção, para fins de arbitrabilidade, entre as sanções de natureza contratual e sanções de natureza administrativa. As primeiras seriam pactuadas estritamente no contrato, no qual seu valor e suas condições seriam acordados, visando à pré-liquidação de danos causados por inadimplemento contratual. Por isso, teriam natureza de “ato de gestão”, sendo arbitráveis. As sanções de natureza administrativa (advertência, impedimento de contratar com a administração pública, declaração de inidoneidade), por outro lado, decorreriam de imposição legal e teriam como objetivo punir

³⁶⁵ Para Schiefler (2016, p. 989-995), a aplicação das sanções administrativas previstas nos incs. I, III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e no art. 7º da Lei nº 10.520/02, ou mesmo seus efeitos, por não afetarem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, não poderá ser objeto de arbitragem. Assim, por exemplo, um eventual conflito sobre a aplicação da penalidade administrativa que embarga a participação do particular em futuras licitações públicas e contratos administrativos (incs. III e IV do art. 87 da Lei nº 8.666/93 e art. 7º da Lei nº 10.520/02).

infrações administrativas cometidas pelo contratado. Assim, seriam “atos de império”, não podendo ser submetidos à jurisdição arbitral³⁶⁶.

É possível perceber um consenso a respeito da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas a aplicação das multas contratuais. Note-se que o próprio legislador estabelece que as cláusulas contratuais relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária, e sua forma de aplicação, são cláusulas essenciais do contrato de concessão, ou seja, deverão ser estabelecidas no contrato regras para o exercício da prerrogativa. Assim, havendo controvérsia entre as partes acerca do adimplemento ou inadimplemento das obrigações contratuais estipuladas, a matéria será arbitrável, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Recentemente foi proferida sentença arbitral, versando sobre o assunto, nos autos do processo arbitral em que contendiam a Concessionária BR-040 S.A. e a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT³⁶⁷. Consta do relatório que a requerente formulou pedido para que fossem invalidadas multas aplicadas pela requerida³⁶⁸. O tribunal arbitral analisou a “legalidade, validade, liquidez e exigibilidade” das sanções aplicadas pela ANTT³⁶⁹ e decidiu pela improcedência do pleito da requerente “para declarar a legalidade e validade das multas

³⁶⁶ Também para Ferreira, Rocha e Ferreira (2019, p. 145) “atos administrativos de autoridade ou de império, sobre os quais não há o poder de transigir, não são passíveis de arbitragem, exemplificativamente: o poder de polícia, aplicação de sanções, restrições ao contrato não cumprido e aplicação das penas de improbidade administrativa”.

³⁶⁷ Processo nº 25572/PFF/RLS, administrado pela Corte Internacional de Arbitragem da CCI. A sentença arbitral final é datada de 16 de maio de 2023. Informações sobre o processo arbitral podem ser encontradas em: <https://portal.antt.gov.br/web/guest/via040-25572/2020/pff> (acesso em 28 de maio de 2023).

³⁶⁸ Os pedidos foram detalhados nas Alegações Iniciais: “118. Diante da demonstração dos inúmeros fatores que maculam a legalidade das sanções aplicadas, confia a requerente em que esse Tribunal Arbitral, ipso facto et ipso iure, reconhecerá as ilegalidades apontadas e declarará a invalidez das multas, por meio de sentença arbitral.”

³⁶⁹ “No mérito, que se passa a analisar neste momento, o pedido da Via 040 consiste em que o Tribunal Arbitral declare a ilegalidade e consequente invalidez das multas aplicadas pela ANTT, ou, subsidiariamente, que o Tribunal Arbitral reduza o valor das multas impostas, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (...) Assim, para a Requerente, que pretende o reconhecimento da ilegalidade das multas aplicadas, a controvérsia seria quanto à legalidade das sanções, ou seja, cabe ao Tribunal Arbitral analisar se as multas aplicadas, à luz das obrigações ajustadas no Contrato de Concessão, seriam devidas, sem se questionar a autoridade sancionatória ou o poder fiscalizatório da ANTT, mas sim o modo como teriam se dado as autuações no caso em questão. (...) Cumpre destacar, de início, que, nos termos do art. 23, VIII da Lei nº 8.987/95, as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeitam as concessionárias, bem como sua forma de aplicação, fazem parte do rol de cláusulas essenciais de um contrato de concessão. Para além disso, o art. 29, II da mesma Lei estabelece como incumbência do Poder Concedente – neste caso, a ANTT – que, no exercício da gestão contratual, haverá de identificar as hipóteses e a medida da aplicação das penalidades, sejam elas decorrentes de inadimplementos contratuais ou de infrações regulamentares. (...) Diante disso, o Tribunal Arbitral passa a analisar a legalidade das sanções aplicadas pela ANTT à Via 040, objeto do Procedimento Arbitral, uma vez que a Requerente não questiona, neste Procedimento Arbitral, a competência da ANTT para a aplicação de sanções, e, sim, a legalidade das autuações”.

aplicadas pela ANTT no bojo dos quatro Processos Administrativos objeto deste Procedimento Arbitral”.

Por outro lado, a doutrina costuma questionar a arbitrabilidade das controvérsias das demais figuras sancionatórias, por considerar que teriam “natureza administrativa”, e não contratual. Ocorre que, conforme já comentado, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, é expreso ao declarar serem patrimoniais disponíveis e, portanto, arbitráveis, controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes. Assim, para fins de arbitrabilidade, o que deve ser verificado é motivo que levou à aplicação da sanção. Em outras palavras, se a sanção foi aplicada em decorrência de inadimplemento contratual, a análise desse inadimplemento e, conseqüentemente, do cabimento ou não da sanção imposta pela administração pública, será arbitrável. E, em sendo verificado que não ocorreu o inadimplemento imputado pela administração pública, caberá ao tribunal arbitral sustar a aplicação da sanção, ainda que se trate de sanção de alta gravidade, como a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública.

Note-se, entretanto, que o quanto afirmado acima apenas é verdadeiro quando o motivo da aplicação da sanção for o adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais. Conforme já relatado, as infrações listadas no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021, vão além de infrações relacionadas à inexecução parcial ou total do contrato, contemplando também infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, além da prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato e até à prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Quando a aplicação da sanção se der em tais casos, ou seja, em razão de infrações não relacionadas à execução do contrato propriamente dita, estará fora da jurisdição do tribunal arbitral.

Um último comentário merece ser feito, sobre as quatro figuras sancionatórias, ordenadas em grau crescente de gravidade no art. 156 da Lei nº 14.133, de 2021: (i) a advertência; (ii) a multa; (iii) o impedimento de licitar e contratar e; (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. Como já comentado, a prerrogativa da administração pública de aplicar sanções ou penalidades regulamentares e contratuais é uma prerrogativa à qual a lei atribui autoexecutoriedade, o que significa que a administração pública, após exercida a fiscalização do contrato e concluindo pela existência de inadimplemento contratual grave, poderá, em tese, declarar até mesmo a inidoneidade do concessionário para licitar e contratar com a administração pública. Caso o tribunal arbitral, ao

analisar a execução do contrato e os alegados inadimplementos contratuais, chegue a conclusão diferente da que chegou o concedente a respeito da existência ou da gravidade do inadimplemento, poderá suspender a aplicação da sanção, mas, apenas poderá substituir a sanção por outra, na medida em que existirem regras e definições muito claras no contrato disciplinando os casos em que cada figura sancionatória pode ser aplicada. De qualquer forma, poderá o tribunal arbitral resolver a questão em eventuais perdas e danos.

Em conclusão, registra-se que há um consenso a respeito da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas à aplicação das multas contratuais, tendo o legislador estabelecido que as cláusulas relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação são cláusulas essenciais do contrato de concessão. Assim, havendo controvérsia acerca do adimplemento ou inadimplemento das obrigações contratuais estipuladas, a matéria será arbitrável, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. Há controvérsia, entretanto, a respeito da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas à aplicação das demais figuras sancionatórias (advertência, impedimento e declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública) que teriam “natureza administrativa”, e não contratual. Ocorre que, para fins de arbitrabilidade, o que deve ser verificado é se a penalidade foi aplicada em decorrência de inadimplemento contratual. Se a resposta for positiva, a análise desse inadimplemento e, conseqüentemente, do cabimento ou não da sanção imposta pela administração pública, estará inserida na jurisdição dos árbitros. Por outro lado, quando a aplicação da sanção se der em razão de infrações não relacionadas à execução do contrato propriamente dita, estará fora da jurisdição do tribunal arbitral.

3.2.3 Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, intervindo na prestação do serviço

A prerrogativa do concedente de intervir na concessão também foi analisada no Capítulo 2 (item 2.5.3). Foi afirmado que tal a prerrogativa decorre, assim como no caso da fiscalização, da necessidade de ser assegurada a adequada prestação do serviço, ou seja, trata-se de prerrogativa que possui relação com a repartição de responsabilidades administrativas que ocorre na concessão. A intervenção tem como fundamento o princípio de que os serviços públicos não podem ser interrompidos nem prestados inadequadamente. Consiste, assim, na

assunção temporária pelo concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, com o fim de assegurar a continuidade e a regularidade do serviço público, tratando-se de providência excepcional e acautelatória (sendo temporária, precária e instrumental). Note-se que a intervenção possui finalidades investigatória e fiscalizatória, e não punitivas.

A intervenção é medida que se dá para garantir a adequada execução do contrato, em decorrência de grave inadimplemento que coloca em risco o serviço público. Nesse sentido, dispõe o art. 32 da Lei nº 8.987, de 1995, que o concedente poderá intervir na concessão, com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, “bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”. Dessa lógica, decorre que a intervenção constitui uma forma excepcional de fiscalização. O concedente, diante da insuficiência de outras medidas, intervém na concessão para identificar os problemas e, dentro do possível, corrigi-los. Mas dessa lógica também decorre que a análise da legalidade ou ilegalidade da intervenção depende, em última instância, da interpretação do contrato e da verificação dos inadimplementos identificados pelo concedente que declara a intervenção.

Aqui, cabe destacar, mais uma vez, a excepcionalidade da decretação de intervenção. Para Ribeiro (2013) a intervenção é medida a ser utilizada em situações de urgência, “que põem em risco a continuidade dos serviços, os usuários ou o meio ambiente”. Cita como exemplos de degradação de uma concessão de distribuição de energia elétrica, “apagões frequentes causados por sub investimento na infraestrutura”, ou ainda, no caso de uma concessão de infraestrutura rodoviária, “o desabamento de uma ponte com vítimas”. O autor ressalta, inclusive, que na intervenção há riscos para a própria administração pública, de forma que “os incentivos políticos são sempre para não intervir” pois a ninguém interessaria “assumir o controle de uma concessão problemática e correr o risco de se ver diretamente responsável pelos insucessos na prestação do serviço público, particularmente, sabendo das dificuldades para mover a máquina pública para dar cabo de uma situação desse tipo”³⁷⁰.

Talvez por isso não haja muitas manifestações da doutrina nacional a respeito da arbitrabilidade de tal prerrogativa. Para Sarra de Deus (2021, p. 44) o poder de ocupação provisória dos bens relacionados à execução do contrato é uma prerrogativa exorbitante da

³⁷⁰ Para Ribeiro (2013), “a decisão política de intervenção se dá sempre em um contexto: (a) Ou de oportunismo político, em que o Governo da vez, por razões escusas, resolve espoliar o concessionário ou a concessão; (b) Ou em que a qualidade do serviço já se deteriorou, e há, de fato, ou já a descontinuidade da prestação do serviço ou ela ocorrerá no curtíssimo prazo.”

administração pública e, como “ato de império”, seria inarbitrável. Já para Garcia (2022, p. 134), a 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)”, é medida decorrente do contrato de concessão, sendo arbitráveis os litígios que a envolvam.

Isto posto, parece que cabe, quanto à prerrogativa de intervir na concessão, o mesmo raciocínio desenvolvido para a prerrogativa de fiscalização. Trata-se de competência privativa e irrenunciável da administração pública, a quem o legislador incumbiu o dever de assegurar a prestação adequada do serviço. O que não significa que a administração pública estaria vedada de disciplinar no contrato regras para detalhar, de antemão, a forma e o procedimento da intervenção, quando, dessa forma, consiga assegurar mais eficientemente a consecução do interesse público. Nesse caso, disputas acerca de eventuais inadimplementos contratuais seriam arbitráveis.

Ocorre que, nos termos do art. 32 e seguintes da Lei nº 8.987, de 1995, a intervenção far-se-á por decreto do concedente, que conterà a designação do interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida. Trata-se de competência discricionária do concedente, que deverá avaliar a oportunidade (se o momento e a ocasião são favoráveis à prática do ato) e a conveniência (a efetiva utilidade e vantagens) da prática do ato³⁷¹. Além disso, o art. 33 estabelece para a administração pública o dever de instaurar procedimento administrativo “para comprovar as causas determinantes da medida e apurar responsabilidades, assegurado o direito de ampla defesa”, procedimento este que “deverá ser concluído no prazo de até cento e oitenta dias, sob pena de considerar-se inválida a intervenção”.

Assim, ainda que se cogite da possibilidade de o contrato prever regras adicionais a respeito da prerrogativa em questão, considerando que se trata da competência irrenunciável da administração pública, a arbitrabilidade das controvérsias relativas ao seu exercício deve levar em conta as normas previstas pelo legislador. Note-se que, como já afirmado, o mérito do ato

³⁷¹ Como visto, para Bockmann (2022, p. 402), trata-se de competência privativa, indelegável e discricionária do concedente, uma vez que “ninguém mais poderá cogitar de intervenção, eis que ela decorre de avaliação legislativamente atribuída ao concedente, com exclusividade”. A avaliação do concedente “decorre da conjugação dos clássicos elementos da oportunidade (se o momento e a ocasião são favoráveis à prática do ato) e da conveniência (a efetiva utilidade e vantagens decorrentes do ato)”. Logo, terceiros, como a entidade reguladora, os órgãos de controle externo, o Ministério Público e o Poder Judiciário, estariam legalmente proibidos de decretar intervenção.”

administrativo não constitui matéria arbitrável (o que foi analisado no item 1.2.4). Ainda, considerando o quanto disposto no art. 33 da Lei nº 8.987, de 1995, a administração pública possui o encargo de instaurar procedimento administrativo em até trinta dias após declarada a intervenção e de finalizá-lo em até cento e oitenta dias, antes que seja cabível qualquer intervenção jurisdicional.

De qualquer forma, considerando o quanto disposto no artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que declara serem patrimoniais disponíveis e, portanto, arbitráveis, controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, estará dentro da jurisdição dos árbitros a verificação do adimplemento, pela administração pública, das obrigações contratuais eventualmente assumidas perante o concessionário e também, após o regular processo de fiscalização pela administração pública, via intervenção, referendar ou rechaçar a conclusão do concedente no sentido de que houve inadimplemento contratual do concessionário. Em outras palavras, a verificação da legalidade da ação será, após a ação administrativa, arbitrável, podendo o tribunal arbitral, diante da constatação de que as causas determinantes da medida não existiam, conferir eventual indenização ao concessionário ou determinar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em resumo, a prerrogativa do concedente de intervir na concessão que possui finalidades investigatória e fiscalizatória (e não punitivas), é competência privativa e irrenunciável da administração pública. De qualquer forma, a administração pública poderia disciplinar no contrato regras para detalhar, de antemão, a forma e o procedimento da intervenção quando, dessa forma, consiga assegurar mais eficientemente a consecução do interesse público, desde que sejam consideradas as normas já previstas pelo legislador. A verificação da legalidade da ação será, após a ação administrativa, arbitrável, podendo o tribunal arbitral, diante da constatação de que as causas determinantes da medida não existiam, conferir eventual indenização ao concessionário ou determinar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.2.4 Inarbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público

No Capítulo 2 (item 2.5.4) foi apresentada uma análise acerca da prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato. Foi afirmado que a mutabilidade

é uma das principais características do contrato administrativo, e que seu fundamento é a prossecução do interesse público, que é dinâmico, e não rígido, estático ou inerte. O poder de alteração unilateral do contrato conferido ao ente contratante é o instrumental clássico utilizado pelo direito administrativo para operacionalizar essa mutabilidade. Para Guerra (2021, p. 396), “é lícito ao Poder Concedente, em vista a alcançar o bem comum e em prol do interesse público, modificar determinadas condições inicialmente pactuadas”. O autor relata que, em muitas situações, “as necessidades dos usuários do serviço público podem sofrer mudanças no curso da concessão, defasando-se o contrato administrativo em relação ao interesse público”. Assim, trata-se de “uma prerrogativa da administração pública que pode ser exercida toda vez que se verificar dissonância entre determinadas condições previstas no início da concessão e situações outras que advém na vigência do contrato”. Para Di Pietro:

Quanto ao princípio da mutabilidade, cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas. Essa necessidade de alteração - que deve ser devidamente motivada - pode decorrer de mudanças na situação fato, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares, como, por exemplo, o progresso científico, que torna superadas técnicas anteriores, ou a diminuição ou acréscimo demanda pelo serviço. E também pode decorrer de alterações na situação de direito: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço. (DI PIETRO, 2019, p. 99)

Acerca da arbitrabilidade de tal prerrogativa, afirma Tibúrcio (2018, p. 126) que o poder de alteração unilateral do contrato constitui imperativo legal que o poder público não pode alienar ou restringir pela via negocial, de forma que não compete ao tribunal arbitral definir se ou quando o poder público deve se valer de suas prerrogativas de alteração unilateral de um contrato. Mas afirma que nada impede que os efeitos de seu exercício, por exemplo, sobre a remuneração devida à outra parte, sejam apurados e definidos pelos árbitros. Para Sarra de Deus (2021, p. 28) a prerrogativa de alteração unilateral do contrato é exemplo clássico do exercício do poder unilateral da Administração Pública derivado de “cláusulas exorbitantes”, ou seja, “ato de império”, que o contratante público pratica em condição de superioridade

hierárquica e em relação ao qual o particular não pode se opor, não sendo, portanto, arbitrável³⁷².

Neste ponto, necessário tecer considerações de extrema importância para a análise de arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa de modificação unilateral do contrato. Conforme afirmado, essa prerrogativa é o instrumento conferido pelo legislador à administração pública para operacionalizar a mutabilidade do contrato, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível. Em outras palavras, trata-se da prerrogativa estabelecida pelo legislador para que a administração pública possa garantir que o contrato ao longo de sua (normalmente) longa vida, continue sempre a atender ao interesse público que, como já foi afirmado, é fluido e variável no tempo, acompanhando mudanças econômicas, políticas, financeiras, os avanços tecnológicos e tudo mais que circunda o contrato³⁷³.

Como já afirmado no item 3.1.2 acima, a administração pública está autorizada a, no caso concreto, buscando atingir um interesse público tangível, já materializado, optar por estabelecer, via instrumento contratual, regras cujo objetivo seja trazer mais previsibilidade e segurança à relação contratual. Ou seja, a administração pública está autorizada a lançar mão da consensualidade em detrimento de uma atuação impositiva e unilateral (que se mostra menos eficiente diante da complexidade das relações jurídicas contemporâneas para o atendimento do próprio interesse público) estabelecendo regras que restrinjam ou conformem o exercício das prerrogativas a ela conferidas pelo legislador. Como já se afirmou (especificamente no item 3.1.2.2), sendo as prerrogativas instrumentais para o atingimento do interesse público, nada mais lógico do que conferir a elas uma aplicação mais consentânea com essa finalidade. E, assim fazendo, conflitos a respeito do adimplemento ou inadimplemento dessas obrigações

³⁷² Para Guimarães (2000): “O ‘poder’ de alteração contratual é, antes de tudo, manifestação da função pública. Essa consideração, embora muito difundida, parece importante de ser previamente firmada porquanto ilumina o sentido das competências públicas. Enquanto função, os poderes públicos estão afetados ao atingimento de interesses alheios aos de quem imediatamente os manipulam (os agentes públicos); são poderes que instrumentam a busca, pela Administração Pública, de um interesse de outrem: da coletividade. Esse interesse caracteriza-se como o interesse geral havido concretamente num certo tempo e num dado lugar. Daí a indisponibilidade dos interesses manejados pelo Poder Público.”

³⁷³ Para Guimarães (2003, p. 307): “Os pressupostos materiais ou substanciais definem-se como as situações ocorridas no mundo dos fatos, classificáveis como de fato ou de direito, que, mantenedoras de uma relação de pertinência direta com o objeto do contrato, provocam a necessidade de a Administração Pública – segundo um critério de atendimento ao interesse geral envolvido na contratação – promover a adequação das prestações decorrentes, nos termos e dimensão em que esses pressupostos a habilitem.”

contratualmente assumidas pela administração pública (em prol do melhor atendimento do interesse público), serão arbitráveis.

Isso não ocorre com a prerrogativa de modificação unilateral do contrato. Conforme demonstrado no item 3.1.3, sendo o interesse público inegavelmente mutável, não é possível identificar um interesse público “futuro”, abstrato. Conseqüentemente, também será impossível identificar eventuais instrumentos mais adequados para atingi-lo, o que significa que não haverá, nesse caso, disponibilidade. A identificação do que seja o interesse público apenas é possível em concreto. Apenas será possível identificar o que é o interesse público diante de um contexto social, econômico, político e tecnológico específico e, dessa forma, as melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização.

