

O contexto sinérgico da arbitragem à luz dos denominados contratos administrativos¹

Roberto Correia da Silva Gomes Caldas
Mestre e Doutor em Direito Público pela PUC/SP
Professor da PUC/SP
Professor do Mestrado da UNINOVE
Advogado no Brasil e em Portugal

Napoleão Casado Filho
Mestre em Direito Público pela PUC/SP
Professor da PUC/SP
Advogado

Sumário: 1. Introdução – 2. A arbitragem enquanto instrumento de consenso – 3. A arbitragem e sua dimensão pública – 4. A arbitragem e sua aplicação nas avenças públicas – 5. A previsão da arbitragem em legislação estadual específica para as avenças públicas – 6. As disposições concertadas regulatórias pactuais públicas e a arbitragem na Lei mineira nº 19.477/11 – Conclusões – Referências.

Resumo

O estudo versa sobre o contexto sinérgico da arbitragem unida à uma regulação administrativa concertada, à luz dos denominados contratos administrativos, bem como sua aplicabilidade nessa hipótese, com a verificação dos ganhos de eficiência, segurança e celeridade na regulação e solução dos conflitos contratuais públicos, inclusive diante das previsões legais pátrias expressas. Nesse sentido, extrai-se que tanto a regulação administrativa concertada, como a arbitragem nos ajustes públicos, externam a idéia de um método ou mecanismo de prevenção ou solução de conflitos ou problemas, mediante a obtenção de resoluções mutuamente satisfatórias e vinculantes aos pólos de atuação, segundo negociação ou cooperação.

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; contratos administrativos; regulação.

Abstract

The study deals with the synergistic context of a concerted united to administrative regulation in the light of so-called administrative contracts arbitration, as well as its applicability in this case, with the verification of efficiencies, safety and speed in regulation and solution of public contract disputes, even before the legal provisions

¹ Parte das idéias do presente estudo se apresentam desenvolvidas em: CALDAS, Roberto. *Parcerias público-privadas e suas garantias inovadoras nos contratos administrativos e concessões de serviços públicos*. Belo Horizonte : Ed. Fórum, 2011, p. 259-264.

expressed homelands. In this sense, extract that both concerted administrative regulation, such as arbitration in public settings, externalize the idea of a method or mechanism for preventing or resolving conflicts or problems, by obtaining mutually satisfactory and binding resolutions to the poles of activity second negotiation or cooperation.

Key words: Arbitration; Public Administration; administrative contracts; regulation.

1. Introdução

O estudo em tela objetiva definir e classificar a arbitragem aplicada ao setor público nos ajustes com o Estado, diferenciando-a quando voltada aos interesses puramente privados, para verificar seu conceito concertado e exercício sinérgico-associativo neste âmbito, ou seja, quais os modos negociados de se reger as forças dos agentes envolvidos nos pactos administrativos, capazes de contribuir para a potenciação das prestações de serviços públicos, precedidas ou não de obras, de sorte a estas apresentarem a maior adequação possível aos interesses públicos por si versados.

Para tanto, o estudo da arbitragem que aqui se cuida toma em consideração o modelo teórico trazido da doutrina e legislação específicas sobre o contrato administrativo², vez que encerra um corte metodológico que permite uma análise clara sobre os vários atos (a serem regulados) que o compõem.

2. A arbitragem enquanto instrumento de consenso

Hodiernamente, o instituto da arbitragem é visto enquanto um verdadeiro instrumento de promoção do consenso, do diálogo, sendo passível de aplicação entre o Poder Público e o setor privado na satisfação dos interesses públicos em promoção do bem comum, principalmente diante do processo de concretização das políticas públicas capitaneado através das contrações administrativas.

² A respeito, vide MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios...*, vol. I – Introdução, 3ª ed., 2007, p. 671-673; et “Contrato de direito público ou administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 88, abr./jun. de 1967, itens “16” e “17”.

Há que se ter, ainda, que a arbitragem mostra-se como uma dentre as várias garantias em contratos administrativos (como as parcerias público-privadas), sendo havida enquanto instituição jurídica que tende à celeridade na solução dos litígios³, a implicar redução dos seus custos, em atenção à efetividade das avenças com o Poder Público (art. 11, III, da Lei nº 11.079/04, e art. 23, da Lei nº 8.987/95), representando a via natural para a eliminação dos conflitos de direitos em auxílio à busca da felicidade pessoal dos envolvidos, do que decorre uma ordem pública advinda da interação dos cidadãos⁴, contextualizada pelo espírito da cooperação, do consenso que permeia os denominados contratos de direito público.

3. A arbitragem e sua dimensão pública

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, é de se ressaltar, expõe a diferença não apenas entre a arbitragem e a mediação, mas, outrossim, entre estas e a conciliação,

³ Diogo Leite de Campos observa que *...a arbitragem tem vindo a ocupar cada vez mais espaço em todos os ramos do Direito, à medida que a intervenção dos cidadãos na vida pública é directa e assumida. Ao Estado-dos-cidadãos corresponde um novo valor da arbitragem como modo de resolução dos conflitos. Já não como um meio alternativo perante os tribunais do Estado, mas como “um” dos meios de resolução desses conflitos, podendo tornar-se “o” meio típico de resolução dos conflitos* [“A arbitragem voluntária, jurisdição típica do Estado-dos-direitos e dos-cidadãos”. In: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte *et alii*. *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Coimbra : Almedina, 2007, p. 46]. Seguindo essa tendência, no âmbito público nacional, a Administração Federal já implementou a conciliação, mediação e arbitragem (públicas) como forma de solução dos conflitos entre seus órgãos e entre si e os seres da sua Administração Indireta, não apenas por meio de câmaras de conciliação *ad hoc*, instaladas pelo Advogado-Geral da União, conforme Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, mas também pela ulterior criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, órgão da Consultoria-Geral da União (consoante o Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, e respectiva regulamentação pelas Portarias AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, e nº 1.099, de 28 de julho de 2008). Tal tendência também se confirma em países europeus como, v. g., Portugal, conforme se extrai do seu recente Decreto-lei nº 10/2011, de 20 de janeiro, o qual aprova o regime que regula a arbitragem em matéria tributária.

