

A arbitrabilidade das sanções administrativas: o que é juridicamente possível?

I Congresso Brasileiro de Direito Público da Infraestrutura

Cesar Pereira, FCI Arb
cesar@justen.com.br



■ Sanção (administrativa)

- a) Medida destinada a reforçar a observância de normas jurídicas ou remediar os efeitos da sua inobservância
- b) Conteúdo: providências materiais (apreensão de bens, embargo, lacre) ou ideais (advertência, multa, proibição, extinção)
- c) Momento: preventiva, simultânea ou sucessiva
- d) Natureza: premial (incentivo positivo), punitiva (incentivo negativo)
- e) Finalidade: restitutória (reposição ou realização da conduta desejada) ou ressarcitória (substituição da conduta desejada: extinção, multa ou perdas e danos)
- f) Foco da discussão: sanções sucessivas e punitivas, de conteúdo material ou ideal, com finalidade restitutória ou ressarcitória**

■ Arbitrabilidade: ponto de partida

- a) Art. 1º, § 1º, da Lei de Arbitragem: “*direitos patrimoniais disponíveis*”
 - a) Sentido de disponibilidade: desvinculação entre o poder de disposição do direito subjacente ao litígio e o poder de definição do modo de solução do litígio
 - b) Arbitrabilidade objetiva é determinada pela capacidade de resolver litígios sem a necessidade de intervenção judicial
- b) Arbitragem e normas de ordem pública
 - a) Árbitro é “*juiz de fato e de direito*” (art. 18 da Lei de Arbitragem)
 - b) Arbitragem com a Administração Pública é “*de direito*” (excluída a equidade) – art. 2º, § 3º, da Lei de Arbitragem
 - c) Possibilidade de reconhecimento incidental da invalidade de lei ou ato administrativo normativo ou concreto

■ Distinções necessárias: arbitrabilidade, escopo da convenção de arbitragem e sindicabilidade

a) Arbitrabilidade

- a) Possibilidade (em potência) de submissão à arbitragem
- b) Plano da competência

b) Escopo (campo material) da convenção de arbitragem

- a) Plano do exercício da competência: diretriz de eficiência
- b) Restrição normativa: leis, atos regulamentares e atos regulatórios
- c) Distinção com a arbitragem de investimento (ICSID ou similares)

c) Sindicabilidade ou justiciabilidade

- a) Plano da revisão jurisdicional (judiciária ou arbitral)
- b) Equivalência entre as posições do juiz estatal e do árbitro
- c) Distinção entre o processo e o seu resultado (decisão de mérito)

■ Arbitragem e sanção administrativa

- a) Previsões normativas: *“Consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, para fins desta Lei: III - o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”* (art. 31, § 4º, da Lei 13.448; tb. Dec. 8.465)
- b) Existência, validade e eficácia da sanção
 - a) Escopo da convenção de arbitragem
- c) Pressupostos da aplicação da sanção
 - a) Procedimento (preservação do poder de fiscalização)
- d) Conteúdo da sanção
 - a) Dosimetria e efeitos práticos (proporcionalidade)
- e) Limites dos poderes dos árbitros (sanções materiais)
- f) Consequências práticas da revisão (art. 20 e 21 da LINDB)

■ Caso concreto: multa contratual

- a) Ocorrência prática frequente
- b) Limites do escopo da convenção: *“toda e qualquer disputa ou controvérsia decorrente deste contrato ou com ele relacionada”*
- c) Competência-competência: art. 8º, par. único, da Lei de Arbitragem
- d) Pressupostos típicos: conduta vinculada e sujeita a revisão jurisdicional plena
- e) Os árbitros frente à (in)validade e à (in)completude das previsões contratuais
- f) Devido processo legal e igualdade entre as partes: limites à atuação inquisitorial do árbitro

■ Caso concreto: caducidade (rescisão da concessão por inadimplemento do contratado)

- a) Pressupostos típicos: verificação dos motivos que determinaram a aplicação da sanção
- b) O árbitro está limitado a reconhecer o eventual direito a perdas e danos?
- c) O árbitro pode reconhecer a ocorrência de desvio de finalidade na decretação de caducidade?
- d) Sendo cabível a reversão da caducidade e o retorno da concessão ao concessionário, o árbitro deve observar o art. 21 da LINDB (decisão de invalidação “deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas” e as condições de regularização).

Curiosidade: Art. 136, III, do PL 1.292/1995 (nova Lei de Licitações), da Câmara dos Deputados: rescisão por iniciativa do contratado.

■ Conclusões

- a) As matérias relativas à aplicação de sanções podem ser resolvidas consensualmente entre a Administração e o particular apenado. Por decorrência, são objetivamente arbitráveis.
- b) Desde que abrangida no escopo de convenção de arbitragem, a revisão de sanções administrativas pode ser submetida à arbitragem.
- c) Não há distinção entre a sindicabilidade de atos administrativos (contratuais ou não) ou as normas (de ordem pública ou não) aplicáveis pelo juiz estatal e pelo árbitro. A distinção entre seus papéis está no requisito de inclusão no escopo de convenção de arbitragem.
- d) A arbitragem pode proporcionar revisão célere e especializada de condutas administrativas complexas, com ganho de eficiência e segurança jurídica.

Obrigado!

Cesar Pereira, FCI Arb
cesar@justen.com.br