É inegável que a situação social, econômica, política e tecnológica invariavelmente será alterada ao longo da vida do contrato de concessão e, com ela, variará o interesse público a ser perseguido. Assim, apenas é possível identificar, quando da definição das regras do contrato, o interesse público que se revela diante da realidade concreta que circunda o instrumento contratual. E como a prerrogativa da administração pública de alteração unilateral do contrato versa sobre um interesse público futuro e intangível, não será revestida de qualquer disponibilidade. É dizer, a administração pública não estará autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público futuro, ainda não materializado.

Além disso, conforme discutido no item 3.1.2.2, a prerrogativa de alteração unilateral não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele³⁷⁴, correspondentes a “finalidades de interesse público” que, impactando no contrato, poderão demandar sua modificação³⁷⁵. Não se trata de prerrogativa exercida em função de direitos e obrigações previamente assumidos, como é o caso, por exemplo, da prerrogativa de aplicar sanções ou penalidades. Nesse aspecto, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato não se enquadra

³⁷⁴ Para Garcia de Enterría e Fernández (2014, p. 684): “o *ius variandi* não é uma prerrogativa contratual propriamente dita, mas um poder externo ao contrato, ainda que incidente sobre este”. Trata-se de “uma potestade geral da Administração, à qual esta não pode renunciar validamente, atribuída pelo ordenamento em respeito ao interesse público, cuja gestão adequada, evidentemente, não se ser obstada por nenhum tipo de pacto ou contrato.”

³⁷⁵ Marolla (2016, p. 101), referindo-se ao princípio da indisponibilidade do interesse público, declara que “como o sujeito que exerce função tem o dever de praticar as condutas necessárias e adequadas à satisfação dos interesses públicos, que lhe são transcendentais, os demais integrantes da comunidade não podem se opor a esse exercício. Na verdade, eles se sujeitam às determinações emanadas do titular da função, relacionadas à consecução do interesse público. Há, portanto, poder jurídico para o titular da função e sujeição para os demais integrantes da comunidade, afirmando-se como válidas as determinações emanadas do titular da função que repercutam sobre a conduta de terceiros”.

na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, e não possui conteúdo arbitrável³⁷⁶.

Assim, no que diz respeito à doutrina supracitada, que afirma a inarbitrabilidade do ato de modificação unilateral do contrato, está de acordo com o quanto afirmado neste trabalho, a não ser pelo enquadramento da prerrogativa como uma “exorbitância” decorrente da supremacia do interesse público, ou como um “ato de império”. Trata-se, sim, de competência que decorre da aplicação de um regime jurídico específico eleito pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades. A inarbitrabilidade de eventuais controvérsias decorrentes do exercício da prerrogativa de modificação unilateral do contrato não decorre do fato de se tratar de um “ato de império”. A inarbitrabilidade de controvérsias decorrentes do seu exercício decorre do fato de ser uma prerrogativa voltada a assegurar a consecução de um interesse público futuro e intangível, não relacionada com aspectos da execução contratual e, portanto, indisponível.

Por fim, cumpre destacar um assunto de primordial importância, já comentado incidentalmente quando da análise da arbitrabilidade do exercício da prerrogativa de fiscalização do contrato. Apesar de a prerrogativa de alteração unilateral do contrato não ser arbitrável, podem surgir controvérsias a respeito do fato de se estar diante, ou não, de uma efetiva modificação unilateral.

Nesse sentido, bem destaca Lemes (2007, p. 148) que “se na fase de execução de um contrato a Administração altera ou interpreta de forma diferente do contratado a execução de determinada tarefa, alegando ser decisão sua e que não comporta avaliação quanto à pertinência pelo contratado”, essa questão não será arbitrável. Mas, se no entendimento do contratado houver alteração no escopo do contrato, “poderá pleitear ao árbitro que decida se realmente aquele serviço estava incluído no contrato na forma como a Administração o exigiu e decidir sobre a repercussão econômica do estabelecido”. Assim, correta a autora ao afirmar que “não pode o árbitro opinar se aquela exigência era pertinente ou não, mas avaliar e decidir, com base nas cláusulas do contrato e segundo as regras legais, se houve acréscimo nos serviços que consubstanciarium ressarcimento ao contratado”.

³⁷⁶ Para Garcia (2022, p. 134), em sentido contrário: “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.”

Em outras palavras, muito embora esteja fora da jurisdição arbitral eventuais controvérsias a respeito do exercício da prerrogativa de modificação unilateral do contrato, poderá o tribunal arbitral, em havendo controvérsia a respeito, e com base no art. 20 da Lei 9.307, de 1996 (conforme descrito no item 3.2.1), identificar se há mera aplicação ou interpretação do quanto já pactuado no instrumento contratual, não havendo, nesse caso, em regra, impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou se há efetivamente uma modificação unilateral, que pode ter repercussões no equilíbrio da avença. E, em concluindo pela última hipótese, poderá resolver as controvérsias relativas ao potencial desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme será analisado no item 3.3.

Afinal, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato situa-se na álea administrativa dos contratos de concessão de serviços públicos. A decisão se encontra no campo de competência do concedente e pode a vir a desequilibrar a equação econômico-financeira, que deverá ser restabelecida. Não há dúvidas, nos termos do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que são arbitráveis as controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, especificamente aquelas relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que, obviamente, não exclui eventual desequilíbrio causado por uma modificação unilateral do contrato pela administração pública.

Em conclusão, a prerrogativa de modificação unilateral do contrato é o instrumento conferido pelo legislador à administração pública para operacionalizar a mutabilidade do contrato, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível e mutável. Sendo impossível identificar um interesse público “futuro”, abstrato, também será impossível identificar eventuais instrumentos mais adequados para atingi-lo, o que significa que não haverá, nesse caso, disponibilidade. É dizer, a administração pública não estará autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público futuro, ainda não materializado. Além disso, a prerrogativa de alteração unilateral se volta a questões externas ao contrato, correspondentes a “finalidades de interesse público” que, impactando no contrato, poderão demandar sua modificação, mas não são relacionadas com aspectos da execução contratual. Assim, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato não se enquadra na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

3.2.5 *Arbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de extinguir unilateralmente o contrato: necessidade de análise individualizada de cada hipótese de extinção*

Conforme analisado no Capítulo 2 (item 2.5.5) a extinção contratual é uma categoria abrangente, que compreende uma pluralidade de situações em que se produz a extinção do vínculo jurídico estabelecido entre as partes. A doutrina, não obstante, ao se posicionar sobre a arbitrabilidade objetiva dos conflitos decorrentes da extinção unilateral do contrato pela administração pública, muitas vezes o faz de maneira genérica.

Para Sarra de Deus (2021, p. 28), por exemplo, o ato de rescisão unilateral de um contrato pela administração pública se caracteriza como “ato de império”. O particular, então, encontrar-se-ia em clara situação jurídica de sujeição em relação à administração pública, por isso poderia discutir a causa da rescisão, mas não a ela se opor. Nesse sentido, na opinião da autora, não poderia um tribunal arbitral desconstituir a rescisão unilateral promovida pela administração pública e determinar o ressurgimento do vínculo contratual extinto.

A autora ressalta que a inarbitrabilidade do poder de rescisão unilateral da administração pública não impediria o tribunal arbitral de julgar os seus reflexos econômico-financeiros, inclusive “apreciando se houve ou não inadimplemento do particular apto a fundamentar a rescisão.” Ou seja, o árbitro não poderia desconstituir o ato administrativo praticado, mas poderia, ao julgar as consequências econômico-financeiras do ato sobre o particular, decidir sobre a aplicação das consequências econômico-financeiras previstas para a rescisão por inadimplemento do contratado ou das consequências econômico-financeiras previstas para rescisão por conveniência da administração pública.

A opinião da autora dá causa a um indesejável “sistema dúplice de análise” por ela mesma denunciado e já mencionado no Capítulo 1 (item 1.3.2). Seguindo essa linha de raciocínio, e usando o exemplo acima, caso a administração pública tenha declarado a extinção do contrato por inadimplemento do contratado, a despeito de o tribunal arbitral ter verificado que não houve inadimplemento algum, não poderia declarar a ilegalidade do ato administrativo. O tribunal arbitral deveria, portanto, considerar apenas incidentalmente a invalidade do ato (a qual não poderia declarar) e atribuir ao ato as consequências financeiras relativas a um outro ato administrativo, por exemplo, aquelas relacionadas à extinção do contrato por razões de interesse público.

Essa lógica traz inegável insegurança jurídica. Nada garante que eventual decisão de um juiz estatal, a quem seria reservada a análise de legalidade do ato administrativo que declara a extinção do contrato por inadimplemento do contratado, será idêntica à conclusão (incidental) do tribunal arbitral a respeito do assunto. Assim, a admissão dessa lógica gera potencialmente o risco de decisões contraditórias proferidas por um tribunal arbitral e por um juiz estatal. E, em consequência, uma situação em que, enquanto uma jurisdição declara a legalidade de determinado ato (no exemplo, a legalidade do ato que declara a extinção do contrato por inadimplemento do contratado), outra, ao reconhecer incidentalmente a ilegalidade do ato, acaba por lhe atribuir as consequências financeiras de ato diverso.

Também para Schiefler (2016), uma rescisão contratual imposta pela administração pública não poderia ser submetida a arbitragem, mas os efeitos da rescisão que afetassem direitos patrimoniais disponíveis do contratado, gerando direito a eventual indenização, seriam arbitráveis. Não obstante, para o autor, “ainda que seja juridicamente possível pleitear uma indenização em razão de uma rescisão administrativa infundada – por exemplo, com base em uma falsa alegação de inadimplemento –, a arbitragem não poderá ser utilizada para a obtenção dessa pretensão”. Isso na medida em que, dessa forma, seria concedida “à arbitragem a competência para reconhecer a ilegalidade do ato administrativo que determinou a rescisão – e como o poder-dever de rescindir o contrato representa uma prerrogativa legal plena, esse litígio extrapola o âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis”.

Para o autor, essa situação é distinta da discussão a respeito dos valores devidos após eventual ato administrativo que, reconhecidamente, surte efeitos sobre direitos patrimoniais disponíveis do contratado, por exemplo, “desequilíbrio econômico-financeiro após uma alteração contratual ou uma rescisão em razão de fatos alheios à conduta do contratado” (SCHIEFLER, 2016, p. 989-995). A posição adotada pelo autor, muito embora evite o “sistema dúplice de análise”, parece restringir demasiadamente a arbitrabilidade objetiva dos litígios da administração pública e não se sustenta diante da afirmação da arbitrabilidade das controvérsias decorrentes de inadimplementos contratuais das partes (art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021).

Parece imprescindível reconhecer que a causa da extinção (razões de interesse público, inadimplemento do contratado, inadimplemento da administração pública, distrato, caso fortuito, força maior ou anulação) impacta diretamente na arbitrabilidade dos conflitos a ela relacionados, conforme será demonstrado a seguir. Mas antes de analisar as hipóteses de extinção, caso a caso, necessário frisar que se aplicam aqui as conclusões apresentadas nos itens

3.1.2.1 acima, acerca da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas às cláusulas regulamentares, e, também, no item 3.1.2.2, acerca da necessidade de análise individualizada e à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário, de cada prerrogativa da administração pública, para que seja possível concluir a respeito da sua arbitrabilidade.

3.2.5.1 Arbitrabilidade das eventuais controvérsias decorrentes da extinção do contrato por advento do termo contratual

Hipótese de extinção normal do contrato vem prevista no inciso I do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, que trata da extinção da concessão por advento do termo contratual. Aqui, regra geral, não há litígio, não havendo que se discutir sobre arbitrabilidade. Caso haja alguma discussão a respeito do advento do termo contratual em si, a controvérsia será arbitrável, pois será o caso de análise das regras contratuais a respeito do prazo do contrato, ou seja, a controvérsia versará acerca de eventual inadimplemento contratual, arbitrável nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

No caso de extinção do contrato por advento do termo contratual a reversão dos bens da concessão é, em regra, gratuita, pois se presume que ao longo da execução do contrato a concessionária obtém o retorno do capital investido e uma certa margem de lucro. Mas os bens reversíveis que porventura não tiverem sido amortizados deverão ser indenizados. A arbitrabilidade das controvérsias relativas à indenização pelos bens reversíveis será analisada no item 3.3.

3.2.5.2 Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por “razões de interesse público”

No contexto da Lei nº 14.133, de 2021, a possibilidade de extinção do contrato por “razões de interesse público”, vem prevista no inciso VIII do art. 137. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a encampação vem prevista no inciso II do art. 35.

As duas situações referem-se à extinção do contrato por ato unilateral da administração pública antes da verificação do seu termo, por motivo de interesse público. Não envolvem inadimplemento ou apresentam natureza sancionatória. Trata-se de uma competência extracontratual, unilateral e autoexecutória conferida à administração pública pelo legislador, com o objetivo de viabilizar a alteração da forma de implementar a política pública definida no contrato.

Aqui, aplica-se a mesma lógica que foi aplicada no item 3.2.4, no qual foi afirmada a inarbitrabilidade das controvérsias relativas à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato. Ou seja, a prerrogativa de extinção unilateral do contrato, por “razões de interesse público”, e a encampação, também são destinadas a assegurar o atingimento de um interesse público futuro e intangível e, portanto, não serão revestidas de disponibilidade. Além disso, constituem prerrogativas que não se voltam a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, correspondentes a “razões de interesse público” que, impactando no contrato, poderão demandar sua extinção. Não se trata de prerrogativas exercidas em função de direitos e obrigações previamente assumidos e, por isso, não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Assim como ocorre com a prerrogativa de modificação unilateral do contrato, a inarbitrabilidade não decorre do fato de as prerrogativas de extinção unilateral do contrato por “razões de interesse público” e a encampação se caracterizarem como “ato de império”. Trata-se, como já se afirmou, tão somente de competências que decorrem da aplicação de um regime jurídico específico eleito pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades. A indisponibilidade das controvérsias decorrentes do seu exercício deriva do fato de consistirem em prerrogativas voltadas a assegurar a consecução de um interesse público intangível, não relacionada com aspectos da execução contratual em si.

Aqui, cumpre registrar entendimento contrário de Pereira (2018, p. 246) para quem, a despeito consistir a encampação em “inequívoco ato de autoridade por parte do poder concedente”, tanto o cabimento da encampação quanto o montante da indenização eventualmente devida poderiam ser objeto de arbitragem. Para o autor, não é invocável a noção de interesse público para impedir a validade da cláusula compromissória, uma vez que “o estrito cumprimento do regime jurídico da concessão – o que abrange as regras sobre os casos de encampação, sobre a indenização e até mesmo sobre a arbitragem – é que corresponde ao interesse coletivo a ser perseguido pela Administração.”

Também para Garcia (2022, p. 134), a encampação “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”. Assim, para o autor, “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”.

Isso não caracterizaria “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 contrato”.

A despeito de se declarar, neste trabalho, entendimento no sentido da inarbitrabilidade das controvérsias relacionadas com a extinção do contrato por “razões de interesse público” ou com o ato de encampação, não há dúvidas que o particular deverá ser indenizado, já que o desfazimento do contrato não se fundamenta em seu inadimplemento. A antecipação do encerramento do contrato importa frustração da concretização da equação econômico-financeira assegurada ao concessionário e, dessa forma, deve o concedente assegurar ao concessionário a indenização em decorrência dos lucros que poderiam ser auferidos em virtude da continuidade do contrato, existindo, logicamente, possibilidade de impugnação do valor concedido a título de indenização.

Essa discussão, a respeito dos efeitos patrimoniais da extinção unilateral do contrato, seja por “razões de interesse público”, seja por encampação, serão arbitráveis. Trata-se de controvérsia a respeito do cálculo de indenizações, arbitrável nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. Nesse sentido é a opinião de Lemes (2007, p. 151), quando afirma que “todas as consequências de rescisão podem ser objeto de decisão arbitral, pois que eminentemente patrimoniais”, e “idêntica resposta é alcançada em termos de encampação dos serviços concedidos”. Ou seja, “as controvérsias que surgirem, finda a concessão, podem ser dirimidas por arbitragem”.

Por fim, necessário ainda ressaltar que diante da necessidade de proteção dos direitos constituídos a favor do contratante, o exercício da prerrogativa de extinção do contrato por “razões de interesse público” ou de declaração de encampação pressupõe que a administração pública invoque e prove fundamentadas razões de interesse público, ficando o ato de extinção do contrato sujeito a controle jurisdicional, no que se refere aos seus pressupostos e à observância do devido processo legal. Não obstante, conforme já afirmado, esse controle deverá ser feito pela jurisdição estatal, por se tratar de direito indisponível.

Em resumo, a prerrogativa de extinção unilateral do contrato por “razões de interesse público” e a encampação, são competências extracontratuais conferidas à administração pública pelo legislador, com o objetivo de viabilizar a alteração da forma de implementar a política pública definida no contrato. Assim como a prerrogativa de modificação unilateral do contrato, essas competências são destinadas a assegurar o atingimento de um interesse público futuro e intangível e, portanto, não serão revestidas de disponibilidade. Além disso, constituem

prerrogativas que não se voltam a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, correspondentes a “razões de interesse público” que, impactando no contrato, poderão demandar sua extinção. Não se trata de prerrogativas exercidas em função de direitos e obrigações previamente assumidos e, por isso, não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. De qualquer forma, o particular deverá ser indenizado, já que o desfazimento do contrato não se fundamenta em seu inadimplemento. A discussão a respeito dos efeitos patrimoniais da extinção unilateral do contrato serão arbitráveis.

3.2.5.3 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento do contratado

A extinção do contrato por inadimplemento do contratado é possível pelos motivos listados nos incisos I a IV, VI, VII e IX do caput do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021.

Assim, são hipóteses de inadimplemento imputáveis ao contratado: (i) o não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos (inciso I); (ii) o desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior (inciso II); (iii) a alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato (inciso III); (iv) a decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado (inciso IV); e (v) o não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz (inciso IX).

As hipóteses previstas nos incisos VI e VII, de “atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto” e “atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas” podem envolver inadimplemento do contratado ou da administração pública (art. 25, §5º e 124, §2º da Lei nº 14.133, de 2021).

Em todos esses casos, é possível a extinção do contrato determinada por ato unilateral da administração pública, desde que o descumprimento não decorra de sua própria conduta, nos

termos do art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021, ficando o contratado sujeito às consequências do inadimplemento.

Por sua vez, no contexto da Lei nº 8.987, de 1995, no inciso III do seu art. 35, encontramos a previsão da declaração de caducidade da concessão, sanção contratual a ser aplicada em casos de inadimplemento efetivamente comprometedor do destino do projeto concessionário. A caducidade põe fim ao contrato antes da conclusão do prazo inicialmente fixado e afasta definitivamente o concessionário, que estará impedido de prestar o serviço outrora concedido. Tal como todas as demais sanções administrativas, a caducidade exige a prévia e regular instalação do devido processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. A conduta danosa imputada ao concessionário repercutirá na indenização a ser apurada, ou seja, as indenizações em caso de caducidade não englobarão lucros cessantes ou perdas do concessionário derivadas de seu inadimplemento. Não obstante, o concedente terá o dever de indenizar a parcela não amortizada do capital investido e os bens reversíveis não amortizados. A indenização não é prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário.

Estamos tratando aqui, portanto, de casos de inadimplemento contratual. Conforme já exaustivamente afirmado, o parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, afirmou a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”. Não pode haver dúvidas, portanto, que, havendo extinção unilateral do contrato por inadimplemento do contratado ou declaração de caducidade, eventuais controvérsias decorrentes do exercício dessas prerrogativas serão arbitráveis. Em outras palavras, poderá o tribunal arbitral, à luz do contrato e da legislação vigente, verificando que, a despeito das conclusões a que chegou o concedente, inadimplemento não houve, declarar a invalidade do ato administrativo que determinou a extinção do contrato ou que declarou a sua caducidade³⁷⁷.

³⁷⁷ Monteiro (2021, p. 111), sobre processo arbitral que versou sobre a caducidade de contrato de concessão (CCI 23433/GSS/PFF): “O pioneirismo do Caso Galvão está em submeter à arbitragem conflito envolvendo a declaração de caducidade de contrato de concessão de rodovia federal pelo poder concedente. A sentença parcial proferida reconheceu a arbitrabilidade objetiva do pedido de revisão da declaração da caducidade em razão da responsabilidade exclusiva da concessionária pela inexecução contratual. Entendeu, corretamente, que a análise do caso dependia da interpretação do contrato e concluiu que o tema tinha evidente natureza patrimonial, assim como os pedidos de recebimento de indenização pela extinção antecipada do contrato.” Para Garcia (2022, p. 134): “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

Quatro questões, entretanto, merecem atenção.

