

🏠 Início > Colunas > Publicistas

ARBITRAGEM

Contratos administrativos e arbitralidade objetiva

Os termos que confundem o debate

Vera Monteiro, Jolivê Rocha

10/09/2024 | 05:00



Crédito: Unsplash

A discussão sobre arbitragem em contratos administrativos tem avançado, especialmente no que se refere à sua aplicabilidade nas disputas com o poder público. Embora a arbitragem já esteja consolidada como um mecanismo de resolução de conflitos, alguns entes públicos ainda fundamentam suas defesas na arbitragem em ideias de que manejam, na relação contratual, suposto poder de autoridade que impediria o reconhecimento da arbitralidade objetiva.

Nosso argumento é que esse debate está poluído por conceitos imprecisos, muito ligados a um direito administrativo da autoridade.

[Quer saber os principais fatos ligados ao serviço público? Clique aqui e se inscreva gratuitamente para receber a newsletter Por Dentro da Máquina](#)

É o que ocorreu, por exemplo, no Caso Sagua, arbitragem na qual uma concessionária de saneamento questionou a validade da caducidade declarada pelo município de Guarulhos (SP).

O ente público invocou a indisponibilidade do direito e argumentou que concessões têm mecanismos de proteção do poder concedente com a incidência do *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*. Afirmou ainda que os direitos em jogo seriam indisponíveis também porque o serviço seria essencial e estariam presentes o *regime jurídico de direito público* e a sanção seria um *ato de império*.

Argumentos semelhantes surgiram no Caso Águas de Itu. Na sua defesa o Município negou a natureza contratual da decretação de caducidade da concessão e invocou o *poder de polícia* para dizer que a caducidade seria um *poder extroverso*, alheio ao contrato e, portanto, indisponível. Nos dois casos, os municípios foram ao Judiciário na tentativa de anular as sentenças arbitrais.

Mesmo com a jurisprudência (judicial e arbitral) se firmando no sentido da arbitralidade da decisão que decreta a caducidade de concessão, muitos entes públicos ainda insistem em argumentos apegados a classificações doutrinárias criadas no passado com outro objetivo: o de definir o direito administrativo a partir de sua oposição ao direito privado, como um direito da autoridade e das prerrogativas estatais, sem atentar para a circunstância de que prerrogativas não se presumem na relação contratual. Neste rol estão *atos de império, poder de polícia, indisponibilidade do interesse público sobre o privado, regime jurídico de direito público e sanções administrativas*.

Essas classificações não dialogam com a disciplina da arbitragem no Brasil, cuja chave de análise é a *patrimonialidade* e a *disponibilidade* do direito em discussão como critério de arbitralidade objetiva. Tais argumentos foram desenvolvidos para regular relações entre o Estado e particulares fora do âmbito contratual, não servindo para bloquear a revisão arbitral de decisões que decorrem de contrato firmado entre as partes.

A transposição desse direito administrativo da autoridade de forma acrítica ao direito administrativo dos contratos é um equívoco e um desserviço à arbitragem como mecanismo de solução de disputas. Como diz Marçal Justen Filho, em seu Comentários à Lei de Licitações, “se não existisse disponibilidade dos direitos envolvidos, nem seria juridicamente viável a contratação administrativa”.

*

Este texto é uma síntese do artigo que elaboramos para a coletânea em homenagem a Marçal Justen Filho. 📖



VERA MONTEIRO

Professora de direito administrativo na FGV Direito SP e Lemann Foundation Visiting Fellow na Blavatnik School of Government (Oxford). Doutora pela USP e mestre pela PUC-SP. Integra o Movimento Pessoas à Frente



JOLIVÉ ROCHA

Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Advogado

TAGS

ARBITRAGEM

CONCESSÕES

DIREITO ADMINISTRATIVO

NEWSLETTER DO SERVIDOR

JOTA

Nossa missão é tornar as instituições brasileiras mais previsíveis.

CONHEÇA O JOTA PRO

PODER PRO

Apostas da Semana
Impacto nas Instituições
Risco Político

TRIBUTOS PRO

Apostas da Semana
Direito do CARF
Direito da Corte
Direito do Legislativo
Matinal
Relatórios Especiais

EDITORIAS

Executivo
Legislativo
STF
Justiça
Saúde
Opinião e Análise
Coberturas Especiais
Eleições 2024

SOBRE O JOTA

Estúdio JOTA [↗](#)
Ética JOTA [↗](#)
Política de Privacidade [↗](#)
Seus Dados [↗](#)
Termos de Uso [↗](#)

[FAQ](#) | [Contato](#) | [Trabalhe Conosco](#)

[SIGA O JOTA](#)