

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CONSENSUAL E A ARBITRAGEM

Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 35/2012 | p. 107 | Out / 2012
DTR\2012\451131

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro

Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (Ibet). Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Professor da Pós-graduação em Direito Tributário Empresarial da Fundação Armando Álvares Penteado (Faap - São José dos Campos). Advogado.

Área do Direito: Administrativo; Arbitragem

Resumo: O escopo do presente artigo é analisar a possibilidade de utilização, e, principalmente, a crescente importância do instituto da arbitragem nos contratos celebrados pela Administração Pública. Pretende-se, com este trabalho, fundamentar, a partir da demonstração do novo papel assumido pelo Estado, em especial a partir do século XXI, organizado em rede com a sociedade ("Estado em rede") e em módulos de gestão consensual marcados pela ruptura da dicotomia entre os interesses públicos e privados, a relevância da instituição de convenções arbitrais, como mecanismos consensuais de 2.º grau, para dirimir conflitos originários de contratos celebrados entre agentes estatais e particulares.

Palavras-chave: Consensualidade - Arbitragem - Administração Pública - "Estado em Rede" - Arbitrabilidade.

Abstract: This article aims to analyze the possibility and, furthermore, the increasing relevance of the arbitration as a dispute settlement mechanism in contracts celebrated between public and private entities. According to this main scope, the paper intends to study the relationship between the choice of arbitration as a mean to settle disputes arising from the said contracts and the new perspective of public management after the 21.st Century, based on the development of public governance; specifically in which ways the reform in the public sector can affect or influence the analysis of the arbitrability concerning Public Administration.

Keywords: Public governance - Arbitrability - Public Administration - Arbitration.

Sumário:

1.ASPECTOS PROPEDÊUTICOS DO PROCESSO DE REDIMENSIONAMENTO ESTATAL NO SÉCULO XXI. "ESTADO EM REDE" E GOVERNANÇA PÚBLICA - 2.LEGALIDADE ESTRITA, SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: REVISITANDO "VELHOS" PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO - 3.CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE DA ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES EX VOLUNTATE POR GESTORES PÚBLICOS - 4.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM - 5.SÍNTESE CONCLUSIVA

1. ASPECTOS PROPEDÊUTICOS DO PROCESSO DE REDIMENSIONAMENTO ESTATAL NO SÉCULO XXI. "ESTADO EM REDE" E GOVERNANÇA PÚBLICA

Como é cediço, o modelo de gestão estatal marcado por uma relevante intervenção direta na economia, em especial por absorção, utilizando-nos da célebre distinção de Eros Grau,¹ outrora impulsionada pelo pensamento *keynesiano*, foi acometida por forte crise, em especial a partir do início dos anos 80, marcada que foi pelo incremento do *déficit público* nacional.

Nesse sentido, em face das crescentes atribuições assumidas pelo Estado, exigindo desembolsos financeiros de grande monta, e, igualmente, ante a constatada perda de eficiência de sua intervenção direta na economia, ocasionada, no mais das vezes, pela introdução, na pauta das empresas públicas, da busca por interesses sociais, não mais se sustentava o modelo de gestão citado.

Paralelamente a este contexto de necessária redução da intervenção direta do Estado na economia, passa-se a verificar, no âmbito internacional, um notório incremento de relações jurídicas envolvendo entes privados e estatais, fenômeno este que, em igual medida, começa a desafiar² o conceito clássico de soberania estatal.³

De fato, com o avanço das relações jurídicas e econômicas entre os países, inclusive com a formação de blocos regionais, dos quais são exemplos a União Europeia e o Mercosul, o conceito de soberania, consoante já tivemos a ocasião de sustentar,⁴ fundado em uma acepção indivisível do poder, não mais consegue se sustentar. Nesse esteio, conforme salienta Sérgio Pyrrho, “o conceito tradicional de soberania já não responde às atuais necessidades de um instituto que, sendo capaz de assegurar a plenitude de cada Estado, reconheça os inequívocos efeitos que a atuação de cada qual provoque sobre os demais”.⁵

Na esteira deste entendimento, pois, Floriano de Azevedo Marques Neto, verificando um processo de fragmentação social, associado à citada redução da soberania, próprios do período contemporâneo, chega a afirmar a ocorrência de uma “dupla falência do Estado Moderno enquanto detentor do poder político concentrado, soberano”, asseverando, por conseguinte, que restaria patente, diante do fenômeno descrito, que o Estado sofreria profunda alteração, na medida em que “deixa de ser um *locus* natural e privilegiado de direção, deliberação, alocação de recursos e imposição de comportamentos obrigatórios, limitando-se a atuar como simples mecanismos de coordenação, de adequação de interesses e de ajustes pragmáticos”.⁶

Ainda socorrendo-nos da lição do citado jurista, a reformulação do papel estatal, com a delegação de serviços públicos típicos à atividade privada, acrescida da criação de novos espaços decisórios em nível mundial, nos quais os atores particulares possuem inegável importância, acabam contribuindo para a ruptura da dicotomia público/privado.⁷

O crescente redimensionamento dos mecanismos de atuação estatal, pois, outrora caracterizados pelo manejo do poder extroverso, com a configuração de uma relação jurídica marcada, profundamente, pela verticalização e exercício da autoridade estatal, especialmente a partir verificação dos custos de transação do citado modelo,⁸ cede espaço para uma noção de *governança pública* e de *parceria* entre os setores público e privado, dando azo à proliferação de formas consensuais de relacionamento jurídico.

No bojo dessa interação Estado-Sociedade Civil, exsurge a noção de gestão estatal “em redes sociais colaborativas”,⁹ caracterizada pela constante troca ocorrida entre as diferentes partes envolvidas no relacionamento social e a Administração Pública.

Consoante aduz Matias-Pereira, a atuação *em rede* do Estado passa a ser essencial “para fomentar o desenvolvimento de capacidades administrativas e institucionais, cujos resultados refletem positivamente no desempenho do Estado”, garantindo reciprocidade entre o ente estatal e as partes envolvidas, bem como maior legitimidade, e, bem assim, reduzindo assimetrias (especialmente de informação) e custos de transação.¹⁰

Reflexo da chamada *gestão em rede*, propugnada para a Administração Pública, e complementar à referida noção, igualmente passa a surgir, no âmbito da gestão administrativa, o conceito, já mencionado alhures, de *governança pública*, caracterizada por “um modelo alternativo a estruturas hierarquizadas de Governo”, implicando “que os Governos sejam mais eficazes em um marco de economia globalizada, atuando com capacidade máxima e garantindo e respeitando as normas e valores próprios de uma sociedade democrática”.¹¹

A adoção de um modelo de *governança pública*, segundo salienta José Joaquim Gomes Canotilho,¹² não apenas se insere na chamada *new public management*, na qual se destaca a criação de parcerias público-privadas e de uma nova dimensão de democracia participativa, mas, igualmente, (a) impõe índices de governabilidade,¹³ *accountability* (responsabilidade e transparência na gestão pública) e legitimação, e (b) induz à interdependência internacional dos Estados.

Em breve síntese, percebe-se, em especial a partir do final dos anos 90, e, mais especificamente, com o início deste século XXI, uma guinada na gestão administrativa, substituindo-se o modelo anterior de gestão verticalizada, caracterizada pelo manejo da autoridade, por um Estado mediador de interesses públicos, que passa a atuar em rede com a sociedade, em relações horizontais com os setores privados, visando a atingir uma maior eficiência na alocação de recursos de que dispõe para implementar políticas públicas.

Como se pode perceber, portanto, esta intersecção entre os setores público e privado impõe que sejam revisitados determinados dogmas relativos à Administração Pública, visando à melhor

adequação e caracterização de um novo modelo de Administração Pública consensual.

É o que passaremos a expor nos itens subsequentes.