Em primeiro lugar, não obstante o *caput* do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021, declarar que os motivos elencados em seus incisos “constituirão motivos para a extinção do contrato”, não é possível admitir que essa seja consequência automática para toda e qualquer hipótese de inadimplemento pelo contratado, considerando a gravidade dos efeitos da extinção unilateral e diante da viabilidade e eficiência de aplicação de outras sanções menos graves previstas na lei. O mesmo pode ser afirmado a respeito da caducidade. A declaração da caducidade é reservada para as infrações mais graves ou para grande reincidência de infrações. Assim, a depender das circunstâncias factuais, e em prestígio à continuidade do serviço público e à proporcionalidade, o concedente poderá optar pela aplicação de outras sanções administrativas ao invés de decretar a caducidade. Todavia, caso tais sanções não gerem os esperados efeitos dissuasórios e o concessionário persista no inadimplemento, o concedente, a fim de preservar a continuidade do serviço adequado aos usuários, deverá decretar a caducidade da concessão.

Nesse sentido, é questionável se ao verificar a inexistência de inadimplemento contratual e, portanto, a invalidade do ato que declarou a extinção do contrato com esse fundamento, caberia ao tribunal arbitral substituir a sanção de extinção unilateral do contrato por outra de menor gravidade. Caso o tribunal arbitral conclua, diferentemente do concedente, pela inexistência de inadimplemento que justifique a extinção do contrato, poderá declarar a invalidade do ato. Mas apenas poderá substituir o ato administrativo de extinção unilateral do contrato, por outra penalidade, caso exista previsão a esse respeito no contrato. De qualquer forma, poderá resolver a questão em eventuais perdas e danos.

Em segundo lugar, é necessário refletir acerca da possibilidade ou não de o tribunal arbitral determinar o restabelecimento da relação contratual extinta pela administração pública, caso constate que não houve inadimplemento contratual por parte do contratado. A princípio, caso a relação contratual extinta não tenha, ainda, sido substituída por qualquer outra, seria possível que o tribunal arbitral determinasse a reintegração do contratado na relação contratual original. Não obstante, isso não será possível caso a administração pública já tenha firmado novo contrato com terceiro. Explica-se. O tribunal arbitral apenas possui jurisdição para decidir a respeito de controvérsias entre as partes signatárias da convenção de arbitragem. Não poderia,

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.”

portanto, analisar qualquer questão relativa a qualquer outro contrato senão aquele que contém a convenção de arbitragem. Isso leva a inegável conclusão de que está fora da jurisdição do tribunal arbitral a possibilidade de desconstituir qualquer medida que tenha sido adotada pela administração pública a fim de contratar com terceira pessoa. Assim, caso a administração pública já tenha firmado novo contrato com terceiro, no âmbito do processo arbitral a questão poderá ser resolvida, tão somente, em perdas e danos.

Em terceiro lugar, é necessário lembrar que, nos termos do art. 38, §4º da Lei nº 8.987, de 1995, a caducidade será declarada por decreto do concedente. Ocorre que o decreto nada mais é do que a forma de que se revestem atos emanados do chefe do poder executivo, tratando-se, no caso do decreto de caducidade, de um ato administrativo individual ou de efeito concreto, que resulta da comprovada inadimplência do concessionário após regular processo administrativo. Assim, caso o tribunal arbitral constate, à luz do contrato e da legislação vigente, a despeito das conclusões a que chegou o concedente, que inadimplemento não houve, poderá declarar a invalidade do decreto de caducidade, nos termos do quanto autorizado pelo parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, como já afirmado.

Em quarto lugar, cabem breves comentários sobre dois aspectos bastante específicos, já mencionados no Capítulo 2 (item 2.5.5.4). O primeiro é referente especificamente à hipótese de declaração de caducidade prevista no art. 38, §1º, IV da Lei nº 8.987, de 1995, ou seja, quando “a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido”. O segundo é referente a possibilidade de decretação de caducidade em decorrência da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do concedente, prevista no art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995.

Como já afirmado, a caducidade da concessão nem é automática, nem é obrigatória. Assim, mesmo diante de situações como as previstas nos referidos dispositivos legais, deve ser verificado no caso concreto se de fato houve inadimplemento contratual por parte da concessionária. E, dessa forma, são aplicáveis às hipóteses legais as mesmas conclusões já declaradas a respeito da arbitrabilidade das questões relacionadas ao exercício da prerrogativa de decretação de caducidade. Não obstante, especificamente no que se refere ao art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, caso não sejam previstas no contrato regras que disciplinem de maneira mais detalhada o dispositivo legal, é possível o entendimento de que a lei prevê hipótese de caducidade que não decorre de inadimplemento contratual, mas simplesmente da ausência de

anuência do concedente a respeito da transferência de concessão ou do controle societário da concessionária. Assim, não se tratando de ato que se fundamente na análise da execução do contrato em si, não será abarcado pela jurisdição do tribunal arbitral.

Em resumo, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que afirmou a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, havendo extinção unilateral do contrato por inadimplemento do contratado ou declaração de caducidade, eventuais controvérsias decorrentes do exercício dessas prerrogativas serão arbitráveis. Assim, poderá o tribunal arbitral, à luz do contrato e da legislação vigente, verificando que, a despeito das conclusões a que chegou o concedente, inadimplemento não houve, declarar a invalidade do ato administrativo que determinou a extinção do contrato ou que declarou a sua caducidade. As repercussões econômicas da extinção do contrato por inadimplemento ou caducidade serão também arbitráveis, correspondendo ao cálculo de indenizações.

3.2.5.4 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por distrato, caso fortuito e força maior

No Capítulo 2 (item 2.5.5) foram analisadas as figuras do distrato e da extinção do contrato por caso fortuito ou força maior. O distrato vem previsto no art. 138 da Lei nº 14.133, de 2021 que declara, em seu inciso II, que a extinção do contrato poderá ser consensual, por acordo entre as partes. A possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior consta do inciso V do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021, não configura inadimplemento por qualquer das partes e tampouco inexecução culposa.

No caso do distrato, da mesma forma do que foi afirmado no item 3.2.5.1 para a extinção da concessão por advento do termo contratual, não havendo litígio, não cabem discussões acerca da arbitrabilidade a não ser que, ainda que se trate de extinção consensual do contrato, surja alguma discussão a respeito de efeitos patrimoniais. Já no que se refere à possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior, caberá, em tese, discussões acerca dos prejuízos regularmente comprovados pelo concessionário que, pela regra do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, podem ser submetidas à jurisdição arbitral, por compreender o “cálculo de indenizações”.

3.2.5.5 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por inadimplemento da administração pública

Conforme analisado no Capítulo 2 (item 2.5.5.5) as situações em que a extinção do contrato decorre do inadimplemento da administração pública, ou seja, de condutas enquadráveis como “fato da administração”, estão previstas no §2º do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a possibilidade de extinção do contrato por inadimplemento da administração pública vem disciplinada no art. 39, chamada de rescisão, que é ato de iniciativa do concessionário, diante do inadimplemento do concedente, “mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”.

Conforme já afirmado, o termo “ação judicial” contido no art. 39 da Lei nº 8.987, de 1995, deve ser interpretado de forma a abranger o juízo arbitral, do que decorre que são arbitráveis os pleitos do contratado de extinção do contrato por inadimplemento da administração pública, caso o contrato em questão contenha convenção de arbitragem. Reforça esse argumento os termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que afirmou a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”.

Note-se tão somente que, pela literalidade da lei, a decisão judicial ou arbitral, ainda que liminar ou antecipada, é requisito inafastável para a suspensão da prestação dos serviços por inadimplemento da administração pública. Assim, a depender da redação da cláusula compromissória, poderá o concessionário: (i) agir de acordo com o que estabelece o art. 22-A, da Lei nº 9.307, de 1996, recorrendo ao poder judiciário para concessão de medida cautelar ou de urgência antes de instituída a arbitragem; (ii) agir de acordo com o parágrafo único do art. 22-B, da Lei nº 9.307, de 1996, requerendo a medida cautelar ou de urgência diretamente aos árbitros estando já instituída a arbitragem; (iii) valer-se da figura do árbitro de emergência, caso a opção das partes tenha sido pelo uso da arbitragem institucional e haja previsão nesse sentido na cláusula compromissória ou no regulamento da instituição arbitral escolhida.

3.2.5.6 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da extinção do contrato por anulação

A anulação consiste no fim do contrato de concessão por vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu. Por exemplo, se a licitação houver sido comprovadamente fraudada ou se não existir qualquer licitação regular que a anteceda, é de se decretar a nulidade da concessão (sempre antecedida do devido processo administrativo,

garantida a ampla defesa). A anulação diferencia-se de todas as demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado, até o momento da formalização da concessão, não dependendo da conduta do concessionário no desempenho da concessão nem tendo relação com qualquer motivo de interesse público. Nesses termos, não se enquadra em nenhuma das hipóteses do rol (exemplificativo) previsto no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. A anulação da concessão decorrerá daquela situação em que o concedente, o órgão de controle externo, ou mesmo o poder judiciário se depararem com nulidade no certame licitatório ou no próprio contrato. A questão foi objeto de análise no Capítulo 2 (item 2.5.5.5).

Por outro lado, o art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, declara que a “cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. Ainda, no seu parágrafo único, consta que caberá ao árbitro “decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória”. Ensina Carmona (2009, p. 173) que a cláusula compromissória recebe da lei autonomia em relação ao contrato onde eventualmente vier inserida para que discussões a respeito da nulidade ou anulabilidade do contrato possam “ser submetidas à decisão dos árbitros, tudo a pressupor a separação da cláusula do restante do contrato”³⁷⁸. Assim, nos termos do referido dispositivo legal, questões acerca da existência, validade e eficácia do contrato que contenha cláusula compromissória serão submetidas à apreciação dos árbitros.

Isto posto, é possível chegar a duas conclusões.

A primeira é no sentido de que, a despeito do conteúdo do art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, faltando os elementos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, os árbitros não terão jurisdição para decidir acerca da eventual nulidade do contrato³⁷⁹. Explica-se. A eventual

³⁷⁸ Para Carmona (2009, p. 173): “Por consequência, se um contrato nulo (por não ter seguido a forma prevista em lei, ou porque seu objeto seja ilícito) afetasse a cláusula compromissória nele encaixada, os árbitros nunca teriam competência para decidir sobre questões ligadas exatamente à nulidade do contrato. Seria então muito fácil afastar a competência dos árbitros, pois bastaria que qualquer das partes alegasse matéria ligada à nulidade do contrato para que surgisse a necessidade de intervenção do juiz togado”.

³⁷⁹ Acerca da impossibilidade de o contrato ser anulado pela via arbitral, o Ministro Mauro Campbell Marques, do Superior Tribunal de Justiça, já se posicionou, em decisão monocrática, declarando que “a questão atinente à nulidade da concorrência pública e do contrato de concessão diz respeito a direito indisponível da Administração Pública, de modo que, nos moldes do artigo 1º, §1º, da Lei 9.307/96, não pode ser decidido pelo juízo arbitral, o qual apenas poderia resolver questões relativas à rescisão do contrato e reversão dos bens” (REsp n. 1.887.864,

nulidade de um contrato administrativo, além de poder envolver a nulidade de procedimentos, como o licitatório, que não se enquadram nos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade, pode envolver múltiplos interessados, participantes da licitação, mas não submetidos à jurisdição dos árbitros pelo simples fato de não serem signatários da convenção de arbitragem inserida no contrato.

A segunda é no sentido de que, mesmo quando faltar aos árbitros competência para apreciar a nulidade do contrato administrativo, considerando a autonomia da cláusula compromissória prevista no art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, o tribunal arbitral poderá continuar competente para a resolução de eventuais controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato anulado. Para Carmona:

As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de modo que eventual falha que importe nulidade da avença principal não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e seus efeitos) pela via arbitral.(...) A Lei, portanto, foi clara no sentido de permitir a autonomia da cláusula, embora não ignore que, em diversas situações, as causas de nulidade (e de anulabilidade) tanto do contrato principal quanto da cláusula possam ser as mesmas, já que ambos os pactos podem ter sido gerados conjuntamente, padecendo dos mesmos vícios, especialmente no que se refere à declaração de vontade (vícios de consentimento) ou capacidade dos contratantes”³⁸⁰. (CARMONA, 2009, p. 173)

Por fim, necessário ressaltar que, ainda que a nulidade não traga necessariamente consigo a imputação da prática de qualquer comportamento irregular por parte do concessionário, a sua declaração não prescinde do devido processo legal, já que a anulação da concessão incidirá sobre a esfera jurídica do concessionário, que deverá ser ressarcido pelos

Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 19/05/2021). Em sentido oposto, Garcia (2022, p. 138): “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”.

³⁸⁰ Para Valdes (2007, p. 135): “The concept of Separability means that arbitration agreements are separable from the main contracts in which they appear or to which they are related. It gives the arbitration clause the status of a contract, autonomous in relation to the principal agreement in which it is inserted. Thus, the invalidity of the parties’ underlying contract does not necessarily invalidate the arbitration agreement. The arbitration clause may survive termination or expiration of the main contract, because the arbitration clause is considered as separated from the rest of the contract. (...) The separability doctrine gives the arbitration clause the status of a contract, autonomous in relation to the principal agreement in which it is encapsulated. Thus, arbitrators may decide on issues relating to the validity of the main contract without the risk that their power will retroactively fail.”

eventuais prejuízos sofridos, desde que não tenha concorrido para o vício³⁸¹. Assim, eventuais discussões a respeito dos prejuízos regularmente comprovados pelo concessionário podem ser submetidas à jurisdição arbitral, por compreender o “cálculo de indenizações”, nos termos do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Em resumo, a anulação consiste no fim do contrato de concessão por vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu e, portanto, diferencia-se de todas as demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado. Assim, a despeito do conteúdo do art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, faltando os elementos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, os árbitros não terão jurisdição para decidir acerca da eventual nulidade do contrato. Não obstante, mesmo quando faltar aos árbitros competência para apreciar a nulidade do contrato administrativo, considerando a autonomia da cláusula compromissória prevista no art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, o tribunal arbitral poderá continuar competente para a resolução de eventuais controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato anulado.

3.3 Arbitrabilidade das controvérsias decorrentes das cláusulas financeiras do contrato de concessão de serviço público e do direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

Como visto no Capítulo 2 (item 2.6), o regime dos contratos de concessão de serviço público reconhece ao contratado, em contrapartida às prerrogativas conferidas pelo legislador à administração pública, principalmente à prerrogativa de modificação unilateral, o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A equação econômico-financeira é a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da sua execução. Ou seja, integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração do serviço. A garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões é o mais importante instrumento propiciador de segurança jurídica ao particular que

³⁸¹ Nesse sentido, o art. 149 da Lei nº 14.133, de 2021, dispõe: “A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa”.

celebra contrato com a administração pública, a considerar os vultosos investimentos que deverão ser amortizados durante o longo período em que o serviço será explorado.

Não há controvérsia relevante acerca da arbitrabilidade dos conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que foi, inclusive, afirmado expressamente pelo art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021³⁸². Também o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito, declarando que controvérsia relativa à 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”³⁸³.

Para Marolla (2016, p. 135), as cláusulas econômicas constituem o verdadeiro “elemento contratual” dos contratos administrativos, “possuem natureza patrimonial e são instrumentais em relação à consecução do interesse público”, guardando “correspondência com os “atos de gestão”, em relação aos quais a disponibilidade é possível nos limites da lei”. Para a autora “as cláusulas econômicas podem ser consideradas o reverso dos poderes regulamentares e exorbitantes da Administração nos contratos por ela celebrados, constituindo direitos patrimoniais para os contratados”.

Para Lemes (2007, p. 151), no âmbito dos contratos administrativos “há áreas cinzentas em que realmente poderão advir dúvidas justificadas quanto à arbitrabilidade da questão”. Para a autora “um bom norte é efetuar a indagação se essa suposta matéria teria repercussão na parte econômica e financeira do contrato” pois, em caso de resposta positiva, “a matéria pode ser suscetível de ser dirimida por arbitragem, mas apenas quanto à repercussão econômica e que tenha gerado prejuízo ao contratado”.

Para Bandeira de Mello (2021, p. 910-911) “apenas conflitos decorrentes de questões atinentes ao equilíbrio econômico-financeiro podem, em tese, ser equacionados por meio de arbitragem” uma vez que “a parte econômica convencionada” no contrato seria a única que ostentaria natureza contratual. Também Di Pietro (2021) afirma que as cláusulas financeiras

³⁸² Art. 151. “Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.”

³⁸³ REsp n. 904.813/PR, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/10/2011, DJe de 28/2/2012.

“dizem respeito à remuneração do contratado e ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato”, possuindo “natureza tipicamente contratual”, sendo, portanto, arbitráveis as controvérsias a elas relacionadas.

A quebra do equilíbrio consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa. Como já afirmado, a prerrogativa que mais diretamente está relacionada com a possibilidade de desequilíbrio do contrato é a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas originalmente pactuadas, mas o desequilíbrio também pode decorrer de outros fatores, como a ocorrência superveniente de eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis, que causem a ampliação dos encargos e a redução das vantagens originalmente previstas³⁸⁴, ou por alterações de ordem legislativa ou regulatória que modifiquem a forma de cobrança ou instituem gratuidades. Em todos esses casos, divergências relativas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e ao cálculo de indenizações serão arbitráveis.

Note-se ainda que nem tudo que afeta o equilíbrio contratual enseja, automaticamente, recomposição, sendo necessário levar em consideração a distribuição de encargos originalmente prevista no contrato, ou seja, apurar qual parte assumiu os riscos associados ao evento. Os riscos assumidos contratualmente pela concessionária, a chamada de álea ordinária da concessão, por exemplo, não dará ensejo ao reequilíbrio. As controvérsias relativas a essas questões, ou seja, a interpretação do contrato a fim de solucionar eventuais controvérsias sobre os riscos assumidos por cada uma das partes, também serão arbitráveis.

Ocorre que mesmo discussões afetas ao reequilíbrio econômico-financeiro e às cláusulas financeiras do contrato de concessão poderão não ficar restritas a discussões de cunho exclusivamente econômico e, portanto, patrimonial e disponível. Discussões a respeito dos meios utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderão ser permeadas por fatores externos ao contrato e pela necessidade de adotar determinada política

³⁸⁴ Para Di Pietro (2019, p. 127) a “teoria da imprevisão autoriza a Administração a rever as cláusulas financeiras do contrato, para restabelecer seu equilíbrio econômico-financeiro. Essa revisão o particular só pode pleitear quando der continuidade à execução do contrato; tal como é aplicada no direito francês, em que foi elaborada a teoria da imprevisão nos contratos administrativos, a compensação financeira pela Administração nunca será integral, porque não cobre o total do déficit financeiro do co-contratante; reparte-se o prejuízo para restabelecer o equilíbrio econômico do contrato. Essa repartição do prejuízo justifica-se pelo fato de a álea econômica (ao contrário da álea administrativa) não ser imputável a nenhuma das partes”.

pública, em prol da prestação adequada do serviço público, de titularidade do concedente. Nesses casos, não haverá, necessariamente, arbitrabilidade.

Por exemplo, a recomposição da equação econômico-financeira pode ser feita por diferentes vias, como a extensão ou o encurtamento de prazo de concessão, o incremento ou o alívio de investimentos do particular, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes. A decisão a esse respeito encontra-se, regra geral, na esfera da discricionariedade administrativa, cabendo ao administrador definir no caso concreto a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta a modicidade das tarifas e o interesse dos usuários³⁸⁵.

Em outras palavras, como regra geral, decisão a respeito da medida a ser adotada para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não está inserida na jurisdição do tribunal arbitral. A única hipótese em que o tribunal arbitral poderá declarar a forma de se reequilibrar o contrato é no caso de o próprio contrato apresentar regras a esse respeito. Assim, caso a administração pública tenha, de antemão, definido no instrumento contratual as hipóteses de desequilíbrio e a forma de restabelecê-lo, poderão os árbitros, aplicando o contrato, declarar a forma de reequilíbrio nele estabelecida.

Conforme já discutido anteriormente, caso a administração pública identifique, no caso concreto, que a definição em contrato das possíveis formas de reequilíbrio econômico-financeiro é o que melhor atende o interesse público, poderá, desde logo, restringir o âmbito de sua atuação discricionária e, agindo consensualmente, estabelecer direitos e deveres recíprocos entre concedente e concessionário a respeito das formas de se reequilibrar o contrato de concessão. Não se olvide, entretanto, que o contrato poderá ser objeto de modificação unilateral pela administração pública. Como afirmado, o concessionário tem direito à manutenção do

³⁸⁵ Para Justen Filho (2023, p. 476) a prorrogação do prazo, por exemplo, pode ser um instrumento para assegurar a recomposição da equação econômico-financeira do contrato. Nesse caso, amplia-se o prazo original do contrato, visando permitir que a exploração do empreendimento por um período de tempo mais longo produza a preservação da relação original entre encargos e vantagens. Para o autor, a prorrogação pode ser praticada com fundamento nos princípios da intangibilidade da equação econômico-financeira da outorga e da modicidade tarifária. Se a prorrogação não for admitida, então caberá assegurar ou a indenização ao particular mediante o pagamento em espécie ou a elevação das tarifas. O que não se admite é negar ao particular a compensação pelos investimentos não amortizados ou outros créditos surgidos durante a execução da concessão. Também para Aragão (2017b, p. 439) a prorrogação pode se constituir em instrumento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inclusive para a amortização de bens reversíveis não realizada no prazo ordinário do contrato. Para o autor, para que isso ocorra, o contrato originário já deve prever as condições em que a prorrogação poderá ser efetivada, inclusive uma estimativa do montante dos novos investimentos a serem efetivados nessa nova fase contratual, valor da tarifa e pagamento de eventual nova outorga”.

equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas não à manutenção da forma como será restabelecido o reequilíbrio. Nesse caso, não sendo arbitráveis matérias relativas à alteração unilateral do contrato, conforme afirmado no item 3.2.4, caberá ao tribunal arbitral verificar em que medida a aventada modificação unilateral impactou o equilíbrio do contrato.

