

# 18º Congresso Internacional de Arbitragem

Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr

## **A Formação do Contrato Administrativo e o Estado como Parte da Convenção de Arbitragem: A experiência brasileira**

**Marçal Justen Filho**

**23.8.2019**

Justen, Pereira  
Oliveira & Talamini  
advogados 

# **1) Algumas considerações sobre o direito administrativo brasileiro**

1.1) A prevalência da distinção entre direito público e direito privado (influência francesa)

1.2) O regime jurídico da contratação administrativa

1.2.1) A previsão constitucional da obrigatoriedade da licitação: a vinculação ao edital

## 1.2.2) As chamadas “prerrogativas extraordinárias” da Administração Pública

**Lei 8.666** “Art. 58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”

## 1.2.3) A incidência automática do regime legal

## **2) A concepção da indisponibilidade do regime jurídico público**

2.1) A ausência de distinção entre disponibilidade do direito “objetivo” e do direito “subjeto”

2.1.1) A questão do regime jurídico contratual aplicável em face do litígio

2.1.2) A questão dos direitos e pretensões de cada parte em litígio

2.1.3) A tese da “indisponibilidade do interesse público” e a confusão entre as duas questões

2.2) A situação anterior: aplicação necessária e automática do regime de direito público aos contratos administrativos

2.3) A prevalência das normas abstratas sobre as regras do edital e do contrato

2.3.1) O suprimento das omissões

2.3.2) O afastamento das regras expressas do contrato e do edital

2.3.3) A “irrelevância” da disciplina concreta

2.4) As decorrências concretas: o tratamento mais benéfico para a Administração Pública

### **3) A afirmação da arbitrabilidade de litígios em contratos administrativos**

3.1) O reconhecimento formal da arbitrabilidade e as suas implicações

3.1.1) A implicação evidente: a admissão da disponibilidade dos direitos subjetivos

3.1.2) A implicação despercebida: a prevalência das normas contratuais

3.2) A inovação radical: a inviabilidade da desconsideração às normas do edital e do contrato

3.3) A relevância da conduta pretérita das partes (especialmente da Administração Pública)

## **4) A Administração Pública como parte**

4.1) A elaboração unilateral do edital e da minuta do contrato

4.1.1) A elevação da relevância das condições previstas

4.1.2) A tendência à aplicação de regras hermenêuticas menos favoráveis à Adm. Púb.

4.2) A execução do contrato e o tratamento isonômico entre as partes

4.2.1) A situação anterior: regime mais severo para o particular

4.2.2) A situação atual: a exigência de adimplemento em condições de equivalência

4.3) A submissão da Administração às cautelas inerentes à condição de parte

4.3.1) A "gestão do contrato"

4.3.2) A superação do posicionamento passivo

4.3.3) A fiscalização efetiva

4.3.4) A documentação dos eventos relevantes

4.3.5) A preparação de "claims"

4.4) A preclusão lógica e a exigência de coerência entre a pretensão e a conduta pretérita



## **5) Os desafios para a Administração Pública brasileira no âmbito contratual**

5.1) A difusão da arbitragem afeta não apenas a dimensão do litígio

5.2) É necessária a qualificação dos advogados incumbidos de atuar em arbitragem

5.3) É indispensável a qualificação dos demais agentes para assegurar a legitimidade das condutas anteriores e contemporâneas à execução do contrato

## **6) Conclusão**

6.3) A convergência dos regimes jurídicos de direito público e de direito privado

6.2) Arbitragem e reflexos sobre o regime de direito material da contratação administrativa

6.3) Arbitragem e democratização do poder estatal

[contato@justenfilho.com.br](mailto:contato@justenfilho.com.br)

# Justen, Pereira Oliveira & Talamini

advogados



j u s t e n . c o m . b r