2. LEGALIDADE ESTRITA, SUPREMACIA E INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO: REVISITANDO “VELHOS” PARADIGMAS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Como se expôs no item introdutório, os motivos pelos quais se impôs uma reformulação do modelo de gestão estatal, com significativa alteração de seu *modus operandi*, implicou, igualmente, em uma sensível modificação do próprio conceito de *interesse público*, cuja preservação é o escopo maior do Estado.

Nesse esteio, aduz Floriano de Azevedo Marques Neto que a mitigação, ou mesmo eliminação, da dicotomia público/privado, verificada nos planos interno e internacional, bem como o pluralismo de interesses albergados pela sociedade (fatores exógenos), impõem uma reformulação da noção clássica de *interesse público*, exigindo, destarte, o reconhecimento da perda de seu caráter autônomo e indivisível.

No tocante a este aspecto, afirma Alexandre dos Santos Aragão, por sua vez, que, em virtude do afunilamento dos interesses tutelados pelo Estado, indistintamente qualificados como públicos ou privados, o “interesse público e os interesses dos cidadãos, que antes eram vistos como potencialmente antagônicos, passam a ser vistos como, em princípio, reciprocamente identificáveis”.¹⁴ Nessa esteira, a confluência, ou, como preferem alguns, *conexão estrutural*¹⁵ entre os planos individual e coletivo, acrescida da redução do caráter autoritário estatal, e do próprio conceito de soberania, outrora *uno, indivisível e inalienável*, passa a impedir a eleição de um único *interesse público*, identificado pela Administração Pública, unilateralmente, mas diversos, necessariamente objeto de tutela estatal.

De fato, compulsando-se os termos da Constituição de 1988, titular da alcunha de *Constituição Cidadã*, percebe-se, com hialina clareza, logo em seu preâmbulo, como objetivo da República Federativa Brasileira, a preservação, além dos direitos individuais e sociais, do pluralismo. Em consonância com este entendimento, também se pode extrair do texto constitucional, como bem pontua Humberto Ávila,¹⁶ o reconhecimento do caráter fundamental de diversos direitos e garantias individuais, os quais sequer poderiam ser alvo de redução ou supressão por emendas constitucionais, reforçando, destarte, a impossibilidade da citada distinção entre o *interesse público*, de um lado, e aqueles dos particulares, de outro.

A citada *conexão estrutural* entre os interesses públicos e particulares, aliás, exige um adequado redimensionamento do axioma da “supremacia do interesse público sobre o particular”, defendido com fervor por Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁷ na medida em que, sendo inexistente a citada dicotomia entre público e privado, “a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos”.¹⁸

Em linha com o exposto, pois, em função do inegável reconhecimento do pluralismo, garantido pela Constituição, somado aos diversos objetivos preconizados para a atuação estatal, pode-se afirmar, com Marques Neto, que “a noção de homogeneidade do interesse público tem que dar lugar à heterogeneidade de interesses públicos”.¹⁹

Deriva da reformulação de *interesse público* exposta, marcada pela multiplicidade de interesses relevantes e tutelados pelo Estado, igualmente, uma reformulação do próprio princípio da legalidade estrita, ou da reserva de lei formal, na medida em que o mecanismo consensual clássico, preconizado pelo Estado Moderno, não mais seria capaz de refletir e ponderar, na atuação concreta da Administração Pública, a diversidade de *interesses públicos*.

Por esta razão, para autores como Arnoldo Wald,²⁰ Gustavo Binenbojm,²¹ Humberto Ávila,²² Daniel Sarmiento²³ e Floriano de Azevedo Marques Neto,²⁴ o entendimento inflexível que defende a integral e estrita vinculação dos atos do Estado e de entes públicos à norma posta - a que se dá o nome de legalidade administrativa - encontra-se em estágio de relativa defasagem. Embora referida teoria buscasse assegurar a administração democrática do Estado, impondo limitações às medidas discricionárias, a proposição que se pretende adotar não mais se restringiria à mera leitura e aplicação literal de leis.

Ao contrário, ante à comentada complexidade das funções administrativas hodiernamente e, bem assim, à multiplicidade de interesses públicos em jogo, o mecanismo consensual clássico de subsunção vinculada da Administração Pública ao comando legal expresso torna-se inviável, de maneira que a legalidade estrita cederia espaço à aplicação direta, pelos agentes públicos, da Constituição, por meio do recurso à ponderação de princípios, regras e interesses públicos envolvidos, com o objetivo de se optar pelas vias mais favoráveis ou menos gravosas à sociedade sobre um caso concreto.²⁵

Nesse sentido, Gustavo Binbenjy sintetiza, com clareza, qual é o efeito fundamental da chamada “constitucionalização do direito administrativo” sobre o princípio da legalidade administrativa. O autor explicita que “a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa”. Dessa forma, a análise da validade dos atos e contratos administrativos celebrados pela Administração Pública não mais se limitaria à verificação da existência de norma permissiva, devendo-se, antes de mais nada, levar em consideração o fato da conduta do administrador público estar ou não em consonância com o sistema normativo criado pela Constituição.²⁶

Por derradeiro, não se pode olvidar que, além das citadas influências da alteração do *interesse público* sobre o axioma da “supremacia do interesse público” e, também, sobre a reformulação do princípio da legalidade estrita, a necessidade de ponderação de *interesses públicos* no caso concreto exige, de igual forma, uma releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público. Com efeito, sendo necessário o sopesamento, referida “pedra de toque” do Direito Administrativo também passa a ser alvo de questionamentos, sendo necessária a sua adaptação visando à melhor tutela do bem comum.²⁷

3. CONSENSUALIDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE DA ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES EX VOLUNTATE POR GESTORES PÚBLICOS

Na esteira da reformulação da noção de *interesse público*, não mais uno e indivisível, mas multifacetado, e, igualmente, de um redimensionamento do princípio da legalidade estrita (*Tatbestand*), no tocante às relações envolvendo a Administração Pública, nota-se, com clareza, consoante já adiantado alhures, um movimento de expansão do diálogo entre gestores públicos e particulares para a consecução do *interesse comum*, com a conseqüente redução do manejo do poder extroverso pela autoridade estatal.

Nesse sentido, pois, o recurso à proporcionalidade, entendida por Alexy como *lei de colisão*,²⁸ para a ponderação de interesses públicos envolvidos, aliada ao princípio da juridicidade, substituto da legalidade estrita na sociedade contemporânea, permite o surgimento de uma Administração Pública com maior desapego a estruturas e regras pré-definidas a respeito do interesse a ser preservado *a priori*, pautando as suas atuações em um juízo de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito de seus atos ou contratos.

De acordo com esse contexto específico, destarte, segundo leciona Batista Junior, “embora inicialmente olhada com desconfiança pela doutrina clássica, que não conseguia concatenar a ideia de consenso com um entendimento da Administração como poder, avança a tendência de ‘contratualização’ da Administração Pública”. Prossegue o citado autor, na passagem trazida à baila, aduzindo que a “contratualização é, cada vez mais, importante e habitual modo de atuação administrativa, tanto que se pode falar, hoje, em uma ‘administração concertada’, ou em uma ‘administração consensual’, que tanto favorece a celebração de contratos com os administrados, como possibilita que as próprias autoridades administrativas contratem entre si”.²⁹

O mecanismo de gestão consensual do aparelho estatal, assim, constitui o que Jean-Pierre Gaudin apontou como uma quebra de paradigma, consistente no ato de *governar por contrato* (*Gouverner par contrat*),³⁰ atuando, ao invés do uso da autoridade e da verticalidade, muito embora não implique na renúncia da autoridade, por mecanismos horizontais, em constante vínculo com a sociedade (“Estado em rede”), para a melhor consecução das finalidades sociais.