Neste ponto, cabe uma observação específica a respeito das tarifas do contrato de concessão. O instrumento típico de reequilíbrio dos contratos de concessão é a revisão tarifária, uma vez que, a despeito da existência de outras possíveis fontes de receita alternativa, a tarifa é a principal fonte de retorno econômico oferecida aos particulares concessionários de serviços públicos. Mas, não obstante ser parte da equação econômico-financeira das concessões, as normas que fixam os critérios de cálculo e o valor das tarifas constituem elemento essencial das regras relativas à própria prestação do serviço público. Isso porque a tarifa, a despeito de compor a remuneração do concessionário, representa o valor devido pelos usuários para a obtenção do serviço. Assim, em algumas situações, a revisão tarifária poderá não constituir um meio eficaz para o reequilíbrio, podendo colidir com o princípio da modicidade tarifária. A definição do regime tarifário ou a fixação do valor da tarifa acaba sendo instrumento fundamental de implementação de políticas públicas, do que decorre que a tarifa poderá ser fixada ou alterada unilateralmente pelo concedente, desde que seja respeitado o equilíbrio contratual da concessão como um todo (o mesmo pode ser afirmado a respeito do reajuste tarifário).

Por todos esses motivos, para Câmara (2009, p. 205-208) não é possível falar de controle jurisdicional que envolva a revisão ou reajuste de tarifas, pois, nesse caso, se estaria cogitando de uma decisão jurisdicional que incidiria diretamente sobre uma competência administrativa discricionária. Para o autor, o contrato confere ao concessionário tão somente o direito de ver preservada a sua equação econômico-financeira, sem garantia de que o valor da tarifa, em si mesmo, seja reajustado ou revisado. O valor da tarifa, apesar de ser parte integrante e muito significativa do equilíbrio contratual, não representaria o único fator determinante da equação, assim poderia o concedente se utilizar de outros instrumentos para manter o equilíbrio econômico original e, com isso, preservar, ou até reduzir, o valor da tarifa³⁸⁶.

³⁸⁶ Para Câmara (2009, p. 207): “Deveras, o regime de concessão não traz como regra imutável uma determinada estrutura tarifária. Isto é, ao assumir um dado serviço público sob o regime de concessão, normalmente por um longo período de tempo, o particular não recebe do Poder Público a garantia jurídica de que o mesmo sistema tarifário será mantido ao longo de toda a execução do contrato. Além dos mecanismos normais referentes à mera alteração do valor da tarifa - quais sejam os já citados instrumentos do reajuste e da revisão - é possível que o

Contudo, afirma o autor, isso não significa dizer que os atos praticados no exercício de tal competência administrativa não estariam submetidos a um controle de legalidade, que, não obstante, não poderia ser exercido além do exame da juridicidade da atuação administrativa. Destarte, o descumprimento do dever do concedente de determinar a alteração tarifária poderia ser suprido por decisão judicial que determinaria a aplicação das normas legais e contratuais que impõe à administração pública o dever de preservação do equilíbrio econômico-financeiro via revisão ou reajuste. E, para que decisões judiciais com este conteúdo não impliquem usurpação de parte de competência administrativa típica, concernente à fixação de política pública no estabelecimento de tarifas, a decisão judicial que determine revisão da tarifa poderia ser cumprida de modo indireto, com o emprego de competência regulamentar para alterar o regime tarifário ou de remuneração do concessionário, diante do poder da administração pública alterar unilateralmente o contrato.

Assim, para Lemes (2007, p. 150) as questões referentes aos reajustes de tarifas nos contratos de concessão, “quando se refiram à interpretação das bases pactuadas, por serem contratuais, podem ser, no caso de dissenso interpretativo, dirimidas por arbitragem”. Todavia, “caso seja referente à revisão das bases pactuadas consoante disposto pelo Poder Concedente e o concessionário, esta atividade estaria fora da alçada do árbitro”. Para a autora, pleitos referentes às tarifas que “importem em novação do contrato ou sua alteração por decisão da Administração, não podem ser solucionadas por árbitros e decorrem do poder de autoridade que se norteia pelo interesse público (e social) envolvido”. Também para Mattos (2001, p. 131), acompanhado por Ribeiro (2015), a tarifa do serviço público concedido não poderá sofrer modificação pelo juízo arbitral.

Por outro lado, na linha do quanto já afirmado acima, Ávila e Nascimento (2022) declaram que o fato de a administração pública “deter competência para proceder à revisão e ao reajuste tarifário não exclui a sindicabilidade desse ato pelo juízo arbitral quando o contrato estabelece que uma das formas de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato se realiza justamente por meio de revisão tarifária”. Para as autoras, nesta situação específica, a revisão

próprio sistema de tarifação passe por transformações. O direito assegurado legal e contratualmente ao concessionário diz respeito -frise-se mais uma vez - à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Daí a conclusão de que este tema tem natureza regulamentar, e não contratual, pois é passível de alteração unilateral por parte do poder concedente. A possibilidade de instituir esse tipo de alteração, portanto, desde que obedecidos os requisitos procedimentais e substanciais (preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato) fixados em lei, não comporta supressão por parte de uma decisão vinculativa do Judiciário”.

tarifária integraria a relação contratual estabelecida entre as partes e “é, portanto, disponível, não se configurando como uma potestade administrativa.”

Outro assunto que merece ser abordado nesse item é a arbitrabilidade das controvérsias relativas à indenização por bens reversíveis não amortizados.

Justen Filho (2023, p. 451) comenta que parcela dos bens afetados ao serviço público concedido, inclusive aqueles adquiridos ou edificados pelo concessionário, serão integrados ao patrimônio público ao fim da outorga da concessão de serviço público³⁸⁷. A transferência do domínio desses bens para o concedente depende da extinção da concessão de serviço público e da amortização dos custos pertinentes. Mas isso pode não acontecer, o que acarretará o dever de o concedente promover o pagamento em dinheiro do valor correspondente aos bens não amortizados. Isso se passará sempre que houver incorporação ao patrimônio público de bens custeados com recursos do particular que não tenham tido seu valor amortizado ao longo do prazo da concessão.

Para Bockmann (2022 p. 427) a extinção do contrato concessionário, qualquer que seja a sua forma, “implicará, *ipso facto*, o retorno do serviço público ao concedente”³⁸⁸. A reversão dos bens significa justamente o seu retorno ao patrimônio de seu detentor originário, ao seu primeiro dono. Quanto aos bens originários, existentes desde o início do contrato, muitos se tornarão imprestáveis pelos mais diversos motivos. Por outro lado, a reversão também se daria em relação aos bens adquiridos e incorporados ao conjunto de bens da concessão ao longo de sua execução. E esse regresso pode dar margem à necessidade de pagamentos ressarcitórios por meio de desembolsos orçamentários públicos (ou do próximo concessionário), significando que “os aportes financeiros corporificados em bens devem ser objeto de cálculo específico”. Daí a necessidade de verificação do saldo não amortizado de ativos reversíveis ao concedente, a condicionar a extinção da concessão.

³⁸⁷ A Lei nº 8.987, de 1995, prevê no §1º do art. 35 que “extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.” O art. 36, por sua vez, declara que a “reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.”

³⁸⁸ Também Justen Filho (2023, p. 467) declara que a “primeira e imediata consequência da extinção da concessão é a assunção do serviço pelo poder concedente, de modo automático”. Por isso “o Estado será legitimado a ocupar, sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, as instalações necessárias à prestação do serviço. Aplica-se o princípio da continuidade dos serviços públicos. A extinção da concessão não pode acarretar interrupção na prestação do serviço público. Ressalte-se, porém, que isso não autoriza o Estado a apropriar-se de bens do particular cujo valor não tiver ainda sido amortizado.”

O autor ressalta que pode haver conflito de interesses na definição do que deve ser indenizado e como se calculará o *quantum*, “especialmente devido ao fato de que nem sempre há uma única solução”, já que o art. 36 da Lei nº 8.987, de 1995, muito embora preceitue o dever de indenizar os “investimentos vinculados aos bens reversíveis”, não define exatamente quando (declara genericamente que será após a extinção³⁸⁹) nem a respectiva forma de cálculo, apresentando regra “que autoriza o traslado de definição tanto para leis especiais quanto para os regulamentos setoriais e nos próprios contratos administrativos”. Assim, afirma o autor que deve ser levada em conta a realidade concreta da concessão que chega ao fim, pois a adoção do regime a ser aplicado aos bens atrelados a uma concessão é objeto de opção do concedente e do legislador, dependendo das características do serviço e dos bens em cada caso.

Assim, a regra geral é a de que, ao término da vigência do pacto concessório sobrevenha a reversão, para o patrimônio público, dos bens imprescindíveis à continuidade do serviço público (art. 35, §1º, da Lei nº 8.987, de 1995). O pressuposto é que ao tempo da reversão o valor dos bens a serem revertidos já esteja amortizado pela regular exploração do serviço. Porém, excepcionalmente, seja porque algum fator externo ao contrato impediu a regular exploração da concessão (desde que atinente a risco alheio ao concessionário), seja porque a concessão teve seu término antecipado, ou ainda em razão de terem sido demandados novos investimentos em bens essenciais à concessão, pode ocorrer de a reversão exigir indenização do concessionário pelo concedente (arts. 36 e 37 da Lei nº 8.987, de 1995). Nesses casos, as discussões relativas a indenização pelos bens reversíveis não amortizados serão arbitráveis.

Em conclusão, não há controvérsia relevante acerca da arbitrabilidade dos conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Também serão arbitráveis as controvérsias sobre os riscos assumidos por cada uma das partes no contrato e as relativas a indenização por bens reversíveis não amortizados. Por outro lado, discussões a respeito dos meios utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderão ser permeadas por fatores externos ao contrato e pela necessidade de adotar determinada política pública, em prol da prestação adequada do serviço público, de titularidade do concedente. É o

³⁸⁹ Para Justen Filho (2023, p. 467), é devida “prévia e justa indenização em dinheiro”. Destaca, entretanto, que este não é o entendimento do STJ, que já declarou que o termo final do contrato de concessão de serviço público “não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente aos bens reversíveis não amortizados ou depreciados”.

caso da fixação das tarifas que, não obstante sejam parte da equação econômico-financeira das concessões, constituem elemento essencial das regras relativas à própria prestação do serviço público. Como regra geral, decisão a respeito da medida a ser adotada para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não está inserida na jurisdição do tribunal arbitral. Mas o tribunal arbitral poderá declarar a forma de se reequilibrar o contrato quando o próprio contrato apresentar regras a esse respeito.

3.4 Inarbitrabilidade das controvérsias decorrentes do exercício da regulação

Conforme visto no Capítulo 2 (itens 2.7.1 e 2.7.4) a regulação viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal, indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica. É voltada à implementação de políticas públicas, à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e à realização de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos.

O exercício da regulação importa na composição dos interesses existentes em um dado segmento econômico ou social, sem descuidar dos interesses difusos, gerais, ou titularizados por hipossuficientes, estes últimos à cura da atividade estatal, e pressupõe a noção de equilíbrio, opondo-se à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Não obstante, remanesce a possibilidade de imposição dos objetivos regulatórios pela via do manejo das competências coercitivas próprias ao Estado.

A regulação envolve atividades normativas, coercitivas, adjudicatórias, de coordenação, decisórias, funções de fiscalização, sancionatórias e de conciliação. Todas elas, em regra, competem às agências reguladoras, que exercem funções administrativas típicas. O modelo de agências reguladoras adotado no Brasil descentraliza a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, visando emprestar-lhes certa previsibilidade e torná-los menos suscetíveis aos embates e interesses político-partidários.

A escolha regulatória deve perseguir o equilíbrio sistêmico, ou seja, a integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. Além disso, deve buscar soluções que apontem para o menor sacrifício possível dos interesses constitucionalmente protegidos, com o menor dispêndio de recursos públicos e, dessa forma, merece ser respeitada pelos Poderes Judiciário e Legislativo. O regulador tem uma perspectiva finalística que leva em consideração as repercussões sistêmicas das suas decisões no setor, o que implica regular prospectivamente,

considerando eventuais impactos daquela decisão em outros contratos ou, mesmo, em outros setores regulados.

Considerando, portanto, conforme visto no item 2.7.4, que o contrato de concessão de serviço público é, geralmente, incompleto (não sendo possível, no momento da pactuação de seus termos, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, identificar e partilhar todos os riscos que possam interferir na sua execução, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a sua economia), atuarão as agências reguladoras de acordo com uma função integrativa. Quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações *ex post* pelas agências reguladoras.

Especificamente no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva, Guerra (2022) ressalta que durante a execução de contratos administrativos de longo prazo e incompletos, podem surgir questões que não estejam totalmente disciplinadas no contrato, “levando o Tribunal Arbitral, eventualmente, a zonas cinzentas quanto ao enquadramento ou não do conflito a espaços reservados às escolhas regulatórias atreladas a políticas públicas, com efeitos sistêmicos e prospectivos”. Para o autor, quando o Tribunal Arbitral, após o profundo exame dos fatos, do contrato e do direito material invocado pelas partes, identificar que determinadas questões se relacionam à esfera da função regulatória, com repercussão direta na execução do contrato, “deve proceder de modo a manter íntegra a escolha regulatória por ser matéria indisponível, sendo defesa sua submissão à arbitragem comercial”.

Para Baptista (2017, p. 265), quando o litígio submetido à arbitragem não for primariamente contratual, se referindo a competência regulatória da agência na interpretação de norma legal, e impactar “o atingimento de interesses e fins públicos relevantes” indisponíveis, haverá inarbitrabilidade objetiva do conflito instaurado.

De fato, no que se refere à arbitrabilidade de escolhas regulatórias, é possível seguir a mesma lógica desenvolvida no item 3.2.4, a respeito da inarbitrabilidade dos conflitos relativos à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato, para melhor adequação às finalidades de interesse público. Assim como a prerrogativa de modificação unilateral do contrato, a regulação busca concretizar o interesse público³⁹⁰, que é dinâmico, de

³⁹⁰ Para Guerra (2021, p. 204-210): “O momento por que passa a humanidade requer a atuação estatal por meio de escolhas administrativas que, para além de uma suposta prevalência do interesse público, efetivamente sopesem interesses, examinem custos e benefícios à luz de questões técnicas e científicas, atuem nos riscos à sociedade

forma que a regulação também é instrumento que operacionaliza a mutabilidade do contrato administrativo, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível³⁹¹. A regulação é instrumento que garante que o contrato, acompanhando as mudanças que o circunda, continue sempre a atender ao interesse público. Conforme já afirmado, o interesse público é mutável e a sua identificação, bem como das melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização, apenas é possível em concreto. Nesse sentido, a regulação *ex post* versa sobre um interesse público futuro e intangível, não sendo revestida de qualquer disponibilidade.

Também é possível afirmar que a regulação não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, atuando as agências reguladoras, a partir da sua visão sistêmica, integrando lacunas e inacabamentos com elementos que não eram parte do contrato. Nesse aspecto, as escolhas regulatórias não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que prevê a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, e não possui conteúdo arbitrável.

Por outro lado, como já afirmado nos itens 2.7.3 e 3.1.2.2 acima, a administração pública está autorizada a, no caso concreto, buscando atingir um interesse público tangível, já materializado, optar por estabelecer, via instrumento contratual, regras cujo objetivo seja trazer mais previsibilidade e segurança à relação entre concedente e concessionário. Ou seja, a administração pública está autorizada a lançar mão da consensualidade em detrimento de uma atuação impositiva e unilateral, estabelecendo regras que restrinjam ou conformem o exercício

pluriclasse e a cada cidadão, isto é, de acordo com a realidade e com visão prospectiva. (...) a complexidade cotidiana impactada pela tecnologia, que conduz ao permanente ambiente de ambivalência, impõe uma maior maleabilidade legiferante contendo standards, atuação executiva e, portanto, espaços para a escolha administrativa. (...) A regulação, diante da tecnicidade, com farta integração de conceitos técnico-jurídicos indeterminados, não se enquadra nos diminutos espaços puramente residuais do processo legiferante, tampouco, conforma-se no estreito vezo regulamentar, autônomo ou de execução. Ela carece de mobilidade, flexibilidade e ‘remete o intérprete do direito a um tipo de função [...] dotada de riqueza e dinamismo sensivelmente maior do que a mera regulamentação’”.

³⁹¹ Para Guerra (2021, p. 396): “Com efeito, na delegação de serviços públicos – v.g., com prazo total de 50 ou 60 anos -, os editais e os contratos de concessão que conformam, juntamente com as normas, o marco regulatório, não preveem, logicamente, todas as variantes técnicas do serviço concedido e do ambiente para sua prestação e seus impactos, serviços a serem explorados para aferição de receitas alternativas etc. Por esse fato, em determinadas situações em que o direito – seja do próprio prestador do serviço, do Estado ou mesmo dos usuários – venha a ser afetado por questões imprevisíveis, decorrentes das carências sociais, novas tecnologias ou provenientes de impactos, naturais ou não, ocorridos no ambiente mercadológico globalizado e de risco, pode ser necessário, no caso concreto, que o regulador proceda a revisões de atos jurídicos perfeitos para além dos limites postos na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.”

da própria regulação futura, *ex post*. A atuação das agências é, assim, conformada e limitada de acordo com o que foi pactuado *ex ante* no contrato. E, também como já afirmado, os conflitos a respeito do adimplemento ou inadimplemento dessas obrigações contratualmente assumidas pela administração pública serão arbitráveis.

De qualquer forma, é possível que, no caso concreto, diante da interpretação do contrato e da atuação da agência reguladora, surjam dúvidas a respeito do enquadramento da questão controvertida como sendo decorrente do contrato, ou seja, decorrente de uma regulação *ex ante*, ou como sendo decorrente da regulação *ex post*. Em muitos casos, apenas a análise do caso concreto poderá apresentar respostas para a questão, o que poderá ser feito pelos árbitros, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.307, de 1996, conforme já comentado no item 3.2.1. Em outras palavras, muito embora esteja fora da jurisdição arbitral a análise da pertinência da escolha regulatória³⁹², poderá o tribunal arbitral, em havendo controvérsia a respeito, identificar se há mera aplicação ou interpretação do quanto já pactuado no instrumento contratual, não havendo, nesse caso, em regra, impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou se as partes estão diante de escolhas regulatórias *ex post*, que podem ter repercussões no equilíbrio da avença³⁹³. E, em concluindo pela última hipótese, poderá resolver as controvérsias relativas ao potencial desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, conforme foi analisado no item 3.3.

Em resumo, as agências reguladoras atuam de acordo com uma função integrativa. Quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos no contrato, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações. A regulação é instrumento que operacionaliza a mutabilidade do contrato administrativo, adequando-o para melhor atendimento do interesse público. O interesse público, por sua vez, é mutável e a sua

³⁹² Para Guerra (2021, p. 301), tal controle estaria fora do alcance da jurisdição: “No confronto entre regulador e Tribunais, o juízo técnico não é apenas uma valorização – relativamente – autônoma de certos fatos, é também expressão de uma função. Assim, deve o juiz aceitar a valorização pelo regulador, não sendo devida a fiscalização contenciosa, não por estarmos perante qualquer pretensa discricionariedade, mas porque a Administração dispõe aqui de verdadeira reserva de avaliação. Há escolhas regulatórias que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente complexos e sistêmicos, as pode valorar. O Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos erros manifestos que nelas se exteriorizam, de modo que o regulador, nesses casos, goza de liberdade técnica de escolha, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando seu exercício resultar viciado por erro manifesto”.

³⁹³ Para Lemes (2007, p. 148): “não pode o árbitro opinar se aquela exigência era pertinente ou não, mas avaliar e decidir, com base nas cláusulas do contrato e segundo as regras legais, se houve acréscimo nos serviços que consubstanciariam ressarcimento ao contratado”.

identificação, bem como das melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização, apenas é possível em concreto. Nesse sentido, a regulação versa sobre um interesse público futuro e intangível, não materializado no momento de assinatura do contrato, não sendo revestida de qualquer disponibilidade. Além disso, a regulação não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, de forma que conflitos sobre a pertinência das escolhas regulatórias não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que prevê a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes. É possível que, no caso concreto, diante da interpretação do contrato e da atuação da agência reguladora, surjam dúvidas a respeito do enquadramento da questão controvertida como sendo decorrente do contrato ou como sendo decorrente da atividade regulatória, dúvidas que poderão ser dirimidas pelos árbitros, nos termos do art. 20 da Lei 9.307, de 1996.