⁴ Nos dizeres precisos de Diogo Leite de Campos, *A ideia de conflitos de direitos e não de violação de normas, transitou do Direito privado para o Direito público...Sendo a arbitragem precisamente (também) a consideração individualizada de cada caso, a (auto) composição dos direitos/interesses em conflito (mesmo quando se decide segundo critérios de legalidade), esta via de resolução de conflitos afigura-se como via “natural” no Estado-dos-direitos... A pessoa vem perdendo a sua dimensão pública, para se transformar num espaço privado, de exercício da liberdade própria, na prossecução da sua felicidade pessoal, livremente entendida e obtida. A ordem pública passa a ser vista como o resultado da interação dos cidadãos* (*Ibidem*, p. 42).

todas havidas enquanto meios consensuais alternativos de solução de litígios, os quais, não se confundindo ou mesmo excluindo, acabam se complementando e podendo ser utilizados em sequência⁵.

Com supedâneo na doutrina de Mauro Roberto Gomes de Mattos, expõe as situações em que o princípio da indisponibilidade dos interesses públicos impõe restrição ao uso da arbitragem em Direito Administrativo⁶.

Arrola, em subsequência, várias situações que envolvem interesse patrimonial em que a utilização da arbitragem é não apenas lícita e constitucional, como recomendada para se fugir do litígio judicial, o que é por si verificado inclusive com base em doutrina autóctone de escol a respeito do assunto.

Juarez Freitas se mostra favorável à arbitragem privada em relação à Administração Pública, desde que se dê uma interpretação que seja sua conformadora à realidade jurídica pátria, sem olvido, *e. g.*, da prévia atividade mediadora desenvolvida pelas agências reguladoras (que são autarquias voltadas precipuamente à função de

⁵ “A arbitragem e a administração pública”. In: PUCCI, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo : Fiuza Editores, 2004, p. 145-146. A autora define que, *Enquanto na arbitragem a solução do litígio é imposta às partes por árbitros que, atuando como um juiz privado, as substituem na solução de conflitos, na conciliação ela é apenas proposta por um conciliador que tem a tarefa de conduzir as partes na negociação e oferecer-lhes alternativas, havendo uma obrigação de esforço, não de resultado. Na mediação, incumbe ao mediador, um terceiro neutro e conhecedor do assunto em disputa, aproximar as partes para que reduzam suas divergências levando-as à conciliação em virtude das vantagens por ele destacadas, sem imposição de solução autoritária do conflito. Acrescente-se, ainda, que a “mediação é essencialmente o diálogo ou a negociação com o envolvimento de uma terceira parte”, que busca identificar as disputas, equacioná-las e transformá-las em um acordo (Ibidem, p. 146-147).*

⁶ *Ibidem*, p. 153.

regulação)⁷ e sempre sob mira dos riscos da nulidade advinda de sua írrita implementação, como sucede ao eventualmente versar interesses indisponíveis⁸.

Celso Antônio Bandeira de Mello, a sua vez, coloca-se contrário à sua existência quanto aos interesses envolvidos e concernentes a serviços públicos, porquanto os vê como indisponíveis⁹, direitos sobre os quais, cabe frisar, entende-se que incide a mediação¹⁰. Aliás, não é viabilizado pela Lei nº 9.307/96, à luz dos seus arts. 1º e 25, que a arbitragem verse sobre os direitos indisponíveis¹¹.

⁷ ...deve a regulação evitar o equívoco assaz comum de facciosismo: seu objeto precípua é o de tutelar a pluridimensionalidade da delegação contratual, não hesitando, se for o caso, em adotar medidas sancionatórias até em relação às pessoas jurídicas de direito público. Dando-se conta do seu papel plural e redutor de assimetrias e confrontos negativos, resolverá com maior facilidade os potenciais conflitos e os custos a eles correspondentes, evitando (sem pretender sufocá-las) as demandas judiciais e o próprio recurso à arbitragem privada. Assim, a função mediadora e solvedora dos conflitos assume feição nobre e inerentemente regulatória [“Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”..., p. 717].

⁸ “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”..., p. 707-710. E, tal autor é expresso em afirmar que ...não vislumbro inconstitucionalidade na adoção da arbitragem como alternativa, seja porque (i) o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto, existindo previsão de foro amigável na Lei nº 8.987/1995, art. 23, XV, (ii) seja porque – argumento insuperável – o laudo arbitral bem dado não contraria o interesse público, sob pena de vício, e (iii) seja porque permanece vedada qualquer arbitragem sobre direitos indisponíveis (Ibidem, p. 709).

⁹ Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas *extra commercium*. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto – condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos –, é questão que ultrapassa por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo; e, bem por isto, quando suscitar algum quadro conflitivo entre partes, só pode ser soluto pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja, dessarte com ele imbricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve (Curso..., 20ª ed., 2006, p. 743). Nos ajustes de parceria público-privada, partindo-se da própria doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, a arbitragem somente poderia versar sobre a parte estritamente reservada ao contrato, sendo defesa sua verificação sobre o ato-condição e o ato-regulamento, aos quais deve-se aplicar a mediação, de âmbito institucional e cujo exercício tem sido desempenhado pelas agências reguladoras, enquanto uma de suas funções.

¹⁰ Como exemplo, tem-se o Plano Diretor do Município de São Paulo (Lei Municipal nº 13.430/02), cuja mediação é expressamente referida nos seus arts. 288 e 289 para a solução de conflitos de interesses por parte do Executivo, mediante Acordos ou Negociações de Convivência, com a sua condução se dando em âmbito institucional e com um maior grau de abstração do que aquele alvitado pela arbitragem, cuja condução e solvência se dá por terceiro alheio ao Estado. Com efeito, tais dispositivos legais, insertos na Seção V (Dos Conflitos de Interesses) do Capítulo III (Do Processo de Planejamento Urbano Municipal) do Título IV (Da Gestão Democrática do Sistema de Planejamento Urbano) são vazados nos seguintes termos: Art. 288 - Os conflitos de interesses expressos por diferentes grupos em determinada área que não envolvam legislação de Uso e Ocupação do Solo nem infrinjam lei vigente poderão ser resolvidos por meio de Acordo de Convivência, mediado e homologado pelo Executivo (sic); Art. 289 - Os conflitos de interesses, expressos nos diferentes grupos em determinada área, que envolvam a legislação de Uso e Ocupação do Solo, serão mediados pelo Executivo, por meio de uma Negociação de Convivência que

4. A arbitragem e sua aplicação nas avenças públicas

Dinorá Adelaide Musetti Grotti, ao versar especificamente sobre a arbitragem e litígios administrativos, aclara, sem se esquecer dos questionamentos existentes que cita, ser isento de dúvidas que a complexidade técnica e a especificidade dos conflitos entre as partes nas concessões requer rapidez de solução que não se compraz com o uso do Poder Judiciário enquanto única alternativa¹².