Por meio do chamado *governo contratual*, fundado, como afirma Marins,³¹ no conceito de boa governança pública (*good public governance*), sinaliza-se, na esteira da lição de Justino de Oliveira, “um novo caminho, no qual a Administração pública passa a valorizar (e por vezes privilegiar) uma forma de gestão, cujas referências são o acordo, a conciliação, a transação”.³²

A utilização do mecanismo consensual, ao invés do manejo da autoridade, se justifica, consoante aduz Aragão,³³ citando Alejandro Huerga Lora, em virtude (a) do aumento do número de atribuições estatais, com o conseqüente incremento da complexidade das decisões que serão tomadas, eis que evitaria ou mitigaria eventual risco de discussão administrativa ou judicial do ato; (b) da intersecção dos interesses, no tocante aos serviços públicos regulados, aconselhando o uso de medidas consensuais efetivas; (c) da perda de eficiência do manejo da autoridade, ocasionada por sua menor legitimidade; e, por fim, (d) da necessidade de recorrer, em razão da incapacidade financeira do Estado, ao agente privado, mediante fomentos negociados.

Em outras palavras, o manejo de instrumentos consensuais, mediante negociação com as partes envolvidas, implica, potencial ou efetivamente, em uma maior eficiência alocativa da atuação estatal, na forma preconizada pelo art. 37 da CF/1988 (LGL\1988\3), permitindo, destarte, uma maior probabilidade de se proteger os bens jurídicos tutelados, e, igualmente, uma menor oneração dos interesses dos particulares, cumprindo ao desiderato vislumbrado pelo postulado da proporcionalidade.³⁴

De acordo com o exposto, na chamada Administração Consensual, o princípio da legalidade estrita, ou da reserva de lei formal, perde força, passando-se a admitir, pois, a vinculação da Administração a obrigações *ex voluntate*, nas quais, nada obstante a inexistência de renúncia por parte do agente público, opta este pelo recurso à via consensual, concretizando, com maior legitimidade e, potencialmente, maior eficiência as finalidades públicas.

Dentro do referido contexto de consensualidade na Administração Pública, atrelado à ideia de *governança pública*, entendemos estar incluídas não apenas (a) a “utilização de mecanismos institucionalizados de audição e de participação dos interessados, mesmo na formatação de decisões administrativas ‘unilaterais’”, como sói ocorrer nas audiências públicas, mas, igualmente, (b) a chamada *concertação administrativa*, entendida como um método flexível pelo qual representantes do aparato estatal se organizam com corpos sociais autônomos envolvidos para que se defina, por consenso, eventuais medidas de política econômica e social que devem ser adotadas,³⁵ e (c) a contratualização administrativa propriamente dita, por meio da qual, consoante salienta Gustavo Justino de Oliveira, se “retrata a substituição das relações administrativas baseadas na unilateralidade, na imposição e na subordinação por relações fundadas no diálogo, na negociação e na troca”.³⁶

É preciso ressaltar, arrimados na lição de Ernesto Sticchi Damiani, citado por Gustavo Justino de Oliveira, que o vocábulo “contratualização” não se limita à figura própria do contrato, dotado de feições patrimoniais, alcançando, igualmente, os acordos administrativos, noção esta mais ampla. De acordo com o citado jurista, portanto, os acordos administrativos (gênero)³⁷ compõem-se não apenas (a) do contrato, no qual a patrimonialidade do objeto se destaca, mas, igualmente, (b) dos acordos administrativos em sentido estrito, nos quais a relevância repousa sobre os próprios interesses públicos tutelados, sendo a patrimonialidade indiferente.³⁸

Com fundamento em todo o exposto, podemos sintetizar, no âmbito de governança pública e do “Estado em Rede”, arrimados na lição de Oliveira, que o modelo atual de gestão estatal reconhece “a existência de um módulo consensual da Administração Pública, como gênero que abrange todos os ajustes negociais e pré-negociais, formais e informais, vinculantes e não vinculantes, tais como os protocolos de intenção, protocolos administrativos, os acordos administrativos, os contratos administrativos, os convênios, os consórcios públicos, os contratos de gestão, os contratos de parceria público-privada”, enfim, qualquer atuação administrativa em que haja uma atuação concertada da Administração Pública para a consecução de suas finalidades públicas.

Nesse contexto específico de consensualidade, portanto, passaremos a analisar, no item subsequente, a negociação de convenção arbitral (compromisso ou cláusula compromissória) como mecanismo consensual de resolução de controvérsias envolvendo entes privados e públicos.

4. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A ARBITRAGEM

4.1 “Contratualização” da função pública: arbitragem como mecanismo consensual de 2.º grau

Na esteira do quanto destacado nos itens anteriores, resta manifesto, no atual modelo de gestão

pública consensual, a substituição de uma relação verticalizada, com o manejo da autoridade por parte do Poder Público, por um campo maior de coordenação entre os agentes público e privado, em um ambiente de concerto de condutas e de “contratualização” da função pública.

Nesse ambiente de governança pública, tal como sufragado anteriormente, passa-se a verificar, ao lado da chamada atividade consensual substantiva, composta por mecanismos de atuação concertada entre os setores público e privado, a conseqüente substituição acordada do manejo da autoridade pela Administração Pública, mecanismos de consensualidade de 2.º grau.

É dizer, paralelamente à elaboração de acordos administrativos consensuais atinentes ao mérito, propriamente dito, do(s) *interesse(s) público(s)*, os agentes público e privado passam a negociar a respeito dos modos pelos quais as possíveis divergências surgidas no âmbito dos acordos celebrados poderão ou deverão ser solucionados.

Analisando, especificamente, o citado *modus operandi* da Administração Pública Consensual, José Luís Esquível qualifica a eleição de mecanismos consensuais de resolução de controvérsias como espécie do que designou de *contratos administrativos processuais ou adjetivos*, que, segundo o jurista luso, seriam “aqueles que constituindo, modificando ou extinguindo uma relação jurídica administrativa se destinam a resolução de um litígio existente ou eventual entre as partes, seja directamente, consubstanciando a resolução do mesmo, seja indirectamente, compreendendo a regulamentação da respectiva via resolutória, sendo especialmente caracterizados pela sua aptidão para produzir efeitos de carácter processual”.³⁹

Neste contexto, de formulação do que se designou chamar de *contratos administrativos processuais*, ou de consensualidade de 2.º grau, despontam, como mecanismo gradativamente mais negociado entre os setores público e privado, a arbitragem, como forma heterogênea de resolução de litígios atinentes aos contratos celebrados entre as partes.

Nesse sentido, cumpre verificar que o instituto da “arbitragem”,⁴⁰ surgindo como terceira onda renovatória do chamado acesso à Justiça, na memorável obra de Mauro Cappelletti,⁴¹ incorporou-se à linguagem jurídica, nos termos postos por Carlos Alberto Carmona, como um meio alternativo de solução de controvérsias em que há intervenção de uma ou mais pessoas com poderes conferidos por convenção privada, decidindo tal controvérsia, sem intervenção estatal, mas com a mesma eficácia de um procedimento jurisdicional.⁴²

No Brasil, a Lei 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”) teve a virtude de inserir no ordenamento jurídico novas feições ao instituto jurídico da arbitragem.⁴³ Baseou-se, inteiramente, na Lei-Modelo da Uncitral - *United Nations Commission on International Trade Law*,⁴⁴ e, assim adotou diversos preceitos que privilegiam a autonomia da vontade, bem como as garantias dos cidadãos, que são previstas no art. 5.º, XXXV,⁴⁵ LIV e LV, da CF/1988 (LGL\1988\3).

A previsão da arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias entre particulares e a Administração Pública, contextualizada, em especial, no âmbito da *governança pública* ou do *governo por contratos*, consiste em importante avanço na horizontalização das relações entre público e privado, não se limitando o viés consensual ao ato de inclusão de determinada cláusula compromissória, ou da elaboração de compromissos arbitrais nos acordos.