CONCLUSÃO

A arbitragem é regulamentada pela Lei nº 9.307, de 1996. Muito já foi escrito sobre o instituto desde então, que se consolidou como meio de resolução de conflitos alternativo ao poder judiciário e adequado para a resolução de determinadas controvérsias, normalmente complexas e de conteúdo técnico, não apenas jurídico. A superveniência da Lei nº 13.129, de 2015, e, conseqüentemente, a inserção na Lei nº 9.307, de 1996, de autorização expressa e geral para que a administração pública utilize a arbitragem para a resolução de conflitos (art. 1º, §1º), colocou fim a discussões que giravam em torno da possibilidade ou não de a administração pública se utilizar desse meio de resolução de controvérsias. Então, a arbitragem foi finalmente reconhecida como meio adequado de resolução de conflitos que envolvem a participação de entes públicos.

Ultrapassadas as discussões que giravam em torno da arbitrabilidade subjetiva na arbitragem com a administração pública, houve espaço para novas discussões e significativos avanços no que se refere ao arcabouço normativo que regulamenta a arbitragem com entes públicos e, conseqüentemente, no que se refere à arbitrabilidade objetiva.

Aferir a arbitrabilidade objetiva consiste em saber se a matéria objeto do litígio pode ser resolvida por arbitragem. O critério fundamental é o que está previsto na fórmula contida na segunda parte do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996, e no seu §1º: as partes podem submeter a arbitragem conflitos relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”. Note-se que a arbitrabilidade objetiva não se confunde com o escopo da convenção de arbitragem. Como a arbitragem assenta-se na premissa da autonomia da vontade e da liberdade contratual, e uma vez que a lei permite que qualquer direito patrimonial disponível seja submetido ao juízo arbitral, o administrador público pode, ao firmar convenção de arbitragem, limitar seu conteúdo, escolhendo, dentre os direitos patrimoniais disponíveis, aqueles que serão submetidos aos árbitros, evitando infundáveis discussões que podem surgir durante a execução contratual sobre a disponibilidade ou indisponibilidade do direito.

A definição da arbitrabilidade objetiva depende, em última instância, das condições e limites de cada ordenamento jurídico nacional, o que se mostra ainda de maneira mais clara nas arbitragens envolvendo a administração pública, que obedece ao princípio da legalidade. Assim, são as peculiaridades de cada sistema normativo que apontarão as opções legislativas relacionadas a maior ou menor restrição das questões sujeitas a arbitragem. Para revelar quais são os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública é preciso analisar o arcabouço

legislativo e interpretá-lo à luz da Constituição Federal, de forma a garantir, ao mesmo tempo, uma prestação jurisdicional efetiva e o atendimento do interesse público.

Muitos autores já evocaram o princípio da indisponibilidade do interesse público para alegar a impossibilidade de utilização da arbitragem pela administração pública (que não seria detentora de direitos disponíveis). Mas esse entendimento deve ser considerado definitivamente superado. Não há que se confundir a indisponibilidade do *interesse* público com a disponibilidade ou indisponibilidade de *direitos* da administração pública. A administração pública atuará sempre tendo como finalidade o atingimento do interesse público, sem jamais dele dispor. Não obstante, poderá atuar dispondo de direitos e assumindo obrigações, para que dessa forma atinja da maneira mais eficiente possível o próprio interesse público. A disposição de objetos e direitos públicos constitui forma muitas vezes mais eficiente e apta de se realizar o interesse público, não sendo o princípio da indisponibilidade do interesse público obstáculo para o uso da arbitragem pela administração pública. Mas essa discussão foi apenas a discussão inaugural acerca da arbitrabilidade objetiva em arbitragens com entes públicos.

Pois bem. A Lei nº 9.307, de 1996, dispõe que são arbitráveis as controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis. É considerado patrimonial o direito passível de conteúdo econômico, de valoração pecuniária, que pode ser monetariamente quantificado. De acordo com a lição de Caio Mário da Silva Pereira, a patrimonialidade do objeto é ínsita em toda obrigação, pois a prestação apresenta-se revestida de cunho pecuniário, seja por conter em si mesma um dado valor, seja por estipularem as partes uma pena convencional para o caso de descumprimento. E como tal pena traduz por antecipação a estimativa das perdas e danos, a natureza econômica do objeto configura-se indiretamente ou por via de consequência. Nessa linha, ainda que a patrimonialidade não se ostente na obrigação mesma, por falta de uma estimativa pecuniária que os interessados, direta ou indiretamente, lhe tenham atribuído, a lei a admite implícita. No que se refere à disponibilidade, a doutrina usualmente declara que o direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular. Assim, seriam disponíveis os bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Mas a discussão não se mostra tão simples no âmbito do direito público. Há quem defenda, como Celso Antonio Bandeira de Mello, que controvérsias decorrentes do legítimo ou ilegítimo exercício de uma competência pública não poderão ser equacionadas em sede arbitral. Grande parte da doutrina entende que a administração pública atua nos contratos

administrativos com superioridade em relação ao particular, praticando “atos de império” para assegurar o atingimento do interesse público. Essa linha de entendimento impacta diretamente na definição da arbitrabilidade dos litígios decorrentes de contratos administrativos. Diante da relevância e complexidade do assunto, as normas supervenientes à Lei nº 13.129, de 2015, passaram a apresentar rol exemplificativo de quais seriam os “direitos patrimoniais disponíveis” da administração pública para fins de submissão dos conflitos deles decorrentes à arbitragem.

Nesse contexto é que o artigo 151 da Lei nº 14.133, de 2021, ao dispor especificamente sobre a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias no contexto dos contratos administrativos, arrola, em seu parágrafo único, como direitos patrimoniais disponíveis da administração pública: (i) as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e (iii) ao cálculo de indenizações. A regra do rol exemplificativo do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, permite que sejam delineados com mais segurança os limites da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, inclusive no que diz respeito às suas cláusulas regulamentares, “exorbitantes”, e até ao exercício da regulação, como foi demonstrado no decorrer deste trabalho. Mas foi extenso o caminho percorrido até que se chegasse a este cenário.

Ao longo do tempo a doutrina desenvolveu construções para orientar o aplicador do direito a, no caso concreto, identificar o conteúdo arbitrável de um litígio com a administração pública.

O primeiro critério apresentado para identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública foi baseado na classificação dos interesses públicos entre primários e secundários, mencionado tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Mas, para fins de identificação de direitos patrimoniais disponíveis e da arbitrabilidade objetiva de um conflito, a despeito da sua inegável importância histórica para a construção de um entendimento do que sejam os direitos arbitráveis da administração pública, o critério não possui utilidade prática. O interesse público, seja ele “primário”, seja ele “secundário” é indisponível, e isso não se confunde com a disponibilidade de direitos para a consecução do interesse público. Além disso, os interesses públicos secundários devem sempre coincidir com os interesses públicos primários, o que torna impossível identificar os interesses públicos secundários com direitos disponíveis se os primários correspondem a direitos indisponíveis. Por fim, não se mostra correta a ideia de que o interesse público secundário estaria no campo da disponibilidade, pois,

se assim fosse, todo e qualquer agir da administração pública enquanto entidade personalizada seria arbitrável, o que não é verdadeiro.

Outro critério apresentado pela doutrina, para identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, tem relação com a noção de ordem pública. Mas não é possível considerar como sinônimos os direitos indisponíveis e aqueles direitos tutelados por normas cogentes (ou normas imperativas ou de ordem pública). O universo das normas de ordem pública é maior e contém o universo de direitos indisponíveis, e a incidência de normas cogentes não torna a matéria automaticamente inarbitrável. Entendimento no sentido contrário significaria, na prática, inviabilizar a utilização da arbitragem no âmbito do direito público, regido pelo princípio da legalidade.

Um terceiro critério relaciona as matérias arbitráveis com as matérias passíveis de transação. Mas não são equivalentes os conceitos de transigibilidade e arbitrabilidade. Parece haver uma relação de contingência entre eles: o universo dos direitos arbitráveis estaria contido no universo dos direitos transacionáveis. Além disso, seja no que se refere à arbitrabilidade, seja no que se refere à transigibilidade, penderá resposta para a questão que é o centro da discussão: a identificação dos direitos disponíveis e dos direitos indisponíveis da administração pública.

Por fim, há quem relacione os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública com o mérito administrativo, correspondente ao juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, pela autoridade que exerce o poder discricionário. De fato, o árbitro, assim como o juiz estatal, não poderá interferir no mérito administrativo, que se apresenta como limite à atuação jurisdicional, seja ela estatal ou privada. A insindicabilidade do mérito administrativo se apresenta como limite à atuação dos árbitros no exercício da sua função jurisdicional. Mas isso não significa dizer que o mérito administrativo seja um limite à arbitrabilidade objetiva, já que não é possível identificar um direito patrimonial disponível da administração pública com um único elemento, isolado, do ato administrativo. Além disso, pensar no mérito administrativo como um critério de arbitrabilidade não apresenta grande utilidade prática. Diante da inegável evolução da matéria referente ao controle judicial sobre os atos administrativos, muito embora o ordenamento jurídico reserve espaços para a atuação discricionária da administração pública, não sendo possível confundir o controle do mérito com o controle dos limites legais da discricionariedade,

serão poucas as situações em que será possível identificar um mérito administrativo “puro” e, portanto, verdadeiramente excluído do alcance do controle jurisdicional.

Afastados os referidos critérios para a identificação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública, foram destacadas duas correntes doutrinárias que possuem fundamento no regime jurídico dos contratos administrativos: a dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão”, e o critério que apresenta como arbitráveis as matérias contratualizáveis.

De modo geral, a doutrina afirma a existência de um contrato administrativo sujeito a um regime especial, de direito público, exorbitante do direito privado, caracterizado pela existência de determinadas prerrogativas públicas. Nesses contratos, os “atos de império” seriam praticados pela administração pública com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, e impostos unilateral e coercitivamente ao particular, independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum. Os “atos de gestão”, por sua vez, seriam os praticados pela administração pública em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para gestão de seus serviços. Por outro lado, se no passado prevalecia entendimento no sentido de que a melhor forma de realizar o interesse público era pela prática de atos unilaterais e impositivos pela administração pública, ou seja, pelo exercício de poderes sem os quais a administração pública não conseguiria atingir seus objetivos, é bastante claro, no contexto das relações jurídicas contemporâneas, que a concretização do interesse público é mais eficientemente alcançada por meio da atuação consensual da administração pública, atuação esta que tem no instrumento contratual uma de suas mais significativas expressões. É nesse contexto que se insere a problemática da arbitrabilidade objetiva dos litígios surgidos no âmbito de contratos administrativos.

Muitos doutrinadores adotaram a classificação entre “atos de império” e “atos de gestão” para fins de determinação dos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Por todos, Selma Ferreira Lemes declara que em decorrência de disposição legal aplicável aos contratos administrativos, a administração pública goza de certos poderes que destoam das regras atinentes às contratações eminentemente privadas. Por isso, seriam insuscetíveis de arbitragem as questões que dizem respeito às atribuições de “*jure imperii*”, não devendo a administração pública submeter à jurisdição privada a interpretação dos contratos nem a determinação das obrigações, pois isso contrariaria a natureza dos atos administrativos,

que são manifestações de vontades dirigidas a criar, modificar ou extinguir direitos administrativos. Assim, as prerrogativas da administração pública estariam fora do alcance da jurisdição dos árbitros, porque seriam necessidades da administração pública para a consecução das finalidades públicas. Nos “atos de gestão”, por outro lado, haveria ampla margem para a utilização da arbitragem. Não sendo possível ao árbitro examinar nem decidir sobre a legitimidade de atos administrativos, a autora admite que administração pública pode se submeter à arbitragem, mas declara que seria conveniente que o fizesse quando se tratasse das consequências patrimoniais dos seus atos.

Essa é a corrente doutrinária que possui mais apoiadores. A consolidação da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos com a administração pública passou por um longo processo até encontrar seu amadurecimento. Não é de se espantar, portanto, que os primeiros entendimentos a respeito da arbitrabilidade objetiva de litígios envolvendo a administração pública tenham buscado se adequar a visões clássicas da teoria dos contratos administrativos.

Ocorre que esse entendimento, no sentido de que não seriam arbitráveis as controvérsias decorrentes do exercício de prerrogativas pela administração pública, mas seriam arbitráveis os seus efeitos patrimoniais, vem gerando distorções e dificuldades práticas. É certo que, para proferir uma decisão a respeito das consequências patrimoniais de um ato administrativo, o tribunal arbitral deverá, necessariamente, analisar, ainda que incidentalmente, a sua legalidade. Mas o entendimento firmado pelos árbitros acerca das questões prejudiciais inarbitráveis não é passível de formar coisa julgada. Assim, a parte derrotada na arbitragem poderia propor ação judicial com vistas a discutir, como principal, a questão inarbitrável incidentalmente decidida. O critério de arbitrabilidade fundado na dicotomia entre “atos de império” e “atos de gestão” cria um sistema dúplice de análise entre a jurisdição estatal e a jurisdição privada. Trata-se de questão relevantíssima, que tem impacto na efetividade da prestação jurisdicional.

Como ensina Cândido Rangel Dinamarco, considerando o imenso valor que a certeza jurídica tem na vida das pessoas, proteger a sua esfera jurídica contra as incertezas decorrentes de futuras demandas é também ministrar-lhe tutela jurisdicional. Para a garantia de uma prestação jurisdicional efetiva é necessário zelar para que se evite soluções contraditórias, em prejuízo das partes e desprestígio do sistema jurisdicional. Assim, é preciso que a arbitragem, como meio alternativo ao poder judiciário para resolução de controvérsias, se apresente como

um mecanismo que forneça uma prestação jurisdicional efetiva e, para tanto, é preciso extrair da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” um significado que garanta ao jurisdicionado a obtenção de uma decisão não apenas célere e técnica, mas que também seja segura.

Além disso, a negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato administrativo parece ser decorrente de um apego à ideia de que a administração pública deve agir sempre em posição de superioridade em relação ao particular, impondo condutas por meio de atos administrativos unilaterais, o que não é condizente com o arcabouço legislativo atual e tampouco necessário para que se garanta à administração pública ferramentas para a adequada consecução do interesse público. Também, no que se refere às “cláusulas exorbitantes” é necessário fazer uma releitura, à luz de um direito administrativo menos autoritário e mais consensual. Não podem ser consideradas inarbitráveis controvérsias decorrentes do exercício de determinadas prerrogativas da administração pública, que possuem aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais, quando a própria lei prevê expressamente a arbitrabilidade de tais questões.

Entra em cena, então, o entendimento de que seriam arbitráveis as matérias contratualizáveis. Por todos, Alexandre Santos de Aragão afirma que a utilidade da classificação dos atos administrativos em “ato de império” e “ato de gestão”, para os fins ora colimados, é ao menos duvidosa. Para o autor, os “atos de império”, que compõem prerrogativas de autoridade, fundam-se direta e exclusivamente na Lei ou na Constituição e, assim, não são moldados nem existem em função de uma relação negocial, não sendo, portanto, contratualizáveis e tampouco arbitráveis. Por outro lado, ainda que algumas prerrogativas possam ser exercidas de modo unilateral e parte das cláusulas de um contrato administrativo esteja predisposta em diplomas legislativos, é o encontro de vontades que constitui aqueles poderes e obrigações, suscetíveis, portanto, de serem apreciados em juízo arbitral. Assim, para o autor, sempre que afirmada a natureza contratual de dada controvérsia, seria possível submetê-la à arbitragem, ainda que a questão controvertida se relacione a poderes unilaterais ou às sanções contratuais aplicáveis pela administração pública.

Também para Sérgio Guerra, o que for passível de contratualização pela agência reguladora com o agente privado pode ser submetido à arbitragem. Entretanto, o autor apresenta importante ressalva a esse raciocínio, quando diz que não faz parte do contrato a função de regulação e correspondente categoria de escolha administrativa (regulatória). Isso porque a atuação das agências, congregando diversas funções (executiva, normativa e adjudicatória) é

voltada à implementação de políticas públicas no campo econômico e na realização dos direitos sociais, por meio da regulação da execução de serviços públicos e atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos, de forma que tudo que envolve a competência das agências reguladoras constitui direito indisponível e indelegável.

A corrente doutrinária que se baseia na dicotomia entre os “atos de império” e os “atos de gestão” acaba por restringir o alcance da arbitrabilidade objetiva, partindo de entendimentos doutrinários que vislumbram, seja nas cláusulas regulamentares, seja nas “cláusulas exorbitantes” dos contratos de concessão de serviços públicos, uma natureza jurídica de potestade pública, não contratual. A arbitrabilidade ficaria restrita a questões relacionadas às cláusulas financeiras, as únicas que, no contexto de um contrato administrativo, possuiriam natureza efetivamente contratual, e aos efeitos patrimoniais decorrentes do exercício de direitos indisponíveis. A corrente doutrinária que declara que a arbitrabilidade objetiva se identifica com as matérias contratualizáveis segue lógica oposta, ao atribuir natureza contratual não apenas às cláusulas financeiras do contrato administrativo, mas também às suas cláusulas regulamentares e “cláusulas exorbitantes”, com o risco de alargar indevidamente os limites da arbitrabilidade objetiva e, conseqüentemente, os litígios sujeitos à jurisdição privada. Isso porque, no que se refere às prerrogativas conferidas à administração pública, é preciso reconhecer que, embora todas elas incidam sobre a relação contratual, algumas delas não são exercidas em decorrência da relação contratual ou do inadimplemento de obrigações contratuais.

Ambos os critérios de arbitrabilidade objetiva possuem extrema relevância para a construção do entendimento a respeito do que sejam os direitos patrimoniais disponíveis da administração pública. Mas merecem ser revisitados à luz da natureza jurídica do contrato administrativo e, também, diante da necessidade de garantir que a arbitragem seja um mecanismo efetivo e seguro de prestação jurisdicional. Também devem ser levadas em consideração as novidades apresentadas pela Lei nº 14.133, de 2021, com destaque para a declaração, pelo legislador da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, que possui o poder de indicar um caminho mais lógico e mais seguro para a determinação dos limites da arbitrabilidade objetiva dos litígios que envolvem a administração pública, ainda que decorrentes do exercício de uma prerrogativa.

Além disso, no direito administrativo contemporâneo tem sido recorrentemente afirmado que a consensualidade é um instrumento apto ao atendimento do interesse público. Assim, a administração pública poderá atuar dispondo de direitos e assumindo obrigações, sempre tendo como finalidade o atingimento do interesse público, sem jamais dele dispor. Mas, note-se, o interesse público é fluido, mutável no tempo, e se revela a partir de determinada situação concreta. Assim, a identificação do interesse público e das medidas mais adequadas para atendê-lo apenas é possível em concreto. Isso significa dizer que a disponibilidade de direitos no âmbito da administração pública, para o atingimento do interesse público, sempre se dará em concreto, e nunca em abstrato, diante da impossibilidade de identificar um interesse público “futuro”, intangível, e tampouco os instrumentos mais adequados para atingi-lo.

Essa linha de raciocínio leva a algumas conclusões a respeito da arbitrabilidade objetiva. Ainda que se esteja diante de competência pública indisponível, a forma e eventuais limites ao exercício de determinadas prerrogativas da administração pública poderão ser contratualizadas, para viabilizar o atingimento do interesse público identificado no caso concreto. O mesmo pode ser afirmado a respeito das cláusulas regulamentares do contrato, que estabiliza decisões e escolhas regulatórias. Haverá, assim, disponibilidade quando a administração pública puder optar por assumir obrigações perante o contratado, em prol do atendimento e concretização de um interesse público já revelado perante as partes. Note-se que, tratando-se de obrigações contratuais, serão revestidas, ainda que indiretamente, de patrimonialidade. Nessa medida, haverá jurisdição do tribunal arbitral para decidir acerca do adimplemento ou inadimplemento das obrigações contratuais livremente assumidas.

Não se olvide, entretanto, que caso o conteúdo estabelecido no contrato deixe, no futuro, de atender o interesse público, que é mutável, o contrato poderá ser objeto de modificação unilateral, sendo direito do concessionário, quando cabível, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. Qualquer prerrogativa da administração pública que verse sobre um interesse público futuro e intangível, como é o caso da prerrogativa de modificar unilateralmente ou de rescindir unilateralmente o contrato por motivo de interesse público, não será revestida de qualquer disponibilidade. Além do fato de essas prerrogativas não versarem sobre o adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais, isso ocorre porque a administração pública não está autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público que apenas se revelará em decorrência de circunstâncias futuras, desconhecidas das partes contratantes.

Partindo dessas premissas, foi então analisada a arbitrabilidade dos litígios à luz do regime jurídico dos contratos administrativos. Diante da complexidade do fenômeno contratual contemporâneo da administração pública, para os fins do presente trabalho optou-se por analisar a Lei nº 14.133, de 2021, em conjunto com a Lei nº 8.987, de 1995. A Lei nº 8.987, de 1995, trata da figura da concessão, e concebe um regime que pode ser aplicado subsidiariamente a concessões especiais disciplinadas por leis de abrangência temática específica, além de ser aplicável praticamente na íntegra aos contratos de concessão de serviços públicos firmados por estados e municípios.