Com aporte na doutrina de Adilson Abreu Dallari, demonstra a necessidade de uma disciplina específica das arbitragens em sua aplicação aos “contratos” administrativos, como também revela a possibilidade de afastamento dos obstáculos ao seu emprego hodierno, esclarecendo que o interesse público é atendido mediante uma correta e célere aplicação da lei, inclusive contrariamente à Administração Pública, em relação a questões de ordem técnica ou econômica, sempre sem se utilizar a equidade nessa hipótese¹³.

Socorrendo-se dos ensinamentos de Caio Tácito, observa, ainda, que não se convém ampliar o conceito de indisponibilidade dos interesses públicos às cláusulas relacionadas exclusivamente com a obrigação de pagar, vinculada à obra ou serviço executado, ou em virtude de benefício haurido pela Administração por prestação regular do outro contratante, sendo que a arbitragem, nesses casos, em função do acordo de vontades, visa à plena eficácia da relação, compatibilizando-se, ainda mais, com atos de

poderá gerar proposta de alteração da legislação a ser encaminhada à Câmara Municipal pelo Executivo (sic).

¹¹ *A arbitragem no Brasil somente será admitida em questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º da Lei 9.307/96 e as partes poderão eleger a lei aplicável, inclusive leis estrangeiras, princípios gerais de direito, tratados e costumes internacionais ou mesmo podem determinar as partes que os árbitros poderão decidir por equidade* [ARAÚJO, Cláudia Villagra Silva Marques La Motta. “Arbitragem em nomes de domínio e as decisões da wipo”. In: PUCCI, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo : Fiuza Editores, 2004, p. 106].

¹² “A arbitragem e a administração pública”..., p. 150-153.

¹³ *Ibidem*, p. 154-155.

gestão da empresa estatal que esteja voltada à exploração de atividade econômica (ante a prevalência do regime jurídico de direito privado)¹⁴.

Mais adiante, tendo presente as preleções de Eros Roberto Grau, informa que a questão voltada à juridicidade da solução dos litígios por intermédio da arbitragem envolve três pontos, quais sejam, jurisdição e arbitragem (a arbitragem não encerra jurisdição, mas a previne), a noção do que vem a ser acoimado de contrato administrativo (salienta-se que a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação jurídica com o particular) e a indisponibilidade dos interesses públicos com a disponibilidade dos interesses patrimoniais (indisponíveis são apenas os interesses públicos primários)¹⁵.

A autora, retoma e aquiesce com as lições de Mauro Roberto Gomes de Mattos, o qual demonstra, com propriedade, que as decisões arbitrais podem versar sobre matérias de índole privada, ou seja, disponíveis, como as de cunho econômico-financeiro e monetário do chamado contrato administrativo, conforme previsto no art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93, como também as hipóteses de alteração dos “contratos” administrativos (art. 65, II, da Lei nº 8.666/93), bem assim aqueles com os entes públicos de características privadas (art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666/93), lembrando que tais decisões são passíveis de controle e fiscalização do Poder Judiciário, por força do previsto na Lei nº 9.307/96, inclusive para resguardo de interesses de terceiros prejudicados, embora sem manutenção do sigilo eventualmente acordado¹⁶.

¹⁴ *Ibidem*, p. 155.

¹⁵ *Ibidem*, p. 155-156.

¹⁶ *Ibidem*, p. 156-158.

5. A previsão da arbitragem em legislação estadual específica para as avenças públicas

Calha ponderar-se a respeito do tema, que já se tem o advento da Lei mineira de Arbitragem, a Lei estadual nº 19.477, de 12 de janeiro de 2011, dispendo sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígios em que o Estado de Minas Gerais seja parte.

Sua promulgação é passível de críticas negativas, dentre as quais estão sua desnecessidade e validade à luz da preexistente Lei federal nº 9.307/96, a qual trataria do assunto de forma completa e exaustiva, como também em relação à restrição de que o árbitro seja brasileiro e a arbitragem seja institucional, em entidade preferencialmente estabelecida em Minas Gerais e cadastrada perante a Administração. Também se critica tal legislação pelo viés da inconstitucionalidade ante o fato de versar matéria processual, afeta apenas ao legislador nacional.

Todavia a objurgação seria rebatida sob o fundamento de que, em verdade, a Lei versa sobre o conteúdo da cláusula arbitral a ser firmada pela Administração Pública do Estado de Minas Gerais, sendo de guardar-se na retentiva que a Lei de Arbitragem brasileira dá autonomia às partes para fixarem o conteúdo da cláusula arbitral, inclusive para estipularem as regras procedimentais.

Sob outro prisma, o que ressaí imediatamente de útil nessa referida lei estadual é que há um comprometimento do Estado de Minas Gerais a submeter-se à arbitragem, ponto de receio quanto aos contratos administrativos e concessões públicas (nos quais inserem as parcerias público-privadas), revelando-se, assim, bastante favorável aos interesses do setor privado em uma solução célere dos eventuais conflitos. Destaque-se, ainda, que há também interesse público em soluções céleres de demandas

entre o Estado e o contratante privado, pois com a previsibilidade e segurança de tais decisões, há uma clara tendência à redução dos custos das licitações públicas.

Além disso, tal lei estabelece que o pagamento das despesas da arbitragem será realizado pelo contratado, o que, na prática, busca diminuir as discussões com relação à necessidade de licitação para escolha da Câmara Arbitral, o que somente atrasaria a solução do conflito, tornando totalmente ineficaz e ineficiente o instituto em apreço.

Dessa forma, tal lei estadual mineira de arbitragem deve ser havida enquanto parâmetro contencioso para estabelecimento das cláusulas compromissórias nas avenças firmadas com a Administração Pública, dando a necessária e prévia publicidade do seu balizamento ao parceiro privado, de sorte que não venha a ser pego de surpresa.

6. As disposições concertadas regulatórias pactuais públicas e a arbitragem na Lei mineira nº 19.477/11

Nesse tópico, passa-se às críticas das disposições da Lei estadual nº19.477, de 12 de janeiro de 2011, que se revelam mais interessantes para a solução de conflitos nos contratos administrativos.