Ao contrário, no âmbito da arbitragem, mais especificamente na forma como foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio, a autonomia da vontade, corolário da consensualidade, não se limita ao ato de eleger referida forma de solução de conflitos para determinados direitos patrimoniais disponíveis, mas permeia, consoante se extrai da lição de Selma Ferreira Lemes, (a) a eleição do procedimento arbitral (*ad hoc* ou institucional), inclusive no que toca à eleição dos árbitros, (b) a escolha da lei aplicável à arbitragem, o que deve ser tomado com algumas reservas em determinados contratos com a Administração Pública,⁴⁶ (c) o consenso acerca do prazo para proferir sentença arbitral, entre outros diversos atos consensuais ocorridos no curso do processo arbitral.⁴⁷

Na esteira de tais assertivas, José Luís Esquível, citando Giuseppe Caia e Vittorio Casari, chega a afirmar que, em um ambiente de consensualidade entre particulares e a Administração Pública, não se poderia deixar de lado a arbitragem, que, além de ser norteadada pela autonomia da vontade, constitui (a) ferramenta célere e eficiente para defesa dos interesses dos particulares, e, igualmente, (b) preserva o interesse público, especificamente no tocante à eficiência e tempestividade da

atividade administrativa.⁴⁸

Feitos os apontamentos pretéritos, verificando-se estar a negociação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias amoldada ao novo contexto de gestão consensual, nossa proposta será analisar, de acordo com a necessária alteração dos paradigmas citada alhures, a possibilidade de inserção de cláusulas ou compromissos arbitrais em contratos celebrados pela Administração Pública.

Nesse esteio, iniciaremos com uma breve incursão a respeito de sua inserção no contexto de redução do papel outrora atribuído à legalidade estrita, pontuando, especificamente, a respeito da possibilidade de submissão do ente estatal ao juízo arbitral, ainda que inexistente lei específica para este fim.

Em seguida, moveremos à aferição do objeto específico passível de submissão ao juízo arbitral pelo Poder Público e de sua relação com o axioma da *indisponibilidade do interesse público*.

Por fim, com fundamento no quanto exposto, trataremos da admissão da negociação de mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, como a arbitragem, no âmbito dos acordos administrativos.

4.2 “Contratualização” da função pública: Dicotomia público/privado, ponderação de interesses públicos, legalidade estrita e a eleição de cláusulas ou compromissos arbitrais por ente público (Arbitrabilidade Subjetiva)

O primeiro aspecto relevante, no tocante à relação existente entre a negociação de convenções arbitrais pela Administração Pública, no âmbito da Administração Consensual, atine à compreensão acerca da possibilidade de um ente estatal celebrar cláusula ou compromisso arbitral, nas hipóteses em que ausente expressa autorização legislativa.

Em outras palavras, cumpre aferir em que medida a negociação de convenção arbitral entre particulares e a Administração Pública aponta para a mencionada mitigação ou releitura do princípio da legalidade estrita, ou reserva de lei formal, e, bem assim, se relaciona com a modificação ocorrida quanto à definição de *interesse público*, como finalidade última da atuação estatal.

Ora, consoante se afirmou alhures, o caráter plural estabelecido pelo ordenamento jurídico, suprimindo a dicotomia público/privado e elegendo, conforme se verifica da própria Constituição, uma *heterogeneidade* de interesses públicos tutelados, inviabiliza o estabelecimento de normas legais prevendo, especificamente, os meios eleitos pelo legislador para a consecução das finalidades públicas, abrindo espaço, conforme se verificou, à ponderação de *interesses*, arrimada no postulado da proporcionalidade.

Por esta razão precípua, portanto, entendemos,⁴⁹ com Selma M. Ferreira Lemes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁵⁰ e Hely Lopes Meirelles,⁵¹ que o próprio art. 1.º da Lei 9.307/1996 (“Lei de Arbitragem”), em que pese à inexistência de autorização legal específica, seria suficiente para imprimir a possibilidade de negociação, em um ambiente de governança pública, de cláusulas ou compromissos arbitrais por parte de entes públicos, desde que a escolha do mecanismo, em um juízo de ponderação, preserve, em maior grau, os interesses públicos envolvidos.

Com efeito, no que toca à chamada arbitrabilidade subjetiva,⁵² dispõe o art. 1.º da Lei 9.307/1996, que “as pessoas capazes poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios”. A Lei de Arbitragem, nesse esteio, define que as partes capazes de contratar podem se submeter à arbitragem, sem aludir a qualquer exceção, sendo, portanto, devido interpretá-la, consoante leciona Gustavo Justino de Oliveira, como abrangente de “todas” as partes capazes de contratar.⁵³

Assim, na esteira do nosso entendimento, pode-se afirmar, com arrimo na lição de Gama Jr., que o entendimento por meio do qual a celebração de convenção arbitral exige lei específica, ainda que possa ser entendido como adequado, “não passa no teste de necessidade, pois há outros meios, menos gravosos aos princípios e valores constitucionais que se contrapõem à legalidade estrita, que podem contribuir, igual ou superiormente, tanto para a preservação do interesse público concreto em litígio (que pertence ao ente da Administração) como para o interesse geral da sociedade. Nas circunstâncias atuais, a exigência de autorização legislativa específica se afigura exageradamente legalista e deve ceder aos imperativos da eficiência administrativa”.⁵⁴

Nesse esteio, pois, a aplicação dos postulados normativos da razoabilidade e da proporcionalidade não permite que a simples ausência de autorização legal expressa seja um entrave para a submissão da Administração Pública à arbitragem, quando esta se demonstrar instrumental ou favorável à concretização de interesses públicos primários.

Como demonstra Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma vez observados os critérios de oportunidade e conveniência, pode o administrador agir no caso concreto, respeitando-se os limites do espaço livre deixado pela norma legal, para chegar ao que se considera como sendo a melhor solução.

Com fundamento em todo o exposto, arrematados no contexto de “contratualização” da função pública, já exaustivamente exposto, entendemos ser despicienda autorização legal expressa para a negociação de convenções arbitrais, havendo espaço suficiente para a Administração Pública, ponderando os interesses públicos em jogo, optar por mecanismos de resolução de controvérsias alternativos no bojo dos contratos administrativos.

4.3 Interesses públicos e o conceito de disponibilidade: arbitrabilidade objetiva nos conflitos envolvendo ente público

Além do exposto no item precedente, outro entrave que a doutrina clássica costuma realçar como óbice à adoção do procedimento arbitral pela Administração Pública concerne à expressa delimitação constante do art. 1.º da Lei 9.307/1996, segundo o qual apenas “os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” podem ser dirimidos por procedimento arbitral.

Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona, tratando expressamente da questão, define como disponível um direito quando este “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, são disponíveis aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por se encontrarem desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Desta forma, não estão no âmbito dos direitos disponíveis, consoante se extrai do disposto pelo art. 852 do CC/2002 (LGL\2002\400),⁵⁵ combinado com o estatuído pelo art. 447 do CPC (LGL\1973\5),⁵⁶ as questões relativas ao direito de família (filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), ao direito de sucessão, ao direito penal, bem como as questões de império do Estado (*ius imperii*), entre outras, já que estas matérias estão fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes.

No que atine à Administração Pública, propriamente, é corriqueira a assertiva de que constitui pedra de toque do Direito Administrativo a “indisponibilidade do bem público”. Referido preceito, nesse passo, seria óbice intransponível à instauração de um juízo arbitral em face da Administração Pública, consoante entendeu, inclusive recentemente, o E. Tribunal de Contas da União (“TCU”).⁵⁷

Ora, consoante verificado nos capítulos introdutórios, referido entendimento peca em duas vertentes específicas, eis que (a) ignora o processo de reformulação da noção de interesse público, no qual se fundamenta a atuação consensual da Administração Pública, deixando de ser uma noção universal e absoluta⁵⁸ e passando a abranger a pluralidade de interesses tutelados pelo ordenamento, e (b) considera todo e qualquer interesse da Administração como *indisponível*.