A opção pelo desenvolvimento do estudo com base na Lei nº 14.133, de 2021 e na Lei nº 8.987, de 1995, se justifica ainda na medida em que foi a partir do contrato de concessão de serviço público que se edificou a teoria do contrato administrativo, sendo a concessão de serviço público o contrato cujo objeto é, conforme lição de Fernando Menezes de Almeida, o mais tipicamente público. Na concessão de serviço público há a delegação da prestação de um serviço público a um particular, mediante uma relação jurídica estabelecida pela via contratual. Mas o Estado permanece titular do serviço concedido, do que decorre sua responsabilidade pela sua prestação adequada. A Lei nº 14.133, de 2021 e a Lei nº 8.987, de 1995, concentram, assim, todas as regras do chamado “regime jurídico de direito público” que culminam nas discussões acerca da definição da arbitrabilidade objetiva em contratos administrativos, de forma que os limites da arbitrabilidade objetiva revelados a partir da sua análise serão limites que incidirão sobre todos os contratos que forem firmados pela administração pública, ressalvadas, logicamente, eventuais peculiaridades da legislação que rege cada tipo contratual, que deverão ser analisadas caso a caso.

A concessão de serviço público, a despeito de pretender viabilizar uma colaboração público-privada, como ocorre em outras espécies de concessão, tem a peculiaridade de possuir um objeto especial: o serviço público, que, nos termos do art. 175 da Constituição Federal, incumbe ao poder público. A administração pública pode delegar a execução do serviço público por meio contrato de concessão a um parceiro privado, mas jamais abdicar à titularidade do serviço. E, diante dessa titularidade irrenunciável, há responsabilidade pela prestação adequada do serviço. Para bem desempenhar sua função, a administração pública necessita de determinados instrumentos, que lhe são fornecidos pelo legislador. Esses instrumentos são muitas vezes descritos como “poderes” da administração, e são manifestados por meio das

cláusulas regulamentares e das “cláusulas exorbitantes” dos contratos de concessão de serviço público.

Diante do regime da concessão de serviço público, cabe à administração pública, titular do serviço, fixar as normas para a sua definição, execução e prestação aos usuários, em prol do dever institucional de proteger e salvaguardar o interesse público. As cláusulas regulamentares constituem, assim, o regulamento do serviço público tal como, no entender da administração pública concedente, deve ser prestado. Por isso, parte significativa da doutrina declara que o contrato de concessão de serviço público não teria (pelo menos não em sua inteireza) natureza contratual. Haveria a imposição do regulamento, pela administração pública, ao contratado. Apenas as questões afetas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato teriam natureza contratual, pois seriam estipuladas a partir do consenso das partes.

Entretanto, as cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviços públicos possuem natureza jurídica contratual, uma vez que a simples estipulação da maioria das cláusulas e condições unilateralmente pela administração pública não é fato bastante para desfigurar essa natureza, já que a manifestação expressa de vontade das partes é o elemento fundamental à formação do vínculo jurídico. Em outras palavras, a natureza contratual decorre do fato de o vínculo jurídico se formar após a manifestação de vontade das partes neste sentido.

A negação da natureza contratual das cláusulas regulamentares do contrato de concessão de serviços públicos não é mais possível diante do arcabouço legislativo atual e tampouco necessária para que se garanta à administração pública ferramentas para a adequada prestação do serviço público de que é titular e, conseqüentemente, para assegurar a consecução do interesse público. Essa visão parece ser decorrente de um apego à ideia de que a administração pública deve agir sempre em posição de superioridade em relação ao particular e impor condutas por meio de atos administrativos unilaterais, tendo como justificativa adicional, no caso específico da concessão de serviço público, a titularidade do serviço declarada constitucionalmente.

O fato de a administração pública permanecer titular do serviço a ser delegado, não tem como consequência imediata a vedação do uso do instrumento contratual para a regulamentação do serviço. A própria Constituição Federal declara que ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos diretamente ou por meio de contrato de concessão ou permissão. Não parece possível, a partir das normas em vigor, aferir que, por ser a titular do serviço, a administração pública deve “impor” o seu regulamento ao concessionário por meio

de um ato administrativo unilateral, revestido de “poder de império”. Até porque imposição não haverá. O pretendente a concessionário, se assim desejar, poderá aceitar as condições propostas pela administração pública concedente e firmar o contrato de concessão de serviço público, ficando responsável pela sua execução. Os contratos administrativos refletem uma forma de atuação mais moderna e condizente com a efetivação do próprio interesse público, diante de uma sociedade dinâmica e extremamente complexa.

Some-se ainda o fato de o contrato assumir atualmente um importante papel de instrumento estabilizador de decisões e escolhas regulatórias. Trata-se de um modelo de regulação assente no consenso e não na hierarquia. Na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, o contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras e diminuir o impacto que a discricionariedade regulatória pode ter para os regulados. O compromisso estabilizado a partir do vínculo contratual corresponde a parcela significativa da função regulatória estatal e condiciona a regulação futura a ser exercida, estabelecendo parâmetros materiais e procedimentais voltados ao exercício das competências para regular a concessão e reduzir o espaço de atuação da agência reguladora. A contratualização da atividade administrativa indica uma diretriz política em favor da consensualidade e da composição de interesses no exercício da função administrativa. Os contratos de concessão possuem conteúdo que definem e cristalizam políticas públicas de longo prazo, sendo essenciais para a consecução do interesse público na sociedade contemporânea.

As cláusulas regulamentares do contrato administrativo possuem, portanto, natureza contratual, e as controvérsias relacionadas ao seu inadimplemento por quaisquer das partes são arbitráveis. Isso foi reforçado pelo legislador, ao declarar, nos termos do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que são arbitráveis as questões relacionadas “ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”. Note-se que, obviamente, declarar a arbitrabilidade dos conflitos decorrentes das cláusulas regulamentares dos contratos administrativos não significa declarar que os árbitros poderão alterar o quanto pactuado pelas partes no contrato. Uma vez fixadas as regras contratuais que regulamentam o serviço, tais regras deverão ser interpretadas e aplicadas pelos árbitros para a resolução de controvérsias entre as partes contratantes, mas não poderão ser por eles alteradas. Não cabe aos árbitros fixar o conteúdo do contrato, seja alterando o regulamento já estabelecido e aceito pela concessionária, seja se imiscuindo, de qualquer forma, na decisão da administração pública de alterar unilateralmente esse regulamento.

Por sua vez, as chamadas “cláusulas exorbitantes” são identificadas por boa parte da doutrina administrativista como “atos de império”, por meio da qual a administração pública faria prevalecer sua superioridade em relação ao concessionário, a quem caberia, tão somente, a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público. De acordo com essa linha de raciocínio, a existência e aplicação dessas prerrogativas, manifestadas com unilateralidade e superioridade pela administração pública, se justificariam na medida em que isso seria necessário para a defesa do interesse público. Disso tudo decorreria a inarbitrabilidade dos conflitos decorrentes do seu exercício, não havendo patrimonialidade ou disponibilidade.

Mas as “cláusulas exorbitantes” não constituem manifestação da “supremacia do interesse público”. Trata-se da aplicação de um regime jurídico eleito pelo legislador para o atingimento de determinadas finalidades. Em outras palavras, trata-se da atribuição de competências à administração pública para que esta possa, por meio delas, cumprir os deveres a si impostos. Isso significa reconhecer que a existência de tais prerrogativas decorre, simplesmente, da percepção do legislador de que a administração necessita de ferramentas para desempenhar adequadamente sua função, no caso, a prestação adequada do serviço público. Mas não há necessidade de enquadrar as prerrogativas da administração pública como “atos de império” para garantir a consecução do interesse público. Aliás, ao contrário, é necessário conferir a essas prerrogativas um significado que leve ao efetivo atendimento do interesse público, considerando, inclusive, que já há questionamentos a respeito da sua aptidão para tal finalidade. É necessário fazer uma releitura das prerrogativas da administração pública à luz de um direito administrativo mais consensual e menos autoritário.

Nesse sentido, ainda que se trate de competências irrenunciáveis, será possível, no caso concreto, sem que haja renúncia à competência em si, que a administração pública estabeleça a forma ou limites para o exercício dessas competências, que melhor atendam ao interesse público, inclusive de forma integrada com o contratante privado, conferindo às prerrogativas um significado e aplicação que garantam a sua efetividade. Assim, se a administração pública deve, sem renunciar à competência legalmente a ela atribuída, regulamentar por contrato a forma como se dará o exercício de determinada prerrogativa, em prol do interesse público, assumirá, junto ao contratado, determinadas obrigações. Assim o fazendo, discussões a respeito do adimplemento ou inadimplemento de obrigações contratuais relacionadas ao seu exercício,

conforme estabelecido em contrato, serão arbitráveis, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Além disso, cumpre destacar que da aplicação da regra do mencionado art. 151, que declara expressamente a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”, surge, inegavelmente, um conflito com a afirmação genérica no sentido de que seriam inarbitráveis controvérsias decorrentes do exercício de prerrogativas da administração pública, por consistirem em “atos de império”. Isso porque a maioria das prerrogativas da administração pública, como a de fiscalização, de aplicação de determinadas sanções, de intervir na prestação do serviço e, em algumas situações, de extinguir unilateralmente o contrato, possui aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais. Disso decorre que o tribunal arbitral possui competência para analisar a legalidade de um ato administrativo praticado em decorrência de um eventual inadimplemento contratual, ainda que esse ato administrativo consista numa prerrogativa da administração pública. Entendimento nesse sentido afasta, inclusive, um indesejável sistema dúplice de análise, com a determinação à jurisdição estatal da competência para analisar a legalidade do ato, por se tratar de “ato de império” indisponível. Afinal, a utilização da arbitragem como meio adequado de resolução de conflitos deve proporcionar uma prestação jurisdicional eficiente.

Mas a conclusão exposta acima não se aplica a todas as prerrogativas da administração pública indistintamente. Há prerrogativas que não se voltam a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, correspondentes a “finalidades de interesse público” que, impactando no contrato, demandarão, a depender do caso, a sua modificação ou extinção. A prerrogativa de modificação unilateral do contrato e a prerrogativa de extinção unilateral do contrato por razões de interesse público, constituem prerrogativas que visam assegurar que o contrato continuará, ao longo de toda a sua (usualmente longa) vida, atendendo ao interesse público, que por natureza não é rígido, estático ou inerte, mas se interliga e entrelaça com a economia, a política, as finanças, os avanços tecnológicos e com tudo mais que circunda o contrato. E não de prerrogativas exercidas em função da verificação de inadimplemento de obrigações previamente assumidas, diante de um interesse público materializado em concreto.

Foi afirmado, então, que seriam arbitráveis os conflitos relativos a prerrogativas da administração pública cujo exercício se encontre motivado por questões internas ao contrato, ou melhor, cujo motivo seja relacionado à execução do contrato e ao adimplemento ou

inadimplemento de obrigações contratuais; enquanto seriam inarbitráveis os conflitos relativos ao exercício de prerrogativas quando motivadas por questões externas ao contrato, para a efetivação de um interesse público futuro, que apenas se revelará à luz de circunstâncias fáticas posteriores à assinatura do contrato.

A prerrogativa de fiscalização do contrato administrativo possui relação com a repartição de responsabilidades administrativas que ocorrem na concessão. A lei atribui expressamente ao concedente, titular do serviço público, a prerrogativa de fiscalizar o serviço concedido, a fim de que possa garantir a sua adequada prestação. No que diz respeito às concessões de serviços públicos, a forma de fiscalização deve ser definida no próprio contrato, medida essencial para definição dos deveres e obrigações de ambas as partes relacionadas à fiscalização, garantindo maior eficiência na atuação administrativa. A prerrogativa de fiscalização não se confunde com o exercício do poder de polícia e não constitui expressão da “supremacia do poder concedente” ou do exercício de um “poder de império”. Isso, entretanto, não afasta a conclusão de que ela constitui um dever, do concedente, de acompanhar atentamente a atuação do particular, ou seja, o controle dos serviços públicos concedidos é competência privativa e irrenunciável do concedente.

Muito embora a administração pública não possa renunciar, em abstrato, ao exercício da competência estabelecida com a finalidade de assegurar a prestação do serviço público adequado, deverá, conforme determinado pelo legislador, estabelecer em contrato as regras para o exercício dessa fiscalização. Assim, atua para o atendimento do interesse público no caso concreto, conferindo maior estabilidade e segurança à relação contratual. Nessa linha, estará dentro da jurisdição dos árbitros a verificação do adimplemento, seja pela administração pública, seja pelo concessionário, das obrigações contratuais assumidas, referentes ao exercício da fiscalização. Ainda, os árbitros poderão, após o exercício da fiscalização pela administração pública, referendar ou rechaçar a conclusão do concedente, já que o objetivo da fiscalização é apurar se houve, ou não, um inadimplemento contratual.

Pode ser verificado, ao longo da execução contratual, que as regras estabelecidas para o exercício da fiscalização não mais garantem o atendimento do interesse público, que é mutável, e a necessidade de a administração pública se utilizar de novas formas e procedimentos de fiscalização, inicialmente não previstas. Se houver controvérsia das partes a respeito da modificação unilateral do contrato pelo exercício da fiscalização e impacto no seu equilíbrio econômico-financeiro e, conseqüentemente, discussão a respeito da possibilidade do litígio ser

resolvido pela via arbitral, os árbitros estão autorizados a se pronunciar sobre essa questão, nos termos do artigo 20, da Lei nº 9.307, de 1996. Assim, se o tribunal arbitral verificar que a fiscalização exercida consiste em efetiva modificação unilateral do contrato, a forma do exercício da fiscalização estará fora do alcance da jurisdição dos árbitros, sendo reservada à jurisdição arbitral tão somente a análise do eventual impacto econômico-financeiro da modificação.

Corolário da prerrogativa de fiscalização é a possibilidade de a administração pública exercer prerrogativas de natureza sancionatória. A Lei nº 8.987, de 1995, estabelece, em seu art. 29, II, a prerrogativa da administração pública de impor sanções ao concessionário inadimplente e, em seu art. 23, VIII, dispõe que são cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas “às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação”. Não obstante, a Lei nº 8.987, de 1995, não elenca quais seriam as sanções aplicáveis ao contratado e tampouco as infrações que ensejariam a sua aplicação. A Lei nº 14.133, de 2021, por sua vez, apresenta, em seu art. 156, quatro figuras sancionatórias, ordenadas em grau crescente de gravidade: (i) a advertência; (ii) a multa; (iii) o impedimento de licitar e contratar e; (iv) a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. As sanções previstas no art. 156 serão aplicadas ao rol de infrações previsto no art. 155 da Lei nº 14.133, de 2021, que, além de infrações relacionadas à inexecução parcial ou total do contrato, contempla também infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, à prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato e até à prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Note-se que, em tese, é possível sancionar o contratado com impedimento ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar, em caso de inadimplemento contratual. Em qualquer caso, o legislador confere ao concedente a prerrogativa não apenas de aplicar, mas de exigir o cumprimento das penalidades aplicadas, ou seja, a autoexecutoriedade é atributo do ato administrativo sancionatório previsto em lei.

A prerrogativa da administração pública de aplicar penalidades ao concessionário constitui prerrogativa decorrente de direitos e obrigações, estabelecidos no próprio contrato. O legislador determinou que as cláusulas relativas às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação são cláusulas essenciais do contrato de concessão. Nessa linha, há um consenso a respeito da arbitrabilidade das controvérsias relacionadas a aplicação de multas contratuais. Assim, o tribunal arbitral será competente para

decidir acerca da legalidade das multas aplicadas, quando houver controvérsia entre as partes acerca do adimplemento ou inadimplemento das obrigações contratuais, nos termos do parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Note-se que caso o tribunal arbitral, ao analisar a execução do contrato e os alegados inadimplementos contratuais, chegue à conclusão diferente da que chegou o concedente a respeito da existência ou da gravidade do inadimplemento, poderá suspender a aplicação da sanção, mas apenas poderá substituir a sanção por outra, na medida em que existirem regras e definições muito claras no contrato disciplinando os casos em que cada figura sancionatória pode ser aplicada. De qualquer forma, poderá o tribunal arbitral resolver a questão em eventuais perdas e danos.

A doutrina, não obstante, costuma questionar a arbitrabilidade das controvérsias decorrentes da aplicação das demais figuras sancionatórias, quais sejam, a advertência; o impedimento de licitar e contratar, e a declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração pública. Considera-se, em geral, que essas figuras sancionatórias teriam “natureza administrativa”, e não contratual. Ocorre que, para fins de arbitrabilidade, o que deve ser verificado é o motivo que levou à aplicação da sanção. Em outras palavras, se a sanção foi aplicada em decorrência de inadimplemento contratual, a análise desse inadimplemento e, conseqüentemente, do cabimento ou não da sanção imposta pela administração pública, será arbitrável. Mas quando a aplicação da sanção se der em razão de infrações relacionadas ao certame licitatório ou a etapas antecedentes à assinatura do contrato, da prática de atos fraudulentos durante a execução do contrato ou da prática de ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013, estará fora da jurisdição do tribunal arbitral.

A prerrogativa do concedente de intervir na concessão decorre também da necessidade de ser assegurada a adequada prestação do serviço. A intervenção tem como fundamento o princípio de que os serviços públicos não podem ser interrompidos nem prestados inadequadamente. Consiste, assim, na assunção temporária pelo concedente de uma parcela do poder de controle do concessionário, com o fim de assegurar a continuidade e a regularidade do serviço público, tratando-se de providência excepcional e acautelatória, não tendo caráter punitivo. A intervenção é medida que se dá para garantir a adequada execução do contrato, em decorrência de grave inadimplemento que coloca em risco o serviço público. Trata-se de competência privativa, indelegável e discricionária do concedente. A decretação da intervenção rege-se pelo princípio da subsidiariedade, só podendo ser implementada para eventos realmente

graves à prestação do serviço, depois que todos os demais meios de solução se revelarem ineficientes, daí a necessidade de avaliação da conveniência e oportunidade da medida. Dessa forma, para que o ato possa ser praticado, exige-se a prévia ciência do concessionário quanto à existência de irregularidades, mediante procedimentos que colaborem na regularização dessas mesmas falhas.

Em resumo, a prerrogativa do concedente de intervir na concessão, que possui finalidades investigatória e fiscalizatória (e não punitivas), é competência privativa e irrenunciável da administração pública. De qualquer modo, a administração pública poderia disciplinar no contrato regras para detalhar, de antemão, a forma e o procedimento da intervenção, quando, ao fazer isso, consiga assegurar mais eficientemente a consecução do interesse público, desde que sejam consideradas as normas já previstas pelo legislador. A verificação da legalidade da ação será, após a ação administrativa, arbitrável, podendo o tribunal arbitral - diante da constatação de que as causas determinantes da medida, ou seja, os inadimplementos contratuais, não existiam -, conferir eventual indenização ao concessionário ou determinar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A prerrogativa de alteração unilateral do contrato, por sua vez, é o instrumental clássico utilizado pelo direito administrativo para operacionalizar a mutabilidade, uma das principais características do contrato administrativo e, mais notadamente, do contrato de concessão de serviço público. Trata-se de prerrogativa especial e irrenunciável do concedente sobre o contrato de concessão, expressamente prevista em lei para que a administração pública possa garantir que o contrato, ao longo de sua longa vida, continue sempre a atender ao interesse público, que é dinâmico.

Como já afirmado, a identificação do que seja o interesse público apenas é possível em concreto. Sendo o interesse público inegavelmente mutável, é impossível identificar um interesse público “futuro”, abstrato, e, também, os instrumentos mais adequados para o realizar. É dizer, a administração pública não estará autorizada a dispor de qualquer direito que se destine à garantia de um interesse público futuro, ainda não materializado. A possibilidade de alteração unilateral, muito embora incida sobre o contrato administrativo, dele não decorre diretamente. Não se trata de prerrogativa exercida em função de direitos e obrigações previamente assumidos. Trata-se de prerrogativa que decorre de elementos externos ao contrato, correspondentes a “finalidades de interesse público” futuras que, impactando no contrato,

poderão demandar sua modificação. Isso significa que não haverá, no caso da prerrogativa de alteração unilateral do contrato, disponibilidade e, portanto, arbitrabilidade.

Note-se que a inarbitrabilidade de eventuais controvérsias decorrentes do exercício da prerrogativa de modificação unilateral do contrato não decorre do fato de se tratar de uma “exorbitância” decorrente da “supremacia do interesse público” ou de um “ato de império”. A inarbitrabilidade de controvérsias decorrentes do seu exercício decorre do fato de ser uma prerrogativa voltada a assegurar a consecução de um interesse público futuro e intangível, não relacionada com aspectos da execução contratual.