Antes de se abordar o tema propriamente dito, porém, é mister o fato de que, como já dito anteriormente, o intuito de parceria nos ditos contratos administrativos é uma maior repartição e melhor distribuição dos riscos envolvidos nos empreendimentos¹⁷, a impor a necessidade de um normatizar preciso e permanente, que estabeleça seu conteúdo, amplitude e modo de expressão, inclusive como forma de

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial”. *BLC - Boletim de licitação e contratos*. São Paulo : NDJ – Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, janeiro de 2008, p. 39.

imprimir maior diálogo e garantia de segurança nos referidos ajustes (regulação administrativa pactual concertada)¹⁸.

Assim, conforme já explicou-se alhures, a **regulação administrativa concertada**, em seu sentido lato, tem sido referida pela hodierna expressão “governança”, segundo uma transposição conceitual da dita “governança corporativa”, em âmbito local, regional, nacional e internacional (*global governance*), externando a idéia de um método ou mecanismo de regulação de conflitos ou problemas, mediante a obtenção de soluções mutuamente satisfatórias e vinculantes aos pólos de atuação, segundo negociação ou cooperação, pois que nenhum deles se revela independente o suficiente para impô-las e também, de outro lado, para delas poder prescindir¹⁹.

Em verdade, definir-se os chamados “marcos regulatórios”, ou seja, as normas regulatórias, é, antes de mais, fixar as competências no sistema regulatório brasileiro (ou seja, fixar quem as detém – além das ditas agências regulatórias – e em que proporções, delimitações, a evitar, assim, também eventuais conflitos de competências), ainda nos dizeres precisos de Juarez Freitas, abordando, em especial, tanto a regulamentação de serviços públicos delegados, como a regulação de atividades econômicas – e não apenas essas, como explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰ – de relevante interesse coletivo, com a exposição das distinções e a delimitação das atribuições, sempre que for o caso, estimulando-se a dita ação sinérgica²¹.

Defende-se, assim, a tese da necessidade de se implementar uma **governança corporativa regulatória** (dita também simplesmente **governança regulatória**) **em âmbito nacional** (e não apenas episódico-setorial como se verifica), ou seja, a

¹⁸ Nesse contexto, é de se dissociar a idéia de regulação como exclusiva da atividade desempenhada pelas agências regulatórias, conforme já salientado por Juarez Freitas [“Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”..., p. 701, nota de rodapé nº 35], sendo mais apropriado seu tratamento, sua disciplina em uma Lei específica e própria, que fixe as normas regulatórias gerais.

¹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2009, p. 273-277.

²⁰ ...*O objeto da regulação pode ser a sociedade, algumas de suas dimensões, como a economia, ou uma área de atividades sociais (Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo : Atlas, 5ª ed., 2005, p. 203).

²¹ Assim, a definição de marcos regulatórios serve para fixar, em linhas gerais, as competências no sistema regulatório brasileiro, abrangendo especialmente a regulação de serviços públicos delegados e a regulação de atividades econômicas de relevante interesse coletivo, explicitando distinções e delimitando atribuições, sem deixar de estimular, quando possível, a ação sinérgica [FREITAS, Juarez. “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”..., nota de rodapé nº 35, p. 701].

incorporação de técnicas de governança corporativa na regulação de forma articulada e compilada, voltada inclusive aos ajustes públicos e, indo mais além, a significar uma governança corporativa publicizada, imposta pelo regulador, *e. g.*, aos contratos administrativos (segundo o enfoque dado ao trabalho em tela).

Sua adoção, calha apontar, nada mais faria do que albergar o alerta dado por José Joaquim Gomes Canotilho quanto à necessidade de se incorporar no ordenamento jurídico pátrio o relevo adequado às, por ele denominadas, **administrações independentes** (de entidades reguladoras independentes), à luz dos indiscutíveis fenômenos mundiais de internacionalização dos governos e globalização das economias, causadores de profundas modificações em categorias políticas e constitucionais clássicas, como, *e. g.*, a noção de Estado e soberania, em que este não é mais visto como titular de um poder incontestável de mando, em âmbito interno e internacional, mas como mera unidade de ação a comandar atos e comportamentos no seu âmbito territorial, mediante governos nacionais, vez que, em plano internacional, cede espaço para uma soberania supranacional²².

Marginalizar-se a **governança corporativa regulatória** da ordem jurídica interna é, em última análise, ignorar-se, em sérios prejuízos à nação, as consequências da globalização econômica e internacionalização governamental, restando mister instituir-se legalmente, dentre outras tarefas estratégicas a serem assumidas pelo Estado brasileiro nessa conjuntura mundial, a sua *socialidade no contexto do Estado regulador*, ou seja, de realizador democrático de direitos sociais²³ inseridos em políticas públicas – sob pena de violação das normas constitucionais pertinentes à Justiça Social (como, por

²² *Revista do Advogado*. São Paulo : Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, nº 73, novembro de 2003, p. 110. Há alguns anos, Dorothee Susanne Rüdiger já ressaltou as mudanças sociais havidadas em função da política neo-liberal mundial atual. De fato, afirmou que, *Seja por uma crise de superacumulação, seja pelas crises do petróleo de 1973 e 1979, seja pela incapacidade de muitos Estados de controlar o déficit público e a inflação, a organização da sociedade mundial vai mudar. Seguindo as concepções de economistas como Milton Friedman e Friedrich August von Hayek, o Estado deve se limitar a garantir a ordem política e econômica, retirando-se do papel de investidor e interventor no mercado. Para a retomada da prosperidade, segundo o chamado neoliberalismo, devem ser asseguradas a liberdade de atuação das empresas privadas e de expansão do mercado em escala mundial. Desregramento, liberalização e privatização das atividades estatais são as palavras de ordem dessa política* (“Globalização, justiça social e emancipação: um debate na perspectiva do direito do trabalho”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 46).

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Revista do Advogado*. São Paulo : Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, nº 73, novembro de 2003, p. 110-111.

exemplo, o art. 170, *caput*, incisos I a IX, e parágrafo único, c/c art. 174, *caput* e §§ 1º e 2º, da Constituição Federal de 1988)²⁴.