No que atine ao primeiro aspecto, Onofre Alves Batista Junior ressalta que, em uma sociedade pluralista, havendo diversos interesses públicos tutelados, a adoção de instrumentos consensuais pela Administração Pública, no cumprimento de seu mister de defesa do bem comum, é inevitável, devendo haver o recurso à ponderação de interesses no caso concreto. Por esta razão basilar, pois, afirma que “a indisponibilidade do interesse público não pode ser confundida com a disponibilidade de um interesse público determinado, isto é, a Administração, em prol do melhor interesse público possível, deve atuar nos limites da competência legal que lhe tenha sido outorgada, mesmo que essa atuação redunde no afastamento de determinado interesse público (...)”.⁵⁹

Exatamente em virtude do quanto exposto, Marques Neto chega a afirmar, com total propriedade, que “o princípio da indisponibilidade tem que ser reformulado de modo a expressar a irrenunciabilidade à tutela dos interesses públicos difusos - o que importa dizer: no exercício da função administrativa o agente público não pode se esquivar de proteger e fazer prevalecer os interesses socialmente hipossuficientes”.⁶⁰

Além disso, no tocante ao segundo aspecto suscitado, verifica-se que o entendimento sufragado pela decisão do TCU, corroborando o posicionamento de parcela da doutrina, ao entender incabível a inclusão de convenção arbitral em contrato administrativo de parceria público-privada, pecou, igualmente, por equiparar todo e qualquer interesse da administração pública, direta ou indireta, com interesses públicos *stricto sensu*.⁶¹

Nesse esteio, sabe-se que o interesse público é composto por interesses qualificados como *primários*, isto é, aqueles que promovem e concretizam os valores eleitos pela sociedade como um todo, e *secundários*, estes relacionados aos interesses patrimoniais do Estado ou suas entidades.⁶²

Nesse sentido, sendo os interesses secundários relativos a direitos eminentemente patrimoniais, estaria a Administração Pública autorizada a se submeter ao juízo arbitral em tais casos. E isto por um motivo singelo: os bens e direitos em referência existem única e exclusivamente para que o Administrador Público deles disponha para concretização de algum interesse primário.

Portanto, desde que a disposição contratual, inclusive a convenção de arbitragem, seja realizada pelo administrador em respeito ao cumprimento de suas funções públicas, a lei estará sendo respeitada e os atos praticados serão válidos e eficazes.⁶³

Entender pela indisponibilidade da Administração acerca de interesses públicos secundários (entendidos, repita-se, como atividades-meio em busca de fins públicos) inviabilizaria a prática de quaisquer atividades públicas e colocaria em risco a própria saúde financeira do Estado. Ademais, pondera Pedro A. Batista Martins que a “indisponibilidade é, pois, exceção já que os bens dessa natureza são impróprios ou impossíveis de se agregarem ao patrimônio privado, dada a sua peculiar natureza. E essa particularidade, diga-se desde já, as pessoas nomeadamente as jurídicas, não se deparam com frequência na rotina das suas relações negociais”.⁶⁴

A respeito da referida distinção, cumpre referir que o STJ inclusive já se posicionou a respeito da distinção que ora se coloca, reconhecendo a disponibilidade dos interesses públicos secundários pela Administração para fins de arbitragem.⁶⁵

Por força do exposto, especialmente à luz da reformulação existente, na sociedade pluralista contemporânea, do conceito de *interesse público*, verifica-se que inexistente o citado óbice da indisponibilidade do interesse público para a celebração de convenção arbitral por ente estatal, razão pela qual o recurso aos citados mecanismos consensuais de 2.º grau podem e devem ser utilizados para otimizar a tutela dos interesses públicos envolvidos.

4.4 Arbitragem nos acordos administrativos (lato sensu) no âmbito da “contratualização” da função pública

Consoante visto anteriormente, o módulo consensual da Administração Pública, estritamente no que atine às relações de bilateralidade, abrange, além dos chamados contratos administrativos, de conteúdo patrimonial, outros acordos administrativos, despidos de conteúdo imediatamente pecuniário.

Nesse sentido, portanto, faz-se mister definir, com fundamento nos conceitos de arbitrabilidade subjetiva e objetiva apontados anteriormente, qual o espaço existente, no âmbito dos chamados acordos administrativos *lato sensu*, para a celebração de convenções arbitrais.

No tocante aos contratos administrativos, especificamente, cumpre fazer uma primeira advertência. Com efeito, muito embora, nos citados contratos, haja uma boa dose de dirigismo contratual, no sentido de impor a adoção de determinadas cláusulas, inclusive previstas anteriormente ao edital de licitação, disso não decorre a inexistência de disponibilidade dos direitos patrimoniais dele decorrentes.

De fato, em que pese ao fato da Administração Pública ser dotada, por força de lei, de prerrogativas e poderes tomados na expressão de *puissance publique* (v.g. cláusulas exorbitantes), referido aspecto, consoante preleciona Eros Grau, não altera a natureza contratual da relação detida junto ao ente privado.⁶⁶ A este respeito, cumpre observar que a celebração do contrato administrativo, muito embora impregnado de cláusulas redigidas unilateralmente, não é imposta ao particular, sendo-lhe lícito optar por contratar, ou não, com o Poder Público.

Por essa razão, pois, os atos praticados na constância do contrato administrativo pelo ente público, de acordo com o citado jurista,⁶⁷ ainda que estes sejam dotados de prerrogativas decorrentes do regime jurídico de Direito Público, não constituem exercício de autoridade, mas meros atos de gestão em relação horizontal com o particular.

Sendo certo, portanto, que a contratação por parte da Administração Pública, ainda que sujeita a determinados requisitos especificamente previstos em lei, resulta em disposição de direitos patrimoniais estatais na consecução de interesses primários da coletividade, tem-se que indubitável a possibilidade de negociação de cláusula compromissória para a composição amigável de conflitos.⁶⁸

Com efeito, como se sabe, a remuneração do ente privado, mais especificamente as condições efetivas da proposta, nos termos capitulados pelo art. 37, XXI, da CF/1988 (LGL\1988\3),⁶⁹ consubstancia a álea privada do contrato de concessão, assegurada pelos arts. 9.º, § 2.º, e 10 da Lei 8.987/1995, e pelo art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993, de maneira que, na eventualidade de alteração de quaisquer das cláusulas ou mesmo o rompimento de obrigações assumidas pelo ente estatal, nada obsta que eventual controvérsia seja levada à solução consensual por meio do mecanismo arbitral, ou mesmo em questões relativas à interpretação de cláusulas contratuais, como no caso de ponderação para aplicação de multa por descumprimento contratual.⁷⁰

A este respeito, afirma Selma M. Ferreira Lemes que “nada impediria de o árbitro decidir sobre as consequências patrimoniais delas (cláusulas exorbitantes) advindas, em especial para indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.⁷¹ Na realidade, não apenas inexistiria qualquer impeditivo à celebração da cláusula compromissória, como, igualmente, afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto que tal prática consistiria em uma revalorização da consensualidade como frutífera alternativa “ao exercício absoluto e universal da coação estatal”,⁷² representativa de significativo avanço em relação às formas tradicionais de solução de litígios junto à Administração Pública.⁷³

Com fundamento nas premissas apontadas pela doutrina, bem como entendendo a possibilidade de sua inclusão nos contratos de concessão, atualmente assegurada pelo art. 23-A da Lei 8.987/1995, e pelo art. 11, III, da Lei 11.079/2004, também a jurisprudência do STJ, em acórdão da lavra do então Ministro Luiz Fux, aprofundando o entendimento manifestado por ocasião da discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva de sociedades de economia mista, teve a ocasião de se manifestar pela possibilidade de celebração de convenção de arbitragem em contratos de concessão, eis que presentes interesses patrimoniais disponíveis por parte Administração, no que tange às relações contratuais com particulares.⁷⁴

Na esteira do referido entendimento, voltando a atenção para os chamados acordos administrativos, especificamente aqueles substitutivos de sanção, inseridos no contexto de concertação e “contratualização” da função pública, por meio dos quais a Administração Pública deixa de lado o manejo da autoridade, em ato administrativo unilateral, preferindo o recurso a módulos consensuais, entendemos, com Domenichelli,⁷⁵ ser possível, de igual forma, a adoção de mecanismos consensuais, como a arbitragem.