A despeito de as controvérsias decorrentes do exercício da prerrogativa de alteração unilateral do contrato não serem arbitráveis, podem surgir controvérsias a respeito do fato de se estar diante, ou não, de uma efetiva alteração unilateral. Num contexto como esse, poderá o tribunal arbitral, com base no art. 20 da Lei 9.307, de 1996, decidir se há mera aplicação ou interpretação do quanto já pactuado no instrumento contratual, não havendo, nesse caso, alteração e impacto no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ou se há efetivamente uma modificação unilateral, que pode ter repercussões no equilíbrio da avença. E, em concluindo pela segunda hipótese, poderá resolver as controvérsias relativas ao potencial desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Afinal, a prerrogativa de alteração unilateral do contrato situa-se na álea administrativa dos contratos de concessão de serviços públicos, de forma que, se houver desequilíbrio da equação econômico-financeira decorrente da alteração, o equilíbrio deverá ser restabelecido. E não há dúvidas, nos termos do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, que são arbitráveis as controvérsias relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A extinção contratual, por sua vez, é uma categoria abrangente, que compreende uma pluralidade de situações em que se produz a extinção do vínculo jurídico estabelecido entre as partes.

A doutrina, não obstante, ao se posicionar sobre a arbitrabilidade dos conflitos decorrentes da extinção unilateral do contrato pela administração pública, muitas vezes o faz de maneira genérica. Declara que o ato de rescisão unilateral de um contrato pela administração pública se caracterizaria como “ato de império”, sendo, portanto, inarbitrável, não obstante reconhecer a possibilidade de o tribunal arbitral julgar os seus reflexos econômico-financeiros. Assim, o tribunal arbitral não poderia analisar a legalidade do ato administrativo, o que ficaria restrito à jurisdição estatal, mas poderia considerar incidentalmente a invalidade do ato e

declarar as consequências financeiras. A admissão dessa lógica dá causa à insegurança jurídica, diante do risco de decisões contraditórias proferidas por um tribunal arbitral e por um juiz estatal.

Como foi demonstrado, a causa da extinção é que determinará a arbitrabilidade dos conflitos relacionados à extinção do contrato.

Hipótese de extinção normal do contrato vem prevista no inciso I do art. 35 da Lei nº 8.987, de 1995, que trata da extinção da concessão por advento do termo contratual. Nesse caso de extinção do contrato, a reversão dos bens da concessão é, em regra, gratuita, pois se presume que ao longo da execução do contrato a concessionária obtém o retorno do capital investido e uma certa margem de lucro. Mas os bens reversíveis que porventura não tiverem sido amortizados deverão ser indenizados. A extinção da concessão por advento do termo contratual é hipótese de extinção normal do contrato e, portando, em regra, não implica em litígio, sendo arbitráveis eventuais controvérsias decorrentes de implicações patrimoniais da extinção.

A extinção anômala do contrato, por sua vez, se verifica nas hipóteses em que o vínculo jurídico é desfeito sem que as prestações previstas tenham sido integralmente executadas e em data anterior ao prazo de vigência original. Pode ser causada por diversos motivos. Foram destacadas neste trabalho a extinção unilateral do contrato pela administração pública por razões de interesse público e a extinção unilateral do contrato pela administração pública por inadimplemento do contratado.

No contexto da Lei nº 14.133, de 2021, a possibilidade de extinção do contrato por “razões de interesse público”, vem prevista no inciso VIII do art. 137. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a encampação vem prevista no inciso II do art. 35. As duas situações referem-se à extinção do contrato por ato unilateral da administração pública antes da verificação do seu termo, por motivo de interesse público. Não envolvem inadimplemento ou apresentam natureza sancionatória. Trata-se de prerrogativa extracontratual, unilateral e autoexecutória conferida à administração pública pelo legislador, com o objetivo de viabilizar a alteração da forma de implementar a política pública definida no contrato.

Assim como a prerrogativa de modificação unilateral do contrato, a prerrogativa de extinção unilateral do contrato é destinada a assegurar o atingimento de um interesse público futuro e intangível e, portanto, não será revestida de disponibilidade. Além disso, constitui prerrogativa que não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele, correspondentes a “razões de interesse público” futuras que, impactando no contrato, poderão

demandar sua extinção. Não se trata de prerrogativa exercida em função de direitos e obrigações previamente assumidos e, por isso, não se enquadra na regra de arbitralidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Diante da necessidade de proteção dos direitos constituídos a favor do contratante, o exercício dessa prerrogativa pressupõe que a administração pública invoque e prove fundamentadas razões de interesse público, ficando o ato de extinção do contrato sujeito a controle jurisdicional estatal no que se refere aos seus pressupostos e à observância do devido processo legal. De qualquer forma, fica o mérito administrativo protegido de questionamentos.

O particular deverá ser indenizado, já que o desfazimento do contrato não se fundamenta em seu inadimplemento. No caso do VIII do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021, exige-se apenas autorização escrita e fundamentada da autoridade competente. No caso da encampação, a lei exige que a indenização seja prévia e que haja lei autorizativa específica. Isso porque, principalmente no que se refere à encampação, a antecipação do encerramento do contrato importa frustração da concretização da equação econômico-financeira assegurada ao concessionário e, dessa forma, deve o concedente assegurar a percepção dos lucros que poderiam ser auferidos em virtude da continuidade do contrato. Havendo possibilidade de impugnação do valor concedido a título de indenização, essa discussão a respeito dos efeitos patrimoniais da extinção unilateral do contrato será arbitrável.

Seguindo nas hipóteses de extinção anômala, destaca-se a extinção do contrato por inadimplemento do contratado, pelos motivos listados nos incisos I a IV, VI, VII e IX do *caput* do art. 137 da Lei nº 14.133, de 2021. Em todos esses casos, é possível a extinção do contrato determinada por ato unilateral da administração pública, desde que o descumprimento não decorra de sua própria conduta, nos termos do art. 138, inciso I, da Lei nº 14.133, de 2021. Note-se que, não obstante o *caput* do art. 137 declarar que os motivos elencados em seus incisos “constituirão motivos para a extinção do contrato”, não é possível admitir que essa seja consequência automática para toda e qualquer hipótese de inadimplemento pelo contratado, considerando a gravidade dos efeitos da extinção unilateral e diante da viabilidade e eficiência de aplicação de outras sanções menos graves previstas na lei.

Por sua vez, no contexto da Lei nº 8.987, de 1995, no inciso III do seu art. 35, encontramos a previsão da declaração de caducidade da concessão, sanção contratual a ser aplicada em casos de inadimplemento efetivamente comprometedor do destino do projeto concessionário. A declaração da caducidade é reservada para as infrações mais graves ou para

grande reincidência de infrações. Assim, a depender das circunstâncias factuais, e em prestígio à continuidade do serviço público e à proporcionalidade, o concedente poderá optar pela aplicação de outras sanções administrativas ao invés de decretar a caducidade. Todavia, caso tais sanções não gerem os esperados efeitos dissuasórios e o concessionário persista no inadimplemento, o concedente, a fim de preservar a continuidade do serviço adequado aos usuários, deverá decretar a caducidade da concessão.

A caducidade põe fim ao contrato antes da conclusão do prazo inicialmente fixado e afasta definitivamente o concessionário, que estará impedido de prestar o serviço outrora concedido. Tal como todas as demais sanções administrativas, a caducidade exige a prévia e regular instalação do devido processo administrativo, assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório. A conduta danosa imputada ao concessionário repercutirá na indenização a ser apurada, mas o concedente terá o dever de indenizar a parcela não amortizada do capital investido e os bens reversíveis não amortizados. A indenização não é prévia e dela descontar-se-ão as multas contratuais e os danos causados pelo concessionário.

Nos termos do art. 38, §4º da Lei nº 8.987, de 1995, a caducidade será declarada por decreto do concedente. O decreto nada mais é do que a forma de que se revestem atos emanados do chefe do poder executivo, tratando-se, no caso do decreto de caducidade, de um ato administrativo individual ou de efeito concreto, que resulta da comprovada inadimplência do concessionário após regular processo administrativo.

O parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, afirmou a arbitrabilidade das controvérsias relacionadas ao “inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes”. Não pode haver dúvidas, portanto, que, havendo extinção unilateral do contrato por inadimplemento do contratado ou declaração de caducidade, eventuais controvérsias decorrentes do exercício dessas prerrogativas serão arbitráveis. Em outras palavras, poderá o tribunal arbitral, à luz do contrato e da legislação vigente, verificando que a despeito das conclusões a que chegou o concedente inadimplemento não houve, declarar a invalidade do ato administrativo que determinou a extinção do contrato ou que declarou a sua caducidade. Mas apenas poderá substituir o ato administrativo de extinção unilateral do contrato por outra penalidade, caso exista previsão a esse respeito no contrato. De qualquer forma, poderá resolver a questão em eventuais perdas e danos.

Caso a relação contratual extinta não tenha, ainda, sido substituída por qualquer outra, seria possível, em tese, que o tribunal arbitral determinasse a reintegração do contratado na

relação contratual original. Não obstante, isso não seria possível caso a administração pública já tivesse firmado novo contrato com terceiro, pois o tribunal arbitral apenas possui jurisdição para decidir a respeito de controvérsias entre as partes signatárias da convenção de arbitragem, ficando fora da jurisdição do tribunal arbitral a possibilidade de desconstituir qualquer medida que tenha sido adotada pela administração pública a fim de contratar com terceira pessoa. Nesse caso, a questão poderá ser resolvida, tão somente, em perdas e danos.

O art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, por fim, trata da caducidade em decorrência da transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente. Sendo possível verificar no caso concreto os adimplementos e inadimplementos contratuais por parte da concessionária, são aplicáveis as mesmas conclusões já declaradas a respeito da arbitrabilidade das questões relacionadas ao exercício da prerrogativa de decretação de caducidade. Mas caso não sejam previstas no contrato regras que disciplinem de maneira mais detalhada o dispositivo legal, é possível o entendimento de que a lei prevê hipótese de caducidade que não decorre de inadimplemento contratual, mas simplesmente da ausência de anuência do concedente, a respeito da transferência de concessão ou do controle societário da concessionária. Assim, não se tratando de ato fundamentado na análise da execução do contrato em si, não será abarcado pela jurisdição do tribunal arbitral.

Além das hipóteses de extinção unilateral do contrato pela administração pública por razões de interesse público e por inadimplemento do contratado, foram analisadas também as figuras do distrato e da extinção do contrato por caso fortuito ou força maior. O distrato vem previsto no art. 138 da Lei nº 14.133, de 2021, que declara, em seu inciso II, que a extinção do contrato poderá ser consensual, por acordo entre as partes. A possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior, que consta do inciso V do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021, não configura inadimplemento por qualquer das partes e tampouco inexecução culposa e, portando, a administração pública deve ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados. No caso do distrato, quando não há litígio, não cabem discussões acerca da arbitrabilidade a menos que, ainda que se trate de extinção consensual do contrato, surja alguma discussão a respeito de efeitos patrimoniais. Já no que se refere à possibilidade de extinção do contrato por caso fortuito ou força maior, caberá, em tese, discussões acerca dos prejuízos regularmente comprovados pelo concessionário que, pela regra do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021, podem ser submetidas à jurisdição arbitral, por compreender o “cálculo de indenizações”.

Por fim, foram analisadas as situações em que há rescisão do contrato em decorrência de inadimplemento da administração pública e a extinção por anulação do contrato.

As situações em que a extinção decorre do inadimplemento da administração pública, ou seja, de condutas enquadráveis como “fato da administração”, estão previstas no §2º do art. 137, da Lei nº 14.133, de 2021. No contexto da Lei nº 8.987, de 1995, a possibilidade de extinção do contrato por inadimplemento da administração pública vem disciplinada no art. 39, chamada de rescisão, que é ato de iniciativa do concessionário, diante do inadimplemento do concedente, “mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim”. Note-se que o termo “ação judicial” contido no referido art. 39 abrange o processo arbitral, pois o dispositivo legal deve ser interpretado à luz do atual sistema normativo, que acolhe convenções de arbitragem nos contratos, do que decorre que são arbitráveis os pleitos do contratado, de extinção do contrato por inadimplemento da administração pública, caso o contrato em questão contenha convenção de arbitragem. De qualquer forma, pela literalidade da lei, a decisão judicial ou arbitral, ainda que liminar ou antecipada, é requisito inafastável para a suspensão da prestação dos serviços por inadimplemento da administração pública. A concessionária terá direito a ampla indenização, incluídos os lucros cessantes.

Por fim, a anulação consiste na extinção do contrato de concessão por vícios de legalidade no contrato em si ou na licitação que o antecedeu, ou seja, diferencia-se de todas as demais modalidades extintivas da concessão por relacionar-se a evento ocorrido no passado, antes da formalização da concessão. A anulação da concessão decorrerá de situação em que o concedente, o órgão de controle externo, ou mesmo o poder judiciário se depare com nulidade no certame licitatório ou no próprio contrato. Assim, a eventual nulidade de um contrato administrativo, além de poder envolver a nulidade de procedimentos, como o licitatório, que não se enquadram nos requisitos de patrimonialidade e disponibilidade, pode envolver múltiplos interessados, participantes da licitação, mas não submetidos à jurisdição dos árbitros pelo simples fato de não serem signatários da convenção de arbitragem inserida no contrato. Assim, a despeito do conteúdo do art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, na falta dos elementos da arbitrabilidade objetiva e subjetiva, os árbitros não terão jurisdição para decidir acerca da eventual nulidade do contrato.

Não obstante, mesmo quando faltar aos árbitros competência para apreciar a nulidade do contrato administrativo, considerando a autonomia da cláusula compromissória prevista no art. 8º da Lei nº 9.307, de 1996, o tribunal arbitral poderá continuar competente para a resolução

de eventuais controvérsias relativas a direitos patrimoniais disponíveis decorrentes do contrato anulado. Ainda que a nulidade não traga necessariamente consigo a imputação da prática de qualquer comportamento irregular por parte do concessionário, a sua declaração não prescinde do devido processo legal, já que a anulação da concessão incidirá sobre a esfera jurídica do concessionário, que deverá ser ressarcido pelos bens revertidos não amortizados, desde que não tenha concorrido para o vício. Assim, eventuais discussões a respeito dos prejuízos regularmente comprovados pelo concessionário podem ser submetidas à jurisdição arbitral, por compreender o “cálculo de indenizações”, nos termos do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

A equação econômico-financeira, por sua vez, é a relação entre encargos e vantagens assumida pelas partes do contrato, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da sua execução, ou seja, integram a equação econômico-financeira todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração. A garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões é o mais importante instrumento propiciador de segurança jurídica ao particular que celebra contrato com a administração pública, considerando os vultosos investimentos que deverão ser amortizados durante o longo período em que o serviço será explorado. Mas nem tudo que afeta o equilíbrio contratual enseja recomposição, sendo necessário levar em consideração a distribuição de encargos originalmente prevista no contrato, ou seja, a apuração de qual parte assumiu os riscos associados ao evento.

Não há controvérsia relevante acerca da arbitrabilidade dos conflitos relacionados ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o que foi, inclusive, afirmado expressamente pelo art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. Também as controvérsias sobre os riscos assumidos por cada uma das partes no contrato e as relativas à indenização por bens reversíveis não amortizados serão arbitráveis.

Mas as discussões afetas ao reequilíbrio econômico-financeiro e às cláusulas financeiras do contrato de concessão poderão não ficar restritas a contendas de cunho exclusivamente econômico e, portanto, patrimonial e disponível. A definição dos meios utilizados para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato poderão ser permeadas por fatores externos e pela necessidade de adotar determinada política pública, em prol da prestação adequada do serviço público, de titularidade do concedente. Como regra geral, decisão a respeito da medida a ser adotada para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato não está inserida na jurisdição do tribunal arbitral. A recomposição da

equação econômico-financeira pode ser feita por diferentes vias, como a extensão ou o encurtamento de prazo de concessão, o incremento ou o alívio de investimentos do particular, ou mesmo por meio de indenização compensatória paga por uma das partes. Cabe à administração pública definir, no caso concreto, a solução que considere mais adequada para o interesse público, levando em conta a modicidade das tarifas e o interesse dos usuários.

A mesma linha de raciocínio deve ser seguida a respeito das normas que fixam os critérios de cálculo e o valor das tarifas. Apesar da existência de outras possíveis fontes de receita alternativa, a tarifa é a principal fonte de retorno econômico oferecida aos particulares concessionários de serviços públicos. Mas, não obstante seja parte da equação econômico-financeira das concessões, as normas que fixam os critérios de cálculo e o próprio valor das tarifas constituem elemento essencial das regras de funcionamento do serviço público. Isso porque a tarifa, apesar de compor a remuneração do concessionário, representa o valor devido pelos usuários para a obtenção do serviço. E, em algumas situações, a revisão poderá não constituir um meio eficaz para o reequilíbrio, podendo colidir com o princípio da modicidade tarifária. Assim, a definição do regime tarifário ou a fixação do valor da tarifa é instrumento fundamental de implementação de políticas públicas, e a tarifa poderá ser fixada ou alterada unilateralmente pelo concedente, desde que seja respeitado o equilíbrio contratual da concessão como um todo.

Note-se, entretanto, que o conteúdo do contrato pode refletir maior grau de vinculação e completude, de forma que os mecanismos de reequilíbrio serão estabelecidos no próprio contrato quando isso atender, de maneira mais eficiente, ao interesse público, caso em que o tribunal arbitral poderá, dando aplicação às regras contratuais previamente estabelecidas, declarar a forma de reequilíbrio.

A regulação, por sua vez, viabiliza o exercício de uma função de intervenção estatal indireta, exercida por autoridade pública descentralizada dotada de independência técnica. Envolve atividades normativas, coercitivas, adjudicatórias, de coordenação, decisórias, funções de fiscalização, sancionatórias e de conciliação. Todas elas, em regra, competem às agências reguladoras, que exercem funções administrativas típicas. O modelo de agências reguladoras adotado no Brasil descentraliza a governança estatal sob temas complexos e preponderantemente técnicos, visando emprestar-lhes certa previsibilidade e torná-los menos suscetíveis aos embates e interesses político-partidários.

A regulação é voltada à implementação de políticas públicas, à realização dos direitos sociais na execução de serviços públicos e de atividades econômicas de utilidade pública em setores complexos. O exercício da regulação importa na composição dos interesses existentes em um dado segmento econômico ou social, sem descurar dos interesses difusos, gerais, ou titularizados por hipossuficientes, estes últimos à cura da atividade estatal, e pressupõe a noção de equilíbrio, opondo-se à unilateralidade típica presente na ideia de autoridade estatal tradicional. Não obstante, remanesce a possibilidade de imposição dos objetivos regulatórios pela via do manejo das competências coercitivas próprias ao Estado. A escolha regulatória deve perseguir o equilíbrio sistêmico, ou seja, a integração entre os sistemas econômico, político e jurídico. Além disso, deve buscar soluções que apontem para o menor sacrifício possível dos interesses constitucionalmente protegidos, com o menor dispêndio de recursos públicos e, dessa forma, merece ser respeitada pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

O contrato de concessão de serviço público é, geralmente, incompleto, não sendo possível, no momento da pactuação de seus termos, em especial nos setores de serviços e infraestruturas públicas, identificar e partilhar todos os riscos que possam interferir na sua execução, ou mesmo antecipar circunstâncias e fatos supervenientes que venham a impactar a sua economia. As agências reguladoras atuam de acordo com uma função integrativa. Quanto maior for o espaço para as integrações das lacunas e inacabamentos no contrato, maior será a possibilidade de futuras adequações e integrações.

No que se refere à arbitrabilidade de escolhas regulatórias, é possível, assim, seguir a mesma lógica desenvolvida a respeito da inarbitrabilidade dos conflitos relacionados à prerrogativa da administração pública de modificar unilateralmente o contrato. A regulação também busca concretizar o interesse público, que é dinâmico, constituindo instrumento que operacionaliza a mutabilidade do contrato administrativo, adequando-o para melhor atendimento de um interesse público futuro, intangível. A regulação é instrumento que garante que o contrato, acompanhando as mudanças que o circunda, continue sempre a atender ao interesse público. Conforme já afirmado, o interesse público é mutável e a sua identificação, bem como das melhores medidas a serem adotadas para a sua concretização, apenas é possível em concreto. Nesse sentido, a regulação *ex post* versa sobre um interesse público futuro e intangível, não sendo revestida de qualquer disponibilidade.

A regulação não se volta a discussões internas ao contrato, mas a questões externas a ele. As agências reguladoras atuam a partir da sua visão sistêmica, integrando lacunas e

inacabamentos com elementos que não eram parte do contrato. Nesse aspecto, as escolhas regulatórias não se enquadram na regra de arbitrabilidade prevista no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021. De qualquer forma, é possível que, no caso concreto, diante da interpretação do contrato e da atuação da agência reguladora, surjam dúvidas a respeito do enquadramento da questão controvertida como sendo decorrente do contrato, ou seja, decorrente de uma regulação *ex ante*, ou como sendo decorrente da regulação *ex post*. Em muitos casos, apenas a análise do caso concreto poderá apresentar respostas para a questão, o que poderá ser feito pelos árbitros, nos termos do art. 20 da Lei nº 9.307, de 1996. E, em concluindo pela última hipótese, o tribunal arbitral poderá resolver as eventuais controvérsias relativas ao potencial desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos termos do quanto estabelecido no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133, de 2021.