Há algum tempo já se fala em um “*direito mundial*” *além da ordem política internacional*²⁵. Daí é que, no cenário do Direito Internacional, a contemplar **administrações independentes** (de entidades reguladoras independentes), surge conectada a noção de *soft law*²⁶ como inserta na de *global governance*, ou seja, enquanto conjunto de regras flexíveis, positivadas ou não, aplicáveis às relações interestatais e sua regulação²⁷, o que, *mutatis mutandis*, tem sua aplicabilidade no

²⁴ Como bem explica José Joaquim Gomes Canotilho, *Não é correcto ver aqui sinais de tecnocracia impolítica ou de regulação sem legitimação e sem valores. A “administração do conhecimento” tem de assumir os valores constitucionais (direitos fundamentais, democracia, estado de direito, direitos humanos)... (Ibidem, p. 111)*. E, a respeito da omissão inconstitucional de preceitos de Justiça Social na Constituição Federal de 1988, a implicar violação a direitos subjetivos dos administrados, vide MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros Editores, 2009, Capítulo 1, item “9”, Capítulo 5, itens “3” e “4”, respectivamente p. 12-13 e 55-56. Também sobre a necessidade de uma regulação sintonizada com os fenômenos mundiais da globalização econômica e internacionalização governamental, vêm a pêlo as lições de Jorge Luís Mialhe, segundo o qual *A globalização, essa fatalidade aparente, exige cada vez mais, e de forma urgente, uma regulação coletiva. Como lembra Berranger, é na esfera global que tudo se desenvolve atualmente: a moeda, a economia, o meio ambiente, a paz e a guerra, a luta contra as drogas, a segurança coletiva e mesmo o direito e a justiça. Desde 1967, a Encíclica Populorum Progressio, declarava: “A questão social tornou-se mundial” e “o desenvolvimento é o novo nome para a paz”... A globalização não é nenhuma calamidade, nem deve ser entendida como onipresente: será aquilo que determinarem os grupos humanos e seus representantes. Ao invés de exorcizá-la, melhor tentar humanizá-la, reforçando a solidariedade entre os povos, moralizando o mercado, reconhecendo toda pessoa humana na sua inalienável dignidade. Nesse cenário, as novas realidades, relações, instituições e estruturas, afirma Ianni, “não só econômicas, mas também sociais, políticas, culturais, religiosas, lingüísticas, demográficas, geográficas e outras estabelecem condições e possibilidades de novos intercâmbios, ordenamentos, estatutos” com base em um sistema jurídico preocupado com o estreitamento das relações das instituições com a comunidade internacional... (“Desafios no ensino do Direito Internacional Público e do Direito da Integração em tempos de globalização”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 107-108).*

²⁵ Vide TEUBNER, Gunther. “A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Traduzido por Peter Naumann. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 10. Este mesmo autor visualizando a possibilidade de um direito global, lança a tese de que *...só pode ser interpretado adequadamente por meio de uma teoria do pluralismo jurídico e de uma teoria das fontes do direito, correspondentemente concebida em termos pluralistas... Do mesmo modo, uma teoria jurídica das fontes do direito deveria concentrar a sua atenção em processos “espontâneos” de formação do direito que compõem uma nova espécie e se desenvolveram – independentemente do direito instituído pelos Estados individuais ou no plano interestatal – em diversas áreas da sociedade mundial... (Ibidem, p. 11)*.

²⁶ Salem Hikmat Nasser define-a, genericamente, tomando o conceito extraído do léxico de direito internacional público da autoria de Jean Salmon; tem-na enquanto regras de valor normativo limitado, quer por estarem previstas em instrumentos sem cogência, isto é, sem obrigatoriedade de observância, ou quer por, malgrado conterem constringência, esta não se revelar criadora de obrigações de direito posto ou, se o for, de forma relativa (*Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo : Atlas, 2ª ed., 2006, p. 25). E, dentre as várias acepções por si descobertas e que ora se adota, aponta *soft law* como *...normas, jurídicas ou não, dotadas de linguagem vaga, ou de noções com conteúdo variável ou aberto, ou que apresentam caráter de generalidade ou principiológico que impossibilite a identificação de regras específicas e claras (Ibidem, p. 25)*.

²⁷ Gunther Teubner, ao comentar a *lex mercatoria* e seu contexto diante do direito global, compara-a à idéia da *soft law*, interpretando a flexibilidade das normas que representa como sendo mais *...um direito*

direito administrativo em termos de regulação, dentro do Estado brasileiro, com as ressalvas da imprescindível positivação, nem que ao menos de previsão legal mais genérica para um competente e adequado exercício do chamado “poder normativo” pelos reguladores – o qual, apressa-se em dizer, não inova no ordenamento jurídico pátrio à luz do previsto no art. 2º, art. 5º, II, c/c art. 37, *caput*, bem como o art. 84, IV, todos da Constituição Federal de 1988 .

Salienta-se, novamente, que não se prega aqui que se utilizem regras que não sejam advindas do direito posto; a idéia central gravita em torno da positivação de regras já praticadas pelo setor privado e que são capazes de agregar melhorias de valor ao modelo regulatório administrativo atual, a exemplo da dita *Sarbox* nos Estados Unidos da América, cuja experiência, no entanto, não gerou os efeitos desejados em sua totalidade.

O *Sarbanes-Oxley Act* (como corretamente denominado), inclusive, é um exemplo com alguns aspectos negativos em termos de regulação de mercado (“regulação para a competição”, na acepção ora adotada), ou melhor, de governança corporativa regulatória, porquanto em vez de reduzir os custos regulatórios e os riscos das transações, como esperado, fez apenas por aumentar tais custos de forma pouco produtiva, ante o fato de ter, em sua grande maioria, incorporado práticas genericamente então já verificadas pelo mercado corporativo, acrescentando gastos com mecanismos de controle e aferição de tais atividades de gestão responsável, sem uma

de valores e princípios do que de um direito de estruturas e formas... (“A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Traduzido por Peter Naumann. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 26). E a *soft law* representa isso mesmo, ou seja, um direito flexível, capaz de adaptar-se mais facilmente às mudanças céleres e dinâmicas nas relações inter-humanas dos dias em que vivemos. Salem Hikmat Nasser, na sua monografia sobre *soft law*, em felizes passagens afirma que, *...Pessoalmente, percebemos nela um sentido genérico, indicador de uma relação com o mundo do direito e da regulação, mas marcando o fato de ser diferenciada por um quê indeterminado de menor rigor e dureza... (...) Não há, portanto, um conceito único de soft law, mas sim um conceito multifacetado, plural. Percebe-se, desde logo, uma relação com o direito internacional e com a regulação normativa do cenário internacional... (...) A literatura da soft law, em termos gerais, não se preocupa tanto com o direito propriamente dito. Seu foco está na descrição mais acurada possível dos regimes regulatórios, entendidos estes de modo mais genérico, como ordem internacional ou governança, ou de modo mais específico, segundo as áreas de interesse, como meio ambiente, comércio, lavagem de dinheiro, e outros... (...) Em alguns casos, há preocupação com o conjunto amplo de normas ou técnicas regulatórias, incluindo aquelas produzidas pelos Estados e também todas aquelas devidas à ação dos demais atores sociais, ou seja, com a noção genérica de governança (Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law. São Paulo : Atlas, 2ª ed., 2006, p. 23-24 e 26-27). Essa “noção genérica de governança”, nada mais é do que o conceito de *global governance*, tal qual desenvolvido por Herbert V. Morais e adotado expressamente por Salem Hikmat Nasser, o qual é usado, em sentido lato, para significar o conjunto formal e informal de regras, papéis e relações que definam e regulem as práticas sociais dos atores estatais e não-estatais em assuntos internacionais (*Ibidem*, nota de rodapé nº 12, p. 27).*