Com efeito, sendo certo que eventual imposição de penalidade pecuniária se amolda ao conceito de *direitos patrimoniais*, e, igualmente certo, que a opção pela via consensual retira o caráter autoritário inerente do ato (*ius imperii*), não vemos razão para vetar o manejo de modos consensuais de 2.º grau. Ora, se é possível a substituição de atos administrativos autoritários por mecanismos consensuais que melhor atingem os interesses públicos tutelados, nada pode obstar a negociação de mecanismos de resolução de controvérsias mais céleres e eficientes, por meio do mesmo mecanismo consensual.

Vale ressaltar que, na hipótese descrita, não se está a tratar de renúncia à tutela dos interesses públicos, mas, ao contrário, de autêntico exercício do dever da Administração Pública de ponderar os interesses públicos envolvidos, atingindo, ao final, de melhor forma os interesses públicos primários. Neste diapasão, não se pode olvidar que a aplicação de sanções, como salienta Marques Neto, não constitui um fim em si mesma, mas, antes, um *modus operandi* de resguardar determinados interesses públicos primários.⁷⁶

Assim, verificando-se, no caso concreto, que a adoção de modos consensuais consiste em

alternativa que melhor salvaguarda os interesses públicos primários envolvidos, não há que se falar em *renúncia da tutela a interesses públicos* razão pela qual entendemos possível a inclusão de cláusulas ou compromissos arbitrais em acordos administrativos *lato sensu*.

5. SÍNTESE CONCLUSIVA

Com fundamento no exposto, acredita-se haver demonstrado que o aumento do *déficit público*, acrescido de significativa alteração no contexto internacional, exigindo a reformulação da noção básica de soberania, fez emergir, em especial a partir do século XXI, um modelo de Estado mediador de interesses públicos, passando a atuar em rede com a sociedade (“Estado em rede”), impulsionando um autêntico incremento das relações horizontais entre o Estado e os particulares, visando, destarte, a uma maior eficiência na alocação de recursos para a consecução das finalidades públicas.

Nesse mesmo contexto, e tendo em vista os citados fatores exógenos verificados nos prismas interno e internacional, também o conceito de *interesse público uno e universal*, eleito e tutelado pelo Estado, é substituído pela heterogeneidade de *interesses* tutelados pelo ordenamento jurídico, fazendo ruir, inclusive, a própria dicotomia público/privado, que fundamenta a validade do axioma, ora passível de contestação, da “supremacia do interesse público sobre o particular”.

Na esteira deste entendimento, restou sufragado que o incremento das funções estatais em uma sociedade cada vez mais complexa acabou por conduzir a uma releitura do princípio da legalidade estrita, cujo eixo de aplicação se desloca do plano normativo legal para a própria Constituição. Por esta razão, admite-se, e até mesmo passa a ser exigida, uma atuação positiva da Administração Pública, não apenas *secundum legem*, mas, também, *praeter legem*, ponderando os diferentes interesses públicos em jogo no caso concreto, à luz de uma aplicação crescente do postulado da proporcionalidade.

Neste diapasão, em virtude (a) do aumento do número e da complexidade das funções estatais, (b) da intersecção dos interesses públicos e privados, em diversos setores regulados, (c) da perda de eficiência decorrente do manejo da autoridade, em razão do maior grau de contestabilidade administrativa ou judicial, e, por fim, (d) da necessidade de se socorrer do parceiro privado, em virtude do citado *déficit* fiscal, surge a chamada *contratualização da função pública*, na qual a Administração passa, gradativamente, a deixar de lado o uso da autoridade, para, em constante vínculo com a sociedade (“Estado em rede”), atuar por meio de módulos consensuais, mais eficientes do ponto de vista de preservação de *interesses primários* estatais.

Consoante restou demonstrado, no âmbito do movimento de “contratualização” da função pública, por sua vez, além do concerto quanto a questões materiais ou de natureza substantiva, igualmente surge espaço para o que se convencionou chamar de *contratos administrativos processuais*, ou de consensualidade de 2.º grau, isto é, o consenso sobre a forma de resolução de controvérsias surgidas da avença, mais especificamente no tocante à arbitragem.

Nesse esteio, a arbitragem, amplamente norteadada pelo princípio da autonomia da vontade, que inspira não apenas a eleição de cláusulas ou compromissos arbitrais, mas, principalmente, a escolha do procedimento e, em algumas oportunidades, da legislação aplicável, é fenômeno que não poderia escapar à gestão pública consensual, aumentando a legitimidade dos atos públicos, reduzindo custos de transação e incrementando a eficiência na alocação dos recursos.

Aspecto central da gestão pública consensual, portanto, a escolha da arbitragem como mecanismo de resolução de controvérsias, na esteira das alterações verificadas na sociedade contemporânea, bem como em virtude da *heterogeneidade* de interesses públicos, não exige lei específica que a autorize, sendo lícita a sua utilização, portanto, sempre que, com fundamento na ponderação de interesses envolvidos, a sua inclusão gerar maior eficiência na atuação da Administração Pública.

De igual sorte, também no âmbito da arbitrabilidade objetiva, pode-se verificar que a alteração do conceito de *interesse público*, permitindo uma revisão do axioma e sua indisponibilidade, não mais condizente com o pluralismo tutelado pela Administração Pública Consensual, bem como em virtude da segregação entre *interesses primários* do Poder Público e *secundários*, estes inegavelmente patrimoniais, inexistente óbice para o exercício da faculdade detida pelo gestor público de negociar a inclusão de mecanismos consensuais de 2.º grau.

Por fim, conforme restou demonstrado, sendo certo que os acordos administrativos *lato sensu*, em maior ou menor grau, possuem um campo de disponibilidade ou autonomia, por parte do parceiro privado (que opta por contratar ou não), e do próprio ente público, verifica-se que o fenômeno de “contratualização” da função pública, com a conseqüente horizontalização das relações com os particulares, acaba por aumentar o espectro de utilização e negociação de cláusulas e compromissos arbitrais, na medida em que, sendo possível ao ente público a vinculação *ex voluntate*, nada impediria a adoção da arbitragem em contratos ou acordos administrativos celebrados pela Administração Pública.

1 A respeito da classificação, vide: GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

2 Neste sentido, vide: GIL, Otto Eduardo Vizeu. A soberania absoluta e o direito internacional público. *Revista de Informação Legislativa*. n. 140. p. 171. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, out.-dez 1998.

3 Com o advento da Constituição Francesa de 1791, desenvolveu-se um conceito clássico de soberania, agregando-se, no entanto, além de uma visão puramente interna, uma acepção externa deste. Analisando ambas as facetas da soberania, Barroso afirma que, “do ponto de vista interno, e de forma simplificada, a soberania significa a superioridade do poder estatal, o que, em um Estado de Direito, representa o poder de editar uma ordem jurídica e impor seu cumprimento, inclusive coativamente, se necessário”. No que toca ao plano externo, o mesmo autor salienta que “a soberania se caracteriza pela inserção do Estado na ordem internacional, em situação de igualdade formal com os demais Estados, com os quais pode travar relações desprovidas de vínculo de sujeição. Em seu aspecto externo, a soberania é um conceito de direito internacional pelo qual se confere aos Estados a capacidade, em tese ilimitada, de praticar todo e qualquer ato de seu interesse” (BARROSO, Luís Roberto. Propriedade industrial. Lei n. 9.279/96. Sistema *pipeline*. Validade. Inexistência de violação à isonomia ou à soberania nacional. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. t. IV, p. 398). A soberania, em sua vertente clássica, estava associada à ideia de um poder uno, indivisível e inalienável.