Neste trabalho foi demonstrado que, a despeito das noções que permeiam o direito administrativo, como as ideias de “supremacia” e da indisponibilidade do interesse público, a natureza e as características de um contrato administrativo não limitam o objeto das arbitragens instituídas em decorrência das cláusulas compromissórias neles inseridas. São arbitráveis os conflitos relativos a adimplementos e inadimplementos contratuais, ainda que decorram das cláusulas regulamentares do contrato administrativo ou do exercício de determinadas prerrogativas da administração pública, como é o caso da fiscalização, aplicação de sanções pelo inadimplemento do contrato, intervenção na prestação do serviço e, em algumas situações, da extinção unilateral do contrato.

Atualmente é valorizada uma atuação mais horizontal da administração pública, muitas vezes mais efetiva para o atendimento do interesse público no contexto das relações jurídicas contemporâneas. Se antes prevalecia entendimento no sentido de que a melhor forma de realizar o interesse público era pela prática de atos unilaterais e impositivos, o que chegou a levar, inclusive, à negação da possibilidade de administração pública firmar contratos, atualmente essa noção muda radicalmente, o que tem impacto direto na discussão da arbitrabilidade objetiva dos conflitos decorrentes de um contrato administrativo. O contrato, como instrumento adequado para a efetivação do interesse público, é estabilizador de decisões e escolhas regulatórias, conferindo maior segurança às relações público-privadas. O contrato cumpre a função essencial de diminuir incertezas futuras e, na medida em que a administração pública se vincula contratualmente a agir de certa forma, eventuais conflitos decorrentes do exercício desses direitos e obrigações são arbitráveis.

Não serão arbitráveis, entretanto, os conflitos decorrentes do exercício de prerrogativas da administração pública que, embora incidam sobre a relação contratual, são motivadas por circunstâncias externas ao contrato, como é o caso da prerrogativa de modificar unilateralmente ou de rescindir unilateralmente o contrato por motivo de interesse público. Essas prerrogativas merecem tratamento diferenciado das prerrogativas que possuem aplicação exatamente em decorrência do inadimplemento de obrigações contratuais. Porque, a despeito de a administração pública estar autorizada a dispor de direitos e assumir obrigações em prol da consecução do interesse público, isso sempre se dará em concreto, diante de um interesse público tangível, já revelado perante as partes, havendo, nesses casos, disponibilidade. Em decorrência da mutabilidade do interesse público, não haverá disponibilidade em relação a prerrogativas da administração pública destinadas à consecução de um interesse público futuro e intangível ou em relação às escolhas regulatórias, que ficam fora da jurisdição dos árbitros.

De qualquer forma, não há dúvidas de que, à luz do direito administrativo contemporâneo, é possível a utilização da arbitragem, de forma segura pelas partes, em atendimento ao princípio da eficiência que rege a atuação administrativa, nos termos da Constituição Federal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, João Pedro. Arbitrabilidade objetiva dos conflitos com a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XVII, 2020, p. 7-42.

ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo. I soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. vol. I. 3ª ed. Milão: Giuffrè, 1974.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Contrato administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 325-336.

ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurídica da arbitragem. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129 de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 133-144.

AMARAL, Paulo Osternack. *Arbitragem e administração pública: aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANDRADE, Erico; MAGALHÃES, Gustavo. Arbitragem e administração pública: limites e possibilidades de arbitrabilidade nos contratos de concessão (Leis 8.987/1995 e 11.079/2004). *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 65, 2020, p. 83.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. As concessões e autorizações petrolíferas e o poder normativo da Agência Nacional do Petróleo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, vol. 44, p. 171-202, maio/jun. 2002.

_____, Alexandre Santos de. O marco regulatório dos serviços públicos. *Revista dos Tribunais*, vol. 843/2006, 2006, p. 38-57.

_____, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27/2010, 2010, p. 70-102.

_____, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____, Alexandre Santos de. A Arbitragem no direito administrativo. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54/2017, 2017a, p. 25-63.

_____, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017b. Disponível em <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1483>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

_____, Alexandre Santos de. *Empresas Estatais: O regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. Rio de Janeiro: Forense, 2017c.

ARRUDA JUNIOR, Demerval Ferraz de. O Estado, a jurisdição e a arbitragem: para começo de conversa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 75:21-31, jan./jun. 2012.

ÁVILA, Natália Resende Andrade; NASCIMENTO, Priscila Cunha do. A arbitragem nas concessões federais de infraestrutura de transportes terrestres: uma análise das cláusulas compromissórias. *Concessões e parcerias público-privadas: políticas públicas para provisão de infraestrutura*. Organizador SILVA, Mauro Santos. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 2022. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/publicacoes>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, dezembro de 2009, p. 155-167.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 15, n. 275, p. 251-318, maio/ago. 2017. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/125/350/3444>>. Acesso em: 2 out. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, edição especial, 2012.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2 ed. Campinas, SP: Servanda Editora, 2015.

BIELSA, RAFAEL. *Estudios de Derecho Público I. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1950.

BINENBOJM, Gustavo. Arbitragem em ambientes regulados e sua relação com as competências das agências reguladoras. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 216, p. 35-46, dez. 2019.

_____, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR NEVES, Flávia. Legislações estaduais de arbitragem: Minas Gerais e Espírito Santo. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 119-135.

BORGES, Alice Gonzales. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107, dezembro de 2009, p. 16.

BUTTI CARDOSO, Paula; ALBUQUERQUE, Gustavo. Legislação Federal sobre arbitragem com a Administração Pública. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 71-98.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CALDAS, Evandro Pereira. *Controle da administração pública pela via arbitral*. 2020. 125 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CATEB, Alexandre Bueno; ALBENY GALLO, José Alberto. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Disponível em <<https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

CHEVALLIER, Jacques. As novas fronteiras do serviço público. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, ano 10, n. 51, set./out. 2008.

CORREIA, J. M. Sérvulo. A arbitragem dos litígios entre particulares e administração pública sobre situações regidas pelo direito administrativo. *Revista de Contratos Públicos – RCP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 165-198, set. 2014/fev. 2015.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Transformações do “regime de Direito Administrativo”: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 49-73, jan./mar. 2013.

DALLARI, Adilson Abreu. Arbitragem na concessão de serviço público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, no 32, n. 128, out/dez 1995, p. 63-67.

_____, Adilson Abreu. Alterações dos contratos administrativos – economicidade, razoabilidade e eficiência. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 4, n. 48, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=33041>>. Acesso em: 9 nov. 2021.

DEKEL, Omer. Modification of a government contract awarded following a competitive procedure. *Public Contract Law Journal*, Vol. 38, No. 2, 2009, p. 401-426. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1391242>. Acesso em: 22 ago. 2022.

DIAS, Bruno Fernandes; ANDRADE, Gustavo Fernandes de. A regulamentação da arbitragem pelo Estado do Rio de Janeiro. WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 137-157.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*: volume I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Comentários ao Código Civil: parte especial, disposições finais e transitórias (arts. 2.028 a 2.046)*. vol. 22. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada*. 12 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____, Maria Sylvia Zanella. Ainda existem os chamados contratos administrativos? DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coord.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. *Direito Administrativo*. Atlas: São Paulo, 2010.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 34 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____, Maria Sylvia Zanella. *As possibilidades de arbitragem em contratos administrativos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-set-24/interesse-publico-possibilidades-arbitragem-contratos-administrativos2>>. Acesso em: 16 set. 2022.

ESTORNINHO Maria João. *Réquiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da encampação nas concessões de serviços públicos. *Revista de Direito Público - RDP* 74/38, abr.-jun./1985.

FARIA, José Eduardo. A definição do interesse público. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 79-90.

FERREIRA NETTO, Cássio Telles Ferreira. *Contratos administrativos e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FERREIRA, Daniel Brantes; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem no direito administrativo: perspectivas atuais e futuras através de um estudo comparativo e temático entre Brasil e Portugal. *Revista Brasileira de Alternative Dispute Resolution – RBADR*, Belo Horizonte, ano 01, n. 02, p. 139-157, jul./ dez. 2019.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; ROCHA, Matheus Lins; FERREIRA, Débora Cristina Ferandes Ananias Alves. *Lei de arbitragem comentada artigo por artigo*. São Paulo: Juspodivm, 2019.

FICHTNER, José Antônio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Teoria Geral da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo I*. Revisor técnico Carlos Ari Sundfeld; tradutor José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARCIA, Fernando Couto. Regras especiais de arbitrabilidade objetiva de litígios que envolvem a administração pública na lei de concessões e na lei de parcerias público-privadas. *Publicações da Escola da Advocacia-Geral da União. Desafios da arbitragem com a administração pública*. Brasília: EAGU, 2022, ano 13, n. 2, p. 125-150.

GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e a função integrativa das agências. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 439-462.

_____, Flávio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. São Paulo: Malheiros, 2021.

GODOY, Luciano de Souza. Arbitragem e administração pública: uma reflexão sobre interesses arbitráveis. In: RODAS, João Grandino; SOUZA, Aline Anhezini de; POLONI, Juliana; SILVA, Guilherme Bertipaglia Leite da; e DIAS, Eduardo Machado (Coord.) *Visão multidisciplinar das soluções de conflitos no Brasil*. Curitiba: Editora Prismas, 1ª ed. 2018.

GONÇALVES, Pedro Antonio P. Costa. *A concessão de serviços públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____, Pedro Antonio P. Costa. Regulação administrativa e contrato. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, ano 9, n. 35, jul./set. 2011. Disponível em <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20826/32940?searchpage=1&keywords=gon%C3%A7alves,%20pedro%20ant%C3%B3nio%20p.%20costa.%20regula%C3%A7%C3%A3o%20administrativa%20contrato>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 32, 2000, p. 20.

_____, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 18/2002, p. 395-405, Out-Dez 2002.

_____, Eros Roberto. Direito. Constituição e Serviço Público. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 249-267.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. *Interesse Público – IP*. Belo Horizonte, n. 42, ano 9, Março /Abril 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=48893>>. Acesso em: 12 nov. 2021.

_____, Dinorá Adelaide Musetti. A arbitragem nos contratos da administração pública. In: PONTESFILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 79-98.

GUERRA, Sérgio. Limitação objetiva em procedimentos arbitrais envolvendo agências reguladoras. *Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Desafios da Arbitragem com a Administração Pública*. Brasília: EAGU, 2022, ano 13, n. 02.

_____, Sérgio. *Agências reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021a.

_____, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021b.

_____, Sérgio. Discricionariedade na regulação por entidades estatais independentes. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*. Belo Horizonte, n. 6, ano 2 Abril / Junho 2004. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12771>>. Acesso em: 26 set 2022.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos. *Revista dos Tribunais*, vol. 781/2000 | p. 11 - 27 | Nov / 2000.

_____, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo (interpretação de dispositivos da Lei 8.666/1993)*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUNQUEIRA, André Rodrigues; OLIVEIRA, Mariana Beatriz Tadeu de Oliveira; SANTOS, Michelle Manaia. Cláusula de solução de controvérsias em contratos de parcerias público-privadas: estudo de casos e proposta de redação. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 77/78, p. 285-313, jan./dez. 2013. Disponível em: <<https://revistas.pge.sp.gov.br/index.php/revistapegesp/article/view/625>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 95-135, jan./mar. 2003.

_____, Marçal. Ainda a questão da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107 dezembro de 2009, p. 122.

_____, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

_____, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos – arbitrabilidade objetiva. Confidencialidade ou publicidade processual? *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* | vol. 21/2003 | p. 387 - 407 | Jul - Set / 2003.

_____, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviço público – perspectivas. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 17, p. 342-354, jul.-set. 2002.

_____, Selma Maria Ferreira. A arbitragem e os novos rumos empreendidos na administração pública. A Empresa Estatal, o Estado e a Concessão de Serviço Público. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma Maria Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto. *A arbitragem e os contratos da administração pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de informação legislativa*, v. 40, n. 159, p. 193-197, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/884>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____, Floriano de Azevedo Marques. Pensando o controle da atividade de regulação estatal. In: GUERRA, Sérgio (coord.). *Temas de direito regulatório*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004. p. 200-248.

_____, Floriano de Azevedo Marques. A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fevereiro, 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=10>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

_____, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107 dezembro de 2009, p. 74-81.

_____, Floriano Peixoto de Azevedo. Regulação econômica e suas modulações. *Revista de Direito Público da Economia RDPE*, Belo Horizonte, ano 7, n. 28, out./dez. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/140/20810/32675>>. Acesso em: 21 ago. 2022.

_____, Floriano de Azevedo. Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica. *Fórum Administrativo – Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, p. 85-93, jun. 2009.

_____, Floriano de Azevedo. *Concessões*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. A discricionariedade administrativa à luz do princípio da eficiência. *Revista dos Tribunais* | vol. 789/2001 | p. 62 - 85 | Jul / 2001.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva. Interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. *Interesse Público*, n. 50, vol. 10. Porto Alegre: Fórum, jul.-ago. 2002. p. 86-102.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Arbitragem e administração pública: contribuição para o sepultamento do tema. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 63, p. 85-104, nov./dez. 2010.

MASTROBUONO, Cristina M. Wagner; MEGNA, Bruno Lopes. A regulamentação da participação do Estado de São Paulo em arbitragens. In: WALD, Arnaldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). *25 anos da Lei de Arbitragem (1996-2021): história, legislação, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 99- 118.

MATTOS NETO, Antonio José de. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da Lei da Arbitragem. *Revista de Processo*, vol. 122/2005 / p. 151-166 / abr. 2005.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Contrato administrativo e a lei de arbitragem. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, n. 223 / p. 115-131 / jan/mar. / 2001.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília-DF: Gazeta Jurídica, 2017.

_____, Odete. *Direito administrativo moderno*. 22ª ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2021.

MEGNA, Bruno Lopes. *Arbitragem e administração pública: fundamentos teóricos e soluções práticas*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 161.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Serviço público e concessão de serviço público*. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 35ª ed. São Paulo, Malheiros, 2021.

_____, Celso Antônio Bandeira de. As Parcerias Público-Privadas (PPPs), *Migalhas*, 12 de janeiro de 2006. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI20266,71043-As+Parcerias+PublicoPrivadas+PPPs>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

MENDES, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras: Estabelecendo os parâmetros de discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito administrativo econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 99-139.

MODESTO, Paulo. Autovinculação da administração pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=466>>. Acesso em: 02 set. 2022.

MONTEIRO, André Luís. Arbitragem e cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação* / vol. 66 / 2020 / p. 51.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Vera. Sentença arbitral comentada. Arbitrabilidade da extinção de contrato de concessão rodoviária por inadimplemento da concessionária. *Revista Brasileira de Arbitragem*: n. 69 / Jan-Mar/2021 / p. 79-111.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 545-563.

_____, Diogo de Figueiredo. Novas tendências da democracia: consenso e direito público na virada do século – o caso brasileiro. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, março/abril/maio, 2008a. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=264>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

_____, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-moderno. 1ª ed.* Belo Horizonte: Fórum, 2008b. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/livro/1452>>. Acesso em: 11 set. 2022.

_____, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, 209/81-90, jul.-set. 1997, p. 84.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato como instrumento de governo. In: MARRARA, Thiago. *Direito administrativo: transformações e tendências*. São Paulo: Almedina, 2014, p. 503-515.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/129/10393/14294?searchpage=1&keywords=contratos%20incompletos%20infraestrutura%20marcos%20n%C3%B3brega>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; Schwanka, Cristiane. A Administração consensual como a nova face da administração pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, Paulo. *Estabilidade contratual. Modificação unilateral e equilíbrio financeiro em contrato de empreitada de obras públicas*. Disponível em <<https://portal.oa.pt/upl/%7B518b4544-a621-42c9-a619-514445694a32%7D.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros: 2015.

PARK, William W. THE ARBITRABILITY DICTA IN FIRST OPTIONS V. KAPLAN: what sort of kompetenz-kompetenz has crossed the Atlantic? *Revista de Arbitragem e Mediação* / v. 3 / n. 11 / out./dez. / 2006.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 293-317.

_____, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Alterações do contrato administrativo: releitura das normas de regência à luz do gerenciamento de riscos, em gestão pública comprometida com resultados. *Fórum de Contratação e Gestão Pública FCGP*, Belo Horizonte, ano 8, n. 88, abr. 2009. Disponível em: <<https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/138/21358/49721?searchpage=1&keywords=altera%C3%A7%C3%B5es%20contrato%20administrativo:%20releitura%20normas%20reg%C3%Aancia%20luz%20gerenciamento%20riscos,%20gest%C3%A3o%20p%C3%ABlica%20comprometida%20resultados>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, v. 2.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e administração pública: função administrativa e controle externo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício (Coord.). *O Direito Administrativo nos 30 anos da Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 237-265.

_____, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e a administração pública: Comentários ao acórdão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 612.439/RS (“Caso AES Uruguaiana”). *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 12 / Out-Dez / 2006.

PINTO, José Emilio Nunes. A arbitrabilidade de controvérsias nos contratos com o Estado e empresas estatais. *Revista Brasileira de Arbitragem* v. 1 / n. 1 / jan./mar. / 2004.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. *Arbitragem no setor de energia elétrica*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. *Alteração nas regras relativas à intervenção nas concessões no setor elétrico*. Disponível em: <<https://portugalribeiro.com.br/alteracao-nas-regras-relativas-a-intervencao-nas-concessoes-no-setor-eletrico/>>. Acesso em: 15 jun. 2023.

RICCI, Edoardo Flávio. Desnecessária conexão entre disponibilidade do objeto da lide e admissibilidade de arbitragem: reflexões evolutivas. In: LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Professor Guido Fernando Silva Soares, in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

ROMANO, Santi. *Fragments de un dictionario jurídico*. Tradução Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas América-Europa, 1964.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

_____, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsias. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.). *Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2014, p. 209-227.

SARRA DE DEUS, Adriana Regina. Arbitrabilidade objetiva e administração pública: quais matérias podem ser arbitradas? *Revista Brasileira de Arbitragem*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, n. 72, out.-dez. 2021. p. 10-46.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. Arbitragem nos contratos administrativos e o critério para identificação dos litígios que envolvem direitos patrimoniais disponíveis. *Revista Zênite – Informativo de Licitações e Contratos (ILC)*, Curitiba: Zênite, n. 272, p. 989-995, out. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Aspectos jurídicos da transferência de concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 3 / n. 12 / p. 197-216 / out./dez. / 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein., PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 24, dezembro, janeiro, fevereiro, 2011. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=485>>. Acesso em: 24 set. 2022.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *A arbitragem nos conflitos envolvendo a administração pública: uma proposta de regulamentação*. 2016. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 2016.

SENA, Barbara Bianca. *Arbitrabilidade objetiva nas concessões de transmissão de energia elétrica*. Brasília, 2021. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Arbitragem e Fazenda Pública. In: CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago; FREIRE, Alexandre (org.). *Arbitragem: estudos sobre a Lei nº 13.129 de 26-5-2015*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 273-287.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Contratações públicas e seu controle*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 252-264.

_____, Carlos Ari. Extensão da indenização à concessionária na encampação. *Pareceres - Carlos Ari Sundfeld* | vol. 2 | p. 277 - 290 | Mar / 2013.

_____, Carlos Ari. A caducidade da concessão nem é automática nem é obrigatória. *Pareceres - Carlos Ari Sundfeld* | vol. 2 | p. 345 - 354 | Mar / 2013b.

_____, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TÁCITO, Caio. Arbitragem nos litígios administrativos. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 42/2014 | p. 411 - 415 | Jul - Set / 2014.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) – versão atualizada para o CPC/2015. *Revista de Processo* | vol. 264/2017 | p. 83 - 107 | Fev / 2017.

_____, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem nas empresas estatais. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Estatuto jurídico das empresas estatais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 569-586.

TIBURCIO, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: arbitrabilidade subjetiva e objetiva. Histórico e situação atual. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva; BONIZZI, Marcelo José M.; FERREIRA, Olavo A. V. Alves. *Arbitragem e Administração Pública: temas polêmicos*. Ribeirão Preto, SP: Migalhas, 2018, p. 111.

_____, Carmen. Arbitragem envolvendo a administração pública: Estado atual no direito brasileiro. *Revista de Direito Público*, [S. l.], v. 11, n. 58, 2014. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2559>>. Acesso em: 2 nov. 2022.

TONIN, Maurício Morais. *Arbitragem, mediação e outros métodos de solução de conflitos envolvendo o poder público*. São Paulo: Almedina, 2019.

VALDES, Juan Eduardo Figueroa. The principle of kompetenz-kompetenz in international commercial arbitration. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 4, n. 15, out./dez. 2007.

VALIATI, Thiago Priess. O sistema duplo de regulação no Brasil: a regulação por contrato complementada pela regulação por agência. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, vol. 8/2019 / p. 23 – 58 / Jan - Mar / 2019.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Transigibilidade na Administração Pública: uma faceta da consensualidade no direito administrativo do século XXI. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 1 / n. 123 / p. 9-18 / maio 2011.

WALD, Arnoldo. As concessões e a arbitragem. *Revista do Advogado*, ano XXIX, n. 107 dezembro de 2009, p. 33- 43.