correspondente satisfatória e sensível diminuição dos referidos riscos relacionados aos ajustes, tanto públicos como privados²⁸.

Seu grande mérito, por outro lado, foi de ser a primeira experiência de positivação, com normas de cogência absoluta, das regras e técnicas de governança corporativa advindas do próprio mercado.

Com a **governança corporativa regulatória** (ou, simplesmente, **governança regulatória**) busca-se ir além do direito fundamental à boa administração pública²⁹ (dentre suas facetas tem-se o primado constitucional da eficiência – art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988 –), galgando-se um patamar de adequação aos movimentos e tendências mundiais de cunho econômico-social para regulação administrativa³⁰, exigindo-se dos pólos de atuação nos pactos públicos medidas que garantam satisfatórias prestações aos usuários, com lucros menos arriscados sob um controle dialogado e harmonioso.

Efetivamente, a governança corporativa é tema recente, cabe explicitar, surgido em fins do século XX, em razão da necessidade de se controlar crises econômicas que vêm demonstrando-se cíclicas e com recorrentes intervenções do Estado para sua superação e regulação.

Sua definição mais clássica é a de constituir-se em um conjunto de regras que assegurem que problemas gerenciais não prejudiquem um lucro seguro para investimentos de capitais em atividades financeiramente de significativo potencial lucrativo³¹.

²⁸ Sobre a existência de custos substanciais para a implementação de um bom sistema de governança corporativa, vide SILVEIRA, Héber Pessoa da; BARROS, Lucas Ayres Barreira de Campos; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. “Governança corporativa e captação de longo prazo”. In: MATIAS, Alberto Borges *et alii*. *Captação de recursos de longo prazo*. SAITO, Richard; PROCIANOY, Jairo Laser (Org.). São Paulo : Atlas, 2008, p. 291.

²⁹ Vide sobre o assunto, FREITAS, Juarez. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2007.

³⁰ ...Não se trata de uma opção por um “Estado-eficiente” necessariamente minimalista. Trata-se, sim, de compreender a modernização administrativa... sem aniquilar o Estado Social e Democrático de Direito (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Revista do Advogado*. São Paulo : Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, nº 73, novembro de 2003, p. 111).

³¹ A governança corporativa pode ser definida como o conjunto de mecanismos que visa a aumentar a probabilidade de os fornecedores de recursos obterem para si um retorno adequado sobre o capital investido. Em particular, o objetivo da boa governança é reduzir o risco de mau emprego ou de desvio dos recursos dos investidores decorrente dos naturais conflitos de interesse que surgem quando as pessoas que fornecem capital não participam diretamente das decisões corporativas (SILVEIRA, Héber Pessoa da; BARROS, Lucas Ayres Barreira de Campos; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. “Governança corporativa e captação de longo prazo”. In: MATIAS, Alberto Borges *et alii*. *Captação de recursos de longo prazo*. SAITO, Richard; PROCIANOY, Jairo Laser (Org.). São Paulo : Atlas, 2008, p. 287-288).

Embora inicialmente tenha adquirido essa acepção, em seguida passou a adquirir outra conotação, igualmente importante e mais intimamente relacionada ao tema da regulação administrativa pactual concertada, à luz de um modelo denominado *stakeholders*. Nesse modelo, a utilização da proteção legal ao investidor é vista como um dos mecanismos externos à empresa, havidos como recursos de governança corporativa eficiente para minimizar danos potenciais causados por conflitos ditos de “agência”³².

A governança corporativa regulatória (dita, outrossim, governança regulatória), de conseguinte, passa por uma adaptação que a diferencia completamente da mera governança corporativa aplicada à regulação da administração particular, qual seja, a necessidade de sua consonância ao princípio da legalidade aos moldes em que aplicado à Administração Pública, porquanto, enquanto ao particular é dado fazer tudo, ao seu âmbito, que a lei não proíbe, ao Estado somente é possibilitado fazer, agir, atuar, regular e regulamentar se a lei permitir, autorizar ou dar fundamento de legitimidade, ainda que de modo remoto, sendo dela, assim, dependente, sob pena de a atividade estatal e, de consequência, a atividade de governança corporativa regulatória, incidir em abuso do “poder normativo”³³.

Dessa maneira, a governança corporativa regulatória adquire um cunho funcional distinto ao que caracteristicamente apresenta em seu formato inicial para o setor privado. Suas principais características funcionais, assim, podem ser descritas, em linhas gerais e *maxime* quando voltadas para um exercício regulatório por agências autárquicas, consoante o que abaixo se extrai em confronto ao instituto da arbitragem.

Inicialmente, o aumento exponencial da complexidade da cadeia de produção desempenhada pela iniciativa privada na indústria, em si, acaba por impor uma total independência do agente regulador tanto em relação ao setor público quanto aos demais agentes do setor privado, sendo isto o que se tem como condição *sine qua non* ao cumprimento adequado de tal mister, ou seja, em busca da promoção do bem-estar

³² *Um sistema de governança eficiente, combinando diferentes mecanismos internos e externos à empresa, é capaz de mitigar os problemas de agência descritos na seção anterior, reduzindo os danos potenciais causados pelos conflitos de interesse entre agentes e principais... (...) Proteção legal ao investidor. Os mecanismos externos de governança relacionam-se de forma mais específica com o ambiente institucional e regulatório no qual se insere a empresa e com as diferentes formas de pressão exercidas pelos mercados onde ela atua. Em particular, uma extensa literatura empírica internacional (vide, por exemplo, La Porta et al., 2000) sugere que os danos causados por problemas de agência tendem a ser menores nos países com melhor proteção legal aos investidores (Ibidem, p. 294-295).*

³³ *Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006, p. 88).*

social principalmente quando conjuminado com a defesa dos consumidores, de sorte a ter-se a autoridade suficiente para impor a arbitragem de conflito, *e. g.*, entre os acionistas, consumidores, empresas e setor público, sem eventuais impugnações (judiciais ou administrativas).