4 MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Os métodos de solução de controvérsias entre Estados Soberanos no âmbito do comércio internacional. Análise dos mecanismos instituídos pela OMC e contidos na Convenção-Modelo para evitar a dupla tributação da OCDE. In: _____ et al. *Tributação, comércio e solução de controvérsias internacionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 433-434.

5 PYRRHO, Sérgio. *Soberania, ICMS e isenções: Os convênios e os tratados internacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 84.

6 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 132-133.

7 *Idem*, p. 133-143.

8 Cf. MATIAS-PEREIRA, José. *Governança pública*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 12.

9 Também Floriano de Azevedo Marques Neto chama a atenção para o quanto exposto. Confira-se: “Assim, parece razoável que o Poder Público migre de uma estrutura piramidal para uma nova configuração, em que os poderes são ordenados com uma rede, articulada com os entes sociais” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., p. 157).

10 Cf. MATIAS-PEREIRA, José. *Op. cit.*, p. 77-78.

11 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista de Direito do Estado*. vol. 10. ano 3. p. 275. Rio de Janeiro: Renovar, abr.-jun. 2008.

12 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e geologia da *good governance*. In: _____. “Brançosos” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 327.

13 Segundo Matias-Pereira, o termo *governabilidade* “se refere às condições sistêmicas mais gerais sob as quais se dão exercício do poder em uma dada sociedade, como forma de governo, as relações entre os poderes, os sistemas partidários etc.” (op. cit., p. 110).

14 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3.

15 ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. In: SARMENTO, Daniel (coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 186.

16 Idem, p. 186.

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 60.

18 ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 186.

19 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., p. 151.

20 WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de Mendonça. *O direito de parceria e a Lei de Concessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381.

21 BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: [www.mundo-juridico.adv.br]. Acesso em: 04.09.2011.

22 ÁVILA, Humberto. Op. cit.

23 SARMENTO, Daniel. Interesses públicos *versus* interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

24 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit.

25 Nesse contexto, portanto, não sendo o veículo legal capaz de apreender, ante a complexidade de interesses relevantes em jogo, *a priori*, a prevalência deste ou daquele interesse público, passa-se a atentar para a importância de uma adequada tutela do processo/procedimento administrativo, devendo este propiciar, segundo aduz Onofre Alves Batista Junior, “um ponto de equilíbrio que garanta a atribuição de poderes necessários para o estabelecimento das bases para uma decisão acertada e a flexibilidade necessária para a persecução ponderada do universo variado dos interesses públicos” (BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. *Transações administrativas*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 193).

26 Confira-se o teor da lição do autor: “Com a constitucionalização do Direito Administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição - entendida como sistema de regras e princípios - passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei” (grifou-se) (BINENBOJM, Gustavo. Um novo direito administrativo para o século XXI. In: _____. *Temas de direito administrativo e constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 12).

27 Consoante leciona Batista Junior, “na realidade, assim, indisponível, sempre, é o bem comum” (BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Op. cit., p. 510).

28 Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

29 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Op. cit., p. 246.

30 Cf. GAUDIN, Jean-Pierre. *Gouverner par contrat: l’action publique em question*. Paris: Presses de sciences Politiques, 1999.

31 MARINS, Leandro. *Parcerias entre a Administração Pública e o terceiro setor: sistematização e regulação*. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito do Estado, São Paulo, Fadusp, 2010, p. 53.

32 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual... cit., p. 277.

33 ARAGÃO, Alexandre dos Santos. A consensualidade no direito administrativo: acordos regulatórios e contratos administrativos. *Revista de Direito do Estado*. vol. 1. ano 1. p. 156. Rio de Janeiro: Renovar, jan.-mar. 2006.

34 Nesse sentido, afirma Alexandre dos Santos Aragão que “muitas vezes a solução consensual será a que satisfará o Princípio da Proporcionalidade, já que poderá constituir o meio mais adequado e menos oneroso para o particular” (idem, p. 157).

35 A este respeito, confira-se: MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização: democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Almedina, 1982. p. 45.

36 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual... cit., p. 282.

37 Segundo aponta Oliveira, em que pese à inexistência de uma regra geral conferindo competência para a celebração dos referidos acordos, há diversos dispositivos legais que, atualmente, preveem formas consensuais como o exposto, a saber, (a) art. 10 do Dec.-lei 3.365/1941, (b) art. 5.º, § 6.º, da Lei 7.347/1985; (c) os acordos no âmbito da execução de contratos administrativos (Leis 8.666/1993, 8.987/1995, 11.079/2004 e 11.107/2005), (d) o compromisso de cessação de conduta, no Cade, instituído pela Lei 8.884/1994, ao qual acrescentamos a reedição promovida pela Lei 12.529/2011; (e) art. 37, § 8.º, da CF/1988 (LGL\1988\3) (OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual... cit., p. 284-285).

38 DAMIANI, Ernesto Sticchi apud OLIVEIRA, Gustavo Justino. A administração consensual... cit., p. 284.

39 ESQUÍVEL, José Luís. *Os contratos administrativos e a arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 302.

40 Terminologicamente “arbitragem” derivada do termo latino *arbiter*, que pode significar juiz, louvado, e é entendido, de forma simplificada, como um meio extrajudicial de resolução de contendas.

41 CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

42 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31 e ss.

43 O mecanismo da arbitragem é previsto desde a Constituição do Império, porém diversos eram os entraves para que houvesse efetivo uso na solução de litígios. Inclusive chegou a ser prevista como mecanismo obrigatório para composição de avenças na área comercial, conforme disposto pelo art. 758 do Código Comercial. Contudo, o desenvolvimento efetivo ocorreu, apenas, com o advento da Lei 9.307/1996, também conhecida como Lei Marco Maciel. Sobre o tema consulte-se: CAETANO,

Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 24.

44 Trata-se de lei aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, mais especificamente pela Res. 40/1972.

45 No que toca à arguição de que a Lei 9.307/1996 seria inconstitucional por violar o disposto pelo art. 5.º, XXXV, da CF/1988 (LGL\1988\3), o E. STF já assentou inexistir a alegada violação, declarando a constitucionalidade do instrumento normativo. Nesse sentido consulte-se: AgRg na SE 5206-7/2001, j. 12.12.2001, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DOU* 19.12.2001.

46 A este respeito, João Marins Claro, citado por Esquível, afirma ser possível submeter à arbitragem o julgamento de questões de legalidade, “desde que os árbitros não possam julgar segundo a equidade”. (CLARO, João Marins apud ESQUÍVEL, José Luís. Op. cit., p. 238).

47 LEMES, Selma Ferreira. Princípios e origens da Lei de Arbitragem. *Revista do Advogado*. vol. 51. p. 32. São Paulo: AASP, out. 1997.

48 ESQUÍVEL, José Luís. Op. cit., p. 146.

49 Em sentido contrário, cumpre constatar que o TCU já afirmou que aceitar tal situação representaria uma afronta aos princípios da supremacia, da inalienabilidade e da indisponibilidade do interesse público (CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 38-39).

50 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Arbitragem no contratos administrativos. In: _____. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Renovar, 2007. p. 286-287.

51 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 249.

52 Nesse sentido, Luís de Lima Pinheiro define, ainda que sob o pálio de outro ordenamento, que o conceito de arbitrabilidade é “susceptibilidade de submissão de um litígio à arbitragem voluntária” (PINHEIRO, Luís de Lima. *Arbitragem transacional. A determinação do Estatuto da Arbitragem*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 103).

53 Segundo o autor, a “Lei de Arbitragem é uma lei geral, e não diz respeito a contratos privados ou contratos públicos”, de modo que “(...) comprovada à capacidade de contratar e a disponibilidade de direitos patrimoniais, aberta estará a porta para utilização da via arbitral” (OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgar (coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 306).

54 SOUZA JR., Lauro Gama e. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investidor privado). Disponível em: [www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=150]. Acesso em: 04.09.2011.

55 “Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial”. Com fundamento em tal conceito, as questões estritamente patrimoniais, isto é, conversíveis em pecúnia, podem ser objeto de decisão pela via consensual, razão pela qual, no âmbito público, apenas as questões de império (*ius imperii*) seriam impedidas de solução pela via arbitral. Como leciona Marçal Justen Filho: “A arbitragem pode ser adotada apenas nos casos em que os direitos forem disponíveis. A disponibilidade para impor a arbitragem é a mesma para criar direitos e obrigações por via consensual” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 768). Assim, a disponibilidade de direitos se vincula com a suscetibilidade de um bem ou direito ser livremente negociado.

56 “Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.”

57 Confira-se: “37. No que tange à previsão da resolução de divergências envolvendo questões econômico-financeiras do contrato de concessão por parte de Comissão Técnica e de Arbitragem (...) comungo do entendimento da unidade técnica no sentido de que, consoante o disposto nas Leis 8.987/1995 e 9.307/1996, a utilização do juízo arbitral nos contratos de concessão somente é possível caso não se inclua na parte de arbitragem situações que não observem estritamente o princípio da indisponibilidade do interesse público. 38. É por essa razão que questões de natureza econômico-financeira, atinentes ao poder tarifário da Administração Pública, o qual é irrenunciável, não podem ser objeto de resolução mediante a aplicação da arbitragem, por se tratarem de interesse público indisponível. 39. Lembro que a aplicabilidade do instituto em tela tem sido considerada com bastante parcimônia por parte deste Tribunal, dirigida apenas a questões marginais, não albergados direitos públicos indisponíveis de que é exemplo a concessão de serviços públicos” (grifou-se) (Ac 1.796/2011, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes, *DOU* 11.07.2011). Entendimento semelhante, por sua vez, extrai-se da decisão proferida, em 20.09.2010, pela Juíza Maria Gabriella Pavlóoulos Spaolonzi, nos autos do MS 053.10.017261-2, em trâmite perante o E. TJSP, em que figuram como partes a Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô, e o Tribunal Arbitral do Processo 15.282/JRF da ICC, na condição de litisconsorte passivo o Consórcio Via Amarela. Acerca do assunto, consulte-se: AMARAL, Paulo Osternack. Mandado de segurança contra decisões arbitrais: inviabilidade. *Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, n. 44. Curitiba, out. 2010. Disponível em: [www.justen.com.br/informativo.php?informativo=44 e artigo=476]. Acesso em: 21.10.2010.

58 Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., p. 158.

59 BATISTA JUNIOR, Onofre Alves. Op. cit., p. 510.

60 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação estatal...* cit., p. 165.

61 Nesse sentido, também cumpre conferir o trecho do relatório na manifestação da Secex-1, nos autos do Ac 2.094/2009, Plenário, rel. Min. José Jorge, *DOU* 11.09.2009: “(...) Conforme jurisprudência do TCU, é incompatível com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público a utilização do juízo arbitral em contratos administrativos (...). Deve-se ter em mente que, em face dos princípios que regem o direito administrativo e da falta de disposição legal permissiva, é vedada a aplicação de juízo arbitral em contratos sob o regime jurídico-administrativo, conforme jurisprudência consolidada do TCU. Em razão da natureza jurídica dos contratos celebrados por sociedades de economia mista, as contratações podem versar sobre direitos disponíveis ou indisponíveis. Entende-se que serão disponíveis somente aqueles relativos à área-fim da Petrobras ou suas subsidiárias, de cunho estritamente comercial, as quais a Constituição coloca em posição de igualdade com o regime jurídico das empresas privadas, nos termos do art. 173. Não se pode olvidar que, em contratações internacionais que sociedades de economia mista, por meio de suas subsidiárias estrangeiras, celebrem contratos com empresas também estrangeiras, a possibilidade de aplicação do juízo arbitral revela-se necessária por garantir imparcialidade e neutralidade no direito internacional, tratando com isonomia ambos os lados. Nesse sentido, a aplicação da legislação brasileira deve ser mitigada pelo princípio da razoabilidade e da economicidade, mormente nesse caso, dado seu caráter privado, econômico e competitivo num mundo globalizado. Entretanto, não se pode atribuir todo e qualquer litígio no âmbito do contrato exclusivamente ao juízo arbitral”.

62 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 66.

63 Assim também se manifesta Selma M. Ferreira Lemes: “Podemos classificar os interesses públicos em primários e secundários (instrumentais ou derivados). 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 indisponíveis e suscetíveis de apreciação arbitral” (grifou-se) (LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 131).

64 MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade objetiva, interesse público, indisponibilidade de direitos e normas de ordem pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação* Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 255.

65 O *leading case* foi um recurso especial interposto por AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda., julgado pelo STJ, no qual se entendeu cabível a inclusão de convenção de arbitragem em contratos celebrados por sociedades de economia mista. Vide: STJ, REsp 612.439/RS, 2.^a T., j. 25.10.2005, rel. Min. João Otávio de Noronha, *DJ* 14.09.2006. Na mesma linha, confira-se: “(...) é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 11. 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 (...). A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do art. 23 da Lei 8.987/1995” (MS 11.308/DF, 1.^a Seção, j. 09.04.2008, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 19.05.2008).

66 GRAU, Eros Roberto. Contratos administrativos. *Revista Trimestral de Direito Público*. vol. 32. p. 16-17. São Paulo: Malheiros, 2000.

67 *Idem*, p. 17.

68 O E. STJ já teve o condão de decidir, em lide que versava a respeito dos limites de atuação do Ministério Público, que “(...) 3. Conseqüentemente, a rubrica receita da União caracteriza-se como interesse secundário da Administração, o qual não gravita na órbita dos interesses públicos (interesse primário da Administração), e, por isso, não guardado pela via da ação civil pública, consoante assente em sede doutrinária” (STJ, REsp 786.328/RS, 1.^a T., j. 18.10.2007, rel. Min. Luiz Fux, *DJ* 08.11.2007).

69 Há quem aponte, igualmente, o art. 175, III, da CF/1988 (LGL\1988\3), como fundamento constitucional para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

70 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 769.

71 LEMES, Selma M. Ferreira. *Arbitragem na Administração Pública cit.*, p. 144.

72 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 82.

73 Segundo o autor, são inúmeras as vantagens dos mecanismos consensuais em comparação com aqueles imperativos: “1. Contribuem para aprimorar a governabilidade dos Estados contemporâneos, aliviando a pleora de tarefas que lhe são impostas, representando uma vantagem no campo da eficiência; 2. propiciam novos mecanismos de prevenção e de controle contra o abuso do poder estatal, o que vem a ser uma conquista no campo da sustentação da legalidade; 3. Garantem mais ampla e detida atenção a todos os interesses envolvidos, o que assegura um avanço no campo da justiça; 4. possibilitam decisões mais aceitáveis e facilmente obedecidas, o que se apresenta como um aperfeiçoamento no campo da legitimidade; e 5. estimulam a participação responsável dos indivíduos, o que se pode considerar com um desejável progresso no campo do civismo” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 82).

74 STJ, MS 11.308/DF, 1.^a Seção, j. 09.04.2008, rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 19.05.2008.

75 Confira-se o entendimento do citado jurista, citado por José Luís Esquivel *in verbis*: “No direito transalpino, Domenichelli refere que a evolução da actuação da Administração Pública, marcada pelo abandono de formas autoritárias e pela opção de mecanismos de consenso (de que são exemplo os atos administrativos consensuais) permite alargar a área das matérias disponíveis na qual poderá penetrar a arbitragem” (ESQUÍVEL, José Luís. *Op. cit.*, p. 238).

76 A este respeito, confira-se breve excerto do texto do jurista: “A finalidade da atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Aspectos jurídicos do exercício do poder de sanção por órgão regulador do setor de energia elétrica. *Revista de Direito Administrativo*. vol. 221. p. 357. Rio de Janeiro: Renovar, 2000).