Nesse átimo, igualmente ressaltamos evidente que a independência ora versada do agente regulador decorre em razão da própria autonomia dos seus recursos financeiros (no caso, das agências autárquicas), os quais, para tanto, precisam ter expressa previsão orçamentária própria, cuja composição advém da outorga de concessões ou da instituição de taxas exacionadas pela atividade de fiscalização que desempenha sobre o setor privado.

Depois, imperioso que o agente regulador tenha o domínio técnico (*know how*) capaz o suficiente para a especificidade da atividade observada, controlada e fiscalizada, de forma a se minimizar ao extremo as disparidades de dados disponíveis, assim como os riscos de cooptação, a imprimirem-se, com isso, as almejadas excelência e legitimidade da atividade de regulação e regulamentação, conforme o caso. Noutra face, exsurge com evidência ululante que as agências ou demais agentes reguladores devem manter um correspondente corpo técnico e, ainda, serem investidos com a atribuição de deveres-poderes condizentes para regular as questões complexas a si submetidas, inclusive mediante a determinação de arbitragem.

Por isso, entende-se que as funções dos agentes reguladores devem ser estáveis e com nitidez dos contornos juridicamente estabelecidos, a fim de que, com tal situação, estabelecer-se maior segurança com sensível redução dos riscos quanto aos empreendimentos conduzidos pelo setor privado, afastando-se a eventualidade de arbitrariedades por parte do Poder concedente, assim como aumentar-se efetivamente a capacidade de fiscalização também pelos beneficiários e consumidores, em mais eficiente controle social no que concerne ao cumprimento da função regulatória e prevenção de conflitos.

Como especificidade, é de se registrar, os contratos de concessão administrativa, instrumentos de maior concreção da **governança corporativa regulatória**, necessariamente devem impor claramente quais são os direitos e obrigações das partes envolvidas, principalmente à luz das atividades regulatórias e regulamentares relacionadas, de preferência com previsão de Câmaras de Arbitragem a dirimir eventuais conflitos entre os diferentes agentes.

Dáí, postas as principais características da **regulação administrativa concertada**, um primeiro dispositivo a ser abordado quanto à legislação mineira de arbitragem em foco é o seu art. 4º, o qual afirma que a Arbitragem deve ser institucional, adotando-se, preferencialmente, Câmaras Arbitrais estabelecidas em Minas Gerais e previamente inscritas no Cadastro Geral de Fornecedores do Estado (art. 5º, IV, e art. 10, *caput*).

Na verdade, os críticos de tal dispositivo afirmam que, com isso, se estaria a impor que a escolha de tal Câmara Arbitral se desse por meio de processo licitatório. Contudo, entende-se ser inexigível licitação para escolha de instituição arbitral, sendo aplicável o art. 25, II, da Lei n. 8.666/93, pois afigura-se claro o caráter singular do serviço de administração de arbitragens, não havendo meios para comparar câmaras arbitrais, mesmo no critério de melhor técnica³⁴. E, ainda que o art. 13, da Lei de Licitações e Contratos, não seja específico para os casos de escolha das Câmaras de Arbitragem, é certo que o rol nele apontado não é taxativo, e, por se tratar de serviço especializado, existe inexigibilidade de licitação para a escolha, *v. g.*, de qualquer uma indistintamente³⁵.

É oportuno ressaltar, ainda, que a celebração de Contrato de Parceria Público-Privada (“PPP”), assim como o compromisso arbitral, consistem em manifestações de autonomia negocial. Desta forma, a Administração utiliza-se de sua autonomia para

³⁴ *Sabe-se existirem inúmeras situações em que falta critério objetivo para comparar as propostas, o que torna a licitação pública imprestável. Isso ocorre, sobretudo, na contratação de serviços prestados por profissionais detentores de notória especialização, cujos perfis se revestem de singularidade, uma vez que não haverá meios para cotejar objetivamente um e outro, bem como na contratação de artistas. Enfim, convém reafirmar que as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública não precisam ser prescritas pelo legislador. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos* (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte : Editora Fórum, 3ª ed., 2011, p. 39). Sobre a matéria, vale ainda guardar-se na retentiva a precisão da lição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado ao asseverarem que, “*Quanto à escolha da câmara arbitral, alguns levantam que seria necessária a prévia licitação, ou a utilização do instituto da inexigibilidade de licitação, neste caso, com base no art. 25, II e § 1º, da Lei 8.666/1993. Parece-nos perfeitamente cabível o uso da inexigibilidade de licitação. Note-se que “reputação” é o principal ativo das câmaras arbitrais. Como se aferir em competição a reputação da câmara arbitral? Como comparar reputações? No nosso entendimento, trata-se de hipótese de inviabilidade de competição*” (Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., 2010, p. 291).

³⁵ Essa, também, é a autorizada opinião de Marçal Justen Filho ao estabelecer em seus comentários: *Serviços não constantes do art. 13: A expressa referência contida no inc. II aos serviços previstos no art. 13 não significa vedação normativa à contratação direta de outros serviços, não subsumíveis ao elenco daquele dispositivo. Fora das hipóteses do art. 13, aplica-se diretamente a regra do caput do art. 25. Vale dizer, estando presente a inviabilidade de competição, deve ocorrer a contratação direta. Essa questão envolve, também aí, a natureza singular da prestação a ser executada* (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo : Editora Dialética, 12ª ed., 2008, p. 359).

firmar o ajuste público do mesmo modo que faz para estabelecer o compromisso arbitral, sendo, de conseguinte, passíveis de compromisso as questões disponíveis relativas ao encontro entre a autonomia negocial da Administração Pública e a dos particulares.

Um segundo ponto de controvérsia sobre a Lei Mineira de Arbitragem é a indicação de que o árbitro deverá ser brasileiro e integrante da lista de uma das Câmaras Arbitrais possíveis de escolha (art. 5º, I e IV). Também aqui não se afigura qualquer vício imputável à Lei Mineira.

Isso porque, como já exposto, a Lei Mineira de Arbitragem é uma norma voltada ao Administrador Público, estabelecendo parâmetros mínimos de conduta que este deverá seguir ao pactuar uma cláusula compromissória. Ressalte-se, por oportuno, que tal dispositivo não tem conteúdo processual, o que o eivaria de nulidade, mas, sim, caráter administrativo, orientando a Administração sobre limites a serem observados na assinatura de contratos.

Tanto isso é verdade que, ao que se entende, caso o Administrador Público cumpra o pactuado e, por exemplo, indique um árbitro que não figura nas listas das referidas Câmaras Arbitrais, nenhuma nulidade poderá ser arguida, cabendo apenas a responsabilização do Administrador em virtude do seu ato *contra legem*, se o caso.

Assim, estabelecerem critérios objetivos para a indicação dos árbitros é algo muito positivo para a preservação do interesse público, evitando que Administradores passem a indicar pessoas próximas ou com outros interesses para a função de árbitro.

Conclusões

Sendo a arbitragem também uma forma de promoção do diálogo entre o ente público e o setor privado investidor, sua utilização para dirimir os conflitos existentes

derivados dos contratos administrativos revela-se uma alternativa real para redução dos custos e desgastes provenientes de u'a ação judicial.

Não obstante o posicionamento de autorizada doutrina quanto à não-aplicação da arbitragem quanto aos bens públicos de modo geral, no estudo em tela conclui-se perfeitamente cabível, lícito e constitucional sua utilização em relação ao patrimônio público disponível, principalmente nas questões de cunho meramente econômico-financeiro e monetário decorrentes dos denominados contratos administrativos, cuja previsão, *v. g.*, já se verifica expressa no art. 11, III, da Lei 11.079/2004, segundo o qual o edital de licitação poderá prever o emprego da arbitragem para a solução dos conflitos contratuais entre o contratado e a Administração Pública.

Ainda, no âmbito estadual, conclui-se também ser perfeitamente cabível e possível que haja previsão em Lei específica sobre a aplicação da arbitragem nos contratos administrativos que sejam convenientes ao Poder Público, sendo diretamente por si fiscalizados em **regulação administrativa pactual concertada**, a fim de se prevenirem conflitos e de que não haja prejuízos decorrentes desta forma de sua solução quando verificados.

A regulação administrativa concertada adquire, assim, um função plural e redutora de divergências conflitivas, evitando com maior facilidade os próprios confrontos de pretensões e seus custos efluentes, ante seus papéis mediador e solvedor que afastam as possibilidades não apenas do ajuizamento de ações mas, antes disso, da instauração das próprias arbitragens.

E, nessa linha pactual concertada, é de se ter na retentiva a conclusão de que, *v. g.*, a utilização da arbitragem, a seu turno, nas questões relacionadas às Parcerias Público-Privadas, quando não prevenidos ou afastados os conflitos de interesses pela atividade regulatória (concertada), em si, viabiliza a prevenção e solução dos conflitos

antes de galgarem a via judicial, de maneira mais técnica, célere e diligente, garantindo ao Estado e à sociedade eficiência, eficácia e efetividade na chamada **concertação**, com grande segurança e economia para todos os envolvidos no ajuste público, a afigurar-se como um valioso instrumento impulsionador do desenvolvimento econômico, financeiro e jurídico pátrios, e a implicar, outrossim, a atração de novos investidores ao mercado que, assim, passa a ser visto como mais vantajoso.

Referências

- ARAÚJO, Cláudia Villagra Silva Marques La Motta. “Arbitragem em nomes de domínio e as decisões da wipo”. In: PUCCI, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo : Fiuza Editores, 2004, p. 103-123.
- CAMPOS, Diogo Leite de. “A arbitragem voluntária, jurisdição típica do Estado-dos-direitos e dos cidadãos”. In: FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte *et alii*. *A evolução do direito no século XXI: estudos em homenagem ao professor Arnoldo Wald*. CAMPOS, Diogo Leite de; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Coimbra : Almedina, 2007, p. 39-53.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Revista do Advogado*. São Paulo : Associação dos Advogados de São Paulo, Ano XXIII, nº 73, novembro de 2003, p. 110-111.
- CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Traduzido por Marçal Justen Filho. Belo Horizonte : Fórum, 2009.
- FREITAS, Juarez. “Parcerias público-privadas (PPPs): natureza jurídica”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins *et alii*. *Curso de direito administrativo econômico*. CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Org.). São Paulo : Malheiros Editores, vol. I, 2006.
- _____. *Discricionabilidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo : Malheiros Editores, 2007.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “A arbitragem e a administração pública”. In: PUCCI, Adriana Noemi *et alii*. *Novos rumos da arbitragem no Brasil*. GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (Coord.). São Paulo : Fiuza Editores, 2004, p. 145-167.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo : Editora Dialética, 12ª ed., 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo : Malheiros Editores, 32ª ed., 2006.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 20ª ed., 2006.
- _____. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo : Malheiros Editores, 2009
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. São Paulo : Malheiros Editores, 3ª ed., 2007.
- _____. “Contrato de direito público ou administrativo”. *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro : Fundação Getúlio Vargas, nº 88, abr./jun. de 1967, p. 15-33.
- MIALHE, Jorge Luís. “Desafios no ensino do Direito Internacional Público e do Direito da Integração em tempos de globalização”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 85-111.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Políticas públicas e parcerias: juridicidade, flexibilidade negocial e tipicidade na administração negocial”. *BLC - Boletim de licitação e contratos*. São Paulo : NDJ – Nova Dimensão Jurídica, ano 21, nº 1, janeiro de 2008.
- NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. São Paulo : Atlas, 2ª ed., 2006.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. Belo Horizonte : Editora Fórum, 3ª ed., 2011.
- RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada: fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1ª ed., 2ª tir., 2010.
- RÜDIGER, Dorothee Susanne. “Globalização, justiça social e emancipação: um debate na perspectiva do direito do trabalho”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr. 2003, p. 41-55.
- SILVEIRA, Héber Pessoa da; BARROS, Lucas Ayres Barreira de Campos; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli da. “Governança corporativa e captação de longo prazo”. In: MATIAS, Alberto Borges *et alii*. *Captação de recursos de longo prazo*. SAITO, Richard; PROCIANOY, Jairo Laser (Org.). São Paulo : Atlas, 2008.
- TEUBNER, Gunther. “A Bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional”. *Impulso - Revista de Ciências Sociais e Humanas. Direito e globalização*. Traduzido por Peter Naumann. Piracicaba : Editora UNIMEP, vol. 14, nº 33, jan./abr., 2